

TEMA: ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS – Contra estos actos no procede la acción de tutela, por cuanto el ordenamiento jurídico establece distintos instrumentos que permiten controvertirlos y dentro del proceso judicial ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, puede reclamar la suspensión provisional del acto que pregona irregular, mecanismo idóneo para hacer cesar la afectación de sus garantías fundamentales.

HECHOS: La accionante solicitó que se tutelara a su favor sus derechos, en razón a que fue desvinculada de su empleo como Profesional Universitario Código 2044, Grado 07 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en virtud de la causal de retiro del servicio por la provisión del empleo de las personas que ganaron el concurso de méritos para ostentar el mentado cargo. Mediante providencia del 2 de octubre de 2023, el a quo decidió ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF para que, en el evento en el que existan vacantes disponibles o en el caso de que existan vacantes futuras en provisionalidad, vincule a la señora accionante, a un cargo igual o equivalente al que ocupaba. Inconforme, el accionada impugnó la sentencia, pues no tienen la posibilidad de garantizarle la continuidad en el empleo, al no contar con margen de maniobra para postergar el nombramiento conforme a la lista de elegibles vigente. El problema jurídico se circunscribe a establecer si posible ordenar el reintegro de la accionante, quien ostentaba un cargo en provisionalidad, por su condición de debilidad manifiesta.

TESIS: (...) Sobre el carácter subsidiario que reviste esta acción y que deriva al mismo tiempo en excepcional, la Corte Constitucional ha sostenido que: “... El ya citado artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esto significa que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”. El carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial.(...) Ahora bien, tratándose de actos administrativos particulares, esta regla general de improcedencia se mantiene, por cuanto, en principio, ellos pueden ser controlados por el juez contencioso. Al respecto, este Tribunal ha sido enfático en señalar que contra estos actos no procede la acción de tutela, por cuanto el ordenamiento jurídico establece distintos instrumentos que permiten controvertirlos, bien sea dentro de una actuación administrativa, como es el caso de las nulidades y los recursos dentro del proceso –cuando ellos son procedentes–, o por fuera de este ante la jurisdicción contenciosa administrativa(...) Frente a este tema, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho constituye un mecanismo judicial idóneo para garantizar la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados en situaciones similares al caso objeto de estudio. En la sentencia STC7288 de 2023 con ponencia del magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo se explicó que (...) (...) En este orden de ideas, sin desconocer las circunstancias especiales que aduce la quejosa (relacionadas con su estado de salud y su supuesta condición de madre cabeza de familia), lo cierto es que, dentro del proceso judicial ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, puede reclamar la suspensión provisional del acto que

pregona irregular, mecanismo idóneo para hacer cesar la afectación de sus garantías fundamentales.”. (...) En la sentencia de la Corte Constitucional T-260 de 2018 se indicó que: “Concordante con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos con la Administración y proteger los derechos de las personas.(...) En este estado de cosas, lo solicitado por la actora no es predicable en este debate constitucional, porque no puede afirmarse que el medio judicial ordinario no sea idóneo o eficiente para controvertir las actuaciones que realizó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al dar por terminado su cargo en provisionalidad.

MP. GLORIA MONTOYA ECHEVERRI

FECHA: 22/11/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA DE TUTELA



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Familia

MAGISTRADA PONENTE: GLORIA MONTOYA ECHEVERRI

Impugnación: 050013110010 2023 00357 02

Radicado Interno (2023-274)

Sentencia Nro. 167 de 2023.

Medellín, veintidós de noviembre de dos mil veintitrés.

Discutida y aprobada mediante acta Nro. 205 del 22 de noviembre de 2023.

Considerando lo expuesto por la magistrada Luz Dary Sánchez Taborda, en la providencia del 20 de noviembre de este año, en la que le dio cumplimiento a lo ordenado por el artículo 10 del Acuerdo PCSJA17-10715 del 25 de julio de 2017 del Consejo Superior de la Judicatura, por derrota de ponencia, se decidirá la impugnación presentada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- en contra de la sentencia del 17 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado Décimo de Familia de Oralidad de Medellín, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Gloria Cecilia Gómez Vélez en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- y la Comisión Nacional del Servicio Civil, a la que se vinculó a *“los participantes del proceso de selección Nro. 2149 de 2021”*, los integrantes de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución 5596 del 17 de abril del corriente año emitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la señora María Isabel Ochoa Toro.

ANTECEDENTES

Mediante la Resolución Nro. 7938 de la Secretaría General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la accionante fue nombrada con carácter provisional en el

cargo profesional universitario, Código 2044, grado 07 de la planta de personal asignada a la Regional Antioquia de esa dependencia estatal¹.

En virtud del proceso de selección 2149 de 2021 desarrollado por la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer los empleos de carrera en vacancia definitiva pertenecientes al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la interesada el 7 de marzo del año anterior solicitó la estabilidad laboral reforzada por la causal de pre pensionada y el 21 de abril siguiente le fue reconocida por la Dirección de Gestión Humana². No obstante, el 12 de mayo le fue notificada la Resolución Nro. 3080³ que dio por terminado su cargo en provisionalidad, finalizando sus labores el 5 de julio de los corrientes y designando en período de prueba a la señora María Isabel Ochoa Toro, ganadora del concurso de méritos en comento.

El 27 de junio del año en curso, elevó un derecho de petición al instituto en mención⁴, solicitando la información acerca de su nombramiento en provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario Código 2044, grado 07 de su planta de personal, ante las vacantes definitivas que actualmente tiene la Regional de Antioquia y que no fueron provistas en el concurso de méritos, sin que a la fecha de la presentación de esta acción tutelar se le hubiere emitido alguna respuesta.

Por todo lo anterior, consideró vulnerados sus derechos al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital y a la igualdad, en virtud del *“derecho constitucional que le asiste, por faltarle menos de tres (3) [Sic] para acceder a la jubilación y gozar de la respectiva pensión por vejez, de acuerdo con los presupuestos de las normas laborales”* y al ser su única fuente de ingresos la derivada de su vinculación laboral, solicitando:

“Primera: ORDENAR al I.C.B.F. DIRECCIÓN DE GESTIÓN HUMANA que responda de fondo y completo el derecho de petición instaurado desde el día 27 de junio de 2023 en el cual se solicitó “...información concreta en cuanto a las vacantes definitivas y/o temporales que tiene el cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 07 (trabajo social) en el Departamento de Antioquia que no fueron provistas por el concurso de méritos vigente...”.

Segunda: ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que al momento mismo de materializarse lo dispuesto mediante la Resolución N° 3080 del 12 de mayo de 2023, esto es, la terminación de mi nombramiento en provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario Código 2044 grado 07 (trabajo social) adscrita al centro zonal aburrá sur del I.C.B.F. Regional Antioquia, se disponga mi nombramiento, sin solución de continuidad en un cargo de igual,

¹ Archivo 04 del cuaderno de primera instancia.

² Archivo 09 del cuaderno de primera instancia.

³ Ib. 10.

⁴ Ib. 07.

similar o de mejor categoría adscrito al área metropolitana del Valle de Aburrá a aquel que venía desempeñando hasta el momento de mi desvinculación, esto ya que respecto a mi especial situación existe amplio precedente judicial a nivel de Corte Constitucional en el que se señala que la estabilidad laboral reforzada en calidad de prepensionada goza de especial protección en el orden constitucional”.

El auto del 25 de julio de los corrientes que admitió⁵ esta acción constitucional en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC-, vinculó “a los demás participantes del “PROCESO DE SELECCIÓN No. 2149 de 2021” y en virtud de la nulidad decretada el 2 de octubre de los corrientes por la magistrada Luz Dary Sánchez Taborda, mediante auto del 4 del mismo mes y año se vinculó a la señora María Isabel Ochoa Toro y a los integrantes de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución Nro. 5596 del 17 de abril de 2023 de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

POSICIÓN DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS

El jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la **Comisión Nacional del Servicio Civil**⁶ indicó que el legitimado para resolver el problema jurídico es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien tiene la obligación de efectuar los nombramientos en período de prueba entre quienes ocupan un lugar en las listas de elegibles y evaluar cada caso concreto entre sus funcionarios con especial protección constitucional, así como garantizar el acceso al empleo público del elegible. Y que, de todas formas, al juez de lo contencioso administrativo le atañe la definición del asunto, pues la accionante tiene a su disposición los medios de control de nulidad y de restablecimiento del derecho para controvertir el acto administrativo del que se duele.

