**MÍNIMO VITAL / PREPENSIONADA / SUBSIDIARIEDAD / PERSPECTIVA DE GÉNERO**

La Corte Constitucional hace poco resolvió el caso de una mujer que fue despedida por su empleador público so pretexto del concurso de méritos, sin tener en cuenta su condición de prepensionada, amén de que al caso le aplicó perspectiva de género. Como el asunto tiene similares aristas fácticas al presente asunto, vale la pena citar los apartes de la Sentencia T-052 del 8 de marzo de 2023… “… esta Corporación ha aceptado la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando el accionante alegue tener la calidad de prepensionado. Lo anterior, si demuestra que la desvinculación pone en riesgo su derecho al mínimo vital. Esto puede acontecer cuando una persona tiene dificultades para obtener su sustento y/o no le es posible asegurar su supervivencia autónoma por factores como la edad, el estado de salud y el tiempo que tardaría el medio de defensa judicial (T-055 de 2020). Asimismo, el juez constitucional tiene la obligación de aplicar un enfoque de género. Lo anterior, con el propósito de no pasar por alto ni reforzar patrones de desigualdad que afectan especialmente a las mujeres (T- 401 de 2021).”

**MÍNIMO VITAL / PREPENSIONADA / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA / SERVIDORES PÚBLICOS EN PROVISIONALIDAD**

Siguiendo con el precedente de la citada Sentencia T-052 de 2023, hay que decir que la Corte Constitucional reitera la tesis según la cual los servidores públicos nombrados en provisionalidad que ostentan la condición de prepensionados, tienen una estabilidad laboral reforzada. Dice la Corte: “De los servidores públicos nombrados en provisionalidad. Los servidores públicos en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa. Lo anterior, implica que solo pueden ser desvinculados por causales debidamente motivadas en el acto de desvinculación. Tales como, la comisión de faltas disciplinarios o la provisión definitiva del cargo por concurso de méritos, entre otras (T-443 de 2022).”

**MÍNIMO VITAL / PREPENSIONADA / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA / POR RAZONES DE SALUD**

Dispone el art. 26 de la Ley 361 de 1997 que “(…) en ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”

Radicado: 66088318900120230009001

Proceso: Acción de tutela (Impugnación)

Accionante: Sonia Mesa Restrepo

Accionada: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Risaralda

Juzgado de origen: Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucia Caicedo Calderón**

Pereira, treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Procede la judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 02 de agosto de dos mil veintitrés (2023), por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, dentro de la **acción de tutela** impetrada por la ciudadana **Sonia Mesa Restrepo** en contra del**Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Risaralda** (en adelante **ICBF**), a través de la cual pretende que se amparen sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la petición, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada.

En primera instancia se vinculó a la acción a las siguientes entidades: Porvenir S.A., Clínica de Fracturas de Pereira Risaralda y el Ministerio de Trabajo. En esta instancia se decretó la nulidad de todo lo actuado con miras a que se vinculara a la **señora Luz Dary Núñez Quintero**[[1]](#footnote-1). Para resolver el punto del litigio se tiene en cuenta lo siguiente:

#### LA DEMANDA DE TUTELA

Los hechos que interesan a la litis y que sustentan las pretensiones de la acción informan lo siguiente:

Narró la accionante ser vecina del municipio de Santa Rosa de Cabal - Risaralda, que cuenta con 56 años de edad[[2]](#footnote-2) y que es madre soltera.

Informó que se vinculó laboralmente al ICBF el 06 de febrero del año 2018, tomando posesión del cargo de SECRETARIO código 4178 Grado 14 provisional, el cual desempeñó en la REGIONAL RISARALDA del CENTRO ZONAL BELÉN DE UMBRÍA. Corolario de lo anterior, dijo que a raíz de esa oportunidad laboral tuvo que cambiar de domicilio, dejando a su edad su lugar de arraigo, pues se trasladó al municipio de BELÉN DE UMBRÍA, en el cual asumió oficialmente el cargo mentado en antecedencia, para allí también aprender de la institución e iniciar un proceso de adaptabilidad.

Manifestó tener diagnóstico de 2 comorbilidades las cuales ha podido sobrellevarlas y cumplir con plenitud las labores encomendadas sobre la gestión documental de archivo, inventario y movimiento de expedientes; pese a ello, esos desmedros no han dejado de generarle ciertas limitaciones en su estado salud.

Expuso que el primer diagnóstico de esas comorbilidades está asociado a DISLIPIDEMDIA, y el segundo se basa en *“TRASTORNOS ROTULOFEMORALES, GONARTROSIS PRIMARIA BILATERAL en la actualidad con complicaciones debido a diagnóstico anterior de SEVERA ARTROSIS DE PATELOFEMORAL, con antecedente de artroscopia y persistencia del dolor, con limitación severa”.* Que, según criterio emitido por parte del especialista en ortopedia y traumatología, consideró la opción de INTERVENCIÓN VISCOSUPLEMENTACIÓN VS REEMPLAZO PATELO FEMORAL. (17. Feb. 2023) - Tratamiento en curso. En el último control (25 de mayo de 2023) con ESPECIALISTA DE RODILLA se remite a RESONANCIA MAGNETICA DE ARTICULACIONES DE MIEMBRO INFERIOR, TAC DE ROTULAS (0°, 20° 45°), FISIOTERAPIA CON MANEJO INICIAL Y NUEVO CONTROL.

Indicó ser cotizante del Sistema General de Pensiones a través de la AFP PORVENIR, contando con un total de 1089 semanas cotizadas a corte del mes de marzo 2023, por ello extrapoló que le resta un año y 3 meses para acreditar la edad de pensión, y aproximadamente 61 semanas en cotizaciones para cristalizar su calidad de pensionada a través del fondo privado.

Agregó que, a partir del año 2019 hasta el momento de su desvinculación con el ICBF, fue trabajadora sindicalizada.

Señaló que, el ICBF por medio de Acuerdo suscrito el 21 de septiembre de 2021 con la Comisión Nacional del Servicio Civil llevó a cabo Convocatoria 2149 de 2021 para proveer el ingreso a la Carrera Administrativa 3227 vacantes y para ascenso 565 vacantes, para lo cual realizó la efectiva inscripción y participación, pero no fue seleccionada.

Con todo aseveró que continuó ejerciendo su cargo hasta la fecha del 02 de mayo del 2023, data en la cual se efectuó su desvinculación del ICBF a través de RESOLUCIÓN N° 1120 del 27 de marzo de 2023.

Relievó que, acorde a su situación económica, a sus antecedentes de salud y el hecho de no percibir ningún otro ingreso económico, interpuso derecho de petición a la Dirección de Gestión Humana del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-, exponiendo su situación puntual y deprecando concepto frente a la expectativa de ratificar su calidad de PREPENSIONADA, que implica para ella una estabilidad laboral reforzada. En armonía con lo anterior, contó que recibió respuesta del ICBF el 17 de febrero de 2023, que, en síntesis, acreditaba la condición de prepensionada, toda vez que le restan menos de 3 años de edad y de cotizaciones para acceder a la garantía de pensión mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad, por consiguiente, que se garantizará su estabilidad laboral.

