



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN
-Sala No. 1 de Decisión Penal-

Magistrado Ponente:
FABIO ALBERTO BURBANO VASQUEZ

Acta de Aprobación No. 689

Popayán, Cauca, dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Corresponde a la Corporación, decidir sobre la impugnación formulada por la señora **Dayana Paola Sacanamboy Jiménez**, contra la sentencia de tutela No. 025 del 11 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Santander de Quilichao, Cauca, mediante la cual, declaró improcedente la demanda constitucional instaurada por aquella, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.

HECHOS

Se sintetizaron los hechos en la sentencia de tutela de la siguiente manera:

“En su demanda de tutela narra la tutelante que suscribió posesión del cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 7 de la planta global de ICBF, en provisionalidad, asignada a la regional Cauca, ubicada en el Centro Zonal Norte, para lo cual nombrada mediante resolución No. 8376 del 18 de septiembre de 2019.

El día 13 de febrero del año 2023 se envió correo electrónico dirigido al Dr. Víctor Hugo Samboni Viveros, Coordinador del Centro Zonal Norte, adjuntando historia clínica con lo cual se notifica su estado de gestación.

El 15 de febrero de 2023, según memorando radicado No. 202312100000014713 del 10 de febrero de 2023, estrategia operativa convocatoria 2149 de 2021, la Dirección de Gestión Humana del ICBF, se envió correo electrónico, en el cual se adjunto soportes y se informo al Coordinador del ICBF Zonal Norte del Cauca, la condición de madre cabeza de familia.

El 30 de mayo de 2023 se le notifica el nombramiento de elegible y terminación de nombramiento provisional, donde se notifica a la señora EDDI ROXANA IPIA NOSCUE, cuyo periodo de prueba es de seis (6) meses y de ser satisfactoria se procede a solicitar la inscripción o actualización, según el caso, en el Registro Público de Carrera Administrativa a la CNSC, o de lo contrario, su nombramiento será declarado insubsistente mediante resolución motivada.

El 31 de mayo de 2023 es notificada la tutelante de la terminación del nombramiento en provisionalidad del cargo que desempeñaba en el ICBF, por lo tanto, se le vulnera el derecho adquirido y ratificado mediante oficio del 10 del marzo de 2023 en el cual se le reconoce la estabilidad laboral reforzada por embarazo.

Al terminar el nombramiento que sostenía en forma provisional con la entidad tutelada y desconocimiento lo estipulado en el oficio 202312100000056931 de 10 de mayo de 2023 por medio del cual le reconocen su estabilidad laboral reforzada por embarazo, la tutelada vulneró sus derechos fundamentales laborales, máxime que no tiene como seguir pagando la seguridad social y continuar con los controles prenatales y parto.

De otra parte, manifiesta la accionante ser madre cabeza de hogar y tiene a su cargo un hijo menor de edad, el cual estudia en la ciudad de Popayán, lo cual lo acredita con certificación que el padre del menor vive en la actualidad con ella.

Por todo lo anterior la tutelada vulnera sus derechos fundamentales a la Igualdad, Debido Proceso, Seguridad Social, Derecho al Trabajo, Estabilidad Laboral Reforzada, Mínimo Vital y otros más.

Solicita al Juzgado se protean los derechos fundamentales invocados en la demanda de tutela y menoscabados por la tutelada ICBF, quien debe reintegrarla a su lugar de trabajo, cancelación de salarios, prestaciones sociales dejados de percibir desde su desvinculación, hasta cuando se produzca el reintegro, de igual manera que cancelen o paguen los aportes a seguridad social, (salud, pensión y riesgos laborales).

Aporta medios probatorios que se encuentran en el expediente de tutela.”

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao, Cauca, mediante sentencia de tutela del 11 de agosto de 2023, resolvió:

“PRIMERO. =DECLARAR IMPROCEDENTE la demanda de tutela invocada por la señora DAYANA PAOLA SACANAMBOY JIMENEZ, identificada con cedula de ciudadanía número 1.061.730.916, teniendo en cuenta las consideraciones esbozadas anteriormente...”

