

**SEÑORES**

**JUZGADO CONSTITUCIONAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES (REPARTO)**

**E.S.D.**

**REFERENCIA:** Acción constitucional de tutela.

**DERECHOS:** Al debido proceso, igualdad, trabajo, estabilidad laboral, seguridad social y mínimo vital.

**ACCIONANTE:** Gloria Mercedes Salazar Escobar.

**ACCIONADO:** Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.

**VINCULADOS:** Leidy Johanna Arenas Mora y provisionales con condición de prepensionados.

**GLORIA MERCEDES SALAZAR ESCOBAR**, identificada con la cédula de ciudadanía número 25.059.218 de Riosucio (Caldas), domiciliada en el municipio de Manizales, Caldas, actuando en nombre propio, me permito interponer **ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA** en ejercicio de las facultades que otorgan tanto el mandato suscrito como el artículo 86 de la Constitución Política y las normas concordantes de los Decretos 2591 de 1991<sup>1</sup>, 306 de 1992<sup>2</sup> y 1382 de 2000<sup>3</sup>, de la siguiente manera:

\* Para mejor comprensión del texto la argumentación se desarrollará en tercera persona:

#### CONTENIDO

1. ENTIDAD ACCIONADA – ENUNCIACIÓN DE DERECHOS VULNERADOS – SOLICITUD DE VINCULACIÓN. ....	2
2. FUNDAMENTO FÁCTICO. ....	3
3. PRETENSIONES Y MEDIDA CAUTELAR: .....	7
3.1. MEDIDA CAUTELAR .....	8
4. FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	8
4.1. SOBRE LA PROCEDIBILIDAD DE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA. ....	8
4.1.1. Sobre la legitimación por activa.....	8
4.1.2. Sobre la Legitimación por pasiva.....	9
4.1.3. Sobre la procedibilidad de la acción de tutela y la afectación a derechos fundamentales tras concurso de méritos. ....	9

<sup>1</sup> “...por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

<sup>2</sup> “...por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991”.

<sup>3</sup> “...por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela.”

4.2.	Presentación y desarrollo de los argumentos que fundan la presente acción de tutela.	
		12
4.2.1.	Sobre el proceso de selección 433 en el ICBF y la pauta de actuación ante beneficiarios de la Estabilidad Laboral Reforzada: .....	12
4.2.2.	Sobre el estatus constitucional de la condición de prepensionado, la Estabilidad Laboral Reforzada y la vinculación al Retén Social.....	14
4.2.3.	Sobre la colisión entre sujetos de especial protección constitucional en provisionalidad y personas en listas de elegibles.....	16
4.2.4.	Sobre la afectación al mínimo vital en caso de desvinculación.....	20
5.	EL CASO CONCRETO: CÓMO DAR CONTINUIDAD A LOS NOMBRAMIENTOS DE LOS ELEGIBLES DE LA OPEP 39887 SIN AFECTAR A LOS PREPENSIONADOS.....	22
6.	PROCEDIMIENTO – COMPETENCIA - DECLARACIÓN JURADA.....	23
7.	PRUEBAS Y ANEXOS.....	23
8.	NOTIFICACIONES.....	24

## 1. ENTIDAD ACCIONADA – ENUNCIACIÓN DE DERECHOS VULNERADOS – SOLICITUD DE VINCULACIÓN.

La actual acción de tutela se presenta en contra de la entidad de derecho público Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), quien operará como ENTIDAD ACCIONADA, representada esta por su representante legal, gerente o quien haga sus veces, a fin de que sean salvaguardados los **DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, TRABAJO, ESTABILIDAD LABORAL, SEGURIDAD SOCIAL Y MÍNIMO VITAL** de la señora **GLORIA MERCEDES SALAZAR ESCOBAR**, todos ellos en consideración con la condición de estabilidad laboral que se le debe reconocer a la accionante.

De igual modo, se pretende que sea **VINCULADA** la señora LEIDY JOHANA ARENAS MORA, identificada con cédula de ciudadanía No. 1053.776.110 pues este proceso constitucional es de su interés ya que ella es la persona que ha sido nombrada para ocupar el cargo que hasta la fecha ostenta la accionante en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Este acto de vinculación debe ser para que la misma manifieste su posición frente a la Acción y cumplir los requerimientos del debido proceso constitucional, ya que en lo que respecta al aspecto sustancial del proceso, no debe haber colisión entre los Derechos Fundamentales de la Accionante y la Vinculada ya que la jurisprudencia constitucional ha diseñado herramientas destinadas a evitar que esto ocurra y salvaguardar los intereses de ambas partes inmersas en el proceso.

Para finalizar, se solicita comedidamente al juez de tutela que ordene la vinculación de todos los funcionarios con nombramiento en provisionalidad en el Centro Zonal Manizales 2 de la Regional Caldas del ICBF que ostentan el reconocimiento de la figura de prepensionados, para que se sirvan ilustrar cómo ha sido el proceder de la entidad en sus casos particulares frente al manejo de las Listas de Elegibles de la Convocatoria 433 de la CNSC, y acreditar cómo la entidad ha actuado dentro del margen de maniobra existente para garantizar sus derechos fundamentales al empleo, seguridad social y mínimo vital.

## **2. FUNDAMENTO FÁCTICO.**

**PRIMERO.** El día veinte (20) de enero de dos mil catorce (2014), la señora **GLORIA MERCEDES SALAZAR ESCOBAR** fue nombrada en provisionalidad por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para desempeñarse en el empleo PROFESIONAL UNIVERSITARIO, código 2028, grado 08, rol Trabajadora Social adscrita a la Regional Caldas, planta global de la institución.

**SEGUNDO.** La señora **GLORIA MERCEDES SALAZAR ESCOBAR** se ha desempeñado laboralmente en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de forma ininterrumpida desde su nombramiento y hasta la fecha de interposición de la presente Acción Constitucional, y lo ha hecho presentando un rendimiento laboral intachable y obteniendo reconocimiento por su buen desempeño.

**TERCERO.** La señora **GLORIA MERCEDES SALAZAR ESCOBAR** se encuentra afiliada al Régimen de Ahorro Individual en la entidad Protección desde el primero (01) de diciembre de dos mil uno (2001), y para la fecha de interposición de la presente Acción Constitucional cuenta con 1.079.9 semanas cotizadas al Sistema General de Seguridad Social.

**CUARTO.** A la fecha de interposición de la presente Acción Constitucional, la señora **GLORIA MERCEDES SALAZAR ESCOBAR** cuenta con cincuenta y cinco (55) años de edad.