Sin embargo, el 20 de abril de los corrientes, recibió correo electrónico con el asunto “TERMINACION NOMBRAMIENTO PROVISIONAL-RISARALDA- MESA RESTREPO SONIA”, email contentivo de la RESOLUCIÓN N° 1120 del 27 de marzo de 2023, por medio de la cual se hizo efectiva la terminación del nombramiento provisional a partir del día 02 de mayo de 2023, por la lista de elegibles.

Bajo esa tesitura, añadió que en la calenda del 10 de mayo de los cursantes interpuso derecho de petición mediante el portal del ICBF que arrojó como radicado N° 1763583917; por medio del cual solicitó a la entidad de marras estudiar su caso e instarla a que se lleve a cabo su reintegro en las unidades vacantes, e igualmente peticionó que se garantice su afiliación a la seguridad social.

En sintonía con lo dicho, afirmó que al día de impetración de la acción de amparo (07 de junio hogaño), la entidad reprochada aún no había vertido respuesta

Por estos prolegómenos la accionante esgrime el petitum, el cual se erige de la siguiente manera:

En un primer término solicita que se tutelen sus derechos fundamentales en especial al trabajo en condiciones Dignas y Justas, a la seguridad social y al mínimo vital, que argumenta están siendo lesionados por la conducta omisiva del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, así como también se vea amparado su derecho a la estabilidad laboral reforzada. En consecuencia, depreca que se disponga su reintegro en un cargo vacante, especificando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que debe tomar posesión, además de garantizarle la afiliación al sistema de seguridad social.

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF** arguyó que, en el contexto previo a la solicitud de estabilidad laboral reforzada de la demandante, se presentó una solicitud datada el 16 de enero de 2023. La entidad respondió a esta solicitud reconociendo la estabilidad laboral reforzada basada en prepensión, a través del oficio número 202312100000036051 con fecha del 07 de marzo de 2023.

Indicó que, en ese proceso, se identificaron vacantes con el propósito de asegurar la estabilidad laboral reforzada de la demandante. Dado que su vinculación llegó a su fin con la toma de posesión del candidato seleccionado, la entidad está actualmente gestionando los procedimientos administrativos necesarios para formalizar el nombramiento de la señora Mesa Restrepo.

Puso de manifiesto que El ICBF, al contar con una planta de carácter global, los puestos laborales se encuentran en distintas ubicaciones geográficas. Por ende, al efectuar el nombramiento para asegurar la estabilidad laboral reforzada, este se llevará a cabo en el municipio y/o dependencia que requiera el servicio correspondiente.

Por otra parte, expuso que en lo datario al 14 de junio del año que avanza, a través del correo electrónico (convocatoria2149@icbf.gov.co), se envió una respuesta a la señora Sonia Mesa Restrepo al correo electrónico (somer710@hotmail.com). En dicho mensaje, se atendió de manera precisa y exhaustiva la solicitud presentada el 10 de mayo de 2023, donde se anexó como prueba documental la respuesta brindada, indicando que frente a ese hecho operó el fenómeno jurídico de la carencia actual de objeto por hecho superado.

A tono con lo anterior, contó que el 25 de junio de 2023, se realizó el depósito en la cuenta de la señora Mesa Restrepo en lo concerniente a la liquidación.

A su turno, respecto al test de procedencia de la acción tuitiva, manifestó que la presente acción está llamada a declararse improcedente, en concordancia con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991 porque la finalidad de la acción de tutela es garantizar de manera efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria la protección de los derechos fundamentales, "cuando estos sean vulnerados o estén en riesgo debido a la acción u omisión de una entidad pública o de individuos particulares", situación que no acontece en este caso por cuanto la entidad está en proceso de llevar a cabo las medidas correspondientes para reubicar a la demandante.

El **MINISTERIO DE TRABAJO** argumentó que no está investido con atribuciones relacionadas con las relaciones laborales de índole legal y reglamentaria en el ámbito de la Administración Pública y sus diversas situaciones administrativas. Explicó que de conformidad a lo estatuido en la Ley 1444 de 2011, -que dio lugar a la segregación del Ministerio de Protección Social-, lo que resultó en una reestructuración actual de este Ministerio, y según lo prescrito en el Decreto 4108 de 2011, "Por medio del cual se ajustan los objetivos y la estructura del Ministerio del Trabajo y se consolida el Sector Administrativo del Trabajo", la Oficina Asesora Jurídica de dicha entidad carece de la autoridad para pronunciar sobre derechos o conceder las solicitudes presentadas en el contexto de dicha acción constitucional.

Afirmó que, por la razón demarcada primigeniamente, debe declararse la improcedencia de la querella de amparo que signa en contra de la entidad por la ausencia del requisito de legitimación en la causa por pasiva, amén de que no ha existido ningún tipo de vínculo jurídico entre esta Entidad y la accionante.

Como colofón, solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela, y eximirlo de toda responsabilidad que sea endilgada por no haber provocado vulneración alguna a los derechos anotados en el escrito tutelar.

La **CLINICA DE FRACTURAS DE PEREIRA- RISARALDA**, informó que la paciente Sonia Mesa Restrepo, identificada con cédula de ciudadanía No. 25.163.319, no ha tenido atenciones en este año en su institución.

**PORVERNIR S.A.** no arrimó contestación alguna a la presente acción de tutela pese a estar debidamente notificada.

Tampoco lo hizo la señora **LUZ DARY NÚÑEZ QUINTERO.**

1. **PROVIDENCIA IMPUGNADA**

En providencia del 02 de agosto de 2023 el juzgado cognoscente concedió el amparo invocado y ordenó al director del ICBF regional Risaralda que adelante los trámites necesarios tendientes a que en el eventual caso en que surjan nuevas vacantes disponibles, nombre a la accionante en un cargo de igual nivel que el ocupado previamente en la entidad, o en otra de condiciones equivalentes, que asegure la estabilidad laboral reforzada hasta que se le otorgue la pensión mínima de vejez.

Para arribar a tal determinación relievó el *a quo* que la entidad reprochada resolvió otorgar la estabilidad laboral reforzada por prepensión a la demandante a través de oficio N.º 202312100000036051 del 07 de marzo de 2023, la cual había sido solicitada mediante petición del 17 de enero del 2023, por lo cual se identificaron unas vacantes para garantizar la estabilidad laboral reforzada de la actora, toda vez que se llevó a cabo la terminación de la vinculación laboral por la posesión del elegible, y que por ello, la encausada se encuentra realizando las gestiones administrativas correspondientes para concretar el nombramiento de la ofendida.

Mencionó que la tutelante acreditaba la calidad de prepensionada por cuanto contaba con un total de 1089 semanas cotizadas en pensión, y la edad de 55 años y 11 meses, por lo que a la data de su desvinculación laboral a través de resolución No.1120 del 27 de marzo de 2023, se encontraba cobijada bajo esa prerrogativa.

Aunó el hecho de que la demandante es una persona que presenta comorbilidades, con diversas afectaciones físicas a su salud, lo que le producía ciertas limitaciones y escollos a la hora de desempeñar sus labores, empero que aquella situación no fue talanquera para la realización de las mismas.

Dicho lo anterior, concluyó que la actora es beneficiaria de estabilidad laboral reforzada, reconocida por la propia entidad demandada ICBF, destacando la necesidad de preservar su empleo como única fuente de ingresos, de modo que su desvinculación vulnera su derecho al mínimo vital. En este sentido coligió que la entidad debió tomar medidas para reubicar a la demandante en una posición similar o equivalente desde la lista de candidatos elegibles para salvaguardar su estabilidad laboral reforzada y aunque el ICBF afirma estar gestionando trámites administrativos para su nombramiento en un cargo equivalente, aún no se ha emitido una resolución al respecto.