La representante legal del **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF-** explicó⁷ que en la actualidad no cuentan con margen de maniobra para postergar la provisión del empleo, porque las listas están conformadas por más elegibles que vacantes y que conforme a lo establecido por la Ley 1960 de 2019, se deben seguir usando durante su vigencia según el Acuerdo CNSC-2021202002816 del 21 de septiembre: “*por el cual se convoca y establecen las reglas del proceso de selección en las modalidades de ascenso y abierto en el I.C.B.F.*”, además, la lista de

⁵ Ib. 11.

⁶ Archivos 14 del cuaderno de primera instancia.

⁷ Archivo 42 del cuaderno de primera instancia.

elegibles, resultado de la convocatoria 2149 de 2021, constituye una causal objetiva para la terminación de la vinculación laboral de la accionante y los actos administrativos no son susceptibles de ser atacados a través de acción de tutela.

La señora **María Isabel Ochoa Toro** afirmó⁸ que su puesto actual fue alcanzado con méritos y siguiendo el debido proceso, por lo que le corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar responderle a la señora Gómez Vélez por su empleo, sin que su nombramiento resulte afectado.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El fallo de primera instancia del 17 de octubre de 2023 resolvió:

“PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental a la estabilidad laboral relativa o intermedia de la señora GLORIA CECILIA GÓMEZ VÉLEZ.

SEGUNDO: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF para que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de este proveído, en el evento en el que existan vacantes disponibles o en el caso de que existan vacantes futuras en provisionalidad, vincule a la señora GLORIA CECILIA GÓMEZ VÉLEZ, a un cargo igual o equivalente al que ocupaba.

TERCERO: INSTAR al “ICBF”, para que, de aquí en adelante, antes de proceder con el nombramiento de la lista de elegibles de aquellos que superan las etapas de los concursos de mérito que coordina, identifique con toda la cautela del caso, los cargos que están siendo ocupados por sujetos de especial protección constitucional y adopte en beneficio de estos empleados, las acciones afirmativas a las que haya lugar, lo anterior de acuerdo con las reglas jurisprudenciales emanadas de la Corte Constitucional.

CUARTO: DESVINCULAR de la presente acción a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, MARIA ISABEL OCHOA TORO y a la LISTA DE ELEGIBLES CONFORMADA MEDIANTE LA RESOLUCIÓN N° 5596 DEL 17 DE ABRIL DE 2023 por no haber vulnerado derecho fundamental alguno.

QUINTO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión en caso de no ser impugnada esta decisión...”⁹.

Con este menester consideró que, si bien en principio le correspondería a la actora acudir a la jurisdicción administrativa para analizar el presente caso, el medio de nulidad y restablecimiento de derecho no es eficaz por la demora en ese tipo de

⁸ Archivo 68 del cuaderno de primera instancia.

⁹ Archivo 43 del cuaderno de primera instancia.

trámites y que tampoco debe soportar una dama de 59 años que es muy probable que encuentre dificultades para acceder nuevamente al mercado laboral.

Por lo tanto, consideró que si bien el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desplegó acciones afirmativas en procura de la reubicación de la accionante y las demás personas que cuentan con una estabilidad reforzada, las mismas no son suficientes para proteger a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que ostentan la calidad de sujetos de especial protección constitucional, antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos.

De todas formas, como no desconoce la tensión entre la protección de los derechos de la accionante y de las personas que ganaron el concurso de méritos, estimó pertinente que la orden tutelar del nombramiento de la actora por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, sea únicamente en el evento de existir vacantes disponibles al momento de la notificación de la sentencia, o en caso tal de que existan plazas futuras en provisionalidad.

SUSTENTO DE LA IMPUGNACIÓN

La interesada¹⁰ solicitó: *“que en un término no superior a quince (15) días calendario se emita acto administrativo de nombramiento en provisionalidad a GLORIA CECILIA GOMEZ VELEZ, identificado con la cedula de ciudadanía N° 43.428.550, ya habiéndose verificado la existencia de VACANTES temporales y definitivas que no fueron ofrecidas por el concurso de méritos No. 2149 de 2021 en la Regional Antioquia del ICBF, en virtud de la estabilidad laboral reforzada a la que tengo derecho.”*, pues como prepensionada satisface los requisitos jurisprudenciales y legales para la estabilidad laboral reforzada.

La **Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar** reiteró que a pesar de que la accionante ostenta una de las condiciones de debilidad manifiesta previstas en la norma, no tienen la posibilidad de garantizarle la continuidad en el empleo, al no contar con margen de maniobra para postergar el nombramiento conforme a la lista de elegibles vigente.

¹⁰ Archivo 84 del cuaderno de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala es competente para conocer de esta impugnación, de conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, por su carácter de superior funcional del Juzgado Décimo de Familia de Medellín que resolvió en primera instancia este asunto constitucional en virtud de lo estipulado en el Decreto 333 de 2021, que en el numeral 2° de su artículo 1° modificó el canon 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015 y establece que: *“Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces del Circuito o con igual categoría.”*.

La acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales constitucionales, cuando se presenta una vulneración o amenaza inminente de uno de ellos por cualquier particular o autoridad pública, que se caracteriza por su naturaleza residual, subsidiaria e inmediata, que resulta procedente cuando el afectado no goza de otro mecanismo efectivo para su protección y que debe ser formulada dentro de un término razonable.

Sobre el carácter subsidiario que reviste esta acción y que deriva al mismo tiempo en excepcional, la Corte Constitucional ha sostenido que:

“... El ya citado artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esto significa que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”. El carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial.

No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o no son lo adecuadamente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

(...) Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de este Tribunal, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes, tanto por brindar una solución adecuada frente a la proximidad del daño, como por armonizar con las particularidades del caso; (iii) el perjuicio debe ser grave, es decir, susceptible de generar un detrimento

transcendente en el haber jurídico de una persona; y la (iv) respuesta requerida por vía judicial debe ser impostergable, o lo que es lo mismo, fundada en criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable. En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008, se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de “presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela”.

Finalmente, reitera la Sala que, en atención a la naturaleza eminentemente subsidiaria de la acción de tutela, esta Corporación también ha establecido que la misma no está llamada a prosperar cuando a través de ella se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial. Al respecto, la Corte ha señalado que: “no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”.

4.5.4. Ahora bien, tratándose de actos administrativos particulares, esta regla general de improcedencia se mantiene, por cuanto, en principio, ellos pueden ser controlados por el juez contencioso. Al respecto, este Tribunal ha sido enfático en señalar que **contra estos actos no procede la acción de tutela, por cuanto el ordenamiento jurídico establece distintos instrumentos que permiten controvertirlos, bien sea dentro de una actuación administrativa, como es el caso de las nulidades y los recursos dentro del proceso –cuando ellos son procedentes–, o por fuera de este ante la jurisdicción contencioso administrativa.**¹¹. – Negrita ajena al texto -.

Exposición que guarda concordancia con el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, al tenor del cual la acción de tutela no procederá: “*Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante*”.

La señora Gloria Cecilia Gómez Vélez, fue desvinculada de su empleo como Profesional Universitario Código 2044, Grado 07 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en virtud de la causal de retiro del servicio por la provisión del empleo de las personas que ganaron el concurso de méritos para ostentar el mentado cargo, designando a la señora María Isabel Ochoa Toro en período de prueba y si bien la actora fue reconocida con estabilidad laboral reforzada, el ente nominador adujo no contar con un margen de maniobra para garantizarle su empleo,

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-405 del 2018 con ponencia del magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez.

en razón a la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la lista de elegibles del proceso de selección Nro. 2149 de 2021.