El juez de primera instancia, después de esbozar las pretensiones de la demanda y analizar los elementos de prueba arribados, argumenta que, según los pronunciamientos de la Corte Constitucional y normas existentes, la estabilidad laboral reforzada es relativa o transitoria para los servidores públicos que se encuentran vinculados en provisionalidad, por quien tenga derechos de carrera administrativa.

Señala que el Decreto 1083 de 2015 establece los presupuestos para provisión definitiva de los empleos en carrera, indicando que en los casos como el que ocupa la atención, esta clase de personas serán los últimos servidores en ser desvinculados y tienen prioridad frente a quienes obtengan el puntaje requerido para suplir los cargos en carrera administrativa.

De igual manera, afirma que la sentencia SU-070 de 2013 unificó las reglas para las personas con estabilidad laboral reforzada nombradas en provisionalidad derivada de embarazo y lactancia, si el cargo sale a

concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Agrega que cuando debe surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quien ganó el concurso de méritos, deberá pagarle prestaciones sociales que garanticen la licencia de maternidad.

Al descender al caso bajo estudio, argumenta que no se demostró que los derechos a la salud y a la seguridad social se le hayan vulnerado a la tutelante, situación que ocurre también con el derecho al mínimo vital, del cual no se acreditó su transgresión.

Frente al derecho fundamental al trabajo, indica que *“el hecho de la desvinculación laboral de su antiguo patrono, no la limita a buscar empleo en otra parte, y como ella misma lo afirma en la demanda, pretende que por esta vía se ordene se reintegró a sus labores que desempeñaba antes de su desvinculación laboral”* (sic).

Afirma que al ordenar su reintegro a las labores en el ICBF se generaría la vulneración del derecho de quien superó las bases del concurso de méritos con esfuerzos, estudio y capacidad demostrada en dicho concurso.

Señala que la tutelante no queda desprotegida en la seguridad social, teniendo en cuenta que el ICBF desde el día 13 de junio de 2023, a través de la Resolución No. 05147, ordenó el pago de los aportes durante el estado de embarazo para garantizar su licencia de maternidad.

Cita la sentencia T-463 de 2007 y señala que la acción de tutela se torna improcedente si el actor dispone de otros medios o recursos de defensa judicial, salvo cuando se use como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable.

Manifiesta que la accionante se presentó al concurso y obtuvo un puntaje de 51.66, que no superó el mínimo exigido para continuar dentro de la convocatoria.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La accionante **Dayana Paola Sacanamboy Jiménez**, inconforme con la decisión de primera instancia impugnó, argumentando que los motivos de la

declaración de improcedencia no se ajustan a los hechos ni derechos invocados para su protección.

Considera que la orientación dada por el despacho es desacertada porque la acción constitucional no solo debe proteger su derecho fundamental a la seguridad social, sino como madre cabeza de familia, a la dignidad humana y a la estabilidad laboral reforzada, teniendo en cuenta que está embarazada y su hijo de 14 años depende exclusivamente de ella.

Cita varias sentencias, entre ellas, T-326 de 2014, T-063 de 2022 y T-084 de 2018, para fundamentar que, el ICBF y el juzgado fallador, no le brindaron la protección al momento de su desvinculación, a efectos que no afectara su mínimo vital, pues, queda en riesgo su hijo menor de edad, su bebé que está por nacer y ella, al no contar con los ingresos mensuales para cubrir sus necesidades básicas.

Luego de transcribir lo establecido en el artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, y señalar que, para los servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de la aplicación de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o los últimos en ser retirados.