Por lo tanto, el juez ordenó que en caso de puestos vacantes disponibles o futuras vacantes en modalidad de provisionalidad, el ICBF debe designar a la demandante en un cargo similar al que tenía hasta que obtenga el reconocimiento de la pensión mínima de vejez. En relación con el derecho de petición, argumenta que ese derecho fue atendido por el ICBF, conforme se observa en el documento adjuntado al expediente.

1. **IMPUGNACIÓN**

En su escrito impugnaticio el ICBF opugnó la decisión proferida por la a-quo, en lo atinente a la concesión de los derechos solicitados y la orden impartida referente a la gestión de los trámites administrativos tendientes al nombramiento de la accionante a un cargo equivalente ante una eventual vacante.

Tras realizar un recuento de la crónica fáctica y procesal del diferendo, estructuró el orden de los argumentos de defensa para atacar la sentencia censurada, así:

En una primera etapa, dio tratamiento al orden de prelación establecido por el Decreto 1083 de 2015 artículo 2.2.5.3.2, parágrafo segundo, definiendo el orden de protección que indica i) quienes hacen parte del grupo de personas que ostentan una condición que las hace merecedoras de medidas afirmativas y ii) su orden de prioridad. Bajo ese precepto, y tras realizar transcripción normativa del artículo *Ejusdem*, dijo que, sobre el orden de protección, aquellas personas a quienes se les haya otorgado estabilidad laboral reforzada debido a enfermedades catastróficas o algún tipo de discapacidad serán los últimos empleados en ser desvinculados y gozan de preferencia sobre aquellos que han demostrado ser madres o padres jefes de hogar. Asimismo, estos últimos se encuentran priorizados con respecto a aquellos que acrediten su condición de pre pensionados. Del mismo modo, estos últimos tienen prioridad en relación a los trabajadores amparados por fuero sindical.

A mayor abundamiento, adujo que las medidas afirmativas tienen restricciones en: i) los derechos de los candidatos elegibles que, debido a su mérito, forman parte de la lista de seleccionables; y ii) el espacio de acción disponible para la entidad.

En otro aspecto, de acuerdo a la existencia de una causal objetiva que amerite la desvinculación, retrató sobre el *sub lite* que, las listas de elegibles derivadas de la convocatoria 2149 de 2021 y el proceso de provisión de empleos en la carrera administrativa constituyen un fundamento objetivo para la finalización del vínculo laboral y, en consecuencia, la desvinculación de los empleados que fueron contratados mediante nombramiento provisional, tal como sucede en la presente situación.

 Por ello esgrimió que esa acción desplegada por su parte no es arbitraria ni caprichosa, sino que obedece al cumplimiento de disposiciones legales para llevar a cabo la provisión del puesto, tal como está definido en la Constitución Política.

Abonado a lo anterior, puso de manifiesto que para el *sub examine,* no existe espacio para la discreción y, además, que es crucial tener en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019, los puestos vacantes que surjan después de los ofrecidos en la convocatoria deben ser ocupados por los candidatos elegibles que sigan en el orden de mérito durante el tiempo que dure la validez de las listas, es decir, durante un período de dos años. Esta circunstancia refuerza aún más la falta de margen de maniobra para el ICBF. En atención a lo anterior, mencionó la imposibilidad fáctica para postergar el nombramiento en provisionalidad, por lo cual debe revocarse el amparo.

En otro asunto, en lo concerniente a la imposibilidad jurídica de cumplimiento del fallo en el *sub judice,* afirmó que, es materialmente inviable para esa entidad aplazar nombramientos en provisionalidad, dado que, según la normativa, es necesario continuar reportando las vacantes para que aquellos que están en las listas de elegibles puedan ser nombrados en el futuro según la autorización emitida por la CNSC. Por lo tanto, es necesario revocar el amparo otorgado.

Por otro lado, anexó recuadro donde relaciona los oficios y las entidades a las cuales fueron destinados, y que, hasta la fecha, el Ministerio del Interior y el Ministerio de Defensa, brindaron respuesta, a saber:

Ministerio del Interior: *“Frente a la posibilidad de considerar la viabilidad de algún tipo de vinculación de los funcionarios provisionales del ICBF a que hace referencia, me permito indicar que no es posible considerarlo, teniendo en cuenta que actualmente se viene adelantado ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, el proceso de selección sobre las vacantes de los empleos de Ministerio del Interior, las cuales deben ser provistas conforme lo dispuesto en la Constitución Política, la Ley 909 de 2004 y demás disposiciones vigentes, mediante la modalidad de concurso público de méritos”*

Ministerio de Defensa: *“Recibida la comunicación 202312100000149131, no permitimos informarle que el ministerio de Defensa Nacional, a través de la Comisión nacional del Servicio Civil, adelantará próximamente un proceso de selección y vinculación de personal en carrera administrativa, en el cual se deberá garantizar el cumplimiento todos los requisitos y trámites de ley a quienes se presenten. Así entonces, invitamos a todo el personal desvinculado del ICBF a estar pendiente e inscribirse y participar como cualquier otro colombiano lo haría, en ese marco, el Ministerio de Defensa Nacional garantizará los derechos fundamentales de estas…”*

Por contera, solicita revocar el fallo proferido en primera instancia, y en su lugar, negar las pretensiones esgrimidas en el escrito tutelar, al considerar que no hubo conculcación alguna a los derechos fundamentales solicitados, así como tampoco se da cumplimiento a los requisitos de procedibilidad a la acción en comento.

1. **PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER**

El problema jurídico se circunscribe a determinar si en este caso el ICBF vulneró los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo, al mínimo vital y a la seguridad social, cuando desvinculó a la actora del cargo que ocupaba en provisionalidad, con ocasión del nombramiento en propiedad de quién ganó el concurso de mérito, sin considerar la condición de prepensionada que aquella alegó en su oportunidad.

1. **CONSIDERACIONES**
	1. **PRESUPESTOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

 **6.1.1. Legitimación en la causa.**

Comiéncese por decir que el artículo 86 de la Constitución Nacional, en suma, con el artículo 10 del decreto 2591 del año 1991, estatuyen las generalidades y las causales genéricas de la procedencia de la acción de tutela, siendo este último el cual enmarca la legitimación e interés como cierto requisito para su impetración, de tal suerte que el artículo *Ejusdem* consagra que,

 “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante […]

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

 **6.1.1.1. Legitimación en la causa por activa**

En cuanto a la legitimación en la causa por activa, es importante traer a colación el estudio diseñado por la Corte Constitucional el cual dicta.

*«La legitimación por activa se refiere a la capacidad de los sujetos procesales para formular acciones de tutela en defensa de los derechos fundamentales que presuntamente han sido vulnerados o se encuentran bajo amenaza.*

*El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, dispone que el amparo puede ser ejercido en todo momento y lugar por cualquier persona que estime vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales, quien a su vez podrá actuar por sí misma o por intermedio de representante.*

*Específicamente, el segundo inciso de dicho artículo dispone lo siguiente: “también se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”». [[3]](#footnote-3)*

Basta vislumbrar que, para el caso que concita a esta Corporación, reviste de facultad para promover acción de tutela la señora Sonia Mesa Restrepo reclamando para sí el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la petición, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada que supuestamente han sido lesionados por El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Risaralda, toda vez que ella desempeñaba el cargo de SECRETARIO código 4178 Grado 14 del cual se duele de la remoción del mismo.