Así pues, la queja de la actora versa en que se le ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, en razón a su remoción en el cargo que venía desempeñando en provisionalidad, por el nombramiento en carrera administrativa de una persona que ganó el concurso de méritos, se: *“disponga mi nombramiento, sin solución de continuidad en un cargo de igual, similar o de mejor categoría adscrito al área metropolitana del Valle de Aburrá a aquel que venía desempeñando hasta el momento de mi desvinculación”*, por su condición de prepensionada.

Frente a este tema, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho constituye un mecanismo judicial idóneo para garantizar la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados en situaciones similares al caso objeto de estudio. En la sentencia STC7288 de 2023 con ponencia del magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo se explicó que:

“2.1. Wendy Janjery Perdomo Ramírez ingresó a laborar a la Contraloría General de la República, en provisionalidad, desde el 6 de noviembre de 2020, en el cargo de «profesional universitario – grado 01» en el grupo de responsabilidad fiscal de Antioquia, empleo que ha desempeñado por designaciones sucesivas, la última de las cuales se realizó, a través de resolución ORD-81117-000-05934-2022 del 8 de noviembre de 2022, acto mediante el que fue nombrada «por el término de cuatro... meses».

2.2. Con resolución ORD-81117-05129-2023 del 17 de marzo de 2023, el Contralor General de la República dio por terminado el nombramiento provisional de Wendy Janjery Perdomo Ramírez, «a partir del 29 de marzo de 2023», «por vencimiento del término señalado en la resolución... 05934 del 8 de noviembre de 2022».

2.3. En síntesis, expresó la gestora del resguardo que, «desde el 23 de diciembre de 2021 [le] iniciaron una serie de exámenes que dieron como resultado [el diagnóstico de] tumor maligno de la glándula tiroides», por lo que ha «sido intervenida quirúrgicamente donde se confirma compromiso por microcarcinoma papilar de tiroides 2 ganglios linfáticos positivos para tumor, e incapacitada en numerables oportunidades debido a terapias de radioyodo...», situación que puso en conocimiento de su empleador.

2.4. Agregó que es «madre cabeza de familia» de una niña de nueve años, de quien ha «sido responsable de su manutención durante toda su vida», toda vez que su «padre nunca respondió por ella y solo hasta el 13 de marzo de 2023 se acordó una cuota alimentaria..., que corresponde a tan solo trescientos mil pesos..., valor insuficiente... para la manutención... de [su] hija».

2.5. También esgrimió que, «a pesar de tener una enfermedad de alto costo como la diabetes, una enfermedad catastrófica como se considera el cáncer, ambas de conocimiento de la entidad y ser madre cabeza de familia», fue desvinculada de la entidad accionada, acto que resulta «inconstitucional», habida cuenta que la «Corte Constitucional ha establecido que el solo vencimiento del término no es razón suficiente para dar por terminado un nombramiento en provisionalidad, solo lo será cuando se vaya a ocupar el empleo por una persona con derechos de carrera que haya superado el concurso público de méritos», supuesto fáctico que «no ocurrió, pues se vinculó a otra persona a través de nombramiento en provisionalidad y no a una persona con derechos de carrera».

(...) de entrada advierte la Corte que, como lo indicó el a quo, la gestora, al momento de promover el resguardo, contaba con otro mecanismo de defensa para cuestionar la legalidad del acto administrativo que dio por terminada su designación en la Contraloría General de la República, esto es, la resolución ORD-81117-05129-2023 del 17 de marzo de 2023, específicamente, el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, ante la jurisdicción contenciosa administrativa dispuesto en el artículo 138¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, lo que configura la causal de improcedencia contemplada en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

3. Aunado a lo anterior, es de recordarse que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad y acierto, por lo que las controversias que ellos susciten deben ser expuestas ante la autoridad competente, escenario en el que es posible reclamar la suspensión provisional de la resolución criticada, según lo establece el artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, medida sobre la cual, desde su consagración en la codificación precedente, se tiene establecido que «de hallarse fundada es suficiente para frenar una eventual ilegalidad manifiesta de la administración, mientras se decide el asunto, lo cual descarta la posibilidad de conceder el amparo solicitado».

(...) En este orden de ideas, sin desconocer las circunstancias especiales que aduce la quejosa (relacionadas con su estado de salud y su supuesta condición de madre cabeza de familia), lo cierto es que, dentro del proceso judicial ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, puede reclamar la suspensión provisional del acto que pregona irregular, mecanismo idóneo para hacer cesar la afectación de sus garantías fundamentales.”

Pues bien, la accionante posee otro medio o recurso de defensa judicial para alcanzar la protección de sus derechos y específicamente, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que, de acuerdo con el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011¹², puede instaurar en contra del acto administrativo particular y concreto que considera fue expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse y que analizados sus ruegos estaría dirigido en contra de la Resolución 3080 del 12 de mayo del 2023 que dio por terminada su designación como Profesional Universitaria de la planta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

¹² “Por medio de la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Es preciso advertir que el artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo trae la posibilidad de solicitar las medidas cautelares, que revisten la naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión que deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda y respecto de las cuales el 29 de agosto de 2013, la Sección Segunda –Subsección A- del Consejo de Estado sostuvo que:

“En relación con la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo el nuevo ordenamiento contencioso administrativo señala que ésta puede ser solicitada en la demanda o en cualquier estado del proceso, por escrito o en audiencia, y que procederá “por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.

Además, en el caso concreto no se conjura un perjuicio irremediable en virtud de la remoción del cargo que venía desempeñando la interesada como provisional y que afirmó ser su único sustento económico, pues su desempleo no implica sin más la afectación a su mínimo vital que necesariamente la ubique en una condición de indefensión, ya que: *“para establecer si frente a un determinado caso se ha visto vulnerado el derecho fundamental al mínimo vital, el juez constitucional deberá verificar cuáles son aquellas necesidades básicas o gastos mínimos elementales en cabeza del individuo que son indispensables para garantizar sus derechos fundamentales. Además, deberá evaluar si la persona está en capacidad de satisfacerlos por sí mismo, o por medio de sus familiares”*¹³, lo que en este caso no está probado.

En la sentencia de la Corte Constitucional T-260 de 2018 se indicó que:

“Concordante con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos con la Administración y proteger los derechos de las personas. En este sentido, la Corte manifestó en la Sentencia T – 030 de 2015: “[q]ue conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la

¹³ Sentencia de la Corte Constitucional T-045 de 2022.

respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable [...]”.

38. En este sentido, esta Corte ha determinado que, excepcionalmente, será posible reclamar mediante la acción de tutela la protección de los derechos fundamentales vulnerados por la expedición de un acto administrativo, no sólo cuando se acude a la tutela como medio transitorio de amparo, evento en el cual será necesario acreditar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando se constata que el medio de control preferente carece de idoneidad y/o eficacia para garantizar la protección oportuna e inmediata sobre los derechos fundamentales vulnerados.

(...) 40. Por lo tanto, el juez constitucional debe examinar si se configuran en el caso concreto las características del perjuicio irremediable establecidas en los reiterados pronunciamientos de esta corporación, a fin de determinar: (i) que el perjuicio sea inminente, lo que implica que amenace o esté por suceder (ii) que se requiera de medidas urgentes para conjurarlo, que implican la precisión y urgencia de las acciones en respuesta a la inminencia del perjuicio, (iii) que se trate de un perjuicio grave, que se determina por la importancia que el Estado concede a los diferentes bienes jurídicos bajo su protección, y (iv) que solo pueda ser evitado a través de acciones impostergables, lo que implica que se requiere una acción ante la inminencia de la vulneración, no cuando se haya producido un desenlace con efectos antijurídicos; por lo que no puede pretenderse entonces, vaciar de competencia la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa en busca de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito sobre los procedimientos ordinarios.”¹⁴.