Solicita se revoque la decisión proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao, Cauca, en su lugar, se conceda el amparo a los derechos fundamentales invocados, pues, en su condición actual es casi imposible obtener un trabajo con el que pueda sufragar los gastos que se aproximan con el nacimiento de su hija y los demás que tiene con su hijo menor de edad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A la Sala le asiste competencia funcional para conocer del presente asunto, por tratarse de la impugnación de una sentencia emitida por un juzgado con categoría de circuito, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 en concordancia con el artículo 1° del Decreto 333 de

2021, a través del cual se modificó el artículo 2 .2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, al fungir este Tribunal como su superior jerárquico.

2. Requisitos de legitimación, inmediatez y subsidiaridad.

En primer lugar, antes de entrar a estudiar el fondo este asunto, debe verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contemplados en el artículo 86 de la Carta Política y en el Decreto 2591 de 1991.

Legitimación en la causa por activa: El inciso primero del artículo 86 Constitucional consagra el derecho que tiene toda persona de reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados, mediante un procedimiento preferente y sumario. Igualmente, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 establece que toda persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales podrá ejercer la acción descrita por sí mismo o por representante, o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos vulnerados o amenazados no esté en condiciones de promover su propia defensa.

En este asunto, como quiera que **Dayana Paola Sacanamboy Jiménez** actúa a nombre propio, se encuentra habilitada para instaurar la acción en salvaguarda de sus derechos que estima vulnerados.

Legitimación en la causa por pasiva: En la presente oportunidad, la entidad accionada se encuentra legitimada en la causa por pasiva, dada la calidad que ostenta, y en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en discusión.

Inmediatez: respecto de la oportunidad para su presentación, la demanda debe ejercitarse dentro de un término razonable que permita la protección inmediata del derecho fundamental presuntamente trasgredido o amenazado, pues, de lo contrario, el amparo constitucional podría resultar inocuo y, a su vez, desproporcionado frente a la finalidad que persigue, que no es otra que la protección actual, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales¹, exigencia que se concreta en este caso, pues, el hecho vulnerador demandado se presentó desde el 31 de mayo de 2023 que el ICBF le notificó la terminación del nombramiento en provisionalidad del cargo

¹ Corte Constitucional. M.P Sentencia T-022-2017.

que desempeñaba como Profesional Universitario Código 2044 Grado 7 en esa entidad. De modo que, desde ese suceso hasta la formulación de la presente acción de tutela ha pasado un término prudencial.

Finalmente, en cuanto a la *Subsidiariedad*: La jurisprudencia constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones la subsidiaridad de la acción de tutela, siendo esta un mecanismo constitucional, en virtud del cual, es posible obtener el amparo raudo de los derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares².

3. Planteamiento del problema jurídico.

Le corresponde a la Corporación establecer, si es procedente acceder a las pretensiones de la impugnante y revocar la decisión de primera instancia, o, por el contrario, es necesario confirmar el fallo de tutela recurrido por respetar los parámetros normativos y jurisprudenciales.

4. Consideraciones Jurídicas.

A tal efecto, recordemos (artículo 86 de la Carta Política) que la acción de tutela es un instrumento jurídico previsto para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, por particulares.

5. Presentación y resolución del caso concreto.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la ciudadana **Dayana Paola Sacanamboy Jiménez** denuncia que, a pesar que el 13 de febrero de 2023 dio a conocer al Coordinador del Centro Zonal Norte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF su estado de gestación, el 31 de marzo seguido le fue notificada la terminación del nombramiento en provisionalidad del cargo que desempeñaba en esa institución como Profesional Universitario Código 2044 Grado 7 de la planta global.

Conforme a lo planteado por la accionante, el juez *a-quo*, decidió declarar improcedente el amparo constitucional demandado, al considerar que no se

² Corte Constitucional, M.P LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. Sentencia T-022 de 2017.

demonstró la vulneración a los derechos por ella deprecados, y que, la estabilidad reforzada es relativa para los servidores que se encuentra vinculados en provisionalidad por quien tenga derechos de carrera administrativa, además, manifestó que la señora **Dayana Paola Sacanamboy Jiménez** no va a quedar desprotegida porque el ICBF, pues, mediante Resolución No. 05147, esa entidad ordenó el pago de los aportes durante su estado de embarazo para garantizar su licencia de maternidad. Indicó también que cuando se dispone de otros medios de defensa judicial la acción de tutela no es procedente, salvo para evitar un perjuicio irremediable.