**QUINTO.** Los ingresos económicos de la accionante dependen íntegramente de su empleo en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tal y como se puede apreciar en el Certificado de Ingresos y Retenciones correspondiente al año dos mil diecinueve (2019), el cual se adjunta como prueba. Lo mismo sucede con sus cotizaciones al Sistema de Seguridad Social.

**SEXTO.** Mediante Acuerdo No. CNSC-2016000001376, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), convocó a concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016.

**SÉPTIMO.** La señora **GLORIA MERCEDES SALAZAR ESCOBAR** no participó en el concurso de mérito pues personal administrativo del Centro Zonal Manizales 2 de la Regional Caldas le informó de que el empleo que ella ocupaba no sería ofertado, por lo que entendió que su empleo, teniéndose en cuenta la legislación de la época de convocatoria del concurso, no corría peligro.

**OCTAVO.** Finalizado el proceso de selección, mediante la Resolución No. CNSC - 20182230072125 del diecisiete (17) de julio del dos mil dieciocho (2018), la Comisión Nacional del Servicio Civil conformó la Lista de Elegibles para proveer tres (03) vacantes del empleo público identificado con el Código **OPEC 39887**, denominado Profesional Universitario Código 2044, Grado 08, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria número 433 de 2016.

**NOVENO.** De lo dispuesto en el articulado de la anterior Lista de Elegibles, en la Ley 909 de 2004 (la vigente para la época) y en el Acto Administrativo a través del cual se convocó el concurso de mérito, se puede extraer que la Lista de Elegibles de la OPEC 39887 sólo podía utilizarse para cubrir las plazas directamente ofertadas en el concurso, reiterándose que la ocupada por la señora **GLORIA MERCEDES SALAZAR ESCOBAR** no se encontraba entre ellas.

**DÉCIMO.** El día veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019) se expidió la Ley 1960 del 2019 “Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones” en la cual, en su artículo 6 se consignó: “*El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: “ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende: 1. (...) 2 (...) 3 (...) 4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”.*”

**UNDÉCIMO.** El día uno (01) de agosto de dos mil diecinueve (2019), la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió un “*Criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019*”, a través del cual restringió la aplicabilidad de lo dispuesto por la reforma de la Ley 909 de 2004 en lo que respecta al uso de las listas de elegibles para proveer vacancias definitivas, especificando que la reforma legal sólo podía ser aplicada para proveer vacancias definitivas en las convocatorias a concurso de mérito realizadas con posterioridad de la entrada en vigencia de la citada ley.

**DUODÉCIMO.** Con posterioridad, el día dieciséis (16) de enero de dos mil veinte (2020), la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió de nuevo un *CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1969 DE 27 DE JUNIO DE 2019”*, en el que se especificó lo siguiente:

*“De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC”.*

**DECIMOTERCERO.** Preocupada por informaciones que le habían llegado, y temiendo por su empleo, el día cinco (05) de mayo de dos mil veinte (2020), la señora **GLORIA MERCEDES SALAZAR ESCOBAR** interpuso Derecho de Petición a la Dirección de Gestión Humana del ICBF solicitando su inclusión en el Retén Social de la entidad ya que, desde su entender, cumplía con los requisitos legal y jurisprudencialmente establecidos para ser acreedora de tal condición.

**DECIMOCUARTO.** Se recuerda que para el momento de interposición del Derecho de Petición la señora **GLORIA MERCEDES SALAZAR ESCOBAR** contaba con más de 1.050 semanas cotizadas al Sistema General de Seguridad Social y con más de cincuenta y cinco (55) años de edad, lo cual determina que cumplía con los requisitos establecidos para reconocérsele la Estabilidad Laboral por su condición de prepensionada, lo cual la convertía en sujeto de Especial Protección Constitucional.

**DECIMOQUINTO.** El día treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020), la Dirección de Gestión Humana del ICBF dio respuesta a la solicitud de la accionante. Con respecto a su vinculación, se le aclaró lo siguiente:

*“En primer lugar, es pertinente indicar que con la Resolución No. 0226 del 20 de enero de 2014, usted fue nombrada en provisionalidad en la Regional Caldas, en la vacante temporal del empleo Profesional Universitario Código 2044 Grado 8 (12486), tomando posesión del cargo el día 03 de febrero de 2014, y mediante Resolución 1516 del 15 de marzo de 2017, le fue modificado el nombramiento en el sentido de indicar que la vacante en la que fue nombrada correspondía a una vacante definitiva, toda vez que la Titular fue retirada del servicio por cumplir requisitos de pensión por vejez...”*

**DECIMOSEXTO.** Con respecto a la solicitud de vinculación al Retén Social de la Entidad, se le respondió lo siguiente:

*“... acorde con lo anterior, considerando que a la fecha no se han cumplido con los presupuestos de hecho que configuren una causal objetiva para dar por terminado su nombramiento provisional, no es posible determinar una eventual protección por razones de estabilidad laboral reforzada...”*

**DECIMOSEPTIMO.** Y se despachó la solicitud formulada por la accionante de la siguiente manera:

*“... en consideración con lo anterior, el ICBF adelanta las actuaciones administrativas correspondientes, con el objeto de dar cumplimiento a lo previsto en el Criterio Unificado de la CNSC, por lo tanto, el ICBF no reconoce estatus de prepensionada en el marco de la estabilidad laboral reforzada, toda vez que como se dijo anteriormente no se ha dado la desvinculación por nombramiento en la vacante definitiva que usted actualmente ocupa en calidad de provisional...”*

**DECIMOCTAVO.** Sin embargo, y en clara incongruencia con la respuesta dada por la Dirección de Gestión Humana del ICBF al Derecho de Petición presentado semanas antes, el día veintiocho (28) de julio de dos mil veinte (2020) se publicó la Resolución No. 4333, y a través de la cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la accionante y se nombró en periodo de prueba a la señora LEIDY JOHANA ARENAS MORA a fin de ocupar su plaza.

**DECIMONOVENO.** En la resolución a través de la cual se termina el nombramiento en provisionalidad de la accionante no se hace ninguna mención a la condición de prepensionada de la misma ni a su eventual reconocimiento, ni se menciona la posibilidad de tomar medidas que permitan proteger sus Derechos Fundamentales y garantizar el acceso al empleo tras concurso de mérito de la elegible. Esto lleva a determinar que la Resolución a través de la cual se termina el nombramiento de la accionante no está debidamente motivada, lo cual desoye el mandato de la jurisprudencia constitucional como se analizará en el acápite correspondiente.

**VIGÉSIMO.** La señora LEIDY JOHANA ARENAS MORA se encuentra trabajando en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desde anterioridad a su nombramiento en periodo de prueba, por lo que este nombramiento deja un empleo vacante para el empleo PROFESIONAL UNIVERSITARIO, rol Trabajador Social, Grado 07, Código 2044.