A su vez, sobre la improcedencia de la acción de tutela para controvertir decisiones adoptadas por los entes administrativos, la Sala de Casación Civil Corte Suprema de Justicia en la sentencia STC-195 del 23 enero de 2015 con ponencia del magistrado Luis Armando Tolosa Villabona señaló que:

“(...) dicho objetivo, mal lo puede alcanzar el gestor a través de este instrumento excepcional, que no es el camino idóneo para tal efecto y, por ende, ha de colegirse, como se anticipó, que la protección deviene improcedente por el incumplimiento del presupuesto de subsidiaridad, porque el accionante tiene la posibilidad de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, establecido en la regla 138 de la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos:

“(...) Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior (...).

“(...) Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro

¹⁴ Ponencia del magistrado Alejandro Linares Cantillo.

(4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel (...)”.

Por consiguiente, la salvaguarda desemboca en la hipótesis de improcedencia estipulada en el inciso 3º del artículo 86 de la Carta Política en armonía con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, porque frente a los actos administrativos censurados debe agotarse el instrumento judicial reseñado, por cuanto este mecanismo excepcional, no es vía paralela ni sustitutiva de los medios ordinarios o extraordinarios de defensa.

“No se accederá al resguardo por ausencia del principio de subsidiariedad, por cuanto, (...) la jurisprudencia de la Sala en asuntos que guardan simetría con el que en este momento es materia de análisis, ha reiterado que es (...) en el escenario de la respectiva acción contencioso administrativa que la actora puede invocar las razones aquí planteadas, con miras a que el juez natural de la actividad de la administración pública tome la decisión que en derecho corresponda (...)”.

3. Debe añadirse, que en el eventual decurso del proceso contencioso administrativo, se puede implorar la suspensión de los pronunciamientos reprochados, a fin de conjurar un eventual perjuicio.

Al respecto, esta Corporación ha dicho:

“(...) [E]n esa instancia se puede solicitar y obtener la suspensión provisional de ciertos actos administrativos desde el momento mismo de la admisión de la demanda (...).

“(...) [Q]ue la suspensión provisional es un mecanismo no menos importante y efectivo que la acción de tutela, el cual se concibe como medida cautelar cuando una entidad vulnera en forma manifiesta los derechos del administrado “(...) [L]o que ha querido el legislador al reglamentar el mecanismo de la suspensión provisional, ha sido ofrecer a los particulares un medio eficaz y oportuno, que se materialice desde la admisión misma de la demanda, para evitar que sus derechos sean vulnerados de manera flagrante por la administración.”.

En este estado de cosas, lo solicitado por la actora no es predicable en este debate constitucional, porque no puede afirmarse que el medio judicial ordinario no sea idóneo o eficiente para controvertir las actuaciones que realizó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al dar por terminado su cargo en provisionalidad.

Lo que da pie a que la sentencia impugnada sea **revocada**, para en su lugar **declarar la improcedencia** del amparo frente a la pretensión tutelar relativa a ordenarle al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar su nombramiento: *“sin solución de continuidad en un cargo de igual, similar o de mejor categoría adscrito al área metropolitana del Valle de Aburrá a aquel que venía desempeñando hasta el momento de mi desvinculación”*, todo porque no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción tutelar en tanto la interesada cuenta con la respectiva

acción ante la jurisdicción contencioso administrativo en aras de defender sus derechos, inclusive fundamentales y con la posibilidad de solicitar las medidas cautelares pertinentes.

Ahora bien, frente a la otra pretensión de la actora dirigida a que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar responda su petición del 27 de junio de los corrientes, en el *dossier* brilla por su ausencia la constancia o prueba de la respuesta notificada a la interesada frente a su solicitud.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-206 de 2018, con ponencia del magistrado Alejandro Linares Cantillo, explicó sobre el derecho de petición que:

“El derecho de petición, según la jurisprudencia constitucional, tiene una finalidad doble: por un lado permite que los interesados eleven peticiones respetuosas a las autoridades y, por otro, garantiza una respuesta oportuna, eficaz, de fondo y congruente con lo solicitado. Ha indicado la Corte que “(...) dentro de sus garantías se encuentran (i) la pronta resolución del mismo, es decir que la respuesta debe entregarse dentro del término legalmente establecido para ello; y (ii) la contestación debe ser clara y efectiva respecto de lo pedido, de tal manera que permita al peticionario conocer la situación real de lo solicitado”. En esa dirección también ha sostenido que a este derecho se adscriben tres posiciones: “(i) la posibilidad de formular la petición, (ii) la respuesta de fondo y (iii) la resolución dentro del término legal y la consecuente notificación de la respuesta al peticionario”.

9.1. El primer elemento, busca garantizar la posibilidad efectiva y cierta que tienen las personas de presentar solicitudes respetuosas ante las autoridades y los particulares en los casos establecidos por la ley, sin que se puedan abstener de recibirlas y por lo tanto de tramitarlas. Al respecto, la sentencia C-951 de 2014 indicó que “los obligados a cumplir con este derecho tienen el deber de recibir toda clase de petición, puesto que esa posibilidad hace parte del núcleo esencial del derecho”.

9.2. El segundo elemento implica que las autoridades públicas y los particulares, en los casos definidos por la ley, tienen el deber de resolver de fondo las peticiones interpuestas, es decir que les es exigible una respuesta que aborde de manera clara, precisa y congruente cada una de ellas; en otras palabras, implica resolver materialmente la petición. La jurisprudencia ha indicado que una respuesta de fondo deber ser: “(i) clara, esto es, inteligible y contentiva de argumentos de fácil comprensión; (ii) precisa, de manera que atienda directamente lo pedido sin reparar en información impertinente y sin incurrir en fórmulas evasivas o elusivas ; (iii) congruente, de suerte que abarque la materia objeto de la petición y sea conforme con lo solicitado; y (iv) consecuente con el trámite que se ha surtido, de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente . En esa dirección, este Tribunal

ha sostenido “que se debe dar resolución integral de la solicitud, de manera que se atienda lo pedido, sin que ello signifique que la solución tenga que ser positiva”.

Cabe resaltar que el objeto del ejercicio del derecho fundamental de petición no implica en modo alguno, que quien debe atender la solicitud acceda directamente y en forma afirmativa a lo pretendido, pues de acuerdo a los precedentes jurisprudenciales en la materia, basta con la emisión de una respuesta de fondo que en términos generales permita al peticionario conocer con claridad y precisión la suerte de sus aspiraciones y que esa respuesta sea puesta en su conocimiento, como lo ha expresado el máximo órgano de lo constitucional en la Sentencia C-007 de 2017 con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

En ese orden de ideas, deberá **concederse** el amparo únicamente frente al derecho de petición de la accionante y para su materialización se **ordenará** a la Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, señora Astrid Cáceres Cárdenas y/o quien haga sus veces que en el término de 48 horas posteriores a su notificación, emita y notifique en debida forma a la señora Gloria Cecilia Gómez Vélez, una respuesta clara, concreta, de fondo y congruente con la solicitud radicada el pasado 27 de junio en la que solicitó la información acerca de las vacantes definitivas y/o temporales que tiene el cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 07 (Trabajo Social), **advirtiéndole** que una vez cumpla la orden que se le impartió, dentro de las 48 horas siguientes, deben enviar a la señora juez que conoció de este asunto en primera instancia prueba de su cumplimiento y que el desacato de dicha orden les acarrea sanciones pecuniarias, privativa de la libertad y penal (arts. 23 inciso 2º, 29-4-5, 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991). Y a su vez **desvinculando** a la Comisión Nacional del Servicio Civil, “*los participantes del proceso de selección Nro. 2149 de 2021*”, los integrantes de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución 5596 del 17 de abril de 2023 emitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la señora María Isabel Ochoa Toro de este trámite tutelar, por cuanto de su parte no se avizora vulneración a los derechos de la tutelante.

Por último, una vez se notifique esta providencia, se deberá enviar el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en la forma prevenida en el Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020, por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, **la Sala Primera de Familia del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato constitucional,

FALLA

PRIMERO.- Revocar la sentencia del 17 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado Décimo de Familia de Oralidad de Medellín, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Gloria Cecilia Gómez Vélez en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, a la que se vinculó a *“los participantes del proceso de selección Nro. 2149 de 2021”*, los integrantes de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución 5596 del 17 de abril de 2023 emitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la señora María Isabel Ochoa Toro, para en su lugar, **declarar la improcedencia del amparo** frente a la pretensión tutelar relativa a ordenarle al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar su nombramiento *“sin solución de continuidad en un cargo de igual, similar o de mejor categoría adscrito al área metropolitana del Valle de Aburrá a aquel que venía desempeñando hasta el momento de mi desvinculación”*, conforme a las consideraciones apuntaladas en el cuerpo de esta decisión.