De los elementos arribados al expediente de tutela, se observa que, efectivamente la señora **Dayana Paola Sacanamboy Jiménez**, a través de Resolución No. 8376 del 18 de septiembre de 2019 fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 07 en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF; de igual manera que la accionante envió un oficio el 15 de febrero de 2023 dirigido al director regional Cauca, al coordinador Centro Zonal Norte y al director de Gestión Humana, todos del ICBF, informado su condición de madre cabeza de familia, de acuerdo al memorando con radicado No. 202312100000014713 del 10 de febrero de 2023, en el que esa entidad requirió a los servidores públicos con el objetivo que comunicaran alguna condición especial de protección para garantizar la estabilidad laboral reforzada.

Luego, por medio del oficio No. 202312100000056931 del 10 de marzo de 2023, el ICBF dio a conocer la respuesta de las solicitudes masivas de estabilidad laboral reforzada radicadas ante la Dirección de Gestión Humana, en la cual se reconoció la estabilidad laboral reforzada por embarazo. Posteriormente, le fue notificada la Resolución No. 02604 del 28 de abril a la señora **Sacanamboy Jiménez**, en la que se nombró en periodo de prueba en el cargo de carrera administrativa de la planta global del ICBF identificado con el código OPEC 166312, a la señora Eddi Roxana Ipia Noscue, y terminó el nombramiento provisional del cargo que ocupaba la accionante.

Ahora bien, en relación con la procedencia de la acción de tutela para la protección de la estabilidad laboral reforzada, se trae a colación lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencia T-063 de 2022, donde reiteró lo siguiente:

“la Corte Constitucional ha definido la estabilidad laboral como:

*“una garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo, sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales”.*³”

Seguidamente, explicó esa Alta Corte que *“Los titulares de la estabilidad laboral reforzada, tal como lo ha sostenido la Corte, son aquellas personas que se encuentran amparadas por el fuero sindical, en condición de invalidez o discapacidad y las mujeres en estado de embarazo, así como aquellos trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta.”*

Frente a los trabajadores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, señaló que:

la Corte ha manifestado que gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causales legales que deben expresarse de manera clara en el acto de desvinculación. De esta manera, la Corte ha reiterado que “la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron

³ Sentencias C-470 de 1997, T- 320 de 2016, T-464 de 2019, T-052 de 2020, entre otras.

un concurso público de méritos.”⁴ Sobre este punto, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte señaló que:

“la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y **gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.**”

Sin embargo, teniendo en cuenta que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden haber sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, o personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, la Corte ha reconocido que “antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento.”⁵ En esta dirección, en sentencia SU-917 de 2010, esta Corporación precisó que “la vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional.”

A modo de conclusión, tal como se reiteró en las Sentencias T-373 de 2017 y T-464 de 2019, en aquellos casos en los que surge, con fundamento en el principio del mérito, la obligación de nombrar de la lista de elegibles a la persona que superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y pre

⁴ Sentencias SU-446 de 2011 y T-464 de 2019.

⁵ Sentencias T-373 de 2017, T-464 de 2019.

pensionados, las entidades deben proceder con especial cuidado antes de efectuar los respectivos nombramientos, mediante la adopción de medidas afirmativas, (dispuestas en la constitución art. 13 numeral 3º, y en la materialización del principio de solidaridad social -art. 95 ibídem-),⁶ relativas a su reubicación, y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.

Es así que, para que la accionante sea beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada, teniendo en cuenta que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, debe acreditar que es sujeto de especial protección constitucional, como, madre o padre cabeza de familia, persona en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de enfermedad, o estar próxima a pensionarse.

