



República de Colombia
Rama judicial del poder público
**JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DE ORALIDAD
POPAYÁN - CAUCA**

SENTENCIA DE TUTELA N° 54

Popayán - Cauca, siete (07) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Proceso: ACCION DE TUTELA
Radicado Nro.: 19001-31-10-001-2023-00221-00
Accionante: ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Vinculadas: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y señora PAULA
ANDREA MUÑOZ ACOSTA

ASUNTO

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, y los lineamientos regulados por el Decreto 2591 de 1991, mediante el presente proveído se procede a decidir de fondo la acción de tutela instaurada por la señora **ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS**, identificada con C.C. 34.552.248 en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF y las vinculadas **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** y señora **PAULA ANDREA MUÑOZ ACOSTA**, por considerar vulnerados su derecho fundamental de seguridad social, vida digna, mínimo vital y protección especial de persona en estado de prepensionada y de estabilidad laboral reforzada.

ANTECEDENTES

Manifiesta la accionante que ha laborado para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, vinculada en provisionalidad en periodos diferentes, así: Desde el 22 de mayo de 1997 hasta el 28 de febrero de 1999, en el Centro Zonal Indígena Regional Cauca.

Fue vinculada nuevamente el 13 de abril de 2000, con carácter de provisionalidad. Desde junio de 2006 hasta 31 de diciembre de 2008, en el Centro Zonal Centro y desde enero 02 de 2009, en el Centro Zonal de Popayán.

Proceso: ACCION DE TUTELA
Radicado Nro.: 19001-31-10-001-2023-00221-00
Accionante: ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Vinculadas: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y señora PAULA ANDREA MUÑOZ ACOSTA

Mediante Resolución 9376 del 26 de julio de 2018, se terminó el nombramiento en provisionalidad, a partir del 14 de agosto de 2018 y mediante Acta de Posesión No. 5 del 2 de abril de 2019, tomó posesión como Profesional Universitaria, Código 2044 Grado 7, de la Planta Global de Personal del I.C.B.F., en Provisionalidad, asignada para la Regional Cauca, ubicada en el Centro Zonal Popayán, Nombrada mediante Resolución número 640 del 31 de enero de 2019 y agrega que estando activa sufre una NEUMONIA COMPLEJA, por lo cual estuvo en UCI por la gravedad.

Que el 23 de junio pasado, le llegó a través de su correo electrónico, la Resolución No. 3277 del 12 de mayo de 2023, donde la secretaria General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, indica en el artículo cuarto de la parte resolutive que termina su nombramiento en provisionalidad, en el cargo de Profesional Universitario 2044-7 de la Regional Cauca – C.Z. Popayán. Esto a partir de la fecha de posesión de la persona nombrada en periodo de prueba.

Que el pasado 4 de abril cumplió 55 años de edad, y según la historia laboral cuenta con 1327,86 semanas cotizadas, por lo que el 18 de abril solicitó respuesta de su condición de prepensionada.

El ICBF al terminar su contrato de trabajo, está vulnerando sus derechos fundamentales al trabajo en conexidad con la seguridad social, vida digna, mínimo vital y protección especial de persona en estado de prepensionada y de estabilidad laboral reforzada.

Pretensiones:

Solicita se ordene al I.C.B.F. que la conserve en el cargo de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 07, de la Planta Global de Personal del I.C.B.F., en Provisionalidad, asignada para la Regional Cauca, ubicada en el Centro Zonal Popayán; hasta que obtenga el reconocimiento de su pensión de vejez.

Subsidiariamente, se ordene al I.C.B.F., que de no conservarle el cargo actual, la traslade a otro cargo en iguales o mejores condiciones laborales en la Regional Cauca, hasta tanto sea incluida en la nómina de pensionados.