**VIGÉSIMO PRIMERO.** La generación de una vacancia tras el nombramiento en periodo de prueba de la señora LEIDY JOHANA ARENAS MORA demuestra que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tiene margen de maniobra para no desvincular a la accionante teniendo en cuenta su condición de prepensionada, pudiendo ofrecerle un nombramiento provisional o un encargo.

**VIGÉSIMO SEGUNDO.** De lo expuesto al respecto de la situación económica, laboral y en cuanto a derechos sociales de la accionante debe extraerse que su desvinculación pone en grave riesgo sus Derechos Fundamentales, generando una situación de perjuicio irremediable que, además, debe ser valorada por el juez constitucional teniendo en cuenta el contexto de pandemia y las dificultades de empleabilidad para las mujeres y las personas con edades superiores a 50 años, para las cuales es muy complicado volver a vincularse al mercado laboral y la perspectiva es que siga siendo así en los próximos años.

**VIGÉSIMO TERCERO.** Además, debe tenerse en cuenta que una desvinculación del mercado laboral en este contexto de crisis que vive actualmente la sociedad colombiana, puede suponer un menoscabo importante a la expectativa de alcanzar una pensión con la que cuenta la accionante, una perspectiva cercana porque, como se mencionará en repetidas veces en el presente escrito, cumple los requisitos constitucionalmente establecidos para obtener el estatus de sujeto de especial protección constitucional por su condición de prepensionada, toda vez que necesita menos de tres (03) años de cotización al Sistema General de Seguridad Social para cumplir con los requisitos establecidos.

**VIGÉSIMO CUARTO.** A pesar de la obligación de carácter legal de nombramiento de elegibles tras la Convocatoria 433 de la CNSC, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha tomado, en casos similares al de la accionante, medidas destinadas a mantener en su empleo a otros servidores públicos con nombramiento provisional que cumplieran requisitos para reconocérseles el estatus de prepensionados. Este es el caso de Defensores de Familia o Psicólogos en la Regional Caldas que, tras la solicitud del reconocimiento de ese estatus vía Derecho de Petición o Acción de Tutela, fueron nombrados en empleos equivalentes o superiores bajo la modalidad de provisionalidad o encargo hasta que cumplieran los requisitos establecidos para acceder a su pensión. Todo lo que no fuese resolver el caso de la accionante de una manera similar supondría una vulneración a su Derecho Fundamental a la Igualdad.

### **3. PRETENSIONES Y MEDIDA CAUTELAR:**

Por lo expuesto, con base en los hechos, con fundamento en las pruebas que se aducen y conforme al derecho, debe entenderse que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no ha dado el tratamiento que corresponde a la condición de prepensionada de la accionante, nombrando a una elegible en su puesto sin vincular a la misma al Retén Social de la entidad a pesar de su solicitud formal realizada en el mes de mayo del presente año, solicitud despachada negativamente porque, según la Dirección de Gestión Humana del ICBF, no se había iniciado ningún proceso dirigido a nombrar a un elegible para ocupar el puesto que la accionante desempeña.

Los hechos prueban que lo afirmando en la respuesta de la entidad al Derecho de Petición presentado no era cierto.

Por todo lo expuesto, comedidamente se **SOLICITA** lo siguiente:

**PRIMERO:** Que sean tutelados los derechos fundamentales **AL DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, TRABAJO, ESTABILIDAD LABORAL, SEGURIDAD SOCIAL Y MÍNIMO VITAL** de la señora **GLORIA MERCEDES SALAZAR ESCOBAR,**

Y que, en consecuencia, se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar:

**SEGUNDO:** Que se reconozca a la señora **GLORIA MERCEDES SALAZAR ESCOBAR** la condición de prepensionada, que le hace acreedora de Estabilidad Laboral Reforzada.

**TERCERO:** Que, en consecuencia de lo anterior, se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que tome medidas destinadas a mantener el empleo de la señora **GLORIA MERCEDES SALAZAR ESCOBAR**, tal y como ha hecho en casos similares al de la accionante, hasta que cumpla con los requisitos establecidos para poder acceder a una pensión de jubilación por vejez.

### **3.1.MEDIDA CAUTELAR**

Se solicita como **MEDIDA CAUTELAR URGENTE** para evitar un perjuicio irremediable **LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO DE DESVINCULACIÓN** de la accionante hasta que se resuelva el proceso constitucional a iniciar, toda vez que una desvinculación efectiva mientras dura el proceso pone en grave riesgo tanto su mínimo vital como su derecho a la seguridad social, y podría tener consecuencias irreversibles para su integridad personal o su futuro laboral, máxime en el contexto de pandemia actual.

## **4. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **4.1. SOBRE LA PROCEDIBILIDAD DE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA.**

Como aspectos preliminares sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela, se presenta lo siguiente:

#### **4.1.1. Sobre la legitimación por activa.**

Conforme con lo contemplado en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la **acción de tutela** solo puede ser ejercida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales. Ésta puede actuar (i) **por sí misma** (ii) a través de representante legal, (iii) apoderado judicial (iv) mediante la figura de la agencia oficiosa, cuando el titular de los derechos no está en condiciones de promover la acción constitucional, o (y) a través del Defensor del Pueblo o personero municipal. Para el caso que nos ocupa, en este evento la accionante, la señora **GLORIA MERCEDES SALAZAR ESCOBAR** está actuando en nombre propio y en contra de la entidad accionada, en pro de la defensa de sus derechos e intereses; en consecuencia, se encuentra legitimada para interponer la presente acción constitucional.



#### **4.1.2. Sobre la Legitimación por pasiva.**

A este respecto, dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o **amenaza** del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso.

Según los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, la tutela procede contra **cualquier autoridad pública** y, excepcionalmente, contra particulares. Al respecto, cabe indicar que la acción amparo es procedente contra personas naturales o jurídicas de naturaleza privada en varios casos, entre los cuales se encuentran las situaciones de subordinación o de indefensión, los agentes encargados de la prestación de servicios públicos, los medios de comunicación, entre otros. En el asunto que se presenta, se dirige contra de la entidad de derecho público: **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, por lo que contra ésta procede la tutela.**

#### **4.1.3. Sobre la procedibilidad de la acción de tutela y la afectación a derechos fundamentales tras concurso de méritos.**

Se acude a la **acción constitucional de tutela** directamente por ser el mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales de la señora **GLORIA MERCEDES SALAZAR ESCOBAR**, pero sobre todo porque es el único eficaz ya no sólo por la honerosidad de la nulidad con restablecimiento del derecho, sino también porque la desvinculación de la accionante de su empleo supone un grave menoscabo de sus Derechos Fundamentales al Debido Proceso, Igualdad, Trabajo, Estabilidad Labora, Seguridad Social y Mínimo Vital que puede tener consecuencias irreversibles para su futuro económico y laboral en el particular contexto de pandemia en el que nos encontramos.