De las anteriores condiciones para la procedencia de la estabilidad laboral reforzada, la accionante acreditó que se encuentra en estado de gestación, y adujo que, es madre cabeza de familia.

Respecto a la primera condición se debe señalar inicialmente que, de acuerdo al Decreto 1083 de 2015, artículo 2.2.5.3.4., la terminación de encargo y nombramiento provisional se efectuará a través de resolución motivada por parte del nominador. Así, la insubsistencia invocada debe contener argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica frente al servicio que se encuentra desarrollando el empleado.

De tal manera que los servidores que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que solo pueden ser removidos por causales legales. En ese sentido, la situación de quienes ostentan dicha calidad encuentra protección constitucional en la medida en que, en igualdad de condiciones, tienen la posibilidad de concursar y gozar de estabilidad laboral, la cual está condicionada al tiempo

⁶ Sentencia T-373 de 2017.

de duración del proceso de selección, hasta que sean reemplazados por quien supere el concurso de méritos.

En cuanto a las personas de especial protección constitucional, como las mujeres embarazadas, la Corte Constitucional en Sentencia SU-070 de 2013 unificó reglas que fijan el alcance de dicha condición. Frente a las servidoras públicas que se encuentran en estado de gravidez y ocupan un cargo en provisionalidad, el cual sale a concurso o es suprimido, señaló que se deben aplicar las siguientes reglas:

*“(i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando deba surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, **se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad;** (ii) si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia.”*

Lo anterior significa que la empleada vinculada en entidad pública en provisionalidad, en un cargo que sale a concurso de méritos y se encuentra en estado de embarazo, puede ser desvinculada por quien ocupe el último cargo a proveer de quienes superaron el concurso, y al momento de su desvinculación la entidad pública deberá efectuar el pago de las prestaciones sociales que garanticen la licencia de maternidad.

Teniendo en cuenta lo planteado y las piezas procesales del expediente constitucional, se evidencia que tal como lo establece la jurisprudencia constitucional, pese a que la lista de elegibles para el cargo que ocupaba la accionante **Dayana Paola Sacanamboy Jiménez** tomó firmeza mediante Resolución No. 3472 del 25 de marzo de 2023, la precitada contó con más de dos meses de vinculación laboral por su estado de embarazo, amparo que le fue garantizado con la respuesta del 10 de marzo de ese mismo año, en la que gestión humana del ICBF le reconoció la estabilidad laboral

reforzada por su condición. Luego, tras el nombramiento de la persona que por mérito superó el concurso, Eddi Roxana Ipia Noscue, en el cargo que ostentaba la demandante, a través de Resolución No. 05147 del 13 de junio de 2023, la entidad accionada, resolvió:

ARTÍCULO PRIMERO.- Atender la condición de gestante de la servidora pública **DAYANA PAOLA SACANAMBOY JIMENEZ**, identificada con cedula de ciudadanía No: **1.061.730.916**, ordenando realizar el pago de los aportes a seguridad social en salud mientras se encuentra en estado de embarazo a efectos de garantizar la licencia de maternidad, con el propósito de dar cumplimiento a la línea jurisprudencial existente.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Ordenar a la Regional Cauca realizar el trámite correspondiente de la generación de la planilla de seguridad social en salud a la señora **DAYANA PAOLA SACANAMBOY JIMENEZ**, mientras se encuentra en estado de embarazo a efectos de garantizar la licencia de maternidad, con el propósito de dar cumplimiento a la línea jurisprudencial existente.

ARTÍCULO TERCERO.- Ordenar a la Dirección de Gestión Humana realizar el trámite correspondiente para garantizar el pago de la respectiva planilla de seguridad social en salud a la señora **DAYANA PAOLA SACANAMBOY JIMENEZ**, mientras se encuentra en estado de embarazo a efectos de garantizar la licencia de maternidad.