Proceso: ACCION DE TUTELA
Radicado Nro.: 19001-31-10-001-2023-00221-00
Accionante: ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Vinculadas: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y señora PAULA ANDREA MUÑOZ ACOSTA

POSICIÓN DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

- **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.**

El Doctor DANIEL EDUARDO LOZANO BOCANEGRA, actuando en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -en adelante ICBF, Otorga poder a la doctora **LAURA JULIANA FANDIÑO CUBILLOS**, para la respectiva contestación a la presente tutela a lo cual expresa:

La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, firmaron el Acuerdo No CNSC-20212020020816 de fecha 21 de septiembre de 2021 “Por el cual se convoca y se establecen las reglas del proceso de selección en las modalidades de ascenso y abierto en el ICBF” con el objeto de adelantar la convocatoria pública de concurso de méritos para proveer 3.792 empleos vacantes que pertenecen al Sistema General de Carrera Administrativa, denominada Convocatoria No. 2149 de 2021, el cual se encuentra en la etapa de nombramiento de los aspirantes que ganaron el concurso.

El empleo de Profesional Universitario, Grado 7, que ocupa en provisionalidad la accionante fue ofertado en la Convocatoria No. 2149 de 2021 y cuya la lista de elegibles ya fue publicada y una vez en firme, se procederá con los respectivos nombramientos en periodo de prueba.

En ese sentido, la accionante en aras de que sean amparados sus derechos, solicita mediante acción constitucional la continuidad en el cargo que ostenta en provisionalidad, dada la garantía de estabilidad laboral por su condición de pre pensionada.

En ese orden, como antecedente de solicitud de estabilidad laboral reforzada se tiene que la accionante presento solicitud el día 20 de febrero de 2023, misma que esta Entidad resolvió de fondo mediante Oficio No. 202312100000097421, de fecha del 21 de abril de 2023, en la cual se resolvió negar la dicha solicitud teniendo en cuenta que:

*“NIEGA Prepension, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida acreditan la condición de “prepensionables” quienes estén a 3 años de acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad 57 años y 1.300 semanas cotizadas), la peticionaria aporta certificado de Colpensiones en el cual reporta 1306 semanas y 55 años de edad, **sin embargo en sentencia Sentencia SU-003 de 2018 la Corte Constitucional señaló***

Proceso: ACCION DE TUTELA
Radicado Nro.: 19001-31-10-001-2023-00221-00
Accionante: ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Vinculadas: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y señora PAULA ANDREA MUÑOZ ACOSTA

que cuando "Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero ya cuenta con las semanas mínimas requeridas." no procede la protección de estabilidad laboral reforzada."

Aunado anterior, conviene destacar que la acción de tutela no ha sido en este caso utilizada de manera razonable ni ajustada a una real necesidad de protección de derechos fundamentales, por cuanto no existe acción u omisión del ICBF que genere vulneración alguna, por cuanto la accionante ya cuenta con uno de los requisitos para acceder a la pensión, como lo establece en la jurisprudencia constitucional.

En consecuencia, la acción de tutela presentada por la señora **ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS** es improcedente, teniendo en cuenta que la inconformidad alegada se generó por inconformismo de la decisión del oficio Radicación No. 202312100000097421 de 21 de abril de 2023, por tanto, se reitera podría ser controvertido a través de los medios de control establecidos en los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011 ante un juez contencioso administrativo.

Ahora bien, en el caso hipotético que se le reconociera una condición de pre pensionada, conforme a lo anotado anteriormente, el ICBF se encontraría en una imposibilidad jurídica de garantizar el vínculo legal y reglamentario, pues, se reitera, para el empleo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 07 (perfil Trabajo Social), pues la lista de elegibles supera el número de vacantes ofertadas y por otro lado, en caso de que existiera margen de maniobra debe ser agotado en primer lugar con quienes se les ha reconocido una especial condición de salud (**46 personas aproximadamente con Enfermedad Catastrófica, Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral o discapacidad**), y continuar atendiendo el orden prioritario de protección establecido en el artículo 2.2.5.3.2 en su parágrafo segundo, en el respectivo orden en que su desvinculación se materialice. Por todo lo expuesto, se solicita al fallador negar el amparo constitucional.