En términos generales, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado en repetidas ocasiones en su acervo jurisprudencial que la Acción de Tutela debe ser utilizada como un medio residual y subsidiario, al que recurrir en situaciones de vulneración o amenaza de Derechos Fundamentales que pueden derivar en un perjuicio irremediable. Además, ha insistido en que sólo se puede acudir a la Acción de Tutela cuando no existe otro medio idóneo para proteger los Derechos en situación de amenaza o vulneración mencionados.

Sin embargo, también ha establecido la Corte en su jurisprudencia que respecto a concursos de mérito y las consecuencias que los actos administrativos que emanan de los mismos pueden tener para terceros afectados, la obligación de acudir a procesos administrativos como la **acción de nulidad y restablecimiento del derecho** puede suponer la imposición de una barrera insalvable al acceso a la justicia que puede tener graves consecuencias para los Derechos Fundamentales de los accionantes. Y lo ha manifestado afirmando que la Jurisdicción de lo

Contencioso-Administrativa, por su onerosidad en tiempo y recursos, **no ofrece herramientas eficaces y expeditas ni la solidez necesaria para proteger los derechos fundamentales de la igualdad, debido proceso, trabajo o mínimo vital de los afectados.** Por ejemplo:

*“... la Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que **la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional.** En segundo lugar, procede la tutela cuando, **por las circunstancias excepcionales del caso concreto,** es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, **podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción.***

*Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional...”<sup>4</sup> (negritas propias)*

Considera la Corte Constitucional que, cuando el inciso tercero del artículo 86 de la carta política se refiere a que **"el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial..."**, como presupuesto indispensable para entablar la acción de tutela, debe entenderse que ese medio tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violentado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho.

Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho. De no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa. En consecuencia, aun lográndose por otras vías judiciales efectos de carácter puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho deje de ser simplemente una utopía<sup>5</sup>.

Y a lo anterior hay que añadir lo que dispone la jurisprudencia constitucional al respecto de los derechos de las personas que ostentan o deben ostentar la calidad de prepensionados, determinando en múltiples sentencias, y de forma insistente, que la Acción de Tutela es un mecanismo idóneo para obtener tal reconocimiento siempre y cuando del no reconocimiento, o de la no toma de medidas a tal efecto, pueda colegirse la existencia de vulneración a Derechos Fundamentales, como es el caso de la accionante en mención al Debido Proceso, Igualdad, Trabajo, Estabilidad Laboral, Seguridad Social o Mínimo Vital.

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-315 de 1998. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Fallo de mayo 11 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Por ejemplo, en la Sentencia T-373 de 2017 lo ilustró de la siguiente manera:

*“La Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, **toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados**”.* (negritas propias)

Y también lo hizo en similar sentido en la Sentencia de Unificación SU-003 de 2018, donde se reconoce que la utilización de la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo puede suponer esperar casi un (01) año para la mera admisión de la demanda tras agotar los requisitos de procedibilidad:

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

Como conclusión, puede colegirse de lo extractado que la Corte Constitucional concluye que, aunque puedan existir otros mecanismos judiciales, para que sea exigible acudir a ellos, estos **deben tener la entidad y capacidad de excluir a la acción de tutela como mecanismo idóneo** para la protección de **derechos fundamentales**. De igual modo, puede entenderse de lo argumentado por la Corte que la obligación de acudir a un proceso ordinario o administrativo **supondría una carga excesiva** que significaría, de por sí, una **vulneración a unos derechos fundamentales que, por su naturaleza, requieren siempre de una atención inmediata y eficaz**.

Esta situación permite afirmar que, según la jurisprudencia constitucional, la **acción de tutela es un instrumento judicial eficaz e idóneo al que puede acudir una persona que necesite controvertir asuntos relacionados con la provisión de cargos de carrera administrativa**

**tras concurso de mérito** y que cuente con el cumplimiento de los requisitos jurisprudencialmente establecidos para que se le **reconozca el estatus de estabilidad laboral reforzada por condición de sujeto de especial protección constitucional**.

Por lo tanto, **la vía para garantizar la defensa de los derechos fundamentales vulnerados al debido proceso, igualdad, mérito, trabajo, estabilidad laboral, seguridad social y mínimo vital** así mismo, como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, **y evitar el perjuicio irremediable anotado y desarrollado con precedencia en el presente caso, es la acción de tutela** ya que, de acudir a las acciones contencioso-administrativas, se estaría imposibilitando el logro de la protección de los derechos fundamentales en términos de celeridad, eficiencia, eficacia y economía.

#### **4.2. Presentación y desarrollo de los argumentos que fundan la presente acción de tutela.**

Sentado entonces que la tutela es viable en el caso concreto, se desplegará la argumentación en que se fundamentan las pretensiones de la presente Acción Constitucional. Se hace de la siguiente manera:

##### **4.2.1. Sobre el proceso de selección 433 en el ICBF y la pauta de actuación ante beneficiarios de la Estabilidad Laboral Reforzada:**

Con respecto del concurso público de empleo realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil en su convocatoria 433, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha venido presentando diversas acciones en forma de resoluciones y planes estratégicos encaminados a especificar tanto cómo sería el proceso de nombramiento de los elegibles de cada una de las OPECs como cuál sería el proceder en caso de que los nombramientos de estos nuevos servidores públicos pudiesen afectar a los Derechos Fundamentales de trabajadores de la institución con nombramiento en provisionalidad.

Así, dentro de todas las acciones descritas, puede destacarse lo que se estipuló en la Resolución No. 0036 del cinco (05) de enero de dos mil dieciocho (2018):

*“... Los servidores públicos en carrera administrativa, de libre nombramiento y remoción tendrán la evolución de desempeño laboral de acuerdo al sistema de tipo ordenado por la comisión Nacional del servicio civil.*

*Derivado de la evaluación del desempeño laboral y una vez se cuente con la calificación correspondiente al periodo 2017-2018, será utilizados estos resultados para los estímulos correspondientes, entre ellos la posibilidad de desempeñar un cargo superior en calidad de encargo.*

*Para la provisión de los empleos correspondientes a la planta de personal de carácter permanente del ICBF, se hará de manera definitiva mediante nombramiento producto del concurso de méritos o transitoria mediante encargo o nombramiento provisional.*

*Cuando de la lista de los elegibles elaborada como el resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en periodo de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección:*

**- Enfermedades catastróficas o algún tipo de discapacidad**

**- Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados e las normas vigentes**

**- Ostentar la condición de pre pensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia en la materia**

*-Tener la condición de empleado amparado por fuero sindical...” (negrillas propias)*

Lo dispuesto en la resolución citada no hace sino materializar el compromiso del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con la garantía de los derechos fundamentales de este tipo de trabajadores, sobre todo si por sus situaciones particulares se les puede considerar como sujetos de especial protección constitucional.