 **6.1.1.2. Legitimación en la causa por pasiva**

Como noción, se tiene que la legitimación en la causa por pasiva, es la facultad que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el demandante le dirige sobre una pretensión dentro de la demanda; puntualiza la honorable Corte Constitucional.

 *«La legitimación pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental. En la medida que refleja la calidad subjetiva de la parte demandada “en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”».[[4]](#footnote-4)*

Evoca el Máximo Tribunal de la jurisdicción Constitucional en reciente jurisprudencia que la legitimación en la causa por pasiva, de acuerdo al Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier acción u omisión: (i) de las autoridades públicas que hayan violado, violen o amenacen con violar un derecho fundamental; y (ii) de los particulares, que se encuentren en los supuestos establecidos por la misma norma.[[5]](#footnote-5)

Por lo anterior se logra divisar que el ICBF, detenta la calidad de legitimada en la causa por pasiva en el *Sub Judice*, toda vez que se lo responsabiliza de la trasgresión de los derechos de rango fundamental anotados en el líbelo genitor. Así mismo tiene legitimación en la cusa por pasiva para actuar en esta acción la señora **Luz Dary Núñez Quintero**, persona vinculada de oficio, por ser la persona que ocupó el cargo del cual fue desvinculada la actora.

No pasa lo mismo con las entidades vinculadas, a saber: Porvenir S.A., Clínica de Fracturas de Pereira Risaralda y el Ministerio de Trabajo, quienes no tienen nada que ver con la denunciada trasgresión de los derechos fundamentales que ocupa este caso.

 **6.1.2. Inmediatez**

A grandes rasgos, en lo que atañe al requisito general de la inmediatez para la interposición de la acción constitucional de tutela, conviene traer a colación lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, el cual establece que la tutela procede para la “protección inmediata” de los derechos fundamentales del accionante. Sobre la inmediatez ha sostenido la Corte Constitucional que, si bien no existe un término de caducidad para la interposición de la acción de tutela, está puede ser interpuesta en cualquier momento siempre que exista un plazo prudencial entre la vulneración de los derechos fundamentales y la interposición de la acción, o se esté en presencia de una situación de vulnerabilidad continua y actual que haga imperativa la intervención del juez constitucional, de este sentido, la Corte Constitucional ha delineado prolijamente que:

“Este requisito de procedibilidad le impone al tutelante el deber de formular la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de derechos fundamentales. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, de manera reiterada, ha sostenido que no existe un plazo de caducidad para incoar la referida acción constitucional, tal como se indicó en la sentencia C-543 de 1992, en cuya virtud se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto Ley 2591 de 1991.

34. Empero, la inexistencia de un término de caducidad de la acción de tutela no implica per se que dicho recurso pueda presentarse en cualquier tiempo, por cuanto una de las principales características de este mecanismo de protección es la inmediatez, por consiguiente, esta Corporación ha señalado que la acción constitucional aludida debe formularse dentro de un plazo razonable que permita la protección inmediata del derecho fundamental presuntamente transgredido y/o amenazado.

35. El referido aspecto temporal pretende combatir la negligencia, el descuido o la incuria de quien la ha presentado, por cuanto es deber del tutelante evitar que transcurra un lapso excesivo, irrazonable o injustificado desde que se presentó la actuación u omisión que causa la amenaza o vulneración de las garantías constitucionales hasta la presentación de la acción de tutela.

36. A su turno, esta Corporación, de manera reiterada, ha identificado una serie de situaciones a fin de determinar la razonabilidad del tiempo transcurrido entre el desconocimiento de la atribución fundamental y el reclamo ante el juez constitucional, entre las cuales se destacan las siguientes:

i) Que existan razones válidas para justificar la inactividad de los accionantes. Pueden ser situaciones de fuerza mayor, caso fortuito y, en general, la incapacidad del accionante para ejercer la acción en un tiempo razonable.

ii) Que la amenaza o la vulneración permanezca en el tiempo, a pesar de que el hecho que la originó sea antiguo.

iii) Que la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable, no resulte desproporcionada por una situación de debilidad manifiesta del accionante, por ejemplo, en casos de interdicción, minoría de edad, abandono, o incapacidad física.” *[[6]](#footnote-6)*

En el caso bajo estudio, se evidencia la prosperidad de este presupuesto, pues la instauración de la acción de tutela se presentó el día (07) de junio hogaño, mientras que la fecha de la desvinculación de la relación laboral con el ICBF se hizo efectiva el día 02 de mayo del presente año, a través del acto administrativo RESOLUCIÓN N° 1120 del 27 de marzo de 2023, por lo que se avizora que ha transcurrido menos de un (1) mes del hecho generador de la presunta vulneración a los derechos fundamentales a la seguridad social, al trabajo, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, con relación a la presentación de la acción proteccionista, siendo un plazo razonable entre uno y otro.

 **6.1.3. Subsidiariedad, aplicación de perspectiva de género.**

La Corte Constitucional hace poco resolvió el caso de una mujer que fue despedida por su empleador público so pretexto del concurso de méritos, sin tener en cuenta su condición de prepensionada, amén de que **al caso le aplicó perspectiva de género**. Como el asunto tiene similares aristas fácticas al presente asunto, vale la pena citar los apartes de la Sentencia T-052 del 8 de marzo de 2023, que se refirieron específicamente al requisito de subsidariedad, advirtiendo que también se trascribirán los pies de página para tener una visión integral del precedente, así:

“32. *Subsidiariedad.*De conformidad con los artículos 86[[7]](#footnote-7) de la Constitución y el 6°[[8]](#footnote-8) del Decreto 2591 de 1991 la acción de tutela es un recurso subsidiario que procede cuando: (i) no existan medios de defensa judicial; y, (ii) se utilice de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable. La Corte ha establecido que cuando se solicita el reintegro de empleados públicos el mecanismo de defensa idóneo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138 del CPACA[[9]](#footnote-9)). La naturaleza de dicho proceso permite reclamar en sede de lo contencioso administrativo, la nulidad total o parcial del acto que presuntamente produce la vulneración de derechos y solicitar la correspondiente reparación por el daño causado (T-063 de 2022[[10]](#footnote-10)). Adicionalmente, dentro del trámite de dicho proceso, existe la posibilidad proponer medidas cautelares con el fin de proteger y garantizar el objeto de lo pretendido (artículo 223 del CPACA[[11]](#footnote-11)). Sin embargo, lo anterior no significa la improcedencia automática de la tutela. Bajo ese entendido, los jueces constitucionales están obligados a determinar la idoneidad y/o eficacia de los medios de defensa en concreto con respecto a: (i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados (SU-691 de 2017[[12]](#footnote-12)).

32.1. Del mismo modo, esta Corporación ha aceptado la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando el accionante alegue tener la calidad de prepensionado. Lo anterior, si demuestra que la desvinculación pone en riesgo su derecho al mínimo vital. Esto puede acontecer cuando una persona tiene dificultades para obtener su sustento y/o no le es posible asegurar su supervivencia autónoma por factores como la edad, el estado de salud y el tiempo que tardaría el medio de defensa judicial (T-055 de 2020[[13]](#footnote-13)).