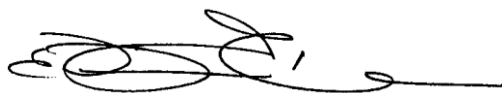
SEGUNDO.- Conceder el amparo únicamente frente al derecho de petición de la accionante y para su materialización se **ordena** a la Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, señora Astrid Cáceres Cárdenas y/o quien haga sus veces que en el término de 48 horas posteriores a su notificación, emita y notifique en debida forma a la señora Gloria Cecilia Gómez Vélez, una respuesta clara, concreta, de fondo y congruente a la solicitud radicada el pasado 27 de junio, **advirtiéndole** que una vez cumpla la orden que se le impartió, dentro de las 48 horas siguientes, deben enviar a la señora juez que conoció de este asunto en primera instancia prueba de su cumplimiento y que el desacato de dicha orden les acarrea sanciones pecuniarias, privativa de la libertad y penal y **desvinculando**, por su parte, a la Comisión Nacional del Servicio Civil, *“los participantes del proceso de selección Nro. 2149 de 2021”*, los integrantes de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución 5596 del 17 de abril de 2023 emitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la señora María Isabel Ochoa Toro, conforme a las consideraciones plasmadas en el cuerpo de esta decisión.

TERCERO.- Notificar a los interesados en la forma más expedita y enviar el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión en la forma prevenida en el Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020, por el Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE



GLORIA MONTOYA ECHEVERRI
Magistrada



EDINSON ANTONIO MÚNERA GARCÍA
Magistrado



LUZ DARY SÁNCHEZ TABORDA
Magistrada
(CON SALVAMENTO DE VOTO)

Gloria Montoya Echeverri

Firmado Por:

Magistrado
Sala 001 De Familia
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ffd2fe04f710f44dfefaf77e7dff461ca8d8bb1e22cad2f97464621089b9fb0**

Documento generado en 23/11/2023 11:55:50 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



SALVAMENTO DE VOTO

Referencia **Proceso** : Acción de Tutela.
Accionante : Gloria Cecilia Vélez Gómez
Demandado : Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Comisión Nacional del Servicio Civil y otros (vinculados)
Radicado : 05001 31 10 010 2023 00357 02

Con el respeto acostumbrado, me permito apartarme de la decisión y efectuar **salvamento de voto**, para lo cual pondré de manifiesto las siguientes razones:

1. Al estudiar el requisito de procedibilidad de la acción de tutela, atinente al presupuesto de la subsidiariedad, en un caso con aristas similares al que ocupa la atención de la Sala, tuvo a bien la Corte Constitucional, en la sentencia SU 003 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido, indicar lo siguiente:

“(...) La protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado a la acción de tutela¹. Con fundamento en la obligación que el artículo 2 de la Constitución impone a las autoridades de la República, de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades, los distintos mecanismos judiciales previstos en la ley han sido establecidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la Constitución defina la tutela como un mecanismo subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales son, entonces, los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos, tal como disponen el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 1 del artículo 6 y el inciso 1º del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991:

*“Artículo 86. [...] Esta acción solo procederá cuando el afectado **no disponga** de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como **mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable**”.*

¹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-150 de 2016.

*“Artículo 6. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando **existan** otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La **existencia** de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su **eficacia**, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.*

“Artículo 8. La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (resalto fuera de texto).

(...) En consecuencia, los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela no son simples formalidades o injustificados elementos de los cuales los jueces pueden prescindir, en particular, el de su carácter subsidiario². El Juez Constitucional, en un Estado Social de Derecho, se encuentra sujeto a la juridicidad (artículos 1, 2, 4 y 230 de la Constitución) y al principio de legalidad (artículos 6 y 123 de la Constitución), medios principales para asegurar el equilibrio de poderes en el ordenamiento jurídico. Por tanto, les corresponde ejercer su labor de garantes de la Constitución y de protectores de los derechos constitucionales en el marco de sus competencias, que para el estudio del carácter subsidiario de la acción de tutela supone considerar lo dispuesto por las disposiciones en cita. De ello se deriva su deber de valorar, en cada situación, la existencia y eficacia de otros mecanismos judiciales principales, para efectos de garantizar una protección cierta y suficiente de los derechos constitucionales fundamentales, por medio de la acción de tutela³. (...)

(...) En el presente asunto, el mecanismo judicial principal para la garantía de los derechos invocados por el tutelante es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que regula el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso -CPACA-, pues permite cuestionar la constitucionalidad y legalidad del acto administrativo que declaró insubsistente el cargo del accionante, con plena garantía del debido proceso. En ejercicio de este es posible que el Juez de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, valore si, efectivamente, el tutelante podía ser sujeto de protección constitucional en virtud de la figura de la “preensión”⁴. Es prima

² El propósito del Constituyente de 1991 fue hacer de la acción de tutela un mecanismo *subsidiario* y excepcional, en la medida en que los demás medios judiciales dispuestos por el Legislador fueron considerados los recursos *principales* para la protección de los derechos de las personas, como una de las expresiones del principio de juez natural. Como se puede evidenciar en las Gacetas Constitucionales ese fue, precisamente, el elemento distintivo del proyecto que finalmente adoptó la Asamblea Nacional Constituyente, en comparación con los otros 13 que fueron propuestos.

³ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-186 de 2017.

⁴ Para garantizar la protección de los derechos de las personas y preservar la integridad del ordenamiento jurídico, en los supuestos en que aquellos se afecten como consecuencia de las decisiones que adopten las autoridades públicas, sean estas particulares o generales, se ha institucionalizado la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tal como lo disponen los artículos 237 de la Constitución y 103 del CAPCA. Este último dispone: “Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico. || En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal”. Además, la práctica jurisprudencial de la Jurisdicción de lo Contencioso

facie eficaz pues, en el marco del proceso contencioso administrativo, es posible solicitar una de las múltiples medidas cautelares de que trata el artículo 230 de esta codificación, incluso desde el momento de presentación de la demanda⁵, en caso de que se pretenda la garantía provisional de los derechos comprometidos al interior de la actuación administrativa que se cuestiona. Entre estas, es posible exigir la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que se considera vulnera los derechos fundamentales que alega la parte actora⁶. (...)

(...) Ahora bien, puesto que en este tipo de asuntos formalmente existe otro medio o recurso de defensa judicial, para efectos de la garantía de los derechos constitucionales fundamentales, de conformidad con las disposiciones previamente citadas, que regulan el carácter subsidiario de la acción de tutela, es necesario apreciar, en concreto, la existencia del mecanismo “en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”. Estas exigen valorar la situación personal del tutelante en relación con la pretensión en sede de tutela. (...)

(...) El accionante pretende que se proteja su condición de prepensionable, para lo cual exige el reintegro a su labor, con el fin de permanecer en el cargo por 3 años más, hasta tanto cumpla la edad de 62, necesaria para acceder al reconocimiento de su pensión de vejez en el Sistema General de Pensiones. Para la fecha en que se profiere esta sentencia, febrero de 2018, han transcurrido un poco más de 2 años desde que el tutelante interpuso la acción. Dada esta circunstancia y la exigencia de protección inmediata, en atención a que el plausible amparo que pudiera brindarse al accionante sería por el término restante para exigir su derecho pensional, considera la Corte satisfecho el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela (...)