Por lo dispuesto, y a través de lo que contempla la jurisprudencia constitucional, a la que se acudirá en el siguiente acápite, es que la accionante entiende que debe tenerse en cuenta como **eje transversal del problema jurídico que se analiza la acreditación de los requisitos para ser considerada como prepensionada**, ya que así lo establece la precitada resolución y así lo requiere la jurisprudencia a la que se hace referencia. Y es importante porque del reconocimiento de esta consideración depende la necesidad del desarrollo de mecanismos orientados hacia la garantía de sus derechos fundamentales por parte del ICBF, **siendo ésta una situación que la entidad ya ha afrontado con otros empleados en virtud de la Convocatoria 433 de 2016 materializando las acciones afirmativas de protección a las que alude.**

Sin embargo, no puede ser y no es suficiente para dar respuesta al problema jurídico planteado la sola mención a la resolución anterior, sino que es importante que el juez constitucional realice un profundo análisis hermenéutico, desde el cual contemple toda la jurisprudencia de la Corte Constitucional y haga un ejercicio de integración normativa acompañado de un análisis sistemático, el cual permita entender la norma y la sentencia en su contexto desde una comprensión clara y extensiva del espíritu de la norma, tanto en lo que tiene que ver con la convocatoria a los concursos de mérito (Ley 909 y Ley 1960) como con los derechos fundamentales de los servidores públicos que puedan pertenecer al retén social (Ley 790 de 2002).

#### 4.2.2. Sobre el estatus constitucional de la condición de prepensionado, la Estabilidad Laboral Reforzada y la vinculación al Retén Social.

La legislación nacional dispone de una serie de mecanismos destinados a garantizar la estabilidad laboral de determinados servidores públicos o funcionarios, los cuales puedan verse afectados frente a la vinculación a sus puestos de trabajo como consecuencia de la convocatoria a concursos de mérito, procesos de ascenso, traslado o similares.

Así, en concordancia con lo dispuesto por los incisos 3 y 4 del artículo 13 de la Constitución Política, se promulgó la **Ley 790 de 2002**, la cual tiene como objeto, entre otros, la **provisión de mecanismos especiales de estabilidad** para trabajadores o funcionarios que puedan verse afectados dentro de procesos de reforma institucional, disponiéndolos con la observancia de la necesidad de constitución de medidas de protección a favor de grupos vulnerables, personas en debilidad manifiesta y/o **sujetos de especial protección constitucional**, como son las mujeres, las personas de tercera edad y las personas con discapacidad. Estas medidas se conocieron como **retén social**.

En su exposición de motivos, la citada ley estableció que el ámbito de aplicación del retén social sería *“los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional”*, determinando que la finalidad de dicho retén es la garantía de *“la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana para las personas que de hecho se encuentren en la situación de cabezas de familia, los discapacitados y los servidores públicos próximos a pensionarse”*. Esto fue expuesto en concordancia con lo que posteriormente establecería la Sentencia C-795 de 2009 de la Corte Constitucional, en la que se dio **definición al carácter de prepensionado y prohibió el retiro del servicio del funcionario de su puesto de trabajo una vez reconocida su condición**. Lo hizo de la siguiente manera:

*“(i) [Definición de prepensionado:] (...) tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual **le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez**”.*

*“(ii) El momento a partir del cual se [debe contabilizar] el parámetro temporal establecido para definir la condición de prepensionado (...) En relación con el (...) momento histórico a partir del cual se contabilizarían esos tres (3) años [previos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez], este debe adecuarse al nuevo contexto normativo generado por la expedición de la Ley 812 de 2003 y el pronunciamiento de la Corte efectuado en la sentencia C-991 de 2004 sobre esta norma. En ese nuevo marco, la jurisprudencia ha estimado que el término de tres (3) años o menos, debe contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad de la administración pública” (negrillas propias)*

De lo dispuesto por la alta Corte debe entenderse que el fundamento de la condición de prepensionado del funcionario no puede, en ningún caso, depender de un mandato legislativo particular o concreto **ni de la interpretación o análisis particular del empleador**, ya que esta situación generaría **eventos de arbitrariedad que desnaturalizarían la definición**. Por ello, dispuso que se trata de una consideración con raigambre constitucional, actuando como un mecanismo de protección, garantía y defensa de los derechos fundamentales de los grupos poblacionales afectados por un eventual retiro de su puesto de trabajo. Además, enfatizó que la figura de prepensionado no puede considerarse únicamente en el supuesto de liquidación de entidades públicas, sino que también debe tenerse en cuenta en supuestos de reestructuración de la Administración Pública y la modificación de las plantas globales de dichas entidades, entre otros supuestos<sup>6</sup>.

La consecuencia de lo anterior es que la estabilidad laboral de los prepensionados (o de los sujetos de especial protección) es un imperativo constitucional, disponiéndose que en caso de que se materialice alguna causal de retiro del servicio del funcionario, **deberán tomarse medidas previas de protección y realizar ejercicios de ponderación entre el mínimo vital e igualdad de los prepensionados y la necesidad del servicio**, existencia de margen de actuación y satisfacción del interés general, todo ello con el fin de no afectar el núcleo esencial de los derechos de cada una de las partes que puedan verse afectadas.

A lo anterior hay que añadir que, aparte de que la condición de prepensionado implica la aplicación de lo dispuesto en todo supuesto en el que el servidor público esté a **menos de tres (03) años de cumplir la edad y la cotización necesarias para pensionarse**, debe hacerse un **análisis de la afectación al mínimo vital** en caso de su desvinculación, haciéndose necesario evidenciarse si dicho servidor cuenta con más ingresos aparte de los que obtiene por su trabajo, y que los mismos son necesarios para su autosostenimiento y el de las personas a su cargo. Además, es importante tener en cuenta que sólo puede ser acreedor de la condición de prepensionado el servidor público que aún no ha cumplido con los requisitos para poder pensionarse pero se encuentra próximo, ya que en ese caso deja de ser prepensionado a pesar de contar con diversos mecanismos de protección para sus derechos, mucho menos extensos en fuerza y aplicabilidad.