32.2. Asimismo, el juez constitucional tiene la obligación de aplicar un enfoque de género. Lo anterior, con el propósito de no pasar por alto ni reforzar patrones de desigualdad que afectan especialmente a las mujeres (T- 401 de 2021[[14]](#footnote-14)). Esto puede suceder, por ejemplo, cuando la incapacidad de las mujeres para trabajar o recibir un salario, las sitúa en una posición de inferioridad y desigualdad social (T-878 de 2014[[15]](#footnote-15)). Al respecto, la Sala reitera que las mujeres son un grupo históricamente discriminado y, por esa razón, tienen un tratamiento constitucional reforzado.

32.3. Finalmente, la Corte ha avalado el estudio de acciones que recaen sobre derechos ciertos e indiscutibles, es decir, garantías que no requieren de un profundo análisis probatorio para ser reconocidas porque surgen del cumplimiento de los supuestos de hechos establecidos en la norma. Por lo tanto, no existe duda sobre su carácter real, cierto e innegable[[16]](#footnote-16) (T-040 de 2018[[17]](#footnote-17)).

33. En el presente caso, la accionante es una mujer, adulta mayor, de 60 años que alega tener la condición de prepensionada. La Sala encuentra que, en particular, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es idóneo para conocer de lo pretendido, porque la actora no cuestionó la legalidad de la resolución mediante la cual la desvincularon del cargo, y tampoco alegó alguna de las causales de nulidad establecidas en el artículo 137[[18]](#footnote-18) del CPACA (T-373 de 2017[[19]](#footnote-19)). Por otro lado, dicho mecanismo no es eficaz por su prolongada duración en el tiempo[[20]](#footnote-20) (T-186 de 2013[[21]](#footnote-21)). En ese sentido, el proceso ante lo contencioso administrativo no tiene la virtud de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la accionante a la seguridad social, al mínimo vital, al trabajo y la dignidad humana. Dicha intervención del juez constitucional es requerida con urgencia dada su condición de adulta mayor y sus expectativas razonables de acceder a la pensión de vejez. Adicionalmente, como consecuencia de su desvinculación, la demandante no cuenta con los medios para garantizar su mínimo vital y subsistencia, pues no tiene un empleo, ni ha podido acceder a la pensión de vejez. En efecto, la actora demostró que no posee una fuente de ingresos y que es titular de deudas por valor aproximado de $65.000.000[[22]](#footnote-22). De igual forma, la accionante comparte con su esposo la manutención de su hijo y de su hogar. Estos compromisos se han visto intempestivamente afectados por la reducción abrupta de sus ingresos. Por lo que, resultaría desproporcionado para ella esperar el pronunciamiento del juez administrativo en perjuicio de su derecho al mínimo vital y su subsistencia (T-643 de 2015[[23]](#footnote-23)).

33.1. Por otro lado, la accionante se encuentra en una situación de indefensión frente al mercado laboral por su género. Según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)[[24]](#footnote-24) la tasa de desempleo en el último trimestre para las mujeres a nivel nacional fue de 12,6%, en contraste con la de los hombres que fue de 7,8%, con una diferencia de -4,7p.p.[[25]](#footnote-25). Esa brecha crece hasta llegar, en los centros poblados y rurales dispersos del país, a alcanzar -7,8 p.p. en perjuicio de las mujeres[[26]](#footnote-26). En cuanto a la tasa de ocupación, del 100% de las mujeres en edad de trabajar, solamente el 45,4% están efectivamente ocupadas. En contraste con el 70,6% de hombres con respecto al total de los mismos en edad de trabajar[[27]](#footnote-27). Esa situación de desigualdad evidencia una clara desventaja para acceder y permanecer en un empleo para las mujeres por el hecho de ser mujer. En el caso concreto, como consecuencia de su desvinculación del cargo de auxiliar de servicios generales, la accionante se enfrenta al panorama descrito. Escenario que se agrava por su condición de adulta mayor.

33.2. De igual forma, lo pretendido con esta acción se trata del reconocimiento de un derecho cierto e indiscutible, como lo es la estabilidad laboral por ostentar la calidad de prepensionada. Ese ejercicio, con fundamento en las pruebas que obran en el expediente, no requiere de un despliegue probatorio que desborde la acción de tutela y que deba darse en el marco de los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

33.3. Por último, en relación con la pretensión relativa al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de la desvinculación de la actora, la Sala advierte que la procedencia de la acción de tutela surge únicamente respecto al reintegro laboral, pues la jurisprudencia constitucional ha delimitado el estudio de estos casos en relación con el reintegro y no al pago de prestaciones sociales. Lo expuesto, porque en otras oportunidades, la Corte ha expresado que no puede ordenar el pago de prestaciones económicas por servicios no prestados (T-643 de 2015[[28]](#footnote-28)). En consecuencia, la demandante podrá acudir al proceso administrativo para reclamar tales emolumentos (T-063 de 2022[[29]](#footnote-29)).

34. **La Sala concluye que la presente acción cumple con los requisitos de procedencia.** Por lo tanto, fijará los problemas jurídicos y la metodología de decisión”. (Negrillas fuera de texto).

En este caso, existiendo analogía fáctica entre el caso analizado por la Corte Constitucional y el asunto de marras, no se requiere de mayores elucubraciones para determinar que el mecanismo idóneo y eficaz para salvaguardar el amparo de fundamental a la seguridad social, en consonancia con el derecho al mínimo vital, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, es la acción de tutela.[[30]](#footnote-30)

Como el *sub lite* supera el test de procedencia, se pasará a examinarse de fondo.

* 1. **La estabilidad laboral reforzada de los servidores públicos nombrados en provisionalidad que ostentan la condición de prepensionados. Reiteración de jurisprudencia**

Siguiendo con el precedente de la citada Sentencia T-052 de 2023, hay que decir que la Corte Constitucional reitera la tesis según la cual los servidores públicos nombrados en provisionalidad que ostentan la condición de prepensionados, tienen una estabilidad laboral reforzada. Dice la Corte:

“38. *De los servidores públicos nombrados en provisionalidad*. Los servidores públicos en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa. Lo anterior, implica que solo pueden ser desvinculados por causales debidamente motivadas en el acto de desvinculación. Tales como, la comisión de faltas disciplinarios o la provisión definitiva del cargo por concurso de méritos, entre otras (T-443 de 2022[[31]](#footnote-31)).

39. *De los prepensionados*. La Corte, definió que los prepensionados “*(…) serán (…) 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*” (SU-897 de 2012[[32]](#footnote-32)) [[33]](#footnote-33).

40. Asimismo, fijó que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados tiene raigambre constitucional y que no depende de un mandato legislativo particular. En ese sentido, “*(…)dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo(…)*” (T-186 de 2013[[34]](#footnote-34)). Por lo tanto, su finalidad constitucional es amparar la estabilidad del trabajador que tiene una exceptiva de obtener su pensión ante la repentina pérdida del empleo (SU-003 de 2018[[35]](#footnote-35)).

41. Posteriormente, esta Corporación estableció que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión es la edad, en caso de desvinculación, no se frustra su derecho al acceso a la pensión. Lo expuesto, porque dicho requisito puede acreditarse de manera posterior, con o sin vinculación laboral (SU-003 de 2018[[36]](#footnote-36)).