Administrativo, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional han admitido, de manera pacífica, la competencia del Juez Contencioso Administrativo para declarar, incluso de oficio, la nulidad de los actos administrativos que vulneren derechos fundamentales. Esta es una excepción al carácter rogado de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que reconoce la supremacía constitucional y la garantía de uno de sus pilares fundamentales: la protección de los derechos fundamentales. Así lo consideró la Corte en la Sentencia C-197 de 1999, en la que analizó el último apartado del numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984- (que hoy se consagra en el numeral 4 del artículo 162 del CPACA), en virtud del cual se imponía a la parte demandante que, cuando se tratara de la impugnación judicial de un acto administrativo debía indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación. En esta sentencia se invocó, además, el precedente contenido en la Sentencia SU-039 de 1997, en virtud del cual, “*en caso de violación de derechos fundamentales es posible, aplicando directamente la Constitución Política suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, así no se invoquen expresamente como fundamento de la suspensión las respectivas normas*”. La *ratio decidendi* de aquella sentencia (C-197 de 1997) ha sido reiterada, por parte de la jurisprudencia de la Corte, entre otras, en las sentencias C-415 de 2012 y C-400 de 2013.

⁵ Con relación al procedimiento para la adopción de las medidas cautelares, *cfr.*, lo dispuesto por el artículo 233 del CPACA.

⁶ La jurisprudencia de esta Corte ha considerado que, por regla general, la acción de tutela es improcedente contra actos administrativos particulares. *Cfr.*, entre otras, las sentencias T-514 de 2003, T-961 de 2004, T-710 de 2007, T-016 de 2008, T-078 de 2009, T-945 de 2009, T-487 de 2010, T-660 de 2011, T-969 de 2011, T-154 de 2012, T-492 de 2012, T-922 de 2012, T-060 de 2013 y T-030 de 2015.

(...) En efecto, a pesar de que se considerara procedente, de manera transitoria el amparo constitucional, el término para una decisión definitiva por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo únicamente tendría una finalidad resarcitoria, de considerarse inválido el acto de declaratoria de insubsistencia del señor Serrano Ardila. Esto es así si se tiene en cuenta que, de un lado, el acceso a esta jurisdicción, en este tipo de asuntos, supone el agotamiento previo del requisito de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación. De otro, solo luego es posible la presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y, con posterioridad, su admisión por el Juez de lo Contencioso Administrativo, que si bien puede proferir una orden de suspensión de los efectos del acto que se demanda, no es posible inferir, razonablemente, que estas actuaciones se cumplan en un término inferior a 1 año. Por tanto, ante este panorama, no es posible afirmar que el tutelante disponga de un medio de defensa judicial, si se tiene en cuenta que esta inferencia supone un análisis de su existencia en concreto, “en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”, de conformidad con lo dispuesto por el apartado final del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. (...)”.

De acuerdo con lo dicho, y en el caso que ahora analiza la Sala, como también lo indicó el juez de primera instancia, el medio de defensa judicial con el que cuenta la actora y que no es otro que el mencionado en los apartes de la sentencia acabada de citar, no resulta eficaz para la protección de sus derechos, si en cuenta se tiene que, al aducir su condición de sujeto de especial protección por “prepensionable”, probó que cuenta con la edad de 59 años y con 1.133,14 semanas de cotización⁷, lo que significa que, para completar las semanas reglamentarias para obtener la pensión de vejez, atendiendo que se encuentra afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, resta 16,86 lapso en el que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no habrá alcanzado a definir de fondo, al tratarse solo de cuatro meses tiempo que, por las reglas de la experiencia y la realidad en lo que a la parte orgánica de esa rama de la justicia se conoce (congestión que es de público conocimiento), resulta insuficiente para definir de fondo el asunto.

2.- Ahora bien, el concepto de “prepensionable”, fue explicado por la alta corporación en la misma sentencia, de la siguiente manera:

(...) Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte⁸, la figura de la “prepensión” es diferente a la del denominado “retén social”, figura de origen

⁷ Véase cédula de ciudadanía e historia laboral en los archivos 5 y 8 del expediente C. 1.

⁸ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-897 de 2012.

legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas⁹. La “prepensión”, según la jurisprudencia de unificación de esta Corte, se ha entendido en los siguientes términos:

“[...] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez”¹⁰.

(...) Así las cosas, en principio, acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión. (...)

(...) La “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.

(...) Igualmente, tal como lo ha considerado esta Corte, en especial en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción, en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de “prepensión”, en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones¹¹.

⁹ Esta figura, a nivel legal, se consagró en 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”.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-897 de 2012.

¹¹ Con relación a esta problemática, en la Sentencia T-972 de 2014 le correspondió a la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional decidir acerca de la solicitud de reintegro de una exservidora pública, de libre nombramiento y remoción, que ejercía un cargo directivo en la Fiscalía General de la Nación, al considerar que se había desconocido la figura de “prepensión” como consecuencia de su declaratoria de insubsistencia. El problema jurídico a resolver por la Corte fue el siguiente: “¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el reintegro de una empleada pública, nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción, cuando el nominador de la entidad pública a la cual se encontraba vinculada, la declara insubsistente argumentando razones de confianza?”. Para su resolución, la Corte consideró, al analizar si la desvinculación del cargo le ocasionaba un perjuicio irremediable, lo siguiente: “De igual manera, no está protegida por la legislación que regula el retén social de los prepensionados ya que el retiro del servicio no obedeció a la liquidación o reestructuración de la entidad para la cual laboraba, sino que el mismo ocurrió por razones de confianza; y con la declaratoria de insubsistencia no se le ha impedido cumplir a cabalidad con los requisitos necesarios para acceder a la pensión, ya que para la fecha del retiro la accionante tenía laborados y cotizados más de 26 años, quedándole pendiente solo el cumplimiento de la edad requerida para alcanzar el estatus de pensionada. Con ello desaparece la urgencia de la protección de los derechos invocados por vía de tutela”. Finalmente, en un apartado que constituye obiter dictum

(...) En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente (...)”.

Por otro lado, en la sentencia T-052 de 2023, M.P. Juan Carlos Cortés González, el alto tribunal expresó:

*“(...) **De los servidores públicos nombrados en provisionalidad que tienen la calidad de prepensionados.** La jurisprudencia indicó que con el fin de garantizar la protección especial que ofrece ser servidor público en provisionalidad y tener la calidad de prepensionado, ante la provisión definitiva de su empleo por concurso de mérito, las entidades públicas tienen los siguientes deberes: (i) motivar debidamente el acto de desvinculación; (ii) establecer los mecanismos necesarios para garantizar que dicho grupo de personas sean los últimos en ser desvinculados de sus cargos (SU-446 de 2011¹²); y, (iii) mantener su permanencia en el empleo, siempre que los criterios de razonabilidad y proporcionalidad lo permitan, es decir, cuando se cuenten con vacantes para reubicarlos (T-186 de 2013¹³).*

44. *Remedios constitucionales.* Ante la omisión de los anteriores deberes, la Corte, ha ordenado a las entidades públicas reubicar al prepensionado en una vacante equivalente al cargo del que fue desvinculado, que se encuentre disponible, mientras completa los requisitos para acceder a la pensión. Cuando ello no sea posible, la jurisprudencia ha dispuesto incluir al trabajador en la lista de personas con derecho a la estabilidad laboral para ser nombrado en provisionalidad en un cargo similar, hasta que obtenga su derecho pensional (T-443 de 2022¹⁴).

45. *Protección legal.* Según la Ley 2040 del 2020¹⁵ y el Decreto Reglamentario 1415 de 2021¹⁶ los prepensionados que estén nombrados en entidades públicas en cargos

de la decisión, se señala: “Si en gracia de discusión la acción fuera viable, debe la Sala hacer la precisión de que la declaratoria de insubsistencia del cargo de un servidor público que se encontraba vinculada como una empleada de libre nombramiento y remoción, no ocasiona por sí mismo un perjuicio al cual pueda darse el alcance de hecho injustificado. Aceptar lo contrario llevaría a una situación que convertiría en inamovibles los cargos de libre nombramiento y remoción; por tanto, a través de este mecanismo preferente y sumario no se puede ordenar el reintegro solicitado”.

¹²M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹³M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴M.P. Diana Fajardo Rivera.