En definitiva, antes de la publicación del acto administrativo que da inicio a la convocatoria a concurso de mérito que puede poner en riesgo la estabilidad laboral del prepensionado, el secretario general de la entidad afectada deberá analizar, apoyándose en los estudios de la planta global realizados por las oficinas de personal o de gestión humana, qué cargos de los que se pretenden eliminar, modificar o sacar a concurso están ocupados por servidores públicos considerados como sujetos de especial protección constitucional, o que puedan adquirir tal condición en el transcurso del concurso y el proceso de nombramiento de los elegibles en vigencia de las listas. Todo ello con el objeto de que, o bien esos cargos no puedan suprimirse, que no puedan ser ofertados en las convocatorias a concurso de mérito, o que los empleados

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-795 de 2009.

afectados puedan ser reubicados por medio de la toma de medidas afirmativas a través de otros nombramientos para así no afectar sus derechos al trabajo, igualdad y mínimo vital, entre otros.

#### **4.2.3. Sobre la colisión entre sujetos de especial protección constitucional en provisionalidad y personas en listas de elegibles.**

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha sido clara al recordar que los funcionarios nombrados en **provisionalidad** no son beneficiarios de una Estabilidad Laboral Reforzada *stricto sensu* sino que **debe reconocérseles una Estabilidad Laboral Relativa**, y siempre a través del cumplimiento de los requisitos especificados legalmente y jurisprudencialmente.

Ahora bien, en el caso de que tras concurso de méritos pueda existir vulneración de Derechos Fundamentales de los empleados nombrados en provisionalidad, y con el objetivo de dar protección a derechos que de ser desconocidos puedan provocar un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional y administrativa **debe contemplar y contempla mecanismos basados en la ponderación**, encaminados a que el reconocimiento del derecho a ocupar la plaza de carrera obtenida por concurso de méritos no signifique el menoscabo de un Derecho Fundamental que no se basa en una simple expectativa, sino que cuenta con una protección con base legal por su trascendencia.

Así es como, por ejemplo, el Consejo de Estado en su Sentencia 2016-00877-01 aclara que en un concurso de méritos en el que se desconoce la Estabilidad Laboral de empleados nombrados en provisionalidad puede provocar el menoscabo de derechos como la Vida Digna, al Debido Proceso, la Seguridad Social y la Salud.

Además, el Consejo de Estado, en el fallo anteriormente citado, nos remite a la Sentencia de SU-446 de 2011, donde la Corte Constitucional, aparte de definir el concepto de Estabilidad Laboral Relativa, aclara que la Estabilidad Laboral, por su raigambre constitucional, ofrece mayor protección a Derechos Fundamentales:

*“... los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que **sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera**, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, 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 un concurso público de méritos...”* (negritas propias)



En adición a lo anterior es importante contemplar lo que la Corte Constitucional reza en su sentencia T-186 de 2013 con respecto de la Estabilidad Laboral Relativa que corresponde a los sujetos de especial protección constitucional, entre los que se encuentran los servidores públicos próximos a pensionarse. Así refiere con respecto de la ponderación a realizar en caso de colisión entre Derechos Fundamentales:

*“... se ha señalado que la permanencia en los empleos de carrera debe responder a reglas constitucionales o legales, de índole objetiva, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. Uno de los factores que ha evaluado la jurisprudencia para la permanencia en el empleo es la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección constitucional, entre ellos los servidores públicos próximos a pensionarse, denominados comúnmente como prepensionados. El aspecto central de este tópico consiste en que para determinados grupos de funcionarios, como madres y padres cabeza de familia, discapacitados o prepensionados, concurre una **relación de dependencia intrínseca** entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el **mínimo vital y la igualdad de oportunidades**. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que **la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa...**”*

*“... la problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese escenario **entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional**. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica. La jurisprudencia de la Corte ha considerado que este asunto **no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto**. En contrario, ha planteado la necesidad que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, **el cual no afecte el núcleo esencial** de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello ha enfatizado en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados; (ii) la obligación que esas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante...”*  
(negrillas propias)

Materialización de este ejercicio de ponderación es lo que, por ejemplo, dispone la Corte Constitucional en la Sentencia T-373 de 2017, en la cual establece que, a pesar de que los prepensionados no tienen derecho a permanecer indefinidamente en sus empleos, sí son acreedores de que las entidades públicas tomen medidas afirmativas a su favor, como puede

ser el nombramiento en cargos similares o equivalentes para no vulnerar sus derechos fundamentales:

*“... sin embargo, esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, **quienes están próximos a pensionarse** y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, **sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.***

*Por lo anterior, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, **han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento.** “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...”*

De los anteriores extractos se desprende la insistencia en que la Estabilidad Laboral Relativa de sujetos de especial protección cuenta con fuerza y amparo constitucional, y en la necesidad de realizar ponderación en caso de colisión de sus Derechos Fundamentales con los que puedan pertenecer a los sujetos incluidos en Lista de Elegibles, siempre con vistas a que la entidad pública logre mantener en el empleo o en uno de similares características al sujeto de especial protección constitucional hasta que alcance o cumpla los requisitos exigibles para acceder a su pensión por jubilación pero garantizando, evidentemente, **el derecho que tiene la persona en Lista de Elegibles a acceder al empleo objeto del concurso de mérito.**

Con respecto del derecho que poseen los sujetos de especial protección constitucional para poder seguir trabajando hasta que puedan acceder a su pensión por jubilación, la Corte Constitucional afirma lo siguiente en su sentencia T-326 de 2014:

*“... **si bien, estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello, en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP)...”** (negritas propias)*

Y nos vuelve a remitir a la SU-446 de 2011 cuando refiere lo siguiente con respecto de un concurso de mérito adelantado en la Fiscalía General de la Nación:

*“... sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, **sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.***

*“En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, **fueran las últimas en ser desvinculadas**, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, **toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos**. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando...**” (negrillas propias)*

Y en el acápite resolutorio, la Sentencia T-326 de 2014 recoge **una fórmula ponderada a aplicar en caso de colisión de los Derechos Fundamentales** del Elegible que ha superado el concurso de mérito (el cual debe acceder al cargo en todo caso y sin excepción) y un sujeto de especial protección constitucional que ocupa una plaza en provisionalidad:

*“... **Segundo. - DEJAR SIN EFECTOS** parcialmente la Resolución No. 456 del veinte (20) de agosto de dos mil trece (2013) emanada de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Facatativá, en lo relativo a la declaratoria de insubsistencia de la señora Ana Isabel Velásquez Arias, a partir del veintiséis (26) de agosto de dos mil trece (2013) y, en consecuencia, **ORDENAR** al Gerente de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, **designar en provisionalidad a la señora Ana Isabel Velásquez Arias en un empleo vacante igual o similar al que venía desempeñando, hasta que sea incluida en la nómina de pensionados de Colpensiones...**” (negrillas propias)*

A modo de síntesis de los anteriores extractos jurisprudenciales, en el caso de que un sujeto beneficiario de Estabilidad Laboral Relativa ocupe un cargo público en situación de provisionalidad que ha sido ofertado en un concurso de mérito, o que se encuentre en situación de vacancia definitiva, **la entidad pública en cuestión DEBE garantizar el acceso al puesto ofertado al Elegible que ha superado el concurso y también la permanencia en el empleo al sujeto de especial protección constitucional** hasta que adquiera el derecho a pensionarse. Y la anterior garantía debe materializarse a través del nombramiento del elegible y la constitución de medidas afirmativas que se destinen a que el provisional con estatus de

prepensionado se mantenga en el empleo hasta que cumpla con los requisitos para acceder a su pensión, **pudiendo ser nombrado en otro cargo similar bajo las medidas de provisionalidad o encargo.**

Evidentemente el ideal, y la situación que proponen los máximos órganos jurisdiccionales del Estado y el Departamento Administrativo de la Función Pública, es que la entidad pública realice un estudio de las personas que ocupan las vacancias definitivas o temporales antes de formalizar la convocatoria del concurso de mérito, intentando que las plazas ocupadas por los sujetos de especial protección constitucional, **o aquellos que puedan acceder a dicho estatus durante el transcurso del concurso**, no sean ofertadas hasta que se hayan materializado los mecanismos que permitan garantizar los Derechos Fundamentales de éstos, es decir, hasta que no exista margen para poder reubicar a estos trabajadores en cargos similares o superiores a los que ocupan y que, o bien se han ofertado en el concurso, o puedan ser cubiertos por los elegibles en respeto de lo dispuesto por la Ley 1960 de 2019.

Sin embargo, esto no es lo que ha ocurrido en el ICBF en el caso de la accionante, contemplándose incluso que, antes de la emisión de la resolución de nombramiento de la elegible y de desvinculación de la misma, la accionante solicitó su inclusión en el Retén Social viendo como la entidad le negaba la solicitud pues, aparentemente, no se había iniciado su proceso de desvinculación del empleo que había venido ocupando por 7 años ininterrumpidos.

#### **4.2.4. Sobre la afectación al mínimo vital en caso de desvinculación.**

Con respecto de cómo puede afectar al Mínimo Vital la desvinculación laboral de un sujeto con estatus de Estabilidad Laboral con cargo en provisionalidad, la Corte afirma lo siguiente en su Sentencia SU-691 de 2017:

*“... 23. Reiterando lo dispuesto en la sentencia T-199 de 2016, el mínimo vital es concebido en la jurisprudencia constitucional como “un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, **esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho.** Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna”*

*24. En concordancia con lo anterior, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula el derecho de toda persona a una subsistencia digna en los siguientes términos: “(...) Toda persona tiene **derecho a un nivel de vida adecuada que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar,** y en especial [-que no exclusivamente-], la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”. Lo anterior, también se denotó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que estableció en el artículo 7, así como en el 11, **el derecho de toda persona a contar con unas “condiciones de existencia dignas (...),”** al*

*igual que el derecho a “(...) un nivel de vida adecuado (...) y a una mejora continua de las condiciones de existencia (...)”. En el mismo sentido también debe tenerse en cuenta el artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que establece el derecho a “(...) una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias (...)”.*

*25. Visto lo anterior, para la Sala Plena de la Corte Constitucional, el derecho al mínimo vital pretende garantizar el acceso básico de condiciones dignas de existencia para el desarrollo del individuo y depende de las circunstancias particulares de cada asunto, por lo que requiere un análisis cualitativo, caso por caso. Así las cosas, en el caso específico de las personas próximas a pensionarse y las madres o padres cabeza de familia, desvinculadas de sus trabajos, la procedencia de la acción de tutela **ha dependido de la existencia de otros medios de subsistencia, como lo son los bienes inmuebles de su propiedad, la ayuda económica de sus cónyuges y/o ingresos recibidos por concepto de cesantías, indemnizaciones, liquidaciones u otros...**”*

Esta cuestión no es accesoria para el problema jurídico que se plantea, ya que como se ha visto, jurisprudencialmente se ha establecido que no es suficiente que se acredite la condición de prepensionado para que el servidor público pueda permanecer en su puesto en provisionalidad después del concurso de mérito, sino que **es necesario acreditar que, en caso de que la separación sea efectiva, se generaría una situación de alta vulnerabilidad** para la estabilidad económica del afectado y su expectativa de acceder al derecho a pensionarse.

Lo anterior, que opera como salvaguarda de que la condición de prepensionado no se convierta en un obstáculo para la transformación de la planta de personal de las entidades públicas, también tiene el objetivo de enfocar el debate jurídico hacia lo realmente importante: **la ritualidad de los procedimientos no puede provocar que las decisiones queden desprovistas del análisis de las consecuencias particulares**, de la comprensión de los efectos que las decisiones pueden tener para personas en situación de debilidad manifiesta o de desprotección por circunstancias objetivas y subjetivas.

Este es el caso concreto de la accionante, una mujer con edad de 55 años que **depende de su salario en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para subsistir, y que sus cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social, que próximamente le otorgarán el derecho a acceder a la pensión de jubilación por vejez, también lo hacen**. Además, hay que tener en cuenta otras circunstancias que también dependen del aspecto subjetivo, como son la dificultad que tienen las mujeres para acceder a empleos estables, tanto en el sector privado como en el público, y más si se encuentran cerca de la edad de jubilación, un momento en el que se cuenta con experiencia pero sin capacidad de adaptación a las nuevas realidades laborales, donde la flexibilidad y la urgencia compiten o se convierten en precariedad y aplastamiento de los derechos sociales de los jóvenes.

Por eso es que se hace necesaria la intervención del juez constitucional en el caso de la accionante, porque la separación del cargo que ha venido ocupando la accionante provoca una

**situación de indefensión** que puede tener graves consecuencias para su estabilidad económica y para su expectativa legítima de acceder a una pensión de jubilación. Y esta intervención está totalmente justificada y aceptada jurisprudencialmente, y además, la misma en ningún caso significa menoscabar los derechos de la elegible, ya que si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tiene margen, que lo tiene, puede mantener el empleo de la prepensionada y nombrar en periodo de prueba a la elegible, como ya ha hecho en otras ocasiones.

