TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-424/24

(…) el nominador está en la obligación de brindarles un trato preferencial, como acción afirmativa, antes de proceder a nombrar en sus cargos a quienes integraron la lista de elegibles una vez superadas todas las etapas del respectivo concurso de méritos. Dicho trato preferencial puede concretarse mediante mecanismos que permitan que estas personas (i) sean las últimas en ser desvinculadas y, (ii) de ser posible, puedan ser reubicadas en empleos que aún se encuentren vacantes, iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando en provisionalidad, mientras estos son cubiertos en propiedad mediante el sistema de carrera. Ahora bien, en los eventos en que la persona deba dejar el cargo ocupado en provisionalidad y no sea posible su vinculación en un empleo similar por inexistencia de vacantes, le corresponde al empleador mantener su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal suerte que se garantice la continuidad de los servicios médicos necesarios para el tratamiento de su enfermedad, hasta que los mismos finalicen o un nuevo empleador asuma tal obligación, cuandoquiera se identifique una afectación grave de salud.

TRABAJADOR PORTADOR DE VIH/SIDA-Sujeto de especial protección constitucional

MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional especial

PREPENSIONADO-Sujeto de especial protección

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR SITUACIÓN SOBREVINIENTE-Juez constitucional ordenó reubicación del accionante

ACCIÓN DE TUTELA-Hecho superado por reintegro al cargo

DESVINCULACION EN CARGO DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD-Procedencia de tutela cuando afecta derechos fundamentales

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que se configura en los siguientes eventos: hecho superado, daño consumado o situación sobreviniente

CARRERA ADMINISTRATIVA-Acceso mediante concurso público de méritos

EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Goza de estabilidad relativa o intermedia

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL INTERMEDIA-Deber de motivar el acto de desvinculación de sujetos de especial protección constitucional que ocupan cargos en provisionalidad

DERECHO A LA REUBICACION LABORAL-Criterios constitucionales para su viabilidad

(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 quien 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

EXHORTO-Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Séptima de Revisión de Tutelas

Sentencia T-424 de 2024

Expedientes acumulados: T-9.931.872, T-9.938.328 y T-9.954.989

Acciones de tutela interpuestas por Héctor, Julia y Bertha, respectivamente, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF

Magistrada ponente:

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Bogotá, D.C., nueve (9) de octubre de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Paola Andrea Meneses Mosquera, quien la preside, así como por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela del 20 de noviembre de 2023, proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Rio, del 14 de diciembre de 2023 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mar, Sala Primera de Decisión Civil Familia y del 6 de diciembre de 2023, del Tribunal Administrativo de Selva, Sección Cuarta, en las que se resolvieron las acciones de tutela de la referencia.

Aclaración preliminar

En el presente asunto se hará referencia a datos personales sensibles, vinculados al estado de salud de los accionantes. En consecuencia, ante la necesidad de proteger su derecho a la intimidad, la Sala de Revisión dispone que la versión pública de esta decisión se presente de forma anonimizada.

I. I. SINTESIS DE LA DECISIÓN

1. 1. Síntesis de los hechos. En esta oportunidad se analizan tres acciones de tutela interpuestas por trabajadores del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que ocupaban cargos en provisionalidad. Estos trabajadores fueron retirados del servicio por decisión de la entidad para ubicar en los cargos a personas que ostentaban derechos de la carrera administrativa, en desarrollo del principio del mérito, a pesar de reunir condiciones que los acreditaban como sujetos de especial protección constitucional.