¹⁵Ley 2040 de 2020. “Por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones”. “Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto impulsar el empleo de las personas adultas mayores que no gozan de pensión, promoviendo la autonomía y autosuficiencia económica del adulto mayor, garantizando así el envejecimiento activo, satisfactorio y saludable de la población colombiana”.

¹⁶ Decreto 1415 de 2021. “Por medio del cual de modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015 en lo relacionado a la (sic) Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos para el personal que ostente la condición de prepensionados”. “Artículo 2°. Adicionar el artículo 2.2.12.1.2.4 al Decreto 1083 de 2015, el cual quedará así: Provisión definitiva de cargos

provisionales y deban ser desvinculados por la provisión definitiva del mismo o por procesos de reestructuración administrativa cuentan con una protección especial. En esos casos, las entidades deben reubicar a dichos funcionarios hasta que completen los requisitos mínimos para acceder a su pensión¹⁷. (...)”.

63- En el asunto que concita la atención de la Sala, reclamó la accionante la protección a sus derechos fundamentales como sujeto de especial protección por contar con el fuero de “prepensionable”, toda vez que, mediante la Resolución N° 3080 del 12 de mayo de la presente anualidad, fue desvinculada del cargo que venía ocupando en provisionalidad como Profesional Universitario Código 2044 grado 07 en la planta de personal del I.C.B.F., por haber sido nombrada en el mismo en período de prueba, la señora María Isabel Ochoa Toro, como integrante de la lista de elegibles conformada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la Resolución N° 5596 del 17 de abril de 2023, como resultado de la convocatoria N° 2149 de 2021, para proveer los empleos de carrera en vacancia definitiva, pertenecientes a dicha entidad, pretendiendo que, en virtud de la protección constitucional que alega, se ordene a la accionada que la designe en un cargo de “*igual, similar o de mejor categoría*” al que ostentaba.

El I.C.B.F. adujo en su defensa, no haber incurrido en vulneración a derechos fundamentales, por haber mediado una causa objetiva para la desvinculación de la actora, como lo es, la provisión del empleo en carrera administrativa, amén que los servidores en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa o transitoria que depende justamente del nombramiento que se efectúe de la persona acreedora del

públicos a través de concursos de mérito. Para el caso de la provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito de servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional que les falte tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación o de vejez, se deberá tener en cuenta lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019”.

¹⁷ Ley 2040 de 2020. “Artículo 8°. Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos. Las personas a las que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez, que hagan parte de las plantas de las entidades públicas en nombramiento provisional o temporal y que, derivado de procesos de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito, deberían ser separados de sus cargos, serán sujetos de especial protección por parte del Estado y en virtud de la misma deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional.”.

mismo por mérito y que no cuenta con margen de maniobra para postergar la salida de la actora, dado que existen más elegibles en las listas, respecto a las vacantes y que realizó las medidas afirmativas pertinentes, al haber remitido oficio a 32 entidades del orden nacional, para efectos de que éstas realicen algún tipo de vinculación para garantizar los derechos de la quejosa.

El juez de primera instancia concedió el amparo del derecho fundamental a la estabilidad laboral de la accionante y emitió las órdenes en la forma ya indicada, decisión recurrida por la actora y el I.C.B.F., al considerar la primera, que lo que debe ordenarse es la expedición del acto administrativo que realice nombramiento en provisionalidad en el cargo del que fue desvinculada, en un término no superior al de quince (15) días, por existir vacantes en las que puede ser designada en tanto que la segunda, reiteró lo dicho al contestar la demanda, en el sentido de que no tiene cómo realizar maniobras para “postergar la desvinculación”, dado que las listas de elegibles exceden la cantidad de vacantes ofertadas.

Al remitirse la suscrita a las pruebas documentales que reposan en el expediente, de cara a lo alegado por el I.C.B.F., encuentra que, la señora Gloria Cecilia Gómez Vélez de manera oportuna, solicitó se le reconociera el fuero de la estabilidad laboral reforzada aduciendo su condición de persona “prepensionada”, de lo cual dan cuenta los documentos que aparecen visibles en los archivos digitales N° 7 y 9 del expediente C. 1, en el primero se evidencia cómo la actora una vez notificada de la Resolución 3080 de 12 de mayo de 2023, mediante la cual se termina su nombramiento por la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, solicitó a su entidad nominadora:

“(…)

Primera: REALIZAR acciones afirmativas para efectos de proveerme el empleo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 07 de la planta de personal, asignada a la Regional Antioquia del ICBF, o en un grado mayor, y por ende realizar de forma inmediata el acto administrativo de nombramiento en alguna de las vacantes definitivas del anterior cargo que tiene el ICBF Antioquia en el Área Metropolitana del valle de Aburrá.

Segunda: Subsidiariamente con lo anterior, remitir información concreta en cuanto a las vacantes definitivas y/o temporales que tiene el cargo Profesional Universitario Código 2044 Grado 07 (trabajo social) en el Departamento de Antioquia que no fueron provistas por el concurso de méritos vigente.

(...)"

Tal solicitud (presentada el 27 de junio de 2023 como consta a folio 1 del archivo N° 7 del C. 1) no tuvo acogida y en cambio, se llevó a efecto la posesión de la persona designada el día 6 de julio de 2023, como se corrobora del acta por ella aportada y que aparece visible en el archivo 70 del expediente C. 1. Tampoco se evidencia que se le hubiere dado respuesta a la petición subsidiaria respecto a la información concreta acerca de las vacantes definitivas y/o temporales que tiene el cargo por ella pretendido.

Es de anotar que, de manera anterior, la solicitud de reconocimiento de estabilidad laboral reforzada había sido formulada por la accionante (y otros servidores públicos adscritos al I.C.B.F.), de lo cual da cuenta la respuesta que se observa en archivo N° 9 del expediente C. 1, en la que la accionada explicó los parámetros de acuerdo a cada una de las peticiones y el marco jurídico que regula las estabildades laborales reforzadas, en tratándose en su orden de las originadas en: condiciones de salud (enfermedad catastrófica), personas en situación de discapacidad, madre o padre cabeza de familia, prepensionables, fuero sindical, embarazo y lactancia, afrodescendientes, víctimas del conflicto armado y política de empleo joven.

Allí se hizo una descripción genérica respecto a cada una de las situaciones, empero no se indicó, respecto a los solicitantes, entre ellos la actora, las acciones afirmativas adelantadas antes de proceder con los nombramientos en período de prueba, derivados de la lista de elegibles.

Respecto a los servidores en condiciones de “prepensión”, explicó en aquella misiva el alcance de dicho término, de acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia SU 003 de 2018 y las reglas previstas para determinar tal calidad, como lo expuso la misma corporación en la sentencia T-055 de 2020, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, de las que se resalta:

“(...) 4.6. Sin embargo, el alcance de esta regla fue delimitado –para quienes se encuentran afiliados al RPM– por la Sala Plena de esta Corporación en la Sentencia SU-003 de 2018. En esa providencia, este Tribunal se propuso resolver dos problemas jurídicos. En uno de ellos, buscaba definir si: “(...) cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, puede considerarse que la persona en esta situación es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable”.

Al abordar de manera directa la cuestión planteada, la Sala Plena consideró que, en tales eventos, la persona no podrá ser beneficiaria del fuero mencionado dado que (i) el requisito de la edad podrá cumplirlo de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente y, en consecuencia, (ii) el empleador, con el despido, no está frustrando el acceso a la prestación de vejez (párrafo 59). Esta interpretación se fundó en que “la “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (...)” (párrafo 62).

Habida cuenta de esta última consideración, estas serían las situaciones que podrían presentarse con quien asegure ser un prepensionado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida:

Contexto de la persona¹⁸	Condición de prepensionado
<i>a) Está a tres años o menos de cumplir edad y semanas cotizadas.</i>	<i>Sí</i>
<i>b) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero ya cuenta con las semanas mínimas requeridas.</i>	<i>No</i>
<i>c) Está a tres años o menos de completar las semanas, pero ya cuenta con la edad.</i>	<i>Sí</i>
<i>d) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero a más de tres años de cumplir las semanas.</i>	<i>No</i>

Así se observa que, de conformidad con la postura unificada de la Corte, solo en los supuestos a y c podrá asumirse que la persona cuenta con la condición de prepensionada, pues allí el empleador estaría frustrándole, abiertamente, su derecho a acceder a la pensión

¹⁸ Contando a partir del momento en que se produce la desvinculación.

de vejez al impedir, con el despido, que continúe efectuando las cotizaciones mínimas requeridas para tal fin.

