

Sentencia T-003/18

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Persona natural que actúa a través de apoderado en defensa de sus propios intereses

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Entidad pública

ACTO ADMINISTRATIVO DE EJECUCION-Procedencia de la acción de tutela

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, los actos administrativos de ejecución no son susceptibles de control en sede contencioso administrativa, ya que no “entrañan la manifestación de la voluntad de la administración sino que, por el contrario, se limitan a materializar o, como su nombre lo sugiere, ejecutar las decisiones que con anterioridad, la administración o una autoridad judicial hayan adoptado”. La tutela de la referencia se presentó contra un acto administrativo de ejecución (Decreto 007 del 20 de enero de 2017) que se limitó a materializar la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira, razón por la cual, no puede ser demandado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y escapa del control de legalidad de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En consecuencia, la tutela procede como mecanismo definitivo ante la inexistencia de un medio de defensa judicial.

CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS JUDICIALES-Es un imperativo del Estado Social de Derecho

CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS JUDICIALES-Garantiza el acceso a la administración de justicia

CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS JUDICIALES-Hace efectivos los principios constitucionales de buena fe y confianza legítima

CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS JUDICIALES-Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS JUDICIALES-Entidades públicas deben cumplir las sentencias que no impliquen el pago de cantidades líquidas de dinero dentro de los 30 días siguientes desde su comunicación conforme Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

INCUMPLIMIENTO DE DECISION JUDICIAL-No acatamiento por parte de funcionarios públicos puede acarrear sanciones en materia disciplinaria y/o penal

MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA DE LOS NOMBRAMIENTOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Reiteración de jurisprudencia

PROTECCION DE MADRES CABEZA DE FAMILIA-Reiteración de jurisprudencia

PROTECCION DE MADRES CABEZA DE FAMILIA-Marco jurídico

PROTECCION DE MADRES CABEZA DE FAMILIA-Las acciones afirmativas a favor de las madres cabeza de familia se fundan en mandatos constitucionales

MADRE CABEZA DE FAMILIA-Presupuestos jurisprudenciales para que una mujer sea considerada como tal/PADRE CABEZA DE FAMILIA-Presupuestos jurisprudenciales para que un hombre sea considerado como tal

Para la Corte, la condición de padre o madre cabeza de familia se acredita cuando la persona (i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental.

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MERITO-Criterio rector del acceso a la función pública

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA-Improcedencia por cuanto accionante fue desvinculada en cumplimiento de una sentencia judicial

Referencia: Expediente T-6.334.126

Acción de tutela interpuesta por Evelin María Cotes Sierra contra la Alcaldía del Distrito de Riohacha (La Guajira)

Magistrada Ponente:
CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos y la magistrada Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos emitidos el 29 de marzo de 2017 por el Juzgado Primero Penal Municipal de Riohacha (La Guajira) y el 12 de mayo de 2017 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha (La Guajira), dentro de la acción de tutela promovida por Evelin María Cotes Sierra contra la Alcaldía del Distrito de Riohacha. El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Nueve, mediante auto del 14 de septiembre de 2017.¹

I. ANTECEDENTES

La señora Evelin María Cotes Sierra, actuando a través de apoderado,² interpuso acción de tutela para solicitar la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al mínimo vital, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social y a la protección de las madres cabeza de familia, presuntamente vulnerados por la Alcaldía del Distrito de Riohacha (La Guajira) que la desvinculó del cargo denominado Técnico Administrativo (código 367, grado 01) en cumplimiento de una orden judicial, a pesar de que asegura ser madre cabeza de familia. A continuación, se exponen los antecedentes de la acción de tutela:

1. Hechos

1.1. Mediante los Decretos 014³ y 015 de 2011,⁴ la Secretaría de Desarrollo Social y Educación de Riohacha adoptó la estructura organizacional de planta de personal tipología 2 aprobada por el Ministerio de Educación Nacional y se modificó la planta de personal de la Alcaldía de Riohacha con la adición de 21 empleos de carrera.

¹ Sala de Selección Número Nueve de 2017, integrada por los Magistrados José Fernando Reyes Cuartas y Alejandro Linares Cantillo.

² Fabián Vicente Cotes González.

³ De acuerdo con las consideraciones del Decreto 301 de 2011, mediante el Decreto 014 de 2011, “el Municipio de Riohacha Adoptó la estructura organizacional de planta de personal tipología dos (2) aprobada por el Ministerio de Educación Nacional para la Secretaría de Desarrollo Social y Educación del Municipio de Riohacha, creó y adoptó veintiún (21) plazas de empleos en la planta personal de la alcaldía y se modificó el decreto 0071 de 10 de octubre de 2010 mediante el cual se estableció la planta de personal de la Alcaldía Mayor de Riohacha”. Folio 13 del cuaderno principal del expediente.

⁴ De acuerdo con las consideraciones del Decreto 301 de 2011, a través del Decreto 015 de 2011 se “modificó la planta de personal nivel central de la Alcaldía Mayor de Riohacha adicionándole los veintiún (21) empleos de carrera creados”. Folio 13 del cuaderno principal del expediente.

1.2. A través del Decreto 301 de 2011, el Alcalde Mayor de Riohacha (La Guajira), con la autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, nombró en provisionalidad a 12 personas que quedaron adscritas a la Secretaría de Desarrollo Social y Educación Municipal.⁵ En esa oportunidad, la señora Evelin María Cotes Sierra fue nombrada en el cargo denominado Técnico Administrativo (código 367, grado 01).

En el decreto se indicó que no era posible proveer dichos empleos de manera definitiva (art. 7, Decreto 1227 de 2005) o por encargo (art. 8, Decreto 1227 de 2005).⁶ Además se precisó que los nombramientos tenían una duración de seis meses, dentro de los cuales se debía convocar un concurso y que si ello no se cumplía, el término se prorrogaba de manera automática.

1.3. El Decreto 301 de 2011 fue demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por 5 funcionarios de la Secretaría Municipal de Riohacha.⁷ Los actores solicitaron que se declarara la nulidad del acto administrativo mediante el cual se nombró en provisionalidad a 12 personas y que, en consecuencia, se expidiera un nuevo decreto en el que se les nombrara en dichos cargos y se condenara al Municipio de Riohacha al pago de varias sumas de dinero por diversos conceptos.⁸

1.3.1. Los demandantes señalaron que el acto administrativo demandado desconoció el debido proceso y estaba falsamente motivado pues una de las razones para realizar los nombramientos en provisionalidad fue que no existía personal de carrera administrativa que cumpliera los requisitos para asumir el encargo. A juicio de los actores, dicha aseveración era falsa y debió ser soportada con certificaciones del Secretario de Educación o el Director de la Oficina de Recursos Humanos.

1.3.2. El 21 de marzo de 2014, el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Riohacha profirió sentencia de primera instancia y negó las pretensiones de nulidad y restablecimiento de derechos ya que no existían pruebas como las certificaciones de funciones, las hojas de

⁵ El Decreto 301 de 2011, “por medio del cual se hacen unos nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera administrativa en la planta de personal de la Alcaldía Mayor de Riohacha”, fue expedido el 9 de marzo de 2011. En el mismo se informa que la Comisión Nacional del Servicio Civil autorizó realizar los 12 nombramientos mediante el oficio 0-2011EE 6102 del 21 de febrero de 2011. Folio 14 del cuaderno principal del expediente.

⁶ Decreto 1227 de 2005, Artículo 8. “Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004. || El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses”.

⁷ Los 5 funcionarios de la Secretaría Municipal de Riohacha que solicitaron la nulidad del Decreto 301 de 2011 y el restablecimiento de sus derechos son: Jhonny Hernández Rangel, Elsy Dioselina Quintero Rojas, Enma Beatriz Rincones Ferreira, Luzmy Liveth Gómez Martínez y Yoletth Adelaida Obediente Suarez. Folio 26 del cuaderno principal del expediente.

⁸ Dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento los demandante solicitaron el pago de todas las sumas correspondientes a las diferencias de sueldos, primas, subsidios, vacaciones, bonificaciones y demás emolumentos que hubieren dejado de percibir inherentes a su cargo con efectividad desde el 9 de marzo de 2011 y hasta que fueran nombrados, así como el pago de los perjuicios morales que fueran tasados.

vida, las evaluaciones de desempeño y los perfiles profesionales de los demandantes que permitieran establecer una relación comparativa con los cargos en los cuales se nombraron 12 personas en provisionalidad.

1.3.3. El Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira se pronunció sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte activa mediante sentencia del 28 de julio de 2015.⁹ Inicialmente, dejó claro que el derecho de encargo “*se debe analizar desde la perspectiva del derecho preferencial, que le aporta el sistema de carrera administrativa y, particularmente el artículo 24 de la Ley 909 de 2004*”¹⁰ y que puede exigirse a través del procedimiento de reclamación de carrera dispuesto en los artículos 12 y 16 de la Ley 909 de 2004 y en el Decreto 760 de 2005. Particularmente, la figura del encargo fue definida de la siguiente manera:

“El encargo es así, una situación administrativa en la que se encuentra un servidor titular de derechos de carrera, cuando por derecho preferencial o en defecto de este, por decisión potestativa del nominador, expresada a través de acto administrativo, se designa para asumir total o parcialmente las funciones de otro empleo de carrera de condición jerárquica superior, vacante de manera temporal o definitiva”.¹¹

1.3.3.1. El Tribunal aseguró que los funcionarios nombrados en provisionalidad mediante el decreto demandado no pertenecen al nivel central, ya que sus funciones están relacionadas con asuntos atinentes a la educación a nivel municipal y son empleados de la Secretaría de Educación. A su vez, resaltó que el procedimiento para determinar que no existía personal para el encargo fue mal dirigido.

1.3.3.2. En consecuencia, declaró la nulidad del acto administrativo objeto de controversia y como a juicio de la instancia judicial, los demandantes no demostraron el cumplimiento de los requisitos para acceder al cargo bajo la modalidad de encargo, no se ordenó el restablecimiento de los derechos.

1.4. Posteriormente, las personas que fueron nombradas mediante el decreto que se declaró nulo presentaron acción de tutela contra las providencias del Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Riohacha y del Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira. No obstante, las Secciones Segunda y Cuarta del Consejo de Estado declararon la improcedencia de la acción de amparo interpuesta en sentencias del 24 de noviembre de 2015¹² y del 10 de octubre de 2016.¹³

⁹ La accionante aportó copia de la sentencia del 28 de julio de 2015 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira. Folios 26-53 del cuaderno principal del expediente.

¹⁰ Folio 37 del cuaderno principal del expediente.

¹¹ Folio 38 del cuaderno principal del expediente.

¹² Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, sentencia del 24 de noviembre de 2015 (CP Gabriel Valbuena Hernández). En la providencia se declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por Evelin María Cotes Sierra y otros contra el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Riohacha y el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira. La sentencia se encuentra en el sistema de consulta de procesos de la Rama Judicial y se anexó al expediente. Folios 110-116 del cuaderno de Secretaría del expediente.

1.5. El 11 de noviembre de 2016, mediante Resolución Nro. 0951, el Alcalde Distrital de Riohacha acató la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira. En consecuencia, ordenó iniciar la actuación administrativa tendiente a que se desarrollara *“un proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa en vacancia definitiva de la planta de personal administrativa de la Secretaría de Educación del Distrito”*.¹⁴

1.6. El 20 de enero de 2017, el Alcalde Distrital de Riohacha expidió el Decreto 007, por medio del cual se retiró del servicio público, por orden judicial, a las 12 personas que habían sido nombradas en provisionalidad por el Decreto 301 de 2011, entre las que se encontraba la señora Evelin María Cotes Sierra.

1.7. En la acción de tutela de la referencia, la actora aseguró que el ente territorial vulneró sus derechos pues el literal k del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 contempla que el retiro de empleados en cargos de provisionalidad puede darse por orden o decisión judicial. No obstante, expuso que la sentencia *“que ellos invocan en ningún momento ordenó retirarla del servicio”*.¹⁵

1.8. Resaltó que presentó peticiones al Alcalde del Distrito de Riohacha (La Guajira) en las que solicitó el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada por ser madre cabeza de familia.¹⁶

1.9. Para sustentar lo anterior, puso de presente que el 10 de septiembre de 2011 contrajo matrimonio civil con el señor Jhon Alex Córdoba Rodríguez¹⁷ y que de dicha unión nació Daniel David Córdoba Cotes, el 23 de febrero de 2012.¹⁸ Además, adujo que en providencia del 7 de mayo de 2013 se declaró el divorcio.