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

El doctor JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SANCHEZ MURCIA abogado en ejercicio, actuando en nombre y representación de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, en mi condición de Jefe de Oficina Asesora Jurídica, frente a los hechos de la demanda expresa:

Proceso: ACCION DE TUTELA
Radicado Nro.: 19001-31-10-001-2023-00221-00
Accionante: ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Vinculadas: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y señora PAULA ANDREA MUÑOZ ACOSTA

Consultado el Sistema de apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad - SIMO, se logró constatar que la señora **ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS** identificada con cédula de ciudadanía No. 34552248, se inscribió con el ID 445162405, para el empleo denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 7, identificado con el código OPEC No. 166313, ofertado en la modalidad de concurso Abierto por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el Proceso de Selección No. 2149 de 2021.

Cabe señalar que, la accionante en la etapa eliminatoria de aplicación de pruebas escritas sobre competencias funcionales obtuvo un total de **54,16 puntos**, cuando el puntaje mínimo aprobatorio era **65.00** puntos, es decir, no continuó en concurso. Los resultados de dicha prueba, una vez, superada la etapa de reclamaciones, se encuentran en firme y gozan de presunción de legalidad

La aplicación de las pruebas escritas se realizó el 22 de mayo de 2022 y sus resultados preliminares se publicaron el 22 de junio de los corrientes. **Las reclamaciones contra los referidos resultados se podían presentar los días 23, 24, 28, 29 y 30 de junio de 2022.**

La Guía de Orientación al Aspirante para el acceso al material de pruebas se publicó en el sitio web de la CNSC el 30 de junio de 2022, la citación para el acceso al material de pruebas se envió el 8 de julio de 2022 a través del aplicativo SIMO a los aspirantes que lo solicitaron y **la jornada de acceso al material de pruebas se realizó el 17 de julio de 2022 y el término para completar la reclamación es de dos días, es decir, 18 y 19 de julio de 2022 a través del aplicativo SIMO.**

Los resultados definitivos de las pruebas escritas del proceso de selección y las respuestas a las reclamaciones **fueron publicadas el 29 de julio de 2022**, tal como consta en el aviso informativo publicado el día 22 de julio del 2022.

Posteriormente, en cumplimiento a lo establecido en el numeral 5.5 del Anexo Técnico del Acuerdo del Proceso de Selección, el día 21 de octubre de 2022, fue publicado en la página de la CNSC un aviso en el cual se informaba sobre la *“Publicación de resultados de la PRUEBA DE VALORACIÓN DE ANTECEDENTES del Proceso de Selección No. 2149 de 2021 del Instituto Colombiano de Bienestar*

Proceso: ACCION DE TUTELA
Radicado Nro.: 19001-31-10-001-2023-00221-00
Accionante: ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Vinculadas: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y señora PAULA ANDREA MUÑOZ ACOSTA

*Familiar (Modalidades Ascenso y Abierto)”, la cual se llevó a cabo el día **28 de octubre de 2022.***

De igual manera, se informó que, los aspirantes que lo consideraran necesario podrían presentar reclamación frente a los resultados obtenidos en esta prueba, en los términos establecidos en el numeral 5.6 del Anexo, la cual se podía presentar únicamente a través del aplicativo SIMO a partir de las 00:00 horas del **31 de octubre y hasta las 23:59 del 4 de noviembre de 2022.**

Así mismo, se precisó que, dentro de la publicación hecha el 28 de octubre se exceptuaron los resultados de aquellos aspirantes que tienen en curso actuación administrativa, hasta tanto, las mismas sean resueltas por la Universidad de Pamplona y se encuentre en firme la decisión.

Posteriormente el día 7 de diciembre, en la página de la CNSNC se informó, la fecha en la cual serían publicados las respuestas a las reclamaciones y los **resultados definitivos** de la Prueba de Valoración de Antecedentes del Proceso de Selección

Adicional a lo anterior, se debe señalar que, en consideración a la estructura del Proceso de Selección, una vez aplicadas las pruebas y agotadas las respectivas etapas de reclamaciones y en firme los resultados de cada una de ellas, la CNSC expidió las Listas de Elegibles de los empleos frente a las cuales los resultados definitivos se encuentran en firme. Para lo cual, es de precisar su señoría, que el día 16 de febrero de 2023, se publicó el aviso informativo en el cual se comunicó sobre la expedición de las Listas de Elegibles en la modalidad de Ascenso.