PARÁGRAFO: En todo caso la señora **DAYANA PAOLA SACANAMBOY JIMENEZ**, deberá presentar la licencia por maternidad, una vez esta sea expedida por la entidad competente con el fin de determinar la fecha en que se deben suspender los respectivos pagos en salud.

ARTÍCULO CUARTO.- La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

De modo que la accionante contará con la afiliación a la seguridad social durante su estado de gravidez, a efectos que se le garantice su licencia de maternidad. Por tal motivo, evidencia esta Corporación que el ICBF ha regido sus actuaciones de acuerdo a los parámetros normativos y jurisprudenciales que rodean los asuntos como el que es objeto de análisis.

Por otro lado, respecto a la condición de madre cabeza de familia como sujeto de especial protección, en Sentencia SU143 de 2020, la Corte Constitucional, planteó que:

“...El artículo 12 de la Ley 790 de 2002 estableció la política comúnmente denominada “retén social” en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP). Este artículo dispone que, de conformidad con la reglamentación establecida por el Gobierno Nacional en el PRAP, “no podrán ser retirados del servicio” tres grupos de personas: (i) las madres cabeza de familia sin alternativa económica, (ii) las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y (iii) las personas próximas a pensionarse. El Decreto 190 de 2003 reglamentó parcialmente la Ley 790 de 2002, y estableció que las madres cabeza de familia sin alternativa económica son aquellas mujeres “con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos” o con “hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva

de ellas”, y aquellas “cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada” (Decreto 190 de 2003, art. 1).

En las sentencias SU-388 y 389 de 2005, reiteradas en la sentencia SU-377 de 2014, la Corte Constitucional estableció quienes pueden ser considerados madres o padres cabeza de familia. Así, en la sentencia SU-388 de 2005, la Corte señaló que **la condición de madre cabeza de familia no se adquiere solo por el hecho de tener a su cargo la dirección del hogar.** Por el contrario, para tener dicha condición es presupuesto indispensable: “(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”.

De tal manera que la condición de madre cabeza de familia, como sujeto de especial protección, con el propósito que no sea retirada del servicio laboral, se ostenta cuando: (i) es responsable en el plano afectivo, económico o social de hijos menores propios o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente y no transitoria; (iii) y lo anterior obedezca a la falta de respaldo del cónyuge o compañero permanente, bien sea por su ausencia permanente (abandono o muerte), por la sustracción de sus obligaciones como padre o porque tenga una incapacidad física, sensorial, síquica o moral, o (iv) exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del grupo familiar, lo cual implica una responsabilidad solitaria de la mujer en el hogar.

Para acreditar tal hipótesis la tutelante allegó el registro civil nacimiento de su hijo menor de edad; la historia donde se acredita su estado de embarazo; y una declaración extraprocésal en la que manifiesta que posee la condición

de madre cabeza de familia, pues tiene a su cargo económica y socialmente a su hijo Alan Andrés Ospina Sacanamboy, además que se encuentra en estado de gestación.

Conforme a las reglas jurisprudenciales antes esbozadas, el primer requisito se encuentra acreditado, en el caso bajo estudio, pues bajo su responsabilidad se encuentra su hijo menor de edad.

No obstante, como señala la Alta Corte Constitucional, no solo se adquiere la calidad de madre cabeza de familia por el hecho de tener a cargo la dirección del hogar, sino que, se debe demostrar la inexistencia del compañero permanente o cónyuge, bien sea por abandono, muerte, sustracción de las obligaciones como padre o porque tenga una incapacidad física, sensorial, síquica o moral, situación a la que la demandante no hizo referencia siquiera, y aunque arribó una declaración extraproceso en la que manifiesta que es quien responde económicamente por su hijo, no es suficiente elemento suasorio para demostrar tal condición, toda vez que, corresponde únicamente a sus dichos sin respaldo alguno; además, no hace mención en el escrito de tutela de lo que sucede con el progenitor de Alan Andrés Ospina Sacanamboy, indicando si se sustrajo o no de sus obligaciones como padre, por lo que esta Sala no puede plantear aseveraciones si no existe respaldo en la demanda, más cuando se trata de un requisito para obtener una de sus pretensiones.