¹³ Sección Cuarta del Consejo de Estado, sentencia del 10 de octubre de 2016 (CP Martha Teresa Briceño de Valencia). En la providencia se confirmó el fallo del 24 de noviembre de 2015 de la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado que declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por Evelin María Cotes Sierra y otros contra el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Riohacha y el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira. La sentencia se encuentra en el sistema de consulta de procesos de la Rama Judicial y se anexó al expediente. Folios 117-124 del cuaderno de Secretaría del expediente.

¹⁴ La Resolución Nro. 0951 del 11 de noviembre de 2016 proferida por el Alcalde Distrital de Riohacha se anexó junto con la demanda de tutela. Folios 18-19 del cuaderno principal del expediente.

¹⁵ Folio 2 del cuaderno principal del expediente.

¹⁶ Las peticiones dirigidas por la señora Evelin María Cotes Sierra al Alcalde del Distrito de Riohacha (La Guajira) fueron presentadas el 27 de enero de 2017 y el 16 de febrero del mismo año. Folios 54-60 del cuaderno principal del expediente.

¹⁷ Junto con la demanda de tutela se anexó copia simple del Registro Civil de Matrimonio. Los contrayentes son la señora Evelin María Cotes Sierra y el señor Jhon Alex Córdoba Rodríguez. Folio 75 del cuaderno principal del expediente.

¹⁸ La accionante aportó, junto con el escrito de tutela, copia del Registro Civil de Nacimiento de su hijo Daniel David Córdoba Cotes quien nació el 23 de febrero de 2012. Folio 63 del cuaderno principal del expediente.

1.10. La señora Cotes Sierra manifestó que es madre cabeza de familia pues el señor Córdoba Rodríguez no responde económicamente por el sostenimiento de su hijo, lo que la llevó a presentar una demanda ante un juzgado de familia. Para demostrar su condición de cabeza de hogar, la peticionaria presentó los siguientes documentos: (i) certificación del colegio donde estudia Daniel David Córdoba Cotes,¹⁹ (ii) certificado de afiliación de salud en el consta que el menor es su beneficiario,²⁰ (iii) declaraciones extrajuicio de los años 2014,²¹ 2015²² y 2017²³ en las que varias personas manifiestan que la señora Cotes Sierra tiene la custodia de su hijo, quien depende económicamente y totalmente de ella, y (iv) la constancia del fracaso de la diligencia de conciliación celebrada el 16 de enero de 2013 entre Jhon Alex Córdoba Rodríguez y Evelin María Cotes Sierra ante la Defensora de Familia C-Z Riohacha 2.²⁴

1.11. Finalmente, sostuvo que el Distrito de Riohacha vulneró sus derechos a la dignidad humana, al mínimo vital, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social y a la protección de las madres cabeza de familia. En consecuencia, solicitó que se ordenara su reintegro.

2. Traslado y contestación de la demanda

El Juzgado Primero Penal Municipal de Riohacha (La Guajira), mediante auto del 14 de marzo de 2017, admitió la acción de tutela y ordenó vincular a la Secretaría de Educación Distrital de Riohacha para que se pronunciara sobre los hechos objeto de controversia. Para terminar, ordenó notificar a la Alcaldía Distrital de Riohacha (La Guajira) para que en el término de dos días, contados a partir del recibo de la comunicación, ejerciera su derecho a la defensa.

2.1. Respuesta de la Administración Temporal para el sector Educación en el Departamento de La Guajira

¹⁹ En documento expedido el 1 de febrero de 2017, el Colegio AM Happy certificó que la señora Evelin María Cotes Sierra es la responsable en materia económica y la única acudiente del niño Daniel David Córdoba Cotes. Folio 64 del cuaderno principal del expediente.

²⁰ En Certificación del 16 de febrero de 2017 expedida por Cafesalud EPS consta que Daniel David Córdoba Cotes está afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud en calidad de beneficiario de Evelin María Cotes Sierra. Folio 65 del cuaderno principal del expediente.

²¹ En declaración extra juicio rendida ante la Notaría Primera de Riohacha (La Guajira) el 15 de agosto de 2014, la señora Dalgis Esther Herrera Peñalver sostuvo que la señora Evelin María Cotes Sierra es madre cabeza de familia pues tiene bajo su custodia y responsabilidad a su hijo quien depende económica y totalmente de ella. Folio 69 del cuaderno principal del expediente.

²² En declaración extra juicio rendida ante la Notaría Segunda de Riohacha (La Guajira) el 15 de septiembre de 2015, la señora Carmen Romero Mendoza indicó que la señora Evelin María Cotes Sierra es madre cabeza de familia pues tiene bajo su custodia y responsabilidad a su hijo a quien atiende y sostiene total y económicamente. Folio 67 del cuaderno principal del expediente.

²³ En declaraciones extra juicio rendidas ante la Notaría Primera de Riohacha (La Guajira) el 26 de enero de 2017, las señoras Adriana Truyol Mercado y Nuris Guerrero Orozco manifestaron que la señora Evelin María Cotes Sierra es madre cabeza de familia pues tiene bajo su custodia y responsabilidad a su hijo a quien atiende y sostiene total y económicamente. Folios 71-72 del cuaderno principal del expediente.

²⁴ Viany Lizeth Ospina Lozano.

2.1.1. Por medio de escrito del 16 de junio de 2017, la Administradora Temporal de Educación para el Departamento de La Guajira²⁵ contestó la acción de tutela y aseguró que *“mediante Resolución 459 del 21 de febrero de 2017, el Ministerio de Hacienda, adoptó la medida correctiva de asunción temporal de la competencia de la prestación del servicio de educación en el Distrito de Riohacha por parte del Ministerio de Educación Nacional, con el objetivo de asegurar la cobertura y calidad en la prestación del servicio”*.²⁶

2.1.2. Estimó que el argumento del apoderado de la accionante, según el cual, la sentencia de nulidad y restablecimiento de derecho no ordenó retirar a Evelin María Cotes Sierra es confuso y debe ser desestimado pues *“a pesar que el fallo no ordena textualmente retirar del servicio a los funcionarios que ostentaban derechos en provisionalidad, si declara la Nulidad del Acto Administrativo y de todos aquellos que se deriven del mismo. Esto quiere decir, que como consecuencia de la nulidad a los actos derivados también se les debe declarar la nulidad por ejemplo al acto de nombramiento y posesión de los funcionarios en provisionalidad”*.²⁷

2.1.3. Resaltó que los afectados con la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira interpusieron acción de tutela que fue negada por improcedente en dos instancias. A su vez, estimó que las pretensiones del abogado están encaminadas a discutir una sentencia emanada por una autoridad judicial y que no se demostró (i) que la actora no cuente con otro sustento o alternativa económica y (ii) que la decisión de apartarla del cargo se diera en el marco de una reforma o reestructuración promovida por la entidad, requisito esencial para que opere el retén social.

2.2. Respuesta de la Alcaldía Distrital de Riohacha

2.2.1. El jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Distrito de Riohacha, mediante escrito del 21 de marzo de 2017, aseguró que el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, a través de la sentencia del 28 de julio de 2015, declaró la nulidad del Decreto 301 de 2011 y aunque no se ordenó la desvinculación expresa de la accionante, *“una vez desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo, la declaratoria de nulidad trae consigo la perdida de validez y su vigencia, y con ello, su fuerza ejecutoria, conforme a lo previsto en el artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*.²⁸

2.2.2. Aseveró que el Distrito de Riohacha no ha hecho los nombramientos en encargo para proveer los cargos a los que se refería el Decreto 301 de 2011, debido a que la Secretaría de Educación Distrital fue intervenida por el Ministerio de Educación Nacional desde el 23 de febrero de 2017.

²⁵ María Eugenia Pinto.

²⁶ Folio 86 del cuaderno principal del expediente.

²⁷ Folio 87 del cuaderno principal del expediente.

²⁸ Folio 90 del cuaderno principal del expediente.

2.2.3. Resaltó que la Alcaldía Distrital de Riohacha dio cumplimiento a lo ordenado por una sentencia judicial ejecutoriada tal como lo establece el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Para terminar, consideró que el retén social del que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 no es aplicable pues a la accionante no se le retiró del servicio en el marco de un programa de renovación de la administración pública.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión

3.1. Decisión de primera instancia

3.1.1. El Juzgado Primero Penal Municipal de Riohacha (La Guajira), mediante sentencia del 29 de marzo de 2017, negó el amparo solicitado al considerar que la desvinculación de la señora Evelin María Cotes Sierra se presentó por la declaratoria de nulidad del acto que la nombro en provisionalidad, evento que se enmarca en el literal k del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

3.1.2. El juzgado llevó a cabo un análisis del cumplimiento de las sentencias como concreción del derecho al acceso a la administración de justicia y resaltó que *“con la declaratoria de nulidad del Decreto 031 del 09 de marzo de 2011, cesan todos los efectos jurídicos que se produjeron con el acto administrativo nulitado, y como consecuencia a esto se desprende la separación del cargo de las personas que fueron nombradas con el decreto antes mencionado, por lo que no es necesario ordenar expresamente el retiro del servicio ya, que tácitamente con la declaratoria de nulidad se entiende el retiro del servicio”*.²⁹

3.1.3. Finalmente, señaló que el divorcio no implica necesariamente que la obligación del cuidado de los hijos recaiga en solo uno de los padres, en atención a que el derecho de alimentos se desprende de los deberes paterno-filiales.

3.2. Impugnación

3.2.1. El apoderado de la accionante presentó escrito de impugnación el 4 de marzo de 2017. Aseguró que la acción de tutela es procedente para pronunciarse con respecto a la vulneración de derechos de madres cabeza de familia, adultos mayores, personas en situación de discapacidad u otras poblaciones vulnerables.

3.2.2. Resaltó que, aunque los padres tienen obligaciones con respecto de sus hijos, en el caso particular, el señor Jhon Alex Córdoba Rodríguez abandonó el hogar y con las pruebas obrantes en el proceso se demostró la calidad de madre cabeza de familia de la señora Cotes Sierra.

²⁹ Folio 111 del cuaderno principal del expediente.

3.2.3. Recalcó que no se podía retirar a la actora en virtud del literal k del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 que establece como causal de retiro de servicio las órdenes o decisiones judiciales. A juicio del apoderado, *“dicha orden o decisión judicial debe ir en contra del empleado, y en el caso que nos ocupa, hay una decisión judicial, la cual no es una decisión tomada en contra de [su] poderdante”*.³⁰

3.3. Decisión de segunda instancia

3.3.1. El Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha (La Guajira), mediante sentencia del 12 de mayo de 2017, revocó el fallo adoptado el 29 de marzo de 2017 por el Juzgado Primero Penal Municipal de Riohacha (La Guajira), en primera instancia. En consecuencia, ordenó al Alcalde y al Secretario de Educación Distrital de Riohacha que adoptaran las medidas para reintegrar a la señora Evelin María Cotes Sierra al cargo en que se desempeñaba o a uno equivalente donde pudiera seguir devengando la misma asignación salarial que recibía al momento de su desvinculación.

3.3.2. Dentro de las consideraciones existe un capítulo denominado *“la estabilidad laboral de las madres cabeza de familia”*, en el que se resaltó que dicha condición no depende de una formalidad como la declaración ante notario, sino de las circunstancias materiales para su configuración. A su vez, el juzgado se refirió a la estabilidad intermedia de los funcionarios nombrados en provisionalidad.

3.3.3. Concluyó que con las declaraciones extrajuicio se demostró la condición de la accionante de madre cabeza de familia. Adicionalmente, señaló que en la audiencia de fijación de cuota de alimentos del 16 de enero de 2013 no se llegó a ningún acuerdo, por lo que la custodia y el cuidado personal del niño quedó en cabeza de la progenitora.