Aunado a lo anterior, mediante aviso del día 3 de marzo de 2023, informo respecto de la publicación de las **Listas de Elegibles en la modalidad Abierto**

Posterior a los avisos señalados previamente, la CNSC dio publicidad a otras siete listas de elegibles más, los días 13 y 28 de marzo de 2023, debido a que se resolvieron las acciones de tutela de varias de las OPEC que se encontraban pendientes de decisión.

Por otro lado, es necesario indicar que la CNSC expidió la Resolución No. 5596 del 17 de abril de 2023, “*Por la cual se conforma 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*

Proceso: ACCION DE TUTELA
Radicado Nro.: 19001-31-10-001-2023-00221-00
Accionante: ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Vinculadas: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y señora PAULA ANDREA MUÑOZ ACOSTA

con el Código OPEC No. 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 No. 2149 de 2021", la cual fue publicada en el Banco Nacional de Listas de Elegibles.

Respecto a la provisionalidad, es necesario recordar que la vinculación a un empleo de carrera bajo esta figura, como es el caso de la accionante, no le otorgaba el derecho a desempeñarlo indefinidamente, aquel nombramiento tiene un carácter temporal y no definitivo.

De conformidad con la citada normativa la condición de prepensionado respecto de los procesos de selección se generaba bajo las siguientes condiciones:

1. Personal con nombramiento provisional realizado antes del 2018
2. A la fecha de entrada en vigor de la Ley 1955 de 2019, esto es, al 25 de mayo de 2019, les faltare tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión

En este sentido, se recuerda que el servidor público provisional tuvo la condición de prepensionado, en los términos de la Ley, **cuando le faltaren tres (3) años o menos para cumplir los requisitos de semanas de cotización y la edad para causar la pensión de jubilación, a partir de la fecha en que entró en vigor la referida ley (25 de mayo de 2019).**

Ahora bien, en el entendido que el referido periodo de tres (3) años para causar el derecho a la pensión de jubilación por parte de los servidores con nombramiento en provisionalidad, determinado en el parágrafo 2º del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, venció el 24 de mayo de 2022, la referida normativa no está llamada a mantener sus efectos jurídicos³, por lo que la condición de prepensionado, a la fecha, no es causal para posponer el nombramiento del elegible que ocupe posición meritoria en una Lista de Elegibles.

Es decir, los servidores públicos con nombramiento provisional que el ICBF identificó que cumplían los requisitos establecidos por el artículo 263 de la Ley 1955 para el reconocimiento como pre-pensionados, a la fecha debieron causar los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Proceso: ACCION DE TUTELA
Radicado Nro.: 19001-31-10-001-2023-00221-00
Accionante: ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Vinculadas: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y señora PAULA ANDREA MUÑOZ ACOSTA

A la luz de lo señalado en líneas precedentes, los empleos ofertados por el ICBF en el Proceso de Selección No. 2149 de 2021 - ICBF, que son desempeñados por servidores públicos con nombramientos provisionales que aseveren ostentar la calidad de pre-pensionados en la actualidad, están llamados a proveerse sin dilación alguna con las Listas de Elegibles que se hayan conformado y adoptado para los mismos.

Así las cosas, se debe tener en cuenta que la provisionalidad es una forma de proveer temporalmente los cargos de carrera para no interrumpir la prestación del servicio público, pero tal modalidad no ha sido consagrada legalmente como generadora de estabilidad en el empleo para el funcionario que lo desempeñe; de ahí que, cuando se produce un nombramiento en provisionalidad, no podría hablarse de alguna garantía de permanencia.

Con fundamento en lo anterior, solicita declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, y/o ordenar la desvinculación de la CNSC, en el presente tramite tutelar

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER.