2. Decisiones de instancia en sede de tutela. (i) En el expediente T-9.931.872, el Juzgado Civil del Circuito de Rio decidió amparar transitoriamente los derechos a la seguridad social, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada y a la salud, en atención a que se vulneraron los

derechos de una persona que padece de VIH, al proveer el cargo para el favorecido en la lista de elegibles sin atender los requisitos jurisprudenciales que permiten un balance entre quienes tienen derechos a acceder al cargo en atención al mérito, y quienes lo ocupan en provisionalidad y se encuentran en condición de debilidad manifiesta. (ii) Frente al expediente T-9.938.328, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mar, Sala Primera de Decisión Civil Familia, confirmó la sentencia de primer grado que consideró que en este caso no se cumplió el requisito de subsidiariedad para la procedencia de la tutela, en tanto no es el medio adecuado para controvertir el acto administrativo que ordena la desvinculación de la servidora pública que ocupa un cargo en provisionalidad, así se encuentre en embarazo, para ser ocupado con el ganador del concurso. (iii) Respecto del expediente T-9.954.989, se analizó la sentencia del Tribunal Administrativo de Selva, Sección Cuarta, que confirmó el amparo dispuesto en primer grado, por considerar que la desvinculación automática de un trabajador que desempeña un cargo en provisionalidad, por llegar a una edad de retiro forzoso y reunir la calidad de prepensionado, constituye una vulneración a los derechos fundamentales, incluso cuando se persigue el restablecimiento de un trabajador que tiene derechos de carrera administrativa.

3. Decisión de la Sala Séptima de Revisión. Tras la verificación de que en los tres casos analizados se superaban los requisitos de procedencia de la tutela, la Sala estudió la posible configuración de carencia actual de objeto – CAO en cada uno de los casos, encontrando que en todos se configuró este fenómeno por hecho sobreviniente (i) respecto a la accionante que se encontraba en embarazo, al ser reubicada voluntariamente por la accionada y al haberse satisfecho las pretensiones por el cumplimiento de las decisiones de instancia en el caso del accionante que padece de VIH, y (ii) también por hecho sobreviniente por la pérdida del interés de la accionante en condición de prepensionada que renunció a la entidad después de haber sido reubicada.

4. A pesar de dicha declaratoria, la Sala advirtió a la entidad accionada para que en lo sucesivo aplique de manera integral las medidas de protección a los trabajadores en provisionalidad en situación de estabilidad laboral, pues en los casos del accionante con VIH y la accionante en estado de embarazo, el ICBF no acreditó haber asegurado que fueran los últimos en ser desvinculados y, en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible, no fuera viable que se mantuviesen de forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando. Además, en ambos casos se encontró que la

entidad únicamente expuso argumentos generales sobre el exceso de aspirantes respecto de los cargos ofertados en un concurso público de méritos, pero nunca se demostró que, respecto de los casos concretos, se aplicaran las medidas de protección de prioridad en la desvinculación o posibilidad de reubicación.

5. Por último la Sala encontró que en el tercer caso, la accionante prepensionada ya había sido beneficiaria de medidas de protección por dicha calidad frente a la provisión del cargo que desempeñaba en provisionalidad y que fue provisto en virtud de concurso público convocado en 2016. Por lo anterior, se determinó que el ICBF ya había dispensado la protección requerida por la accionante en virtud de su condición. Asimismo, se advirtió (i) que la accionante había gozado de una reubicación como medida de protección por 4 años y 6 meses, periodo razonable y suficiente para atender las necesidades de un prepensionado, que adquiere tal calidad cuando le restan menos de 3 años para acceder a su pensión, y (ii) que estaba debidamente enterada de que cuando se extinguiera la situación administrativa que le permitía el ejercicio en provisionalidad del último cargo al que fue trasladada para proteger sus intereses como prepensionada, su vinculación finalizaría.