4. Actuaciones en sede de revisión

4.1. Auto del 15 de noviembre de 2017³¹

³⁰ Folio 123 del cuaderno principal del expediente.

³¹ En Auto del 15 de noviembre de 2017 se resolvió lo siguiente: **“PRIMERO. ORDENAR** que por Secretaría General de la Corte Constitucional se **OFICIE** la señora Evelin María Cotes Sierra [...], para que en el término de dos (2) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto se pronuncie y remita los elementos materiales probatorios para dar respuesta a los siguientes puntos: **1.** Informe, bajo la gravedad de juramento, cuáles y de dónde provienen sus ingresos mensuales y cuáles son sus egresos en el mismo periodo de tiempo. **2.** Informe si es propietaria de bienes muebles o inmuebles y, de ser afirmativa dicha respuesta, manifieste de manera detallada cuáles son. **3.** Informe, bajo la gravedad de juramento, cómo está constituido su núcleo familiar. Particularmente, con cuántas personas vive y detalle de qué manera colaboran en el sostenimiento del hogar. **4.** Manifieste cuántas audiencias de conciliación con respecto a la fijación de cuota de alimentos se han llevado a cabo y qué se resolvió en la o las mismas. **5.** Informe en qué etapa se encuentra el proceso que se adelanta contra Jhon Alex Córdoba Rodríguez mediante certificado y, específicamente, si ya se decidió o acordó algo con respecto a la fijación de cuota de alimentos para el sostenimiento del niño Daniel David Córdoba Cotes. **6.** Exponga si tiene conocimiento del inicio de actividades administrativas tendientes a proveer de manera definitiva o por encargo, los cargos a los que se refería el Decreto 301 de 2011 y, particularmente, aquel que ocupa. || **SEGUNDO. ORDENAR** que por Secretaría General de la Corte Constitucional se **OFICIE** a la Alcaldía de

4.1.1. La Magistrada ponente, mediante Auto del 15 de noviembre de 2017, solicitó a la señora Evelin María Cotes Sierra información con respecto a sus ingresos y egresos mensuales, la forma en la que está conformado su núcleo familiar y el estado del proceso mediante el cual demandó al padre de su hijo por alimentos, para que detallara si existe un acuerdo o decisión sobre el particular. Esto último, pues en los hechos de la tutela la actora se limitó a indicar que el señor Jhon Alex Córdoba Rodríguez “*abandonó el hogar después del divorcio y no responde económicamente con su menor hijo razón por la cual la señora EVELIN MARÍA COTES SIERRA lo demandó ante el juzgado de familia*”.³²

4.1.2. Asimismo, solicitó a la Alcaldía de Riohacha que informara si ya adelantaron las actividades administrativas tendientes a proveer de manera definitiva o por encargo, los cargos a los que se refería el Decreto 301 de 2011 y, específicamente, aquel que ocupa la accionante. Finalmente, se ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que informara si existen registros de la celebración de alguna audiencia de conciliación entre el señor Jhon Alex Córdoba Rodríguez y Evelin María Cotes Sierra, en aras de fijar la cuota de alimentos para el sostenimiento del niño Daniel David Córdoba Cotes y, de ser afirmativa la respuesta, expusiera si se llegó a un acuerdo y cuál fue el mismo.

4.2. Respuesta de la señora Evelin María Cotes Sierra

4.2.1. Mediante escrito del 21 de noviembre de 2017, la señora Evelin María Cotes Sierra respondió lo solicitado en el Auto del 15 de noviembre del mismo año. La accionante expuso que sus ingresos mensuales provienen de su sueldo como empleada de la Alcaldía de Riohacha que asciende a la suma de dos millones veinticinco mil cuatrocientos noventa y seis pesos (\$2.025.496).³³

Riohacha (Calle 2 Nro. 8-38, Riohacha – La Guajira), para que en el término de dos (2) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, informe si ya se adelantaron las actividades administrativas tendientes a proveer de manera definitiva o por encargo, los cargos a los que se refería el Decreto 301 de 2011 y, particularmente, aquel que ocupa la accionante. || **TERCERO. ORDENAR** que por Secretaría General de la Corte Constitucional se **OFICIE** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (Sede de la Dirección General-Avenida Carrera 68 Nro. 64 C-75, Bogotá), que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto informe si existen registros de la celebración de alguna audiencia de conciliación entre el señor Jhon Alex Córdoba Rodríguez y Evelin María Cotes Sierra, en aras de fijar la cuota de alimentos para el sostenimiento del niño Daniel David Córdoba Cotes y, de ser afirmativa la respuesta, exponga si se llegó a un acuerdo y cuál fue el mismo. || **CUARTO.** En cumplimiento del artículo el artículo 64 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional –Acuerdo 05 de 1992, modificado por el Acuerdo 02 del 22 de julio de 2015-, **PÓNGASE** a disposición de las partes o de los terceros con interés, las pruebas recibidas, para que se pronuncien sobre las mismas en el término de dos (2) días hábiles”.

³² Folio 3 del cuaderno principal del expediente.

³³ La Secretaría de Educación y Cultura del Distrito de Riohacha (La Guajira) certificó mediante documento del 14 de noviembre de 2017, que la señora Evelin María Cotes Sierra ingresó a trabajar el 2 de octubre de 2017, se desempeña en el cargo de Técnico Administrativo (código 367, grado 01) y recibe una asignación mensual de dos millones veinticinco mil cuatrocientos noventa y seis pesos (\$2.025.496). Folio 54 del cuaderno de Secretaría del expediente.

4.2.2. Adujo que, en promedio, sus egresos mensuales ascienden a la suma de dos millones trescientos once mil setecientos cincuenta pesos (\$2.311.750) que se distribuyen de la siguiente manera.

“GASTOS DE ARRIENDO: \$522.005 Pesos
SERVICIO DE AGUA: \$33.000 pesos promedio mensual
SERVICIO DE GAS: \$11.000 Pesos promedio mensual
SERVICIO DE LUZ: \$200.000 Pesos promedio mensual
SERVICIO DE TV CABLE: \$84.000 Pesos promedio mensual
MENSUALIDAD ESCOLAR DE MI HIJO: \$350.000
GASTOS DE MERCADO: \$300.000 Pesos promedio mensual
CRÉDITO DE LIBRE INVERSIÓN CON JURISCOOP:
\$811.745”³⁴

4.2.3. Manifestó que el padre de su hijo le entrega doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000) por concepto de cuota alimentaria y que no lo hace de manera cumplida. Aclaró que ya se celebraron 3 audiencias de conciliación para la fijación de la cuota alimentaria de su hijo, a saber: (i) la primera se llevó a cabo el 9 de octubre de 2012, en la que, de mutuo acuerdo, se fijó una cuota de doscientos mil pesos mensuales (\$200.000); (ii) la segunda se realizó el 16 de enero de 2013 y se declaró fracasada pues el señor Alex Córdoba Rodríguez no estuvo de acuerdo con suministrar ochocientos mil pesos mensuales (\$800.000) y (iii) finalmente, la última audiencia se llevó a cabo el 4 de abril de 2013 ante el Juzgado de Familia de Riohacha dentro de la demanda de alimentos radicada bajo el número 2013-0010300, en la que se acordó el pago de doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000) como cuota.

4.2.4. Aseveró que el señor Alex Córdoba Rodríguez no tiene cómo aportar más dinero pues tiene otra familia y que el proceso de alimentos que se adelantó en contra de este se terminó debido a que se llegó a un acuerdo con respecto a la cuota alimentaria.

4.2.5. Relató que vive sola con su hijo, quien estudia en jornada continua hasta las 4:00 pm, que luego de ello es llevado a la casa de su madre y que ella lo recoge al terminar su jornada laboral (6:00 pm).

4.2.6. Declaró que no tiene ningún bien inmueble, que es propietaria de un automóvil Chevrolet Spark que compró por un valor de catorce millones de pesos (\$14.000.000) y que el pago del mismo lo hizo con parte de sus cesantías y con el dinero del crédito de libre inversión que le aprobaron por la suma de cuarenta millones de pesos (\$40.000.000).³⁵

³⁴ Folio 45 del cuaderno de Secretaría del expediente.

³⁵ En documento del 19 de octubre de 2017, el jefe de recuperación y garantías de Financiera Juriscoop SA certificó que la señora Evelin María Cotes Sierra presenta a su cargo un crédito con saldo de treinta y seis millones novecientos ochenta y dos mil seiscientos treinta pesos (\$36.982.630). Folio 76 del cuaderno de Secretaría del expediente.

4.2.7. Para concluir, señaló que no tiene conocimiento del inicio de trámites administrativos para proveer de manera definitiva o por encargo los empleos a los que se refería el Decreto 301 de 2011.

4.3. Respuesta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

4.3.1. La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF³⁶ dio respuesta a través de escrito del 23 de noviembre de 2017 y aseguró que, de acuerdo con la información suministrada por la Dirección de Protección en Coordinación con la Dirección Regional ICBF – la Guajira, se pudo establecer que con relación al menor Daniel David Córdoba Cotes se realizaron 2 audiencias de conciliación en el Centro Zonal ICBF Riohacha 2.

4.3.2. Además, precisó que la primera audiencia se llevó a cabo el 9 de octubre de 2012 por parte de la Defensora de Familia y se acordó que el señor Jhon Alex Córdoba Rodríguez suministraría doscientos mil pesos \$200.000 como cuota alimentaria. Para terminar, aclaró que la segunda audiencia fue celebrada el 16 de enero de 2013 por parte de la Defensora de Familia y que en dicha oportunidad se declaró fracasada la actuación.

4.4. Respuesta de la Gerencia en Educación del Distrito de Riohacha³⁷

4.4.1. La Gerente Designada para el Sector Educación del Distrito de Riohacha³⁸ presentó escrito de contestación el 19 de diciembre de 2017 y señaló que, en virtud del Decreto Ley 028 de 2008, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió la Resolución 0459 de 2017 “[p]or la cual se formulan cargos y se adopta de manera cautelar la medida Correctiva de Asunción Temporal de la Competencia de la prestación del servicio de Educación en el Departamento de la Guajira, y los municipios de Maicao, Riohacha y Uribe de acuerdo con lo previsto en el artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el artículo 14 del Decreto 028 de 2008 y sus normas reglamentarias”.

4.4.2. Manifestó que la nulidad del Decreto 301 de 2011 se declaró mediante sentencia del 28 de julio de 2015 del Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira y que ella no fue nombrada para el cargo sino hasta el 2 de marzo de 2017. No obstante, adujo que en la Gerencia se han adelantado los siguientes trámites administrativos para dar cumplimiento a dicha providencia judicial y nombrar en encargo los empleos vacantes en la Secretaría de Educación Distrital de Riohacha:

³⁶ Luz Karime Fernández Castillo.

³⁷ Mediante Auto del 15 de enero de 2018, se puso a disposición de las partes y de los terceros interesados, por el término de 1 día hábil, las pruebas remitidas por la Gerente Designada para el Sector Educación del Distrito de Riohacha en respuesta al Auto del 15 de noviembre de 2017. Folios 101-102 del cuaderno de Secretaría del expediente.

³⁸ Grisela Monroy Hernández.

4.4.2.1. El 23 de junio de 2017 se llevó a cabo una reunión con los directivos de los sindicatos ASODEGUA y SINTRENAL para conformar la comisión de personal y se estableció el plan de trabajo.

4.4.2.2. La gerencia estudió 211 hojas de vida de los funcionarios administrativos adscritos a la planta de la Secretaría de Educación Distrital de Riohacha y el 30 de marzo de 2017, preguntó a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al jefe de la Oficina de Control Interno del Distrito de Riohacha si dichos funcionarios se encontraban en carrera administrativa y si existían sanciones disciplinarias en su contra.

4.4.2.3. Mediante Resolución Nro. 030 del 29 de junio de 2017 se convocó a elección a los representantes de los trabajadores para conformar la comisión de personal para el periodo 2017-2019 de la Secretaría de Educación de Riohacha (La Guajira).³⁹ En Acta 005 del 7 de junio de 2017 se hizo la selección de los integrantes de la comisión por tercera vez y lo anterior quedó plasmado en Resolución Nro. 543 del 20 de septiembre del 2017.