Conforme a los supuestos fácticos anteriormente esbozados, corresponde al Despacho Judicial dilucidar si se vulneraron los derechos fundamentales invocados por la señora XIMENA MOSQUERA SOLIS, por parte de las aquí accionadas al no reconocer su condición de estabilidad laboral reforzada por ser pre-pensionada, por parte de su empleador el ICBF.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia del Despacho.

El Decreto 333 de 2021, que modificó los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, (Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela) establece en su ARTÍCULO 1 señala:

"ARTICULO 1º. Modificación del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015. Modifíquese el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, el cual quedará así:

ARTICULO 2.2.3.1.2.1. Reparto de la acción de tutela. Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza

Proceso: ACCION DE TUTELA
Radicado Nro.: 19001-31-10-001-2023-00221-00
Accionante: ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Vinculadas: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y señora PAULA ANDREA MUÑOZ ACOSTA

que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos, conforme a las siguientes reglas: (...)

2. 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. (...) (Destacado por el Juzgado.)

Como en el sub examine la demanda de tutela interpuesta por la señora ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS, está dirigida contra EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, organismos y/o entidad pública de orden nacional, por lo tanto, este despacho es competente para resolver en primera instancia el sub lite.

Examen de procedibilidad

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que la acción de tutela es un mecanismo judicial subsidiario, residual, informal y autónomo que tiene por objeto garantizar la “protección inmediata de los derechos fundamentales” de los ciudadanos por medio de un “procedimiento preferente y sumario”¹. De acuerdo con lo previsto por el Decreto Ley 2591 de 1991 y el desarrollo jurisprudencial de esta Corte, son requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela: (i) la legitimación en la causa -por activa y por pasiva-, (ii) la inmediatez y (iii) la subsidiariedad. El cumplimiento de estos requisitos es una condición para que el juez de tutela pueda emitir un pronunciamiento de fondo.

En esa medida debe examinarse si están cumplidos los requisitos para su procedencia en el sub examine, encontrando que en primer lugar la **legitimación por activa** se encuentra en cabeza del señor ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS, quien interpone la acción de tutela, buscando la protección del derecho que estima conculcado, la **legitimación por pasiva** en la entidad que se considera está vulnerando los derechos fundamentales invocado, en este caso el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y la Comisión Nacional del Servicio civil.

El objeto de la tutela es la verificación de la vulneración de los derechos fundamentales, susceptible de ser protegidos por la acción constitucional; en este caso el **de seguridad social, vida digna, mínimo vital y protección especial de persona en estado de prepensionada y de estabilidad laboral reforzada.**

¹ Constitución Política, art. 86.

Proceso: ACCION DE TUTELA
Radicado Nro.: 19001-31-10-001-2023-00221-00
Accionante: ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Vinculadas: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y señora PAULA ANDREA MUÑOZ ACOSTA

En cuanto a **la inmediatez**, se debe evaluar en cada caso concreto, la razonabilidad y proporcionalidad del tiempo transcurrido entre la situación de la cual se predica que genera la vulneración de las garantías fundamentales y la fecha de presentación de la acción. Teniendo en cuenta que la acción de tutela incoada por el accionante respecto de la presunta vulneración, es actual, se entiende satisfecho este requisito.

Respecto a la subsidiaridad; Según el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esa previsión corresponde al requisito de subsidiariedad, que descarta la utilización de la tutela como vía preferente para el restablecimiento de los derechos.

El deber de agotar todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance del afectado, guarda relación con la excepcionalidad y subsidiariedad de la acción de tutela, pues de lo contrario ella se convertiría en una instancia adicional para las partes en el proceso. Esta exigencia trae consigo la excepción consagrada en el artículo 86 Superior, que permite que pueda flexibilizarse cuando se trata de evitar la consumación de un perjuicio irremediable o cuando se pretender proteger derechos frente a medidas judiciales ordinarias ineficaces.