4.7. Ahora bien, como ya se manifestó, la Corte ha contemplado la posibilidad de que quien cotice al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad pueda ser considerado un prepensionado. Pero dado que los requisitos para acceder a la prestación de vejez en ese sistema son sustancialmente distintos, la valoración que haga el juez constitucional respecto a la aplicación de la estabilidad laboral reforzada para ese tipo de afiliados debe tener en cuenta ese presupuesto¹⁹. De manera que podrá gozar de la calidad referida quien se encuentre a tres años o menos de alcanzar el monto mínimo previsto para acreditar el derecho o, **acudiendo a la analogía con lo dispuesto para los afiliados al Régimen de Prima Media, quien esté a tres años o menos de completar las semanas que le permitan ser beneficiario de la garantía de la pensión mínima**²⁰. (...). (Las negrillas fuera del texto original y con intención de la Sala).

Empero, pudo establecer esta magistratura que, aun cuando esa accionada reconoció que los empleados que se encuentren inmersos dentro de las situaciones referidas en los ordinales a y c citados por la Corte, están en la condición de prepensionados, como en efecto lo probó la quejosa (por tener 59 años de edad y 1.133,14 semanas cotizadas), no le indicó ni tampoco probó en la acción de tutela, cuáles fueron esas acciones afirmativas que adelantó de manera previa a la desvinculación de la ocupante del cargo en provisionalidad y nombramiento de la persona de la lista de elegibles, tendientes a garantizar los derechos de la aforada, tal y como lo ordena el parágrafo tercero del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015²¹:

¹⁹ El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS– encuentra sustanciales diferencias con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPM– en lo que tiene que ver, principalmente, con la destinación de los aportes, los requisitos para acceder a la pensión y el monto de la misma. Mientras en el RPM las cotizaciones de sus afiliados son dirigidas a un fondo común de naturaleza pública, administrado en la actualidad por Colpensiones, y los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, así como para calcular su cuantía, están definidos en la ley; en el RAIS los aportes de la persona constituyen una cuenta individual de ahorro, administrada por una entidad de orden privado, y el reconocimiento y monto de la misma prestación depende del capital acumulado (que deberá, como mínimo, permitir el acceso a una pensión superior al 110% del salario mínimo vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993).

²⁰ Ley 100 de 1993, artículo 65. “Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión. // Parágrafo: Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley”.

²¹ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

“PARÁGRAFO 3. Cuando la lista de elegibles esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que se encuentren en las condiciones señaladas en el párrafo anterior sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo.”

Tampoco de qué manera acogió los Criterios de la Corte Constitucional respecto a las reglas de desvinculación de servidores públicos en provisionalidad, sujetos de especial protección en cuanto a que:

“(...) Así, a partir del fallo anterior, la Corte ha establecido como regla de desvinculación que antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos y se encuentran en la lista de elegibles, debe darse un trato preferente a los sujetos de especial protección constitucional empleados en provisionalidad de manera que sean las últimas personas retiradas del empleo y en la medida de lo posible, sean designadas en cargos equivalentes al que ocupaban.

*En síntesis, los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, conforme a la cual, su retiro solo procederá por razones previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer la plaza en propiedad por quien haya superado un proceso de selección e integre el registro de elegibles, dada la prevalencia del mérito como principio rector. En el caso de sujetos de especial protección constitucional, la autoridad nominadora deberá prodigarles un trato preferencial, en el sentido de **adoptar las medidas necesarias para que sean los últimos en ser desvinculados y, si existen vacantes en cargos equivalentes a los que venían ocupando, nombrarlos en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso**”.*

²²(Negrillas y subrayas fuera del texto original y con intención de la Sala).

Lo anterior, porque no resulta suficiente lo argumentado por esa accionada al sostener que ofició a 32 entidades del orden nacional poniendo en consideración de ellas la viabilidad de efectuar algún tipo de vinculación para los servidores públicos designados en provisionalidad (y que por los efectos de nombramiento de la lista de elegibles debían hacer dejación de sus cargos), dado que, éstos pertenecen a la planta de personal del I.C.B.F. y es esa y no otra, como entidad nominadora, la obligada a adoptar las medidas referidas al interior de su planta de personal para que sujetos en la situación de la tutelante, (que es especialísima, porque por su

²² Sentencia T-443 de 2022, M.P. Diana Fajardo Rivera.

edad (59 años) no se le facilita conseguir un empleo que le permita continuar cotizando las pocas semanas que le hacen falta para completar los requisitos de ley, pues es conocida a nivel general la discriminación que en tal aspecto se vive en Colombia) sean los últimos en ser desvinculados o ser nombrados en provisionalidad en un cargo equivalente.

Siendo así, contrario a lo aprobado mayoritariamente, en mi sentir fue acertada la decisión del *a quo* al conceder el amparo del derecho fundamental cuya protección solicitó la accionante, por su condición de sujeto de especial protección, por ser “pre pensionable” e imponer orden al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en la forma indicada en el ordinal segundo de la sentencia, como también de desvincular a la Comisión Nacional del Servicio Civil y demás entidades con los que se integró el contradictor, motivo por el cual debió confirmarse la sentencia, al quedar probado que la situación de la accionante encaja dentro de las indicadas por la Corte Constitucional para el reconocimiento de la estabilidad laboral, puesto que, al tener la edad de 59 años y 1.133,14 semanas de cotización en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (según la historia laboral del fondo de pensiones Protección, fechada el 21 de julio de 2023, obrante en el archivo N° 8 del C. 1), es decir, faltándole tan solo 16,86 semanas para cumplir los requisitos de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, habiendo sido desvinculada del cargo, se le está truncando su derecho a acceder a la pensión de vejez al impedir, con el despido, que continúe efectuando las cotizaciones mínimas requeridas para tal fin.

Sin embargo, no podía accederse a lo pretendido por la accionante en cuanto a que se le realice el nombramiento en el cargo aludido en el término de quince (15) días, toda vez que, contrario a lo, por ella manifestado, no se tiene la certeza de que en efecto existe la vacante disponible en la actualidad, dado que, el anexo arrimado con el escrito de impugnación, en el que se presenta una relación de los cargos existentes para el empleo de Profesional Universitario Código 2044 grado 07 Rol Trabajo Social, en la planta de personal del I.C.B.F. y su estado de provisión, porque dicho informe data del **23 de febrero de 2023**, cuando aún no se había

expedido la lista de elegibles, contenida en la Resolución N° 5596 del 17 de abril de 2023²³.

Adicionalmente se advierte la vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, puesto que con la conducta del I.C.B.F, al no permitírsele continuar con las cotizaciones necesarias para alcanzar la prestación por vejez a que haya lugar y de petición, por no haberle brindado respuesta a la solicitud que le formuló la accionante el 27 de junio de 2023 y que se halla en el documento digital N° 7 del expediente C. 1, relativa a que se le informen a la promotora del amparo, las vacantes definitivas y/o temporales que tiene el cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 07 (trabajo social).

En esos términos dejo consignada mi posición.

Cordialmente,

Luz Dary Sánchez Taborda

Magistrada

Medellín, 23 de noviembre de 2023.

²³ “Por la cual se confirma y adopta la Lista de Elegibles para proveer novecientos ochenta y nueve (989) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044 grado 7, identificado con el Código OPEC N° 166313, MODALIDAD ABIERTO del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF, Proceso de Selección Instituto Colombiano de Bienestar Familiar N° 2149 de 2021”.

Firmado Por:
Luz Dary Sanchez Taborda
Magistrado
Sala 005 De Familia
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **491a48be3cb63bf7ea0584c8288e1dadf6aafdef40ca2816beb5a87a17600237**

Documento generado en 23/11/2023 11:43:45 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>