4.4.2.4. El 9 de septiembre de 2017 se envió una propuesta de programación para la selección en encargo a la Administración temporal de la Educación en el Departamento de la Guajira que fue aprobada. El 3 de octubre de la misma anualidad, la Comisión Nacional del Servicio Civil asignó un usuario y contraseña para registrar la Comisión de Personal, trámite que se hizo el día siguiente.

4.4.2.5. El 6 de octubre de 2017 se emitió el Acta 001 de Comisión de Personal en la que se socializó la Resolución Nro. 543 del 20 de septiembre del 2017 y se realizó la gestión para la asignación de usuario a las representantes de los empleados en el aplicativo de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

4.4.2.6. Mediante sentencia del 12 de octubre de 2017 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito, se ordenó realizar el proceso de encargo para 21 cargos de la planta de personal de la Secretaría de Educación, lo que obligó a realizar nuevamente el trámite de la convocatoria que se había adelantado para llevar a cabo el nombramiento en encargo de solo 12 de los empleos vacantes.

4.4.2.7. El 3 de octubre de 2017 se socializó el cronograma con los términos de la Resolución 600 de 2017, el 30 de octubre la Alcaldía Distrital de Riohacha aportó la certificación del manual de funciones y el 7 de noviembre del mismo año se publicó la convocatoria interna Nro. 001 para proveer los empleos en la modalidad de encargo.

³⁹ Mediante Resoluciones 123 del 28 de abril y 252 del 26 de mayo de 2017, se convocó a elección a los representantes de los trabajadores para conformar la comisión de personal para el periodo 2017-2019 de la Secretaría de Educación de Riohacha (La Guajira). A través de las actas 001 y 002 se hizo la selección de los integrantes de la comisión, pero las convocatorias se declararon desiertas.

4.4.2.8. El 21 de noviembre de 2017 finalizó la fase de postulación, desde el 22 de noviembre hasta el 1 de diciembre se realizó el estudio del cumplimiento de requisitos. Finalmente, a través de la Resolución Nro. 977 de 2017⁴⁰ se puso en conocimiento de los interesados el resultado “*de la verificación de hojas de vida de los aspirantes que opcionaron a las vacantes creadas mediante Decreto 014 de 2011 expedido por la Alcaldía Distrital de Riohacha*”. Para el cargo Técnico Administrativo (código 367, grado 01), ninguna de las tres aspirantes cumplió con los requisitos de formación y experiencia requeridos.⁴¹

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedibilidad

1.1. La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia.

1.2. Legitimación en la causa por activa y pasiva

1.2.1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario que tiene toda persona para solicitar, de manera directa o por quien actúe legítimamente a su nombre, la protección de sus derechos fundamentales. Adicionalmente, la acción de amparo debe dirigirse “*contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental*”.⁴²

1.2.2. En el caso particular, los requisitos en mención se cumplen cabalmente pues la tutela fue interpuesta por la señora Evelin María Cotes Sierra, quien actuó a través de apoderado. Por su parte, la acción de amparo se dirigió contra la Alcaldía del Distrito de Riohacha, entidad que está legitimada por pasiva en virtud de los artículos 86 de la Carta Política y 5 del Decreto 2591 de 1991.

⁴⁰ La Resolución Nro. 977 de 2017 se publicó el 13 de diciembre de 2017 y se desfijó el 14 de diciembre del mismo año. Folio 100 del cuaderno de Secretaría del expediente.

⁴¹ En el primer punto de la parte resolutive de la Resolución Nro. 977 de 2017 se dejó constancia que de las tres aspirantes para el cargo código 367, grado 01 (i. Técnico SAC - área administrativa y financiera, ii. Técnico sistemas - área administrativa y financiera y iii. Técnico en historias laborales - área administrativa y financiera), ninguna cumplió con los requisitos de formación y experiencia requeridos. Folios 98-99 del cuaderno de Secretaría del expediente.

⁴² Decreto 2591 de 1991. Artículo 13. Personas contra quien se dirige la acción e intervinientes. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior. Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.

1.3. Inmediatez

1.3.1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela debe interponerse en un término prudencial contado a partir de la acción u omisión que amenaza o genera una afectación a los derechos fundamentales. Sobre el particular, la sentencia SU-961 de 1999 estimó que *“la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto”*.⁴³

1.3.2. En este caso, la parte accionante considera que el acto que vulneró sus derechos fundamentales fue el Decreto 007 del 20 de enero de 2017, a través del cual el Alcalde Distrital de Riohacha retiró del servicio público por orden judicial a 12 personas que habían sido nombradas en provisionalidad por el Decreto 301 de 2011, entre las que se encontraba la señora Evelin María Cotes Sierra. Por su parte, la acción de tutela tiene fecha de reparto del 10 de marzo de 2017, por lo que entre uno y otro evento transcurrió 1 mes y 18 días, término que la Sala estima razonable.

1.4. Subsidiariedad

1.4.1. Los artículos 86 de la Carta Política y 6 del Decreto 2591 de 1991 señalan que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o cuando se utilice como un mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Sin embargo, esta Corporación ha establecido que *“un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salvaguarda del derecho fundamental invocado”*.⁴⁴

1.4.2. En el caso que nos ocupa, el decreto mediante el cual se nombró a la accionante en el cargo de Técnico Administrativo (código 367, grado 01) se declaró nulo mediante sentencia del 28 de julio de 2015 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira. Posteriormente, las personas que se vieron afectadas con la decisión adoptada presentaron acción de tutela contra las sentencias del Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Riohacha y del Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira que se pronunciaron con respecto a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, las Secciones Segunda y Cuarta del Consejo de Estado negaron el amparo de los derechos mediante sentencias del 24 de noviembre de 2015 y del 10 de octubre de 2016.

1.4.3. De lo anterior se concluye que la providencia a través de la cual se declaró la nulidad del Decreto 301 de 2011 se encuentra en firme y en sede de

⁴³ Corte Constitucional, sentencia SU-961 de 1999 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencias T-311 de 1996 (MP José Gregorio Hernández Galindo) y SU-772 de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

tutela se dejó incólume. No obstante, en la acción de amparo de la referencia, la accionante cuestiona el Decreto 007 del 20 de enero de 2017, corregido por el Decreto 020 de la misma fecha, por los cuales el Alcalde Distrital de Riohacha retiró del servicio público, por orden judicial, a las 12 personas que habían sido nombradas en provisionalidad en el Decreto 301 de 2011, entre las cuales se encontraba la señora Evelin María Cotes Sierra.

1.4.4. Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, los actos administrativos de ejecución no son susceptibles de control en sede contencioso administrativa,⁴⁵ ya que no *“entrañan la manifestación de la voluntad de la administración sino que, por el contrario, se limitan a materializar o, como su nombre lo sugiere, ejecutar las decisiones que con anterioridad, la administración o una autoridad judicial hayan adoptado”*.⁴⁶

1.4.5. La tutela de la referencia se presentó contra un acto administrativo de ejecución (Decreto 007 del 20 de enero de 2017) que se limitó a materializar la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira, razón por la cual, no puede ser demandado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y escapa del control de legalidad de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En consecuencia, la tutela procede como mecanismo definitivo ante la inexistencia de un medio de defensa judicial.

2. Problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes expuestos con antelación, la Sala Séptima de Revisión considera que el problema jurídico a resolver en el presente caso es el siguiente:

¿Vulnera una entidad pública (Alcaldía del Distrito de Riohacha, La Guajira) los derechos fundamentales a la dignidad humana, al mínimo vital, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y a la seguridad social de una persona que asegura ser madre o padre cabeza de familia (Evelin María Cotes Sierra) cuando, mediante un acto administrativo, la retira del servicio público en cumplimiento de una sentencia judicial que declaró nulo el acto a través del cual se hizo su nombramiento?

Para resolver el problema jurídico planteado, a continuación se estudiarán los siguientes temas: (i) el cumplimiento de sentencias judiciales en el Estado Social de Derecho, (ii) la obligación de motivar los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un funcionario de carrera, (iii) la protección constitucional de las madres cabeza de familia y (iv) se procederá a determinar

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01778-00(4701-13), sentencia del 6 de julio de 2017. CP Carmelo Perdomo Cuéter y Sección Primera. Radicación número: 25000-23-24-000-2006-00652-02, sentencia del 20 de octubre de 2017. CP María Elizabeth García González. En las providencias se resaltó que los actos administrativos de ejecución son susceptibles de control en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuando la administración desborda o da un alcance diferente a la decisión impartida.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Radicación número: 05001-23-31-000-2003-00490-01(2277-12), sentencia del 14 de noviembre de 2013. CP Gerardo Arenas Monsalve.

si existió o no una vulneración de los derechos de la accionante por la actuación de la entidad accionada.

3. El cumplimiento de sentencias judiciales en el Estado Social de Derecho

3.1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la garantía del orden social justo de la que trata el preámbulo de la Constitución Política se materializa, entre otras cosas, cuando las autoridades públicas o privadas cumplen las providencias judiciales ejecutoriadas,⁴⁷ lo que dentro del Estado Social de Derecho garantiza el acceso a la administración de justicia entendido como: (i) la posibilidad de acudir a un juez, (ii) obtener una decisión sobre la controversia jurídica y (iii) que se asegure el efectivo cumplimiento de lo ordenado.⁴⁸

3.2. Sobre el particular, la sentencia T-554 de 1992⁴⁹ consideró que “[e]l obligado cumplimiento de lo resuelto por los jueces y tribunales es una garantía institucional del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, un derecho fundamental de carácter subjetivo que se deduce de los artículos 29 y 58 de la Constitución”.

3.3. Además, esta Corporación señaló que el cumplimiento de las sentencias es tanto de interés público como privado⁵⁰ y representa la sujeción al texto constitucional de ciudadanos y entidades públicas.⁵¹ De la misma manera, hace efectivos los principios constitucionales de buena fe y confianza legítima⁵² y compete a todos los funcionarios estatales, que no deben evaluar la conveniencia u oportunidad de la decisión y solo tienen que establecer si la determinación fue adoptada por el juez competente.⁵³ De tal suerte, el incumplimiento de lo ordenado en providencias judiciales acarrea las

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencias T-554 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-553 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz), T-510 de 2002 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-031 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-096 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-448 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-832 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo), T-216 de 2013 (MP Alexei Julio Estrada), T-219 de 2013 (MP Alexei Julio Estrada), T-441 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y C-367 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo; SV Luis Guillermo Guerrero Pérez). En las que se estableció que el cumplimiento de sentencias judiciales es una forma de concreción del derecho al acceso a la administración de justicia.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia T-554 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), en la que la esta Corporación señaló que “[e]l acceso a la justicia, como lo ha reiterado en varias oportunidades la Corte, no consiste en realizar los actos de postulación requeridos para poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado, sino en el derecho constitucional fundamental de la exigencia de una justicia rápida y oportuna, sin dilaciones injustificadas, que contenga una eficaz y pronta realización material de sus decisiones”.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia T-554 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia T-395 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia T-096 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

⁵² Corte Constitucional, sentencia T-916 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil).