42. Con fundamento en lo anterior, la Corte consolidó la regla jurisprudencial sobre la materia. En tal sentido, señaló que son beneficiarios del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable las personas vinculadas laboralmente al sector público y/o privado a los que les falten lo equivalente a tres años o menos para acreditar el requisito de semanas en el régimen de prima media o el capital necesario en el régimen de ahorro individual con solidaridad, para acceder a la pensión de vejez ( SU-003 de 2018[[37]](#footnote-37)).

43. *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 2011[[38]](#footnote-38)); 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 2013[[39]](#footnote-39)).

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 2022[[40]](#footnote-40)).

45. *Protección legal.* Según la Ley 2040 del 2020[[41]](#footnote-41) y el Decreto Reglamentario 1415 de 2021[[42]](#footnote-42) los prepensionados que estén nombrados en entidades públicas en cargos provisionales y deban ser desvinculados por la provisión definitiva del mismo o por procesos de restructuración 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 pensión[[43]](#footnote-43).

* 1. **Derecho a la estabilidad laboral reforzada de personas en estado de debilidad manifiesta por razones de salud.**

Dispone el art. 26 de la Ley 361 de 1997 que “(…) en ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo” y agrega que “no obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”. Cabe agregar que dicha disposición fue declarada condicionalmente exequible por medio de la sentencia C-531 de 2000 bajo en el entendido que “carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”.

A propósito de esta norma, ha indicado la Corte Constitucional que esa garantía cobija a aquellos trabajadores que padezcan algún tipo de problema grave en su estado de salud que les impida el desempeño normal de sus funciones; situación que conlleva a que su desvinculación se califique como un acto discriminatorio; procediendo única y exclusivamente el reintegro laboral, pues lo que se trata con ello es precisamente salvaguardar derechos fundamentales y no derechos de índole económico (Sentencia T-447/2013).

A su vez, apuntaló esta misma corporación que “*para determinar si una persona es beneficiaria o no de la garantía de estabilidad laboral reforzada no es perentoria la existencia de una calificación de pérdida de capacidad laboral. Esta Corporación ha concluido que la protección depende de tres supuestos: (i) que se establezca que el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades; (ii) que la condición de debilidad manifiesta sea conocida por el empleador en un momento previo al despido; y (iii) que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que la misma tiene origen en una discriminación.” [[44]](#footnote-44)*

* 1. **CASO CONCRETO**

Descendiendo al caso que concita esta Sala, como sinopsis de la crónica fáctica relevante, se acude a la vía de tutela con el propósito de que se protejan los derechos de estirpe fundamental a la seguridad social, en sintonía con el derecho al mínimo vital, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, para lo cual relató la accionante que inició vínculo laboral con el ICBF el 06 de agosto del año 2018, posesionándose en el cargo provisional de SECRETARIA código 4178 Grado 14, en el municipio de Belén de Umbría. Sin embargo, su relación laboral finalizó el pasado 02 de mayo de 2023, a través del acto administrativo RESOLUCIÓN N° 1120 del 27 de marzo de 2023, por la posesión del elegible en propiedad, por cuanto el ICBF mediante Acuerdo suscrito el 21 de septiembre de 2021 con la Comisión Nacional del Servicio Civil, adelantó la Convocatoria 2149 de 2021 para proveer en ingreso a la Carrera Administrativa, 3227 vacantes y para ascenso 565 vacantes de la cual afirmó haber participado sin salir seleccionada.

Manifestó ser una persona con condiciones de debilidad latentes, pues padece múltiples desmedros de salud, con 2 comorbilidades diagnosticadas; que cuenta con la edad de 55 años; que es madre soltera; que es cotizante al sistema general de pensiones de PORVENIR SA, contando con un total de 1.089 semanas cotizadas a corte del mes de MARZO DE 2023; y que el único ingreso que percibe es por concepto de su cargo.

Como otro hecho relevante de la demanda de tutela, vale la pena rememorar que, a raíz de la desvinculación laboral, la actora elevó derecho de petición al ICBF, con miras a que se le acogiera en calidad de prepensionada, con estabilidad laboral reforzada, petición a la cual accedió la entidad, empero el 20 de abril del 2023, se le notificó a través de su dirección electrónica que había sido desvinculada de su relación laboral.

El ICBF, en su contestación indicó que la demandante presentó una solicitud de estabilidad laboral reforzada después de haberse emitido una respuesta a una solicitud previa datada el 16 de enero de 2023. La entidad reconoció la estabilidad laboral reforzada mediante el oficio número 202312100000036051 del 07 de marzo de 2023. Explicó que, durante el proceso, se encontraron vacantes para asegurar la estabilidad laboral reforzada, pero el contrato de la demandante terminó con la elección de otro candidato; con todo, la entidad está tramitando los procedimientos para formalizar su nombramiento. Los puestos están en diferentes lugares debido a la estructura global de la entidad, y los nombramientos se harán donde se necesite el servicio.

Respecto al derecho de petición del 10 de mayo, dijo que se envió una respuesta por correo electrónico a la demandante el 14 de junio de este año.

En cuanto a la acción de tutela, argumenta que no es procedente ya que no hay amenaza ni vulneración de derechos fundamentales por parte de la entidad demandada. Además, no se identifica un hecho que cause la supuesta afectación, y la entidad ya está tomando medidas para reubicar a la demandante según una decisión anterior de marzo de 2023.

El juez de primera instancia decidió proteger los derechos fundamentales de la demandante al considerar que la entidad demandada violó los derechos fundamentales deprecados, por cuanto la propia entidad reconoció la estabilidad laboral reforzada por precaución, según el oficio del 7 de marzo de 2023, en respuesta a una solicitud de enero de 2023. El juez también reconoció que la demandante pertenecía a un grupo vulnerable y tenía derecho a la estabilidad laboral reforzada, siendo su empleo su única fuente de ingresos. Como resultado, el juez ordenó que en caso de vacantes disponibles o en el futuro, el ICBF debería asignar a la demandante a un cargo similar o equivalente, manteniendo ese nombramiento hasta que obtuviera su pensión mínima de vejez.

En el recurso de alzada, la parte demandada abordó el orden de prelación según el Decreto 1083 de 2015, específicamente en el artículo 2.2.5.3.2 y su segundo párrafo, que establece prioridades en medidas afirmativas. Según este orden, aquellos con estabilidad laboral reforzada por enfermedades catastróficas o discapacidad tienen la última prioridad en ser desvinculados, seguidos por padres o madres jefes de hogar, luego pre pensionados y finalmente trabajadores con fuero sindical.

En relación a la causa objetiva de desvinculación, se mencionaron las listas de elegibles de la convocatoria 2149 de 2021 y el proceso de provisión de empleos en carrera administrativa como base para terminar los contratos provisionales. Esta acción se ve respaldada por disposiciones legales y la Constitución Política, y se sostiene que no es arbitraria.

En cuanto a la imposibilidad de cumplir con el fallo, se argumenta que posponer nombramientos provisionales no es viable ya que se deben seguir reportando las vacantes según la autorización de la CNSC, lo que lleva a la revocación del amparo otorgado.