Así, el requisito de subsidiaridad impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar para ejercitar los medios ordinarios e incluso sumarios, para de esta manera efectivizar la protección de sus derechos fundamentales, cuestión que no es caprichosa, deliberada o antojadiza, sino que busca poner como fin que, para solicitar el amparo de una prerrogativa de primer orden presuntamente quebranta despliegue toda su diligencia y recurra a la acción constitucional de manera subsidiaria, esto es, cuando ya hubiese agotado todas las herramientas de defensa tanto judicial como administrativa, ya que, la falta injustificada en su agotamiento lleva al lastre la procedencia de la acción de tutela.

La acción de tutela fue concebida como un mecanismo residual para la protección efectiva de los derechos fundamentales cuya amenaza o vulneración se pregona, en el presente asunto se avizora la accionante acude a

Proceso: ACCION DE TUTELA
Radicado Nro.: 19001-31-10-001-2023-00221-00
Accionante: ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Vinculadas: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y señora PAULA ANDREA MUÑOZ ACOSTA

este medio como mecanismo expedito para resarcir sus derechos presuntamente vulnerados.

CASO CONCRETO

Encontramos que la señora Mosquera Solis ésta inconforme con la respuesta dada por la demandada mediante el oficio No. 202312100000097421, de fecha del 21 de abril de 2023, en la cual se resolvió negar la dicha solicitud teniendo en cuenta que:

*“NIEGA Pretensión, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida acreditan la condición de “pre-pensionables” quienes estén a 3 años de acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad 57 años y 1.300 semanas cotizadas), la peticionaria aporta certificado de Colpensiones en el cual reporta 1306 semanas y 55 años de edad, sin embargo en sentencia Sentencia SU-003 de 2018 la Corte Constitucional señaló que cuando “Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero ya cuenta con las semanas mínimas requeridas. **no procede la protección de estabilidad laboral reforzada.**”*

Conforme a la sentencia en comentario SU 003 de 2018, establece

*“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, **no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.**” (Destacado por el Juzgado)*

La accionante pretende que se proteja su condición de prepensionable, para lo cual exige permanecer en el cargo u en otro, con el fin de permanecer en el cargo por 2 años más, hasta tanto cumpla la edad de 57, necesaria para acceder al reconocimiento de su pensión de vejez en el Sistema General de Pensiones.

Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de La Corte², la figura de la “prepensión” es diferente a la del denominado “retén social”, figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas³.

² Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-897 de 2012.

³ 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”.

Proceso: ACCION DE TUTELA
Radicado Nro.: 19001-31-10-001-2023-00221-00
Accionante: ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Vinculadas: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y señora PAULA ANDREA MUÑOZ ACOSTA

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**”⁴. (Destacado por el Juzgado)*

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 la 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 Pensiones⁵.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-897 de 2012.

⁵ 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 de la decisión, se señala: “Si en gracia de discusión la acción fuera viable, debe la Sala hacer la precisión de que la

Proceso: ACCION DE TUTELA
Radicado Nro.: 19001-31-10-001-2023-00221-00
Accionante: ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Vinculadas: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y señora PAULA ANDREA MUÑOZ ACOSTA

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.

En el caso de estudio, la accionante **ha cotizado más de 1300 semanas**; por tanto, acredita el mínimo que se requiere para acceder a la pensión de vejez. En consecuencia, no se encuentra en riesgo la consolidación de su expectativa pensional. Esta no podría frustrarse en la medida en que la única exigencia restante es el cumplimiento de la edad, condición que puede acreditar con o sin vinculación laboral vigente⁶.

En efecto, tal como tuvo oportunidad de plantearse en el numeral anterior, no existe un riesgo cierto, actual e inminente que impida la consolidación del derecho pensional, pues esta no se encuentra sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones⁷.

Por lo anterior no se acredita la existencia de un perjuicio irremediable, razón expedita para acudir a este mecanismo. Como a bien lo trae el representante de la CNSC La Corte Constitucional en Sentencia T – 451 de 2010 ha dicho: La acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del

declaratoria de inexistencia 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".

⁶ A excepción, claro está, de la frustración de la posible mera expectativa de incremento de la futura mesada pensional, como consecuencia de la cotización de un mayor número de semanas.

⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-972 de 2014.

Proceso: ACCION DE TUTELA
Radicado Nro.: 19001-31-10-001-2023-00221-00
Accionante: ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Vinculadas: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y señora PAULA ANDREA MUÑOZ ACOSTA

caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión.

Así las cosas, no puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico”

Sobre el punto, desde sus albores la Corte Constitucional asentó:

*“La tutela supone la acción protectora del Estado que tiende a proteger un derecho fundamental ante una acción lesiva o frente a un peligro inminente que se presente bajo la forma de amenaza. **Tanto la vulneración del derecho fundamental como su amenaza, parten de una objetividad es decir, de una certeza sobre la lesión o amenaza, y ello exige que el evento sea actual, que sea verdadero**”.*

De igual forma, conviene resaltar que la acción de tutela no procede contra los actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos, **por cuanto el afectado puede acudir a los medios de defensa disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.**

En el presente asunto, el mecanismo judicial principal para la garantía de los derechos invocados por la 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 que no es pensionable, 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, la tutelante podía ser sujeto de protección constitucional en virtud de la figura de la “preensión”⁸. Es

⁸ 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 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,

Proceso: ACCION DE TUTELA
Radicado Nro.: 19001-31-10-001-2023-00221-00
Accionante: ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Vinculadas: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y señora PAULA ANDREA MUÑOZ ACOSTA

prima 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 demanda⁹, 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 actora¹⁰.

En definitiva, se impone desestimar la protección constitucional sin que sea necesario *“incursionar en el fondo de la situación sometida a escrutinio, porque claramente la inobservancia de la exigencia de forma aludida – subsidiariedad – así lo permite”* (STC122-2021).

Respecto de la estabilidad ocupacional reforzada.

La misma suerte a de correr la pretensión de la accionante en cuanto que se proteja su derecho a la estabilidad ocupacional reforzada, toda vez que, si bien alegó la condición de sujeto de especial de protección constitucional por su condición de salud, la Corte Constitucional en sentencia T-003 de 2018 al analizar un caso de un sujeto de especial protección constitucional (cabeza de familia) argumento aplicable al caso, señaló que por esa sola condición **“no existe un derecho fundamental a permanecer en el cargo por lo que, en principio, no se puede amparar por tutela”**, y que dichas personas solamente pueden ser apartadas de un empleo en provisionalidad **“por motivos disciplinarios, porque se convocara a concurso para llenar la plaza de manera definitiva o por razones del servicio”** (Destacado por el Juzgado)

Sobre el particular, la H Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil ha señalado que:

“si bien nos encontramos ante una persona que goza de especial protección, dada su condición de madre cabeza de familia, lo cierto es que los motivos o razones en que se fundó la Resolución No. 29 del 29 de abril pasado, esto es, la

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.

⁹ Con relación al procedimiento para la adopción de las medidas cautelares, *cfr.*, lo dispuesto por el artículo 233 del CPACA.

¹⁰ 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.

Proceso: ACCION DE TUTELA
Radicado Nro.: 19001-31-10-001-2023-00221-00
Accionante: ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Vinculadas: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y señora PAULA ANDREA MUÑOZ ACOSTA

*que declaró insubsistente a la inconforme para ocupar el cargo denominado Asistente Administrativo Grado 05, de manera alguna pueden considerarse arbitrarios o antojadizos, **como quería obedecieron a una causa objetiva, general y legítima, que además no dependió de la liberalidad del nominador accionado, como lo es el nombramiento en propiedad de la persona que ocupó el primer lugar en el concurso de méritos convocado, precisamente para proveer el cargo vacante y que desempeñaba la quejosa, se itera, en provisionalidad**" (CSJ STC 11876-2016). (Destacado por el Juzgado)*

Así las cosas, como la accionante fue retirada del cargo a raíz del nombramiento de quien superó el concurso de méritos ofertado en la respectiva Convocatoria, no es posible acceder a la protección constitucional en el presente caso, pues al existir una razón objetiva y legítima para la desvinculación de la accionada, no es procedente la petición encaminada a mantener el empleo que ocupaba en provisionalidad o su reubicación laboral por vía de la acción de tutela.