⁵³ Corte Constitucional, sentencia T-329 de 1994 (MP José Gregorio Hernández Galindo), en la que este Tribunal señaló que “[t]odos los funcionarios estatales, desde el más encumbrado hasta el más humilde, y todas las personas, públicas y privadas, tienen el deber de acatar los fallos judiciales, sin entrar a evaluar si ellos son convenientes u oportunos. Basta saber que han sido proferidos por el juez competente para que a ellos se deba respeto y para que quienes se encuentran vinculados por sus resoluciones contraigan la obligación perentoria e inexcusable de cumplirlos, máxime si están relacionados con el imperio de las garantías constitucionales”.

siguientes consecuencias:

“(i) atenta contra el principio de la buena fe, por cuanto, quien acude ante un juez lo hace con el pleno convencimiento de que la decisión final será obedecida en su totalidad por la autoridad competente o el particular a quien corresponda; (ii) viola los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada, porque le resta legitimidad y efectividad a la orden dada por la autoridad competente; e, (iii) infringe el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, ya que éste no se limita a la garantía que tienen los asociados de acudir ante las autoridades judiciales para solucionar sus controversias, pues igualmente implica que se cumplan efectivamente los fallos que emiten los operadores jurídicos”.⁵⁴

3.4. Consiente de la importancia de hacer efectivas las providencias judiciales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se pronunció sobre el particular y con respecto a la necesidad de establecer mecanismos y herramientas para hacer efectivo su cumplimiento. Particularmente, en el caso *Baena Ricardo vs. Panamá*⁵⁵ se expuso lo siguiente:

“Una vez determinada la responsabilidad internacional del Estado por la violación de la Convención Americana, la Corte procede a ordenar las medidas destinadas a reparar dicha violación. La jurisdicción comprende la facultad de administrar justicia; no se limita a declarar el derecho, sino que también comprende la supervisión del cumplimiento de lo juzgado. Es por ello necesario establecer y poner en funcionamiento mecanismos o procedimientos para la supervisión del cumplimiento de las decisiones judiciales, actividad que es inherente a la función jurisdiccional⁵⁶. La

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia T-1096 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

⁵⁵ Corte I.D.H., Caso *Baena Ricardo vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 72.

⁵⁶ “Cfr. *Caso Barrios Altos. Cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2003, considerando primero; Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros). Cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2003, considerando primero; Caso Suárez Rosero. Cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003, considerando primero; Caso Caballero Delgado y Santana. Cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003, considerando primero; Caso Garrido y Baigorria. Cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003, considerando primero; Caso Blake. Cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003, considerando primero; Caso Benavides Cevallos. Cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003, considerando primero; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003, considerando primero; Caso Loayza Tamayo. Cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003, considerando primero; Caso Cantoral Benavides. Cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003, considerando primero; Caso Bámaca Velásquez. Cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003,*

supervisión del cumplimiento de las sentencias es uno de los elementos que componen la jurisdicción. Sostener lo contrario significaría afirmar que las sentencias emitidas por la Corte son meramente declarativas y no efectivas. El cumplimiento de las reparaciones ordenadas por el Tribunal en sus decisiones es la materialización de la justicia para el caso concreto y, por ende, de la jurisdicción; en caso contrario se estaría atentando contra la *raison d'être* de la operación del Tribunal”.

3.5. Por otra parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- contiene varias normas con relación a los efectos y el cumplimiento de providencias. Sobre el particular, el artículo 189 contempla, entre otras cosas, que “[l]a sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes” y que “[l]as sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley”. Por su parte, el artículo 192 consagra que las entidades públicas deben cumplir las sentencias que no impliquen el pago de cantidades líquidas de dinero dentro de los 30 días siguientes contados desde su comunicación.

3.6. Finalmente, dado que el incumplimiento de una decisión judicial vulnera y quebranta derechos y principios dentro del Estado Social de Derecho, el legislador estableció medidas y sanciones para evitar la ocurrencia de dicha conducta, por lo que, tratándose de funcionarios públicos, no acatar una decisión judicial puede acarrear sanciones en materia disciplinaria y/o penal.⁵⁷

4. La obligación de motivar los actos administrativos que declaran la insubsistencia del nombramiento de funcionarios en cargos de carrera

4.1. El artículo 125 de la Constitución Política consagra que, por regla general, los empleos públicos son de carrera, salvo los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los que establezca la ley. Asimismo, dispone que el ingreso a los cargos de carrera se hará teniendo en

considerando primero; Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros). Cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003, considerando primero; Caso Castillo Páez. Cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003, considerando primero; Caso del Tribunal Constitucional. Cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003, considerando primero; y Caso Hilaire, Constantine y Benajmin y otros. Cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003, considerando primero”.

⁵⁷ En materia penal, el incumplimiento de lo ordenado en una providencia judicial es sancionado y, según sea el caso, se puede enmarcar en diferentes tipos penales, a saber: (i) Artículo 414 de la Ley 599 de 2000. Prevaricato por omisión. Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. “El servidor público que omite, retarde, rehuse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.” (ii) Artículo 454 de la Ley 599 de 2000. Fraude a resolución judicial. Modificado por el art. 12, Ley 890 de 2004, Modificado por el art. 47, Ley 1453 de 2011. “El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

cuenta los requisitos de mérito y capacidad que fije la ley.

4.2. Ahora bien, la vinculación al empleo en provisionalidad es una excepción a la regla de ingreso a la carrera administrativa y se puede presentar cuando las necesidades de las entidades estatales lo exijan, así como en los eventos en los que no sea posible proveer dichos empleos de manera definitiva o por encargo, de acuerdo con lo consagrado en los artículos 7 y 8 del Decreto 1227 de 2005.

4.3. Por su parte, la legislación nacional también consagra la manera mediante la cual se puede presentar la desvinculación de funcionarios públicos nombrados en cargos de carrera. Particularmente, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 establece que el retiro de estos empleados se debe hacer mediante acto motivado.⁵⁸

4.4. En similar sentido, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática al establecer que la omisión de motivar los actos administrativos que declaran la insubsistencia del nombramiento de funcionarios en cargos de carrera, aunque sea en provisionalidad, constituye una violación al derecho al debido proceso.

4.5. Inicialmente, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia SU-250 de 1998⁵⁹ estudió el caso de una accionante que había sido nombrada en provisionalidad como Notaria del Círculo de Medellín mientras se proveía el cargo en propiedad mediante concurso. La actora señaló que pese a que la Notaría fue catalogada “*como modelo para la organización notarial del país*”, mediante acto administrativo fue retirada del cargo sin motivación y se nombró a otra persona, también en provisionalidad. También expuso que la desvinculación se debió a represalia política y que ya había interpuesto demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

4.5.1. De las consideraciones de la sentencia se extrae que la motivación de los actos administrativos ha sido un tema de constante debate y de construcción paulatina en Colombia. Para sustentar dicho punto, la Corte se refirió al artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, que dispone que el acto que declarara la insubsistencia del nombramiento de una persona en un empleo que no sea de carrera no debe ser motivado, aunque debe “*dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida*”. Por su parte, en el Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984- se estableció que “[e]n la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

⁵⁸ Ley 909 de 2004. Artículo 41. “Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”.

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-250 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero; SV Fabio Morón Díaz y Susana Montes de Echeverri).

4.5.2. Adicionalmente, este Tribunal se refirió al concepto del 22 de octubre de 1975 de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, en el que se resaltó que *“no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan, y acabarían con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios.”*⁶⁰

4.5.3. La Sala añadió que luego de la expedición de la Constitución Política de 1991, la motivación es expresión del principio de publicidad que se encuentra en el artículo 209 Superior y que dentro del Estado Social de Derecho esto se convierte en el insumo con el que cuenta el juez a la hora de ejercer el control jurídico sobre los actos administrativos. En palabras de la Corte, *“la discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta. Por lo tanto en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho que le rodean, para encausarlo, dirigirlo y sobre todo limitarlo”*.⁶¹

4.5.4. Finalmente, esta Corporación determinó que la falta de motivación del acto administrativo que retira a una persona del empleo en interinidad vulnera el derecho al debido proceso, *“se convierte en un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia”* y pone al afectado en un estado de indefensión. En consecuencia, la Corte declaró que existía un estado de cosas inconstitucional debido a que no se había convocado un concurso para nombrar Notarios en todo el país. Con respecto al caso particular, concedió el amparo del derecho al debido proceso y ordenó al Presidente de la República y al Ministro de Justicia y del Derecho que motivaran el acto administrativo a través del cual la accionante fue retirada del servicio.

4.6. Posteriormente, en la sentencia C-734 de 2000⁶² la Corte se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad contra un aparte del artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, que establecía que el acto de declaratoria de insubsistencia del *“nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera”* no debía ser motivado. En esta oportunidad, la Sala Plena se refirió a la discrecionalidad absoluta y relativa al momento de adoptar decisiones en materia administrativa de la siguiente manera:

“[L]a discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta, Concepto. Oct. 22 de 1975.

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia SU-250 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero; SV Fabio Morón Díaz y Susana Montes de Echeverri).

⁶² Corte Constitucional, sentencia C-734 de 2000 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional. En este orden de ideas, le asiste razón al actor cuando afirma que la necesidad de motivar el acto administrativo se erige como la mejor garantía para distinguir lo discrecional de lo arbitrario”.

4.7. En la sentencia SU-556 de 2014,⁶³ esta Corporación estudió varias tutelas contra providencias judiciales en las que se alegaba, como causal específica de procedencia, el desconocimiento del precedente constitucional sobre la motivación de los actos administrativos de retiro de empleados públicos vinculados en cargos de carrera en provisionalidad.

4.7.1. La Sala expuso que la motivación de actos administrativos es la regla general, salvo las excepciones que se encuentran en la Constitución y la ley, que evita la arbitrariedad, permite el control y es una manifestación del principio democrático, el principio de publicidad y el derecho al debido proceso.

4.7.2. En sintonía con lo anterior, este Tribunal consideró que la falta de motivación de un acto administrativo que retira un funcionario conlleva su nulidad y que el *“desconocimiento del deber de motivar el acto es una violación del debido proceso del servidor público afectado por tal decisión, en tanto la naturaleza del cargo le reconoce una estabilidad relativa que en los eventos de desvinculación se materializa en el derecho a conocer las razones por las cuales se adoptó tal determinación”*. Finalmente, la Sala Plena resaltó que las medidas a adoptar eran las siguientes:

“(i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario”.

4.8. Para terminar, en la sentencia SU-288 de 2015,⁶⁴ la Corte se pronunció sobre la necesidad de motivar los actos administrativos que deciden el retiro de un miembro de la fuerza pública o la desvinculación de un funcionario nombrado en provisionalidad y si, en los casos particulares, se había

⁶³ Corte Constitucional, sentencia SU-556 de 2014 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; AV Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa).

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-288 de 2015 (MP Mauricio González Cuervo; AV María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva).

desconocido el precedente constitucional sobre la materia. En esta oportunidad, la Corte reiteró que la motivación de los actos administrativos que disponen la desvinculación de funcionarios en provisionalidad se debe enfocar en la aptitud del funcionario para un cargo público y no puede contener apreciaciones generales y abstractas.

4.9. En suma, la Constitución y la ley consagran las formas en que una persona puede vincularse o ser retirada de los empleos públicos que, por regla general, son de carrera administrativa y deben proveerse mediante concurso. No obstante, en ciertas circunstancias la provisión de los empleos de carrera puede hacerse de manera provisional.

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, existe una obligación de motivar los actos administrativos que declaran la insubsistencia de los nombramientos de funcionarios en cargos de carrera que se encuentran en provisionalidad, de los que se predica una estabilidad relativa. Para la Corte, las facultades discrecionales absolutas dentro del Estado Social de Derecho se pueden confundir con arbitrariedad, razón por la cual, la motivación de dichos actos (i) es una expresión del principio democrático y de publicidad, (ii) permite su control judicial efectivo y (iii) garantiza la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

5. La protección de las madres cabeza de familia

5.1. La Constitución Política consagra en su artículo 43 la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres, la prohibición de discriminación en favor de las mujeres, así como la asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto. Finalmente, el segundo inciso consagra que “[e]l estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

5.2. Posteriormente, la Ley 82 de 1993, por la cual se expidieron normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia, definió dicho concepto en los siguientes términos:

“Artículo 2o. Para los efectos de la presente ley, entiéndese por ‘Mujer Cabeza de Familia’, quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

Parágrafo. Esta condición y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo”.

5.3. Por su parte, el artículo 3 de la Ley 82 de 1993 consagra que es obligación del Gobierno Nacional establecer mecanismos para dar especial protección a la mujer cabeza de familia y promover, entre otras cosas, trabajos dignos, estables y fomentar el desarrollo empresarial.