##### **5. EL CASO CONCRETO: CÓMO DAR CONTINUIDAD A LOS NOMBRAMIENTOS DE LOS ELEGIBLES DE LA OPEP 39887 SIN AFECTAR A LOS PREPENSIONADOS.**

De todo lo planteado en la presente Acción Constitucional se desprende una presunta colisión entre los Derechos Fundamentales de dos ciudadanos: los de la elegible y los de la persona que debe ser beneficiaria del estatus de prepensionada. Esto, que aparentemente plantea un problema jurídico de difícil solución, como se ha podido ver ha sido abordado en múltiples ocasiones por parte de la Corte Constitucional, definiendo ésta que es posible proteger los intereses de ambos ciudadanos desde la comprensión del derecho al mérito del elegible y de la situación de debilidad manifiesta en que se encuentra el prepensionado y que una decisión que afecte a su situación laboral puede provocar un perjuicio irremediable.

Por lo anterior es que la Corte Constitucional ha propuesto medidas como la que se ha podido ver en mención a lo dispuesto en la Sentencia T-326 de 2014, una decisión en la que conminó a una entidad pública a mantener en su empleo a un prepensionado, reubicándolo si es necesario, y nombrando en periodo de prueba al elegible, demostrando que la colisión de derechos es más una realidad formal que material si la entidad pública tiene margen de maniobra, que normalmente suele tenerlo.

En el caso concreto sucede algo parecido, ya que la elegible a la que se hace mención ya labora en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y lo hace en un cargo similar a aquel para el que debe ser nombrada con misma denominación, mismo rol, mismo código y mismas funciones. Evidentemente, el nombramiento de la elegible supone un ascenso en la escala salarial pues labora en un grado inferior a aquel en el que sería nombrada, pero ahí es donde opera la necesidad de tomar medidas afirmativas en favor de los prepensionados, constituyendo o construyendo herramientas que permitan realizar los cambios presupuestados oportunos, que a la postre pueden ser mínimos, para mantener en su empleo a la prepensionada y nombrar en periodo de prueba a la elegible.

Con base a lo expuesto es que se formulan las pretensiones y se propone la medida cautelar, porque la decisión de separar de su empleo a la prepensionada puede tener graves consecuencias para su estabilidad económica y social y puede ser considerada como un perjuicio irremediable en atención a sus condiciones, y porque, en definitiva, se entiende que la elegible

cuenta con el derecho a ser nombrada si se acredita que es posible aplicar al caso concreto lo dispuesto por la Ley 1960 de 2019 y los Criterios Interpretativos de la CNSC.

En cualquier caso, es altamente probable que la entidad cuente con margen de maniobra para materializar lo que aquí se propone si es cierto lo que se enuncia, sobre todo porque ya lo ha hecho en casos análogos dentro del contexto de la Convocatoria 433 de 2016. Por ello es que se apuesta por la fórmula presentada, y por eso es que se sostiene que esa decisión materializa la única posición aceptable desde una óptica constitucional, ya que es la única que permite garantizar los derechos de ambos sujetos inmersos en el debate jurídico, la elegible y la prepensionada

## **6. PROCEDIMIENTO – COMPETENCIA - DECLARACIÓN JURADA.**

Invoco como fundamentos procedimentales de la presente **ACCIÓN DE TUTELA** las siguientes normas: artículo 86 de la Constitución Política y las normas concordantes de los Decretos 2591 de 1991<sup>7</sup>, Decreto 306 de 1992<sup>8</sup> y Decreto 1382 de 2000<sup>9</sup>. En torno a la competencia, en razón al lugar donde se desarrolla el problema jurídico es usted Señor Juez el competente para conocer de este **proceso de tutela**. De igual modo, bajo la gravedad de juramento que no se ha interpuesto, en ningún momento, otra **acción constitucional de tutela** por los mismos hechos y buscando la garantía los mismos Derechos Fundamentales mencionados.

## **7. PRUEBAS Y ANEXOS.**

Para dar sustento a lo anterior, me permito solicitar se decreten las siguientes **pruebas**:

**PRIMERO:** Se **OFICIE** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF para que aporte información veraz, **oportuna** y actualizada sobre los trabajadores del Centro Zonal Manizales 2 que, ostentando la condición de prepensionados, han sido vinculados al Retén Social de la entidad en el marco de la Convocatoria 433 a fin de no ser desvinculados de sus empleos tras el nombramiento de los elegibles, ya sea a través de nombramientos en encargo o en provisionalidad de los mismos.

**En digital se aportan los siguientes documentos (para el oportuno traslado y valoración del juez constitucional):**

- a. Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante.
- b. Resolución nombramiento en provisionalidad de la accionante.
- c. Historia Laboral con reporte de semanas cotizadas al Sistema General de Seguridad

<sup>7</sup> “...por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

<sup>8</sup> “...por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991”.

<sup>9</sup> “...por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela.”

Social de la accionante.

- d. Declaración de Ingresos y Retenciones correspondiente al año 2019 de la accionante.
- e. Acuerdo número 20161000001373 del 05 de septiembre de 2016, por medio del cual se reglamentó la Convocatoria 433-ICBF.
- f. Resolución número 20182230072125 del dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018) de la Comisión Nacional del Servicio Civil: "*Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer tres (03) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC número 39887, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 08, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF*".
- g. Ley 1960 del 27 de junio de 2019.
- h. CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" con fecha del dieciséis (16) de enero de dos mil veinte (2020).
- i. Instrucciones para la aplicación del Criterio Unificado "*Uso de Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019*", en procesos de selección que cuentan con listas de elegibles vigentes.
- j. Copia del Derecho de Petición presentado por la accionante el día cinco (05) de mayo de dos mil veinte (2020).
- k. Copia de la respuesta al Derecho de Petición remitida por Dirección de Gestión Humana del ICBF el día treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).
- l. Plan Anual de Vacantes realizado por el ICBF y publicado el día treinta y uno (31) de enero de dos mil veinte (2020).
- m. Resolución 2020-4333 por la cual se termina el nombramiento en provisionalidad de la accionante.

Y los siguientes anexos:

- ✓ Los documentos aducidos como prueba en digital como se ha mencionado.

## 8. NOTIFICACIONES

La accionante podrá ser notificada a través de su correo electrónico [gloria.salazare@icbf.gov.co](mailto:gloria.salazare@icbf.gov.co) y en su teléfono 3042419055.

Del esciente funcionario, agradeciendo la atención prestada,



**GLORIA MERCEDES SALAZAR ESCOBAR**

C.C. 25.059.218 de Riosucio (Caldas)