. ANTECEDENTES

A. A. Selección y acumulación de los expedientes de tutela

6. El 30 de abril de 2024, la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro de la Corte Constitucional decidió seleccionar para revisión y acumular los procesos de tutela presentados por Héctor, Julia y Bertha, todas presentadas contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante “ICBF”). El siguiente cuadro precisa el número de expediente y las partes en cada uno de los procesos acumulados:

Acciones de tutela acumuladas

Número de expediente

Accionante (s)

Accionada

T-9.931.872

Héctor

ICBF

T-9.938.328

Julia

ICBF

T-9.954.989

Bertha

ICBF

B. Expedientes analizados

i. (i) Expediente T-9.931.872

7. Hechos relevantes del caso e interposición de la acción de tutela. El accionante prestó sus servicios como psicólogo en el cargo de profesional universitario 2044-7 en el ICBF, centro zonal Noche. El accionante tiene 58 años y padece de enfermedad por VIH avanzado, en estadio 3, y varias enfermedades asociadas.

8. A raíz de comunicación del accionante del 13 de julio de 2022, en la que solicitó la protección de su estabilidad laboral reforzada dada su condición de salud, el ICBF manifestó en oficio de la misma fecha, que el accionante "según la resolución 3974 e (sic) 2009 tiene enfermedad catastrófica" y que por lo mismo "se garantizará su estabilidad laboral reforzada atendiendo el margen de maniobra que exista para la fecha en la que se materialice la causal objetiva para su desvinculación por la posesión del elegible que resultare de la Convocatoria Pública No. 2149 de 2021 o con quien se efectúe la provisión definitiva del empleo que actualmente […] ostenta en calidad de provisional".

10. La entidad accionada contestó a la solicitud el 25 de septiembre de 2023. Le informó que lamentaba su situación, pero reiteró "la imposibilidad jurídica en la que se encuentra la Entidad para garantizar la continuidad de los 2899 servidores vinculados mediante

nombramiento provisional en especial de los servidores provisionales que han manifestado ostentar alguna de las condiciones de especial protección constitucional".

11. A raíz del concurso de méritos ICBF No. 2149 de 2021, le fue notificada la resolución No. 6848 del 19 de octubre de 2023, en la que se le informaba de la terminación de su vinculación en provisionalidad, atendiendo el nombramiento de la persona de la lista de elegibles para dicho cargo. En la anotada resolución se nombró en periodo de prueba en el cargo de carrera administrativa de la planta global de personal del ICBF, identificado con el OPEC 166312, ubicado en el municipio de Rio, a quien ganó el concurso de mérito correspondiente y se dispuso a terminar el nombramiento provisional del accionante "a partir de la fecha de posesión de la persona nombrada en periodo de prueba".

12. El accionante informó que, para el momento de interposición de la acción de tutela, el 2 de noviembre de 2023, consideraba inminente la salida de su puesto de trabajo. Destacó que su única fuente de ingreso corresponde al salario que percibe por su trabajo en el ICBF, que asciende a la suma de $3,433,686, de lo que recibe luego de descuentos un total de $2.338.738. Por otra parte, manifestó que sus egresos mensuales ascienden a un total de $2.270.000 y corresponden al pago de créditos, alimentación, servicios públicos, transporte y gastos médicos.

13. Solicitó entonces la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, al trabajo en condiciones dignas, a la estabilidad laboral reforzada, a recibir una protección especial por ser paciente de enfermedad catastrófica, a la igualdad y a la salud, que considera vulnerados ante la omisión de la entidad accionada de reconocerle una estabilidad laboral reforzada. En consonancia con lo anterior, requirió que se le permitiera continuar en el cargo de "Profesional Universitario, código 244-7 o crear un cargo equivalente al de la relación contractual que venía desarrollando, o a uno de superior jerarquía o en caso de no ser posible la anterior medida, continúe la oferta contractual hasta tanto la entidad logre ubicarme en un cargo equivalente".

14. Contestación del ICBF. La entidad resaltó que la acción de tutela se refiere al impacto de un nombramiento realizado en virtud del concurso público de méritos convocado para el efecto. Destacó que aquel es el mecanismo idóneo para hacer efectivo el principio del mérito y que implica una causal objetiva de desvinculación respecto de quienes ocupan cargos en

provisionalidad, pues estos solo gozan de una estabilidad relativa o transitoria. Se refirió entonces a la Convocatoria 2149 de 2021, desarrollada para proveer 3.792 empleos vacantes de la entidad. Indicó que el proceso de selección estaría a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, al cabo del cual los elegibles gozarían de un derecho prevalente para ocupar los cargos ofertados.