5.4. A su vez, la Ley 790 de 2002, por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República, estableció la protección de madres cabeza de familia en su artículo 12, en los siguientes términos:

“Artículo 12. Reglamentado por el artículo 12 del Decreto Nacional 190 de 2003 Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.”⁶⁵

5.5. En materia jurisprudencial, la Corte Constitucional en la sentencia SU-388 de 2005,⁶⁶ expuso que las acciones afirmativas en favor de la mujer se derivan del artículo 13 de la Constitución y difieren de la especial protección que debe garantizar el Estado a las madres cabeza de familia, *“cuyo fundamento es el artículo 43 de la Carta, pues estas últimas plantean un vínculo de conexidad directa con la protección de los hijos menores de edad o discapacitados, donde es razonable suponer que la ayuda ofrecida redundará en beneficio de toda la familia y no de uno de sus miembros en particular”*. Además, la Sala plena resaltó que *“no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar”* y estableció una serie de presupuestos para que opere la protección a estas mujeres, a saber:

“(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que

⁶⁵ Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-044 de 2004, en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-388 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández; SV, Jaime Araújo Rentería). Los criterios establecidos en dicha providencia han sido reiterados en las sentencias T-303 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-835 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-316 de 2013 (MP Alberto Rojas Ríos; AV Luis Ernesto Vargas Silva), T-345 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-534 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

aquella se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia”.⁶⁷

5.6. Esta Corporación sostuvo en varias sentencias que la protección de las madres cabezas de familia junto con la exigencia de acciones afirmativas a favor de este grupo está dada por la Constitución Política⁶⁸ y no por “*disposiciones legales como la ley 790 de 2002 o la Ley 812 de 2003, en la que se regulaba el denominado retén social*”.⁶⁹ Adicionalmente, la Sala Primera de Revisión en la sentencia T-992 de 2012,⁷⁰ adujo que la protección de este grupo de personas se aplica en los contextos de reformas institucionales que impliquen cambios de personal. En palabras de la Sala:

“[E]s conveniente aclarar que este deber de protección especial deber de protección especial se aplica a todos los contextos de reformas institucionales que impliquen transformaciones y cambios de personal. En todos ellos, las entidades tienen el deber de adoptar medidas especiales a favor de las madres cabeza de familia. No importa que dichas reformas no se surtan en el marco de la Ley 790 de 2002”.⁷¹

5.7. De esta manera, la Corte estudió varias acciones de amparo en las que se desvincularon empleados de instituciones que no hacían parte del plan de renovación de la administración pública previsto en la Ley 790 de 2002, pero

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-388 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández; SV, Jaime Araújo Rentería).

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia T-641 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño), en la que la Sala Cuarta de Revisión determinó que las acciones afirmativas a favor de las madres cabeza de familia no se fundan en “las disposiciones de origen legislativo sobre reforma estatal, sino en expresos mandatos constitucionales que obligan a otorgar una discriminación positiva que garantice la estabilidad laboral de las madres cabeza de familia con una intensidad mayor que los demás servidores públicos”. Adicionalmente, expuso que “no puede predicarse válidamente que la protección laboral de tales sujetos dependa de la pertenencia al plan de renovación de la administración pública o de la declaratoria de inexistencia del límite temporal de la estabilidad en el empleo previsto en la Ley 812 de 2003”. Las consideraciones expuestas fueron reiteradas en las providencias T-1183 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-773 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-846 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-200 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-356 de 2006 (MP Alfredo Beltrán Sierra) y T-953 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil).

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia T-846 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil).

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia T-992 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa).

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia T-992 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa).

en casos en los que (i) se disminuyó el número de trabajadores ante la posible liquidación de una entidad⁷² o por condiciones financieras adversas,⁷³ (ii) se suprimieron empleos de la planta de personal en procesos de reestructuración administrativa⁷⁴ y (iii) se adelantó un proceso interno de reorganización institucional para crear una planta de empleo temporal.⁷⁵

5.8. Particularmente, esta Corporación también revisó varias acciones de tutela en las que los nombramientos en cargos de carrera en provisionalidad de varias madres y un padre cabeza de familia se declararon insubsistentes y en las que se demandaron entidades que no hacían parte del plan de renovación de la administración pública en los términos de la Ley 790 de 2002.

5.9. En la sentencia T-800 de 1998,⁷⁶ la Sala Novena de Revisión estudió el caso de una accionante que se desempeñaba como Auxiliar de Enfermería en el Hospital San Roque del municipio de Pradera, en provisionalidad, y que su nombramiento fue declarado insubsistente pese a ser “*madre soltera*” ya que tenía a cargo a su hijo con diagnóstico de bronconeumonía. La entidad señaló que en virtud de las leyes 62 de 1987 y 27 del año 1992, dichos cargos no podían ser ocupados por más de 4 meses.

5.9.1. La Sala consideró que los procesos de reestructuración al interior de entidades públicas garantizan el cumplimiento de los principios de la función administrativa (artículo 209, Constitución Política de Colombia).

5.9.2. De la misma manera, aseguró que no existe un derecho fundamental a permanecer en el cargo por lo que, en principio, no se puede amparar por tutela y que la accionante solo podía ser desvinculada del cargo por una justa causa disciplinaria o si se proveía el cargo de manera definitiva a través de un concurso de mérito. Por lo anterior, la Sala amparó los derechos de la accionante de manera transitoria y otorgó un plazo de cuatro meses para que iniciara el proceso correspondiente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

5.10. A su vez, en la sentencia T-752 de 2003,⁷⁷ la Corte estudió el caso de una actora que solicitó el amparo de sus derechos debido a que se declaró la insubsistencia de su nombramiento en el cargo de auxiliar administrativo, código 5120, grado 10, a pesar de ser madre cabeza de familia. La Sala Novena determinó que la peticionaria ocupaba un cargo de carrera que ejercía en provisionalidad y que la Administración solo la podía desvincular “*por motivos disciplinarios, porque se convocara a concurso para llenar la plaza de manera definitiva o por razones del servicio*”.

5.10.1. En el caso particular, la Sala determinó que la vulneración de los

⁷² Corte Constitucional, sentencia T-641 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).

⁷³ Corte Constitucional, sentencia T-773 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil).

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia T-846 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil).

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia T-992 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa).

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia T-800 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia T-752 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

derechos estaba dada por la falta de motivación de la resolución que declaró la insubsistencia de su nombramiento por lo que revocó la sentencia de segunda instancia, concedió el amparo transitorio de los derechos y ordenó reintegrar a la actora al cargo que venía ocupando cuando fue desvinculada, o a uno de mejor categoría mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo resolvía dicha controversia.

5.11. En las sentencias T-1240 de 2004,⁷⁸ T-597 de 2004,⁷⁹ T-951 de 2004,⁸⁰ T-031 de 2005⁸¹ y T-1248 de 2005⁸² la Corte centró su análisis en los casos de varias madres y un padre cabeza de familia que solicitaron el amparo de sus derechos, ante la decisión de las entidades demandadas de declarar insubsistentes sus nombramientos. En todos los casos, se hicieron consideraciones con respecto a la obligación de motivar el acto administrativo de desvinculación de un servidor público que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera administrativa y en consecuencia, las Salas concedieron el amparo de los derechos y ordenaron a las accionadas a proferir los actos administrativos de insubsistencia debidamente motivados, so pena de reintegrar a las peticionarias en los eventos en que dichos actos (i) no se expidieran o (ii) no contaran con motivos suficientes y consistentes con la normatividad aplicable.

5.12. Para terminar, en la sentencia T-108 de 2009,⁸³ la Sala Segunda de Revisión estudió un caso en el que una accionante demandó al Municipio de Mocoa quien declaró la insubsistencia de su nombramiento en el cargo de “*Técnico operativo sisben municipal, grado 05, código 314*” sin motivar dicho acto y sin tener en cuenta su condición de madre cabeza de familia. La Sala determinó que la desvinculación de la accionante no se fundó en motivos disciplinarios ni por la convocatoria de un concurso de mérito, razón por la

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia T-1240 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil). En esa oportunidad, la Sala Quinta revisó la acción de tutela interpuesta por una mujer, luego de que se declarara la insubsistencia de su nombramiento en el cargo de Inspector de Policía rural de Bonafont, código 406, grado 1, nivel técnico, sin considerar que tenía a cargo a su hija, su madre y su abuela.

⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia T-597 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). La Sala Tercera de Revisión examinó el caso de una accionante, madre cabeza de familia, cuyo nombramiento en el cargo denominado Técnico Administrativo 4065-13 dependiente de la Oficina Territorial de Tequendama y Alto Magdalena de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR) se declaró insubsistente.

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia T-951 de 2004 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra). En dicha providencia, la Sala Sexta estudió el caso de una madre cabeza de familia que se desempeñaba en provisionalidad en el cargo de Secretaria Código 540-04 en el Despacho del Secretario de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Risaralda, y cuyo nombramiento se declaró insubsistente sin motivación.

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia T-031 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño). En este caso, el actor señaló que su nombramiento en el cargo de Investigador judicial 1, del Cuerpo Técnico de Investigación, Seccional - Valle del Cauca- Cali se declaró insubsistente. Adicionalmente, puso de presente que en cumplimiento del servicio sufrió una discopatía lumbalgica severa y que de su salario dependía su esposa y sus tres hijos.

⁸² Corte Constitucional, sentencia T-1248 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño). En esta oportunidad, la Sala estudió la acción de amparo interpuesta por una accionante contra la Central de Urgencias Louis Pasteur ESE, cuyo nombramiento fue declarado insubsistente. En este caso la accionante manifestó ser madre cabeza de familia y que ya le había conferido poder a un abogado para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

⁸³ Corte Constitucional, sentencia T-108 de 2009 (MP Clara Helena Reales Gutiérrez).

cual, concedió el amparo de sus derechos como mecanismo transitorio, ordenó el reintegro de la peticionaria, sin solución de continuidad y le advirtió que debía interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

5.13. Como se evidencia, en estas sentencias la Corte ha concluido que la decisión de las entidades demandadas de declarar insubsistentes los nombramientos en cargos de carrera, en provisionalidad, de personas cabeza de familia debe hacerse mediante acto administrativo motivado. En la mayoría de los casos se concedió el amparo de los derechos de manera transitoria y, dependiendo el caso, se ordenó (i) el reintegro de la persona, (ii) que se motivaran los actos administrativos que declaraban la insubsistencia y se reintegrara la persona al cargo que ocupada o uno mejor, mientras la controversia se resolvía al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o (iii) que se expidieran los actos administrativos de insubsistencia debidamente motivados, so pena de reintegrar a las peticionarias en los eventos en que dichos actos no se expidieran o no contaran con motivos suficientes y consistentes con la normatividad aplicable.

5.14. De otra parte, resulta necesario referirse a la sentencia C-640 de 2012⁸⁴ en la que la Corte estudió las Objeciones Gubernamentales al Proyecto de Ley Nro. 54 de 2010 Senado, 170 de 2010 Cámara, por la cual se quería implementar un retén social para garantizar la estabilidad laboral a grupos vulnerables. Específicamente, el Gobierno Nacional objetó el artículo 1 (literales a, d, y e), así como el artículo 2 del proyecto de ley, por razones de inconstitucionalidad.

5.14.1. Particularmente, el artículo 1 del proyecto establecía un retén social para los servidores públicos que se encontraran nombrados en provisionalidad, de manera que no fueran separados de su cargo, salvo por las causales contenidas en la respectiva ley de carrera, si cumplía alguna de las siguientes condiciones:

- “a) Ser Madre o Padre cabeza de familia sin alternativa económica.
- b) Estar en condición de cualquier tipo de discapacidad.
- c) Sufrir enfermedad que implique tratamiento continuo o de tipo terminal, mantendrán su vinculación laboral hasta la culminación del tratamiento respectivo o la muerte.
- d) Estar próximo a pensionarse, esto es que le falten tres años o menos para acceder al derecho a la pensión.
- e) Encontrarse laborando en zonas de difícil acceso y/o en situación crítica de inseguridad”. (los literales subrayados fueron los objetados por el Gobierno Nacional)

5.14.2. El argumento central del Gobierno era que el proyecto otorgaba un beneficio que desconocía *“los méritos y calidades como criterios objetivos para poder determinar quiénes se encuentran en mejores condiciones para*

⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia C-640 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa; AV Mauricio González Cuervo).

acceder al servicio público, de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución". Por su parte, la Sala Plena se refirió a la carrera administrativa, la libertad de configuración legislativa en la materia y la provisión de cargos en provisionalidad.