Al respecto, también la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha considerado que los actos de nombramiento y desvinculación que se producen en las entidades públicas como resultado de un concurso de méritos **es una actuación que encuentra legitimidad en la Constitución y la ley**, por lo que, **en principio, de tales actos no se deriva la vulneración de los derechos fundamentales de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, dada la prevalencia del derecho de quienes integran las listas de elegibles.**

Sobre el tema, en sentencia CSJ STL4520-2013, reiterada entre otras en la STL3488-2020 adoctrinó:

*"(...) esta Sala de la Corte ha sostenido insistentemente que, **en el caso específico de servidores desvinculados como consecuencia del resultado de un concurso de méritos, el retiro responde a razones objetivas y constitucionalmente legítimas, que consultan la condición provisional de su nombramiento y el mejor derecho que le asiste a las personas que superaron satisfactoriamente un proceso de selección.***

*En ese orden de ideas, **el eventual retiro del actor de su cargo, en el que se fundamenta la posible existencia de un perjuicio irremediable, no tendría por sí mismo la virtualidad de dotar de procedencia excepcional a la acción de tutela, en vista de que, se insiste, tal medida responde a razones objetivas, legítimas y con pleno respaldo constitucional.**" (Destacado por el Juzgado)*

Así mismo, en providencia CSJ STL16524-2016 se estimó que:

*"(...) quien participa y supera satisfactoriamente las etapas de un concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso a la función pública, **exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están***

Proceso: ACCION DE TUTELA
Radicado Nro.: 19001-31-10-001-2023-00221-00
Accionante: ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Vinculadas: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y señora PAULA ANDREA MUÑOZ ACOSTA

desempeñando los cargos ofertados en provisionalidad, pues gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia dado que dicho cargo debe proveerse por medio de un proceso de selección." (Destacado por el Juzgado)

Por lo expuesto, considera este Juzgado que la acción de tutela interpuesta no presenta vocación de prosperidad, pues, **en primer lugar**, la accionante cuenta con otros medios ordinarios de defensa que le permiten ventilar sus pretensiones ante la jurisdicción contencioso administrativa, **en segundo lugar**, la accionante no cumple los requisitos para ser 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 y **en tercer lugar**, la razón para declarar la terminación de su vínculo laboral obedeció a una causal objetiva sin que sea procedente el amparo por vía de tutela.

Elementos de juicio suficientes para que este despacho considere improcedente la protección constitucional, al encontrar existen medios y procedimientos expeditos al alcance de la actora a fin de restablecer sus derechos conculcados.

Por lo expuesto, **EI JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DEL CIRCUITO JUDICIAL DE POPAYAN -CAUCA**, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NO TUTELAR por improcedentes los derechos reclamados como violentados por la accionante.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC con base al principio de colaboración que tienen las entidades con la administración de justicia, que, de manera inmediata a partir de la notificación del presente proveído, procedan a la publicación del mismo en la página web de la entidad, con el fin de dar a conocer el fallo de tutela a las personas inscritas y aspirantes en la convocatoria 2149 de 2021 en el cargo OPEC 166313 (IBCF).

CUARTO: ADVERTIR a las partes que el presente fallo podrá ser impugnado dentro de los tres días siguientes a su notificación.

Proceso: ACCION DE TUTELA
Radicado Nro.: 19001-31-10-001-2023-00221-00
Accionante: ADRIANA XIMENA MOSQUERA SOLIS
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Vinculadas: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y señora PAULA ANDREA MUÑOZ ACOSTA

QUINTO: **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para una eventual revisión del fallo, en caso de que no fuere impugnado de manera oportuna

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Firmado Por:
Luis Carlos Garcia
Juez
Juzgado De Circuito
Familia 001
Popayan - Cauca

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: **98a41fba03a52e409515ff2621ce0e3b4c638a89fb37faacd684b54ce20316d6**

Documento generado en 09/07/2023 04:40:29 PM

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