A efectos de resolver el problema jurídico, la Sala pasa a valorar las pruebas que obran en el expediente, así:

1. Acta de Posesión N° 010 del 06 de febrero de 2018[[45]](#footnote-45)

2. Respuesta a Derecho de petición. Solicitud reconocimiento de estabilidad laboral reforzada – Prepensionada (Rad. N°20231210000036051)- 17 de febrero de 2023.[[46]](#footnote-46)

3. Resolución 1120 de 2023 “Por la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se dictan otras disposiciones” – 27 de marzo de 2023.[[47]](#footnote-47)

4. Certificado Historia laboral Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR - Semanas cotizadas a corte de marzo de 2023.[[48]](#footnote-48)

5. Historia Clínica Ortopedia Consulta Especializada – Clínica de Fracturas SAS.[[49]](#footnote-49)

6. Historia Clínica Control Programa de Dislipidemia.[[50]](#footnote-50)

7. Examen médico ocupacional de egreso - 25 de mayo de 2023.[[51]](#footnote-51)

8. Formulario de solicitudes PQRS (Portal ICBF) RADICADO N° 1763583917) – 10 de mayo de 2023.[[52]](#footnote-52)

9. Confirmación de registro PQRS en línea (RADICADO N° 1763583917).[[53]](#footnote-53)

10.Anexo PQRS - Escrito Derecho de petición (RADICADO N° 1763583917).[[54]](#footnote-54)

11.Constancia Seguimiento RADICADO N° 1763583917.[[55]](#footnote-55)

12.Constancia último pago realizado por INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.[[56]](#footnote-56)

Con las probanzas arrimadas y los hechos de la demanda que no fueron refutados por la entidad accionada, se encuentran probados los siguientes hechos relevantes:

* 1. Entre el 6 de febrero de 2018 y el 2 de mayo de 2023, la demandante se desempeñó en el cargo de SECRETARIA código 4178 Grado 14 en la REGIONAL RISARALDA del CENTRO ZONAL BELÉN DE UMBRÍA del ICBF. El vínculo con esa entidad se dio a través de nombramiento en provisionalidad.
	2. El 21 de septiembre de 2021, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó el concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes del ICBF, entre los cuales ofertó el cargo de SECRETARIO código 4178 que desempeñaba la accionante.
	3. El 17 de febrero de 2023, el ICBF, mediante oficio Rad. N°20231210000036051, reconoció la condición de prepensionada de la actora en los siguientes términos:

*“De esta manera, usted acredita la condición de prepensionada, pues le faltan menos tres años de edad y cotizaciones para acceder a la garantía de pensión mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, garantizará su estabilidad laboral atendiendo al margen de maniobra que exista para la fecha en la que se materialice la causal objetiva para su desvinculación por la posesión del elegible con quien se efectúe la provisión definitiva del empleo que actualmente ostenta en calidad de provisional.*

*De forma adicional, se le recuerda que una vez cumpla las 1.150 semanas de cotización requeridas para acceder a la garantía de pensión mínima del Régimen de Ahorro Individual, desaparecerá su condición de especial protección constitucional en la medida que pierde el estatus de prepensionada (persona que le faltan 3 años o menos para cumplir requisitos para pensión) para adquirir la condición de pensionable (persona que ha cumplido la totalidad de los requisitos para pensión).*

*Así las cosas, de la manera más respetuosa, nos permitimos invitarla a que una vez cumpla la totalidad de los requisitos, adelante los trámites de reconocimiento de la pensión ante su Fondo de Pensiones, para evitar que una posible falta de gestión de su parte genere como consecuencia una afectación a su mínimo vital, en el momento en que se configura una causal objetiva que implique una eventual terminación de su nombramiento provisional.*

* 1. Mediante RESOLUCIÓN N° 1120 del 27 de marzo de 2023, el ICBF desvinculó a la actora a partir del 2 de mayo de 2023. Lo anterior por cuanto nombró en el mismo cargo a la señora **Luz Dary Núñez Quintero**, quien hacía parte de la lista de elegibles provista por el concurso público de méritos para ocupar dicho empleo.
	2. Al momento de ser desvinculada de su empleo, la actora tenía 56 años y 1080,29 semanas cotizadas en un fondo de pensiones privado.
	3. También se encuentra probado que la actora padece de una multiplicidad de quebrantos de salud que se entienden como discapacidades motrices, que no obstante no han sidi óbice para cumplir sus labores a cabalidad.

 Con relación a la estabilidad laboral reforzada garantizada en el artículo 26 de la ley 361de 1.997, no existe prueba alguna en el expediente que demuestre que la actora, para la fecha de la desvinculación (2 de mayo de 2023) estaba incapacitada médicamente para ejercer el cargo o que tuviera restricciones para hacerlo, ni mucho menos hay probanzas de que el ICBF conociera de esta situación, razón por la cual no se activa en favor de aquella esta protección legal.

Todo lo contrario, ocurre con respecto a la condición de prepensionada de la tutelante, por cuanto está plenamente probado en el expediente que la señora Sonia Mesa Restrepo a la fecha de su desvinculación, tenía 56 años de edad y contaba con 1089 semanas cotizadas a corte del mes de marzo 2023, restándole un año y 3 meses para acreditar la edad de pensión, y aproximadamente 61 semanas en cotizaciones para cristalizar su calidad de pensionada a través del fondo privado. Además, **dicha condición fue plenamente reconocida por el propio ICBF el 17 de febrero de 2023, esto es, antes de desvincularla.**

Por esa razón no son de recibo los argumentos de la impugnación de la entidad al pretender sustraerse de su obligación de vincular nuevamente a la actora en provisionalidad en otro cargo igual o similar dentro de la institución hasta que adquiera la edad para pensionarse y complete el capital para que el fondo privado le reconozca la respectiva pensión de vejez, so pretexto de una supuesta causal objetiva que ameritaba la desvinculación. Lo anterior por cuanto su actuar contraría los precedentes reiterativos de la Corte Constitucional respecto a quienes tienen la condición de prepensionados, ya que la entidad al momento de sacar cargos provisionales a concurso debe analizar las particularidades de cada caso, a efectos de garantizar la permanencia de las personas nombradas en provisionalidad que estén a menos de 3 años para adquirir la pensión de vejez por faltarles las semanas suficientes o el capital necesario para ello, según el caso.

Así las cosas, para la Sala el ICBF vulneró los derechos fundamentales de la actora a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo y al mínimo vital, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia.

Con todo, como en primera instancia no se estableció un plazo para el cumplimiento de la sentencia de tutela, esta Sala procederá a modificarla a efectos de que haya claridad al respecto y se garantice plenamente el amparo de los derechos tutelados. En consecuencia, tal como la Corte Constitucional lo hizo en la Sentencia T-052 de 2023, se ordenará al ICBF que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, vincule a la accionante a un cargo vacante como el que desempeñaba o uno con funciones similares o equivalentes a las que desarrollaba antes de la fecha en la que fue desvinculada y hasta que su derecho pensional sea reconocido y esté incluida en nómina. En caso de no contar con vacantes disponibles, la accionante deberá ser incluida en la lista de servidores con estabilidad laboral a ser reintegrados en cuanto la entidad cuente con disponibilidad de cargos. Así mismo, se le ordenará que, dentro del mismo plazo, la entidad le remita a la accionante la relación de cargos que aún no ha proveído en propiedad.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**VII. RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia proferida el 02 de agosto del presente año por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, que, para su mayor entendimiento, quedará así:

*“****ORDENAR*** *a la doctora Claudia Patricia Serna Gallego Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, -ICBF-, Regional Risaralda, o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, vincule a la accionante a un cargo vacante como el que desempeñaba o uno con funciones similares o equivalentes a las que desarrollaba antes de la fecha en la que fue desvinculada y hasta que su derecho pensional sea reconocido y esté incluida en nómina. En caso de no haber vacantes disponibles, a la demandante deberá ser incorporada a la lista de empleados con estabilidad laboral, quienes serán reintegrados en cuanto la entidad disponga de cargos vacantes”.*

**SEGUNDO: ORDENAR** a la doctora Claudia Patricia Serna Gallego Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, -ICBF-, Regional Risaralda, o quien haga sus veces, que, dentro del mismo plazo anterior, le remita a la accionante la relación de cargos que aún no ha proveído en propiedad.