5.14.3. La Corte se pronunció con respecto a la carrera administrativa como pilar del Estado Social de Derecho, para lo cual citó la sentencia C-588 de 2009,⁸⁵ reiteró que los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera administrativa deben ser de carácter temporal y expuso que para los funcionarios en esta modalidad no existe *"un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en dicha carrera y han sido elegidos mediante concurso"*.

5.14.4. Para pronunciarse sobre las objeciones formuladas, esta Corporación aplicó un juicio de proporcionalidad estricto y determinó que, aunque el fin del proyecto de ley era legítimo, importante y constitucionalmente imperioso, el medio empleado estaba constitucionalmente prohibido ya que desconocía los principios y valores constitucionales debido a que pretendía otorgar *"permanencia y estabilidad de manera indefinida en cargos de carrera administrativa a personas que no han accedido a ellos en virtud del mérito"*.

5.14.5. Para la Corte, el medio tampoco era necesario pues las personas de las condiciones previstas en el proyecto podían presentarse al concurso de méritos y porque los servidores que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad solo tienen una estabilidad intermedia. Sobre este punto, la Sala Plena expuso lo siguiente:

“[E]n relación con las madres y padres cabeza de familia, las personas que estén próximas a pensionarse (a las que les faltan tres años o menos para cumplir los requisitos), y las personas en situación de discapacidad,⁸⁶ nombrados provisionalmente en cargos de carrera administrativa cuya vacancia es definitiva, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que tienen derecho a recibir un tratamiento preferencial. Este, consiste en prever mecanismos para garantizar que los servidores públicos en las condiciones antedichas, sean los últimos en ser desvinculados cuando existan otros cargos de igual naturaleza del que ocupan vacantes. En cualquiera de las condiciones descritas no se otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, pero su

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia C-588 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SV Nilson Pinilla Pinilla; Mauricio Gonzalez Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto), en la que la Corte se pronunció con respecto a la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2008, *"por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política"*.

⁸⁶ *"Sentencia SU-446 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. Jorge Iván Palacio Palacio; SPV. Humberto Antonio Sierra Porto; AV. Luís Ernesto Vargas Silva)"*.

condición de debilidad manifiesta hace que la administración deba otorgarles un trato especial.”⁸⁷

5.14.6. Por lo anterior, la Corte Constitucional declaró fundadas las objeciones gubernamentales formuladas al Proyecto de Ley Nro. 54 de 2010 Senado, 170 de 2010 Cámara y, en consecuencia, declaró inexecutable los literales a, d y e del artículo 1, así como el artículo 2 del proyecto de ley.

5.15. En conclusión, el marco jurídico de la protección de las madres cabeza de familia se concreta en los artículos 13 y 43 de la Constitución Política, la Ley 82 de 1993 y el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, que consagra el retén social en favor, entre otras personas, de las mujeres cabeza de familia en el marco del programa de renovación de la administración pública.

5.15.1. No obstante, esta Corporación ha sido enfática al sostener que las acciones afirmativas a favor de las madres cabeza de familia se fundan en mandatos constitucionales por lo que su protección laboral no depende de la pertenencia al plan de renovación de la administración pública o de límites temporales.

5.15.2. Para la Corte, la condición de padre o madre cabeza de familia se acredita cuando la persona (i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental.

5.15.3. Adicionalmente, este Tribunal se pronunció sobre el establecimiento de un retén social para garantizar la estabilidad laboral de madres y padres cabeza de familia, las personas que estén próximas a pensionarse y aquellas que trabajen en zonas de difícil acceso y/o en situación crítica de inseguridad, nombrados provisionalmente en cargos de carrera administrativa. En este caso, se indicó el mérito prima como criterio objetivo para determinar el acceso al servicio público y que los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos prevalecen sobre los de las personas que se encuentran en provisionalidad, sin olvidar que quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta merecen un trato especial.

6. Caso concreto

6.1. La señora Evelin María Cotes Sierra, de 37 años de edad, presentó acción

⁸⁷ “Así lo señaló la Corte en la Sentencia SU-446 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. Jorge Iván Palacio Palacio; SPV. Humberto Antonio Sierra Porto; AV. Luís Ernesto Vargas Silva), al pronunciarse sobre el alcance del registro de elegibles que profirió la Fiscalía General de la Nación para las seis convocatorias que la entidad abrió en el año 2007 respecto de los funcionarios nombrados en provisionalidad que consideraban que tenían derecho a permanecer en sus cargos porque tenían una condición especial que obligaba a que se les brindase un trato preferente, por ejemplo, porque se hallaban en situación de discapacidad”.

de tutela actuando a través de apoderado y solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al mínimo vital, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social y a la protección de las madres cabeza de familia, presuntamente vulnerados por la Alcaldía del Distrito de Riohacha (La Guajira) que la desvinculó del cargo denominado Técnico Administrativo (código 367, grado 01).

6.2. Mediante el Decreto 015 de 2011 se “*modificó la planta de personal nivel central de la Alcaldía Mayor de Riohacha adicionándole los veintiún (21) empleos de carrera creados*”. Posteriormente, a través del Decreto 301 de 2011, el Alcalde Mayor de Riohacha (La Guajira) nombró en provisionalidad a 12 personas que quedaron adscritas a la Secretaría de Desarrollo Social y Educación Municipal.⁸⁸ En esa oportunidad, la señora Evelin María Cotes Sierra fue nombrada en el cargo de Técnico Administrativo (código 367, grado 01).

6.3. El Decreto 301 de 2011 fue demandado por 5 actores quienes manifestaron que el acto administrativo se fundaba en una falsa motivación pues señalaba, de manera equivocada, que no existían personas de carrera administrativa que cumplieran los requisitos para ser encargados. Mediante sentencia del 21 de marzo de 2014, el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Riohacha profirió sentencia de primera instancia en la que negó las pretensiones de nulidad y restablecimiento de derechos.

6.4. En sentencia del 28 de julio de 2015, el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira declaró la nulidad del acto administrativo objeto de controversia pero no accedió a la pretensión de restablecimiento del derecho pues los demandantes no demostraron el cumplimiento de los requisitos para acceder a los empleos en la modalidad de encargo.⁸⁹

6.5. Las personas que fueron nombradas en provisionalidad por el Decreto 301 de 2011 presentaron acción de tutela contra las providencias judiciales del Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Riohacha y del Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira que se pronunciaron con respecto a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. Las Secciones Segunda y Cuarta del Consejo de Estado declararon la improcedencia de la acción de amparo interpuesta en sentencias del 24 de noviembre de 2015 y del 10 de octubre de 2016.

6.6. El Alcalde Distrital de Riohacha profirió varios actos administrativos para acatar la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira, de manera que (i) se adelantaran las actuaciones administrativas tendientes a que se desarrollara “*un proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa en vacancia definitiva de la planta de*

⁸⁸ El Decreto 015 de 2011, proferido por el Alcalde Mayor de Riohacha (La Guajira), se anexó junto con la demanda de tutela. Folios 13-16 del cuaderno principal.

⁸⁹ La copia de la sentencia del 28 de julio de 2015 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira se encuentra a folios 26-53 del cuaderno principal del expediente.

personal administrativa de la Secretaría de Educación del Distrito”⁹⁰ y (ii) se retirara del servicio público a las 12 personas que habían sido nombradas en provisionalidad por el Decreto 301 de 2011, entre las que se encontraba la señora Evelin María Cotes Sierra.⁹¹

6.7. La señora Cotes Sierra contrajo matrimonio con el señor Jhon Alex Córdoba Rodríguez, de cuya unión nació Daniel David Córdoba Cotes el 23 de febrero de 2012. Con posterioridad, en providencia del 7 de mayo de 2013 se declaró el divorcio.

6.8. La accionante señaló en la tutela que el señor Jhon Alex Córdoba Rodríguez abandonó el hogar después del divorcio y no responde económicamente por su hijo, motivo por el cual, lo demandó ante un juzgado de familia. De la misma manera, aseguró que es madre cabeza de familia pues su hijo depende de ella.

6.9. Finalmente, indicó que el ente territorial vulneró sus derechos fundamentales pues el literal k del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 contempla que el retiro de empleados en cargos de provisionalidad puede darse por orden o decisión judicial. No obstante, expuso que la sentencia “*que ellos invocan en ningún momento ordenó retirarla del servicio*”.⁹²

6.10. En este caso, el Juzgado Primero Penal Municipal de Riohacha (La Guajira), en primera instancia, negó el amparo de los derechos. No obstante, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha (La Guajira), en segunda instancia, revocó la providencia del *a quo*, amparó los derechos fundamentales de la actora y ordenó el reintegro de la accionante.

6.11. Luego de las sentencias de tutela, la Gerencia en Educación del Distrito de Riohacha, creada en virtud de la Resolución 0459 de 2017, realizó varias actuaciones administrativas para nombrar en encargo los 21 empleos vacantes en la Secretaría de Educación Distrital de Riohacha, entre los que se encuentran los 12 empleos que fueron provistos por medio del Decreto 301 de 2011.⁹³ Las últimas actuaciones administrativas datan de mediados del mes de

⁹⁰ La Resolución Nro. 0951 del 11 de noviembre de 2016 proferida por el Alcalde Distrital de Riohacha se anexó junto con la demanda de tutela. Folios 18-19 del cuaderno principal del expediente.

⁹¹ Por medio del Decreto 007 del 2017 (Corregido por el Decreto 020 de 2017) se retiró del servicio público a las 12 personas que habían sido nombradas en provisionalidad por el Decreto 301 de 2011. Folios 20-25 del cuaderno principal del expediente.

⁹² Folio 2 del cuaderno principal del expediente.

⁹³ Entre las actuaciones llevadas a cabo por la Gerencia en Educación del Distrito de Riohacha se encuentran las siguientes: (i) adelantó una reunión con los directivos de los sindicatos ASODEGUA y SINTRENAL para conformar la comisión de personal y establecer el plan de trabajo, (ii) estudió 211 hojas de vida de los funcionarios administrativos adscritos a la planta de la Secretaría de Educación Distrital de Riohacha, (iii) convocó a elección a los representantes de los trabajadores para conformar la comisión de personal para el periodo 2017-2019 de la Secretaría de Educación, (iv) realizó la gestión para la asignación de usuario a las representantes de los empleados en el aplicativo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, (v) solicitó a la Alcaldía Distrital de Riohacha la certificación del manual de funciones, (vi) publicó la convocatoria interna Nro. 001 para proveer los empleos en la modalidad de encargo y, finalizada la fase de postulación, (vii)

diciembre de 2017 y mediante las mismas se terminó la fase de postulación, se realizó el estudio del cumplimiento de requisitos y puso en conocimiento de los interesados el resultado de validación de la verificación de postulaciones. No obstante, para el cargo que ocupa la accionante, ninguna de las tres aspirantes cumplió con los requisitos de formación y experiencia requeridos para el encargo.

6.12. Ahora bien, en aras de resolver el problema jurídico planteado, la Sala se referirá con respecto a los siguientes aspectos: (i) la condición de madre cabeza de familia de la accionante, (ii) la sentencia proferida el 28 de julio de 2015 por el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira, a través de la cual se declaró la nulidad del Decreto 301 de 2011, (iii) los actos administrativos por medio de los cuales la Alcaldía del Distrito de Riohacha (La Guajira) retiró del servicio a las personas nombradas en provisionalidad por el decreto declarado nulo, y (iv) las actuaciones administrativas adelantadas por la Gerencia en Educación del Distrito de Riohacha para proveer los cargos creados por el Decreto 014 de 2011.