15. Señaló que la entidad no podía postergar la provisión de los cargos en propiedad y destacó que las listas de elegibles están conformadas por más elegibles que vacantes –se ofertaron 3.792 cargos, frente a 11.682 elegibles-, lo que impide mantener empleados en provisionalidad. Al respecto, informó que el accionante estaría vinculado a la entidad hasta el 1° de diciembre de 2023, pues se esperaba que en dicha fecha se posesionara el elegible. Sobre esto, hizo énfasis en la estabilidad relativa del trabajador en provisionalidad y cómo el régimen aplicable para la provisión de los cargos (Decreto 1083 de 2015, artículo 2.2.5.3.2) tiene en cuenta al personal con alguna enfermedad catastrófica, otorgándoles un orden de protección –en el sentido de que serán los últimos servidores en ser desvinculados- y disponiendo su reubicación en la entidad o en otras del sector administrativo, cuando ello fuere posible. Se indicó que la entidad aplicó las siguientes medidas de acción afirmativa en el proceso de provisión de los cargos:

“Así, ante la obligación de nombrar en periodo de prueba a quienes por mérito obtuvieron el derecho a ocupar un empleo público, la entidad adelantó las siguientes acciones afirmativas que a continuación se describen.

* PRIMERA ACCIÓN AFIRMATIVA: Análisis e identificación de la situación de las listas de elegibles, en la cual se determinó que la Entidad se encontraba ante el panorama de tener más elegibles que vacantes ofertadas.

 SEGUNDA ACCIÓN AFIRMATIVA: Expedición del memorando 202312100000014713 del 10 de febrero de 2023 el cual se emitió con el fin de establecer las situaciones de especial protección de servidores vinculados en provisionalidad de cara a la inminente provisión de empleos en virtud de la publicación de las listas de elegibles de la Convocatoria 2149 de 2021.

 TERCERA ACCIÓN AFIRMATIVA: A partir de las diferentes situaciones identificadas por la Entidad, se estructuró una base de datos con el fin de conocer y tener claridad sobre las

solicitudes presentadas por los servidores y el análisis que adelantó la entidad en cada caso concreto, lo cual permite tener claridad a esta entidad respecto de los servidores que cuentan con algún tipo de condición que amerite acciones afirmativas estabilidad laboral reforzada. A la fecha han sido atendidas 1.707 solicitudes de estabilidad laboral reforzada elevadas por los servidores públicos que consideran ostentar alguna de las condiciones señaladas por la ley, para lo cual se han emitido respuestas.

* CUARTA ACCIÓN AFIRMATIVA: Atendiendo a lo señalado por la jurisprudencia y dada la imposibilidad del ICBF de dar continuidad a los nombramientos de los servidores públicos provisionales con condiciones de especial protección constitucional, la Entidad en aras de desplegar acciones afirmativas tendientes a garantizar una posible vinculación de aquellos servidores que ostentan condiciones de especial protección constitucional, remitió oficio a 32 entidades del orden nacional poniendo en conocimiento y consideración de estas, la viabilidad conforme el marco legal y jurisprudencial de efectuar algún tipo de vinculación que permita garantizar los derechos fundamentales de los servidores públicos actualmente vinculados en provisionalidad y que padecen alguna condición de debilidad manifiesta . (Se adjuntan oficios y respuestas otorgadas por las entidades oficiadas)

Se precia (sic) que a nivel nacional varias de estas Entidades se encuentran adelantando procesos de convocatoria pública para proveer sus respectivos empleos por el sistema de mérito, en las cuales pueden ser partícipes los servidores desvinculados en aras de acceder a uno de estos.