Ahora bien, allegó la tutelante una constancia de estudio de su hijo menor, no obstante, como atrás se señaló, no existe prueba indicativa de la falta de ayuda de su familia, y específicamente del progenitor de su hijo, como es su obligación legal, en virtud del principio de solidaridad, quien debe concurrir a solventar dichos gastos, al igual que el padre del *nasciturus*, si no es el mismo del otro niño.

Por lo anterior, se conduce a descartar la causal de estabilidad laboral reforzada, en calidad de madre cabeza de familia, como sujeto de especial protección, pues reitera, la accionante no manifestó ni demostró que el progenitor de su hijo se sustrae de sus obligaciones, tampoco, que no cuenta con el apoyo de algún miembro de su familia.

Entonces, la estabilidad relativa con la que contaba la señora **Dayana Paola Sacanamboy Jiménez**, cede frente al derecho que tiene la señora Eddi Roxana Ipia Noscue, quien ganó el concurso público de méritos y fue

nombrada en el cargo que ocupaba en provisionalidad de Profesional Universitario Código 2044 Grado 07 en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, así, como los que se ubican en la lista de elegibles, para empleos similares. Es decir que la desvinculación de la accionante fue justificada, pues, se encontraba en un cargo en provisionalidad, no cumple con los requisitos para acreditar la condición de madre cabeza de familia, y la persona a la cual se nombró en el empleo que demanda, superó el concurso público de méritos del ICBF.

En cuanto al derecho al mínimo vital, dicha garantía no fue afectada por su desvinculación laboral, teniendo en cuenta que era concedora de que gozaba de estabilidad laboral intermedia, provisional, y en cualquier momento sabía que por tratarse de un cargo de carrera podía ser suplido por quien ocupara la lista de elegibles, como concurrió en el presente asunto. Además, no demostró que carezca por completo de bienes, ahorros, recursos o apoyo de su familia.

En torno a la subsidiariedad como exigencia de la acción de tutela, la demandante debe acudir a los medios de defensa –*ordinarios* y *extraordinarios*– que tenga a su alcance para reclamar la protección de sus derechos, en este caso, ante la jurisdicción contenciosa administrativa para debatir el acto administrativo que le genera inconformidad. Adicionalmente, no se demostró un perjuicio irremediable para concurrir a la presente acción constitucional, tampoco acreditó que los medios judiciales no son idóneos ni eficaces para superar la amenaza de los derechos deprecados, por lo que no se sustenta la intervención del juez constitucional, es decir, ninguna amenaza de daño inminente, grave, urgente e impostergable fue expuesta ni demostrada por el accionante.

De igual manera, la entidad demanda va a garantizarle el pago a la seguridad social durante el tiempo de gestación para que pueda gozar de su licencia de maternidad sin dificultad alguna.

Conforme a lo expuesto en todo el análisis del presente asunto, no es posible revocar o modificar la decisión tomada por la juez de primera instancia, y por el contrario se confirmará la misma.

Por los anteriores razonamientos, **el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán Cauca, Sala de decisión Constitucional, en nombre del pueblo y por autoridad de la constitución,**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela No. 025 del 11 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Santander de Quilichao, Cauca, por las razones expuestas en el cuerpo de este proveído.

SEGUNDO: Una vez notificada esta providencia a las partes, por los medios y en los términos de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, REMÍTIR el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (artículo 32 ibidem).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



CON SALVAMENTO DE VOTO
JESÚS ALBERTO GÓMEZ GÓMEZ



JESÚS EDUARDO NAVIA LAME



FABIO ALBERTO BURBANO VÁSQUEZ