6.13. Para comenzar y como se dejó claro en la parte considerativa de esta sentencia, la protección de las madres cabeza de familia en el sector público no está supeditada a la existencia de un proceso de renovación de la administración pública, por lo que la Corte ha revisado sentencias en las que la desvinculación de estas personas se presentó en escenarios de liquidación de entidades, supresión de empleos por reestructuración administrativa y procesos internos de reorganización institucional para crear una planta de empleo temporal, ajenos al marco del artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

En el caso que nos ocupa, la desvinculación de la señora Cotes Sierra no se dio en el marco del proceso de renovación de la administración pública, ni por la liquidación, supresión de empleos por reestructuración administrativa o por un proceso interno de reorganización de la demandada. Por el contrario, su retiro del servicio público se dio en cumplimiento de una sentencia judicial, lo que representa un motivo suficiente para apartarla del cargo, tal como se explicará más adelante.

6.14. En segundo lugar, en la sentencia SU-388 de 2005,⁹⁴ la Corte indicó que para tener la condición de cabeza de hogar es presupuesto indispensable:

“(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso

realizó el estudio del cumplimiento de requisitos y puso en conocimiento de los interesados el resultado de validación de la verificación de postulaciones.

⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-388 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández; SV, Jaime Araújo Rentería).

como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”.⁹⁵

6.14.1. En el caso particular, la señora Evelin María Cotes Sierra sostuvo que el padre de su hijo no responde económicamente por este y que el menor de edad vive y depende enteramente de ella. Para demostrar dicha dependencia aportó (i) certificación del colegio donde estudia Daniel David Córdoba Cotes en la que se indica que es la responsable y la acudiente del niño,⁹⁶ (ii) certificado de afiliación de salud en el consta que el menor de edad es su beneficiario,⁹⁷ (iii) declaraciones extrajuicio de los años 2014, 2015 y 2017 en las que varias personas manifiestan que la señora Cotes Sierra tiene la custodia de su hijo, quien depende totalmente de ella,⁹⁸ y (iv) la constancia del fracaso de la diligencia de conciliación celebrada el 16 de enero de 2013 entre Jhon Alex Córdoba Rodríguez y Evelin María Cotes Sierra ante la Defensora de Familia C-Z Riohacha 2.⁹⁹

6.14.2. Las declaraciones extrajuicio y la constancia del fracaso de la audiencia de conciliación fueron los elementos materiales probatorios que llevaron al Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha (La Guajira), en segunda instancia, a dar por probada la calidad de madre cabeza de familia de la peticionaria y a ordenar su reintegro en el cargo denominado Técnico Administrativo (código 367, grado 01).

6.14.3. Ahora bien, la accionante solo presentó, junto con la demanda de tutela, la copia del acta de la audiencia de conciliación del 16 de enero de 2013, en la que no se llegó a un acuerdo con respecto al aumento de la cuota alimentaria. Pese a que el reparto de la tutela fue el 10 de marzo de 2017, la actora omitió señalar y adjuntar los documentos en los que consta que (i) en audiencia celebrada el 9 de octubre de 2012 ya se había fijado, de mutuo acuerdo, una cuota de doscientos mil pesos mensuales (\$200.000) así como el régimen de visitas¹⁰⁰ y (ii) en conciliación del 4 de abril de 2013 celebrada ante el Juzgado de Familia de Riohacha se aumentó la cuota a doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000).¹⁰¹

6.14.4. Para la Sala resulta censurable la forma de proceder de la parte accionante que dejó de referirse y presentar los documentos mediante los cuales se podía demostrar la existencia de un acuerdo con respecto a los alimentos del menor de edad, elementos probatorios vitales para la adopción de la decisión en primera y segunda instancia en sede de tutela.

⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-388 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández; SV, Jaime Araújo Rentería).

⁹⁶ Folio 64 del cuaderno principal del expediente.

⁹⁷ Folio 65 del cuaderno principal del expediente.

⁹⁸ Folios 67, 69, 71 y 72 del cuaderno principal del expediente.

⁹⁹ Folios 73-74 del cuaderno principal del expediente.

¹⁰⁰ Folios 57-58 del cuaderno de Secretaría del expediente.

¹⁰¹ Folio 62 del cuaderno de Secretaría del expediente.

6.14.5. Lo anterior es relevante pues, en el caso objeto de revisión, la responsabilidad del sostenimiento de Daniel David Córdoba Cotes no recae de manera permanente y exclusiva en la señora Evelin María Cotes Sierra. Pese a que la peticionaria señaló en la tutela que el padre de su hijo “*abandonó el hogar después del divorcio y no responde económicamente con su menor hijo*”, lo que se demostró en sede de revisión es que el acuerdo con respecto a los alimentos se adoptó de mutuo acuerdo, por lo que no es cierto que el señor Jhon Alex Córdoba Rodríguez se haya sustraído de sus obligaciones como padre, tal y como lo quería hacer ver la tutelante.

6.14.6. Por lo tanto, para la Sala no está demostrada la calidad de madre cabeza de familia de la actora, quien además cuenta con el apoyo de su madre para el cuidado de su hijo y recibe una cuota de alimentos del padre de este. Para terminar este punto, aunque la señora Cotes Sierra puso de presente en sede de revisión que el pago de la cuota alimentaria no se hacía siempre de manera cumplida, esto no constituye un elemento para dar por demostrada la sustracción del cumplimiento de las obligaciones por parte del padre y la condición de madre cabeza de familia de la accionante.

6.14.7. En todo caso, aunque se hubiera demostrado la condición de cabeza de familia de la peticionaria, esta circunstancia no prevalecería frente al derecho de la persona que acceda al cargo mediante los mecanismos para la provisión definitiva de los empleos de carrera.¹⁰²

6.15. En tercer lugar, es necesario resaltar que el Decreto 301 de 2011, mediante el cual se nombró en provisionalidad a la señora Evelin María Cotes Sierra y a 11 personas más, fue declarado nulo en providencia del Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira del 28 de julio de 2015. Aunque dicha providencia fue atacada en sede de tutela por los afectados, tanto la Sección Segunda como la Sección Cuarta del Consejo de Estado declararon la improcedencia de dicha acción de amparo, por lo que la sentencia se encuentra en firme y sus efectos no fueron alterados luego del escrutinio de los jueces constitucionales.

6.15.1. De acuerdo con lo antes expuesto, el Alcalde Distrital de Riohacha expidió el Decreto 007 del 2017 (corregido por el Decreto 020 de 2017) en estricto cumplimiento de la decisión judicial antes reseñada sobre la cual no hay tacha alguna y, en consecuencia, ordenó que las 12 personas que habían sido nombradas en provisionalidad por el Decreto 301 de 2011 fueran retiradas del servicio público.

6.15.2. A juicio del apoderado de la señora Cotes Sierra, esta no podía ser desvinculada del cargo denominado Técnico Administrativo (código 367, grado 01) en virtud del literal k del artículo 41 de la Ley 909 de 2004,¹⁰³ pues

¹⁰² Corte Constitucional, sentencia C-640 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa; AV Mauricio González Cuervo).

¹⁰³ De acuerdo con el literal k del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se puede presentar por orden o decisión judicial.

la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira no ordenó retirarla servicio expresamente.

6.15.3. Para la Sala es necesario desestimar este argumento esbozado por la parte accionante, pues el artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que se refiere a la pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo, resalta que “[s]alvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.¹⁰⁴

6.15.4. Ante tal evidencia, resulta claro que, aunque la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira no ordenó de manera específica el retiro de cada una de las personas nombradas en el Decreto 301 de 2011, sí anuló dicho acto administrativo que, por lo tanto, no surte efecto alguno.

6.15.5. Además, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el acto administrativo de nombramiento genera una situación impersonal y objetiva, así como situaciones subjetivas.¹⁰⁵ A su vez, la Corte Constitucional reconoció que el “nombramiento es un acto-condición que implica la designación que el Estado hace, por conducto del funcionario o corporación competente, en cabeza de una persona para ejercer las funciones, deberes y responsabilidades que el ordenamiento jurídico ha previsto respecto de un determinado cargo”.¹⁰⁶

6.15.6. En el caso objeto de análisis, aunque se hubiera demostrado la calidad de cabeza de familia de la peticionaria, la protección derivada de esta condición no sería procedente dado que el acto mediante el cual se hizo su nombramiento se declaró nulo. De tal manera, sería desproporcionado garantizar las acciones afirmativas en favor de las madres cabeza de hogar a la señora Cotes Sierra dado que se desvirtuó su vínculo con la administración o su relación legal y reglamentaria.

¹⁰⁴ Ley 1437 de 2011. Artículo 91. “Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos: 1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. || 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho. || 3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos. || 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto. || 5. Cuando pierdan vigencia”.

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Expediente Nro. 5735, sentencia del 13 de julio de 1982. CP. Joaquín Vanín Tello.

¹⁰⁶ Corte Constitucional, sentencia T-003 de 1992 (MP José Gregorio Hernández Galindo), en la que la Sala Tercera de Revisión indicó que el nombramiento es un “acto condición que implica designación que el Estado hace, por conducto del funcionario o corporación competente, en cabeza de una persona para que ejerza las funciones, deberes y responsabilidades que el ordenamiento jurídico ha previsto respecto de un determinado cargo, y la posesión, es decir, el hecho en cuya virtud la persona asume, en efecto, esas funciones, deberes y responsabilidades, bajo promesa solemne de desempeñarlos con arreglo a la Constitución y la ley”. La anterior definición se reiteró en las sentencias T-457 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón) y T-509 de 1993 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

6.16. Por lo anterior, la Sala revocará la sentencia del 12 de mayo de 2017, proferida en segunda instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha (La Guajira), que amparó los derechos fundamentales de la señora Evelin María Cotes Sierra. En su lugar, confirmará la sentencia emitida el 29 de marzo de 2017 por el Juzgado Primero Penal Municipal de Riohacha (La Guajira), mediante la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales de la accionante.

6.17. Para terminar, la Gerencia en Educación del Distrito de Riohacha ya adelantó el proceso para proveer en encargo los 21 empleos creados por la Alcaldía Distrital de Riohacha, entre los que se encuentran los 12 cargos que habían sido provistos a través del Decreto 301 de 2011. Pese a ello, en la Resolución Nro. 977 de 2017 se puso en conocimiento de los interesados el resultado *“de la verificación de hojas de vida de los aspirantes que opcionaron a las vacantes creadas mediante Decreto 014 de 2011 expedido por la Alcaldía Distrital de Riohacha”* y ninguna de las aspirantes para el cargo Técnico Administrativo (código 367, grado 01) cumplió los requisitos de formación y experiencia.

6.18. Así las cosas, aunque a la accionante no le asiste el derecho de permanecer en el cargo en virtud de la protección de las madres cabeza de familia ya que no se demostró esa condición, en vista de que continuó desempeñando sus funciones por orden del Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha (La Guajira) y que su cargo no puede ser provisto por encargo, la entidad goza de discrecionalidad para decidir si permite que la señora Evelin María Cotes Sierra continúe en el empleo, en provisionalidad, mientras que se da la provisión definitiva del mismo.

III. DECISIÓN

Una entidad pública (Alcaldía del Distrito de Riohacha, La Guajira) no vulnera los derechos fundamentales de una madre o un padre cabeza de familia (Evelin María Cotes Sierra) cuando, mediante un acto administrativo, retira a dicha persona del servicio en cumplimiento de una orden emitida en una sentencia judicial ejecutoriada, que declaró la nulidad del acto a través del cual se realizó el nombramiento del empleado. En estos casos, dado que la legalidad del acto administrativo de nombramiento se discutió al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las actuaciones llevadas a cabo por la administración se limitan a materializar los efectos de la providencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 12 de mayo de 2017, proferida en segunda instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha (La

Guajira), que amparó los derechos fundamentales de la señora Evelin María Cotes Sierra. En su lugar, **CONFIRMAR** por las razones expuestas en esta providencia la sentencia emitida el 29 de marzo de 2017 por el Juzgado Primero Penal Municipal de Riohacha (La Guajira), mediante la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales de la accionante.

SEGUNDO.- LIBRAR las comunicaciones –por la Secretaría General de la Corte Constitucional–, así como **DISPONER** las notificaciones a las partes –a través del juez de tutela de instancia–, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General