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia impugnada el 02 de agosto del año en curso.

**CUARTO:** Notifíquese esta decisión a las partes conforme lo previene el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**QUINTO:** Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión conforme lo dispone el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

 La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

1. Expediente digital, carpeta de segunda instancia, cuaderno C02Impugnacion, archivo 02. [↑](#footnote-ref-1)
2. Natalicia del 16 de agosto del año 1967, extraído del expediente digital, carpeta de primera instancia, cuaderno C01Tutela, archivo 03, folio 17. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 353 del treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Magistrado ponente. - Alberto Rojas Ríos. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela – 1015 del treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006). Expediente T-1413095. Magistrado ponente. – Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela – 370 del treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020). Expediente T-7.608.624. Magistrado ponente. – Alejandro Linares Cantillo. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela – 114 del tres (3) de abril de dos mil dieciocho (2018). Expediente T-6.492.167. Magistrado ponente. – Carlos Bernal Pulido. [↑](#footnote-ref-6)
7. Constitución Política. *“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. (…)”.* [↑](#footnote-ref-7)
8. Decreto 2591 de 1991. “*Artículo 6°. Causales de improcedencia de la tutela. a 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 encuentra el solicitante| 2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus. | 3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.* *4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho. | 5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.*”. [↑](#footnote-ref-8)
9. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *“Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. 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 (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.”*. [↑](#footnote-ref-9)
10. M.P. Alberto Rojas Ríos. [↑](#footnote-ref-10)
11. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. “*Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso. (…)”.* [↑](#footnote-ref-11)
12. M.P. Alejandro Linares Cantillo. [↑](#footnote-ref-12)
13. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-13)
14. M.P. Diana Fajardo Rivera. [↑](#footnote-ref-14)
15. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 08 de junio de 2011, radicado No. 3515. *“el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra un derecho será cierto, real e innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad.”.* [↑](#footnote-ref-16)
17. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-17)
18. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *“Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. |Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro. Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos: |1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero. |2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público. |3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico. |4. Cuando la ley lo consagre expresamente.* [↑](#footnote-ref-18)
19. M.P. Cristina Pardo Shlesinger. [↑](#footnote-ref-19)
20. El promedio de duración de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en el régimen escritural es de 844 días, mientras que en el régimen oral es de 299 días. *“Resultado del estudio de costos procesales*”. Consejo Superior de la Judicatura. 2016.Tomo II. Pág. 124. Asimismo, “*Para el caso de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho es importante mencionar que, en estos procesos la reclamación se realiza sobre un acto administrativo proferido por una entidad pública, en la que, por ejemplo, se desvinculó a un funcionario, (…) Como se evidencia gráficamente en las curvas de supervivencia de Kaplan-Meier, el valor de la media del tiempo procesal es de 2.48 años.*”. García Ramírez, V. (2022). Predictores en la duración de los procesos judiciales en Colombia. Universidad de los Andes. Pág. 15. “*Para el caso de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho es importante mencionar que, en estos procesos la reclamación se realiza sobre un acto administrativo proferido por una entidad pública, en la que, por ejemplo, se desvinculó a un funcionario, (…) Como se evidencia gráficamente en las curvas de supervivencia de Kaplan-Meier, el valor de la media del tiempo procesal es de 2.48 años.*”. [↑](#footnote-ref-20)
21. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-21)
22. Tomado de expediente digital: “Extractos de su crédito bancario con BBVA” ($64.968.805,47). [↑](#footnote-ref-22)
23. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-23)
24. Gran encuesta de hogares (GEIH). Boletín técnico. Octubre- diciembre de 2022. DANE. Tomado de: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/segun-sexo> [↑](#footnote-ref-24)
25. P.p.: puntos porcentuales. [↑](#footnote-ref-25)
26. Gran encuesta de hogares (GEIH). Boletín técnico. Octubre- diciembre de 2022. DANE. Tomado de: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/segun-sexo> [↑](#footnote-ref-26)
27. Ibidem. [↑](#footnote-ref-27)
28. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-28)
29. M.P. Alberto Rojas Ríos. [↑](#footnote-ref-29)
30. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela – 230 siete (7) de julio de dos mil veinte (2020). Expediente T-7.040.215. Magistrado ponente - Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-30)
31. M.P. Diana Fajardo Rivera. [↑](#footnote-ref-31)
32. M.P. Alexei Julio Estrada. [↑](#footnote-ref-32)
33. El artículo 34 de la Ley 100 de 1993 estableció los requisitos que deben cumplir las mujeres en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. En ese sentido, deben contar con 57 años y 1300 semanas cotizadas al sistema pensional. [↑](#footnote-ref-33)
34. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-34)
35. M.P. Carlos Bernal Pulido. [↑](#footnote-ref-35)
36. M.P. Carlos Bernal Pulido. [↑](#footnote-ref-36)
37. M.P. Carlos Bernal Pulido. [↑](#footnote-ref-37)
38. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-38)
39. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-39)
40. M.P. Diana Fajardo Rivera. [↑](#footnote-ref-40)
41. Ley 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”.* [↑](#footnote-ref-41)
42. 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 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*”. [↑](#footnote-ref-42)
43. 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 restructuración 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.”.* [↑](#footnote-ref-43)
44. Sentencia SU-87/22 [↑](#footnote-ref-44)
45. Expediente digital, carpeta de primera instancia, archivo 03, folio 18. [↑](#footnote-ref-45)
46. Expediente digital, carpeta de primera instancia, archivo 03, folios del 19 al 21. [↑](#footnote-ref-46)
47. Expediente digital, carpeta de primera instancia, archivo 03, folios del 23 al 29. [↑](#footnote-ref-47)
48. Expediente digital, carpeta de primera instancia, archivo 03, folios del 31 al 39. [↑](#footnote-ref-48)
49. Expediente digital, carpeta de primera instancia, archivo 03, folios del 40 y 41. [↑](#footnote-ref-49)
50. Expediente digital, carpeta de primera instancia, archivo 03, folios del 42 al 45. [↑](#footnote-ref-50)
51. Expediente digital, carpeta de primera instancia, archivo 03, folio 47. [↑](#footnote-ref-51)
52. Expediente digital, carpeta de primera instancia, archivo 03, folios 48 al 51. [↑](#footnote-ref-52)
53. Expediente digital, carpeta de primera instancia, archivo 03, folios 52 y 53. [↑](#footnote-ref-53)
54. Expediente digital, carpeta de primera instancia, archivo 03, folios 54 al 60. [↑](#footnote-ref-54)
55. Expediente digital, carpeta de primera instancia, archivo 03, folio 61. [↑](#footnote-ref-55)
56. Expediente digital, carpeta de primera instancia, archivo 03, folio 62. [↑](#footnote-ref-56)