 QUINTA ACCIÓN AFIRMATIVA: MUJERES EMBARAZADAS. Dentro de las distintas medidas de protección y acciones afirmativas desplegadas, El ICBF en atención de los postulados jurisprudenciales, en especial lo señalado en sentencia SU-070 de 2013, y ante la inexistencia de vacantes que permita reubicar a las servidoras provisionales, se EXPIDIERON actos administrativos por medio de los cuales se ordena el pago de prestaciones que permitan garantizar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, una vez se presente la causal objetiva de desvinculación, esto es, cuando se realiza la provisión del cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos".

16. En cuanto al caso concreto, manifestó que no se cumple el requisito de legitimación en la causa por pasiva, pues la cuestión corresponde al ámbito de la Comisión Nacional del

Servicio Civil (en adelante “CNSC”), pues aquella fue la entidad encargada de dirigir el concurso para la provisión de las vacantes, dentro de la que se encuentra la del actor. Tampoco considera que se haya cumplido el requisito de subsidiariedad, pues los actos administrativos relacionados con la provisión del cargo pueden ser atacados ante los jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. También puso de presente que existe una causal objetiva que amerita la desvinculación por los resultados del concurso y que justifica la terminación del vínculo con el actor, por lo que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales invocados.

17. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, solicitó declarar improcedente la tutela frente al ICBF y, subsidiariamente, negar las pretensiones de la demanda.

18. Sentencia de instancia objeto de decisión. Mediante sentencia del 20 de noviembre de 2023, el Juzgado Civil del Circuito de Rio decidió amparar transitoriamente los derechos a la seguridad social, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada y a la salud, del señor Héctor. Indicó que el accionante padece de VIH, enfermedad catastrófica, lo que lo adscribe como una persona merecedora de una especial protección constitucional. Asimismo, destacó que su condición de salud lo obliga a tener una constante observación médica, con constante necesidad de medicamentos y exámenes de rigor, por lo que la potencial desvinculación de su trabajo pondría en peligro su vida y su salud, al quedar desprotegido en materia de atención en salud.

19. Puso de presente que en la sentencia T-063 de 2022 de esta Corte se señaló que sujetos de especial protección constitucional que ocupen un cargo en provisionalidad deben ser los últimos en ser removidos, cuando se vayan a realizar los nombramientos de quienes superaron el concurso de méritos, y que “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”.

() Expediente T-9.938.328

20. Hechos relevantes del caso e interposición de la acción de tutela. La accionante refirió que en múltiples oportunidades se vinculó al ICBF en planta temporal entre los años 2007 y 2017. El último cargo que ocupó en la entidad lo ostentó desde el 5 de abril de 2017, cuando fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Auxiliar Administrativo código 4044, grado

13 de la Regional Sol, ubicada en Grupo Financiero, según acta de posesión No. 16 suscrita el 6 de septiembre de 2017. La accionante tiene 39 años.

21. En el marco de la convocatoria No. 2149 de 2021, destinada a proveer cargos en la entidad, y luego de agotar todas sus etapas, la CNSC expidió la Resolución No. 2032 de 3 de febrero de 2023, conformando la respectiva lista de elegibles para proveer el cargo de auxiliar administrativa 4044-13, en la cual no figuraba la actora, pues no obtuvo puntaje suficiente.

22. En virtud de lo anterior, recibió dos comunicaciones, el 24 de abril y 5 de mayo de 2023, indicándole que su vinculación terminaba y que prestaría sus servicios hasta el 8 de mayo y 5 de julio de 2023, respectivamente.

23. El 26 de junio de 2023, la accionante notificó su estado de embarazo a la coordinadora financiera de la entidad, vía correo electrónico, adjuntando la respectiva prueba de embarazo.

24. El 10 de octubre de 2023, la entidad le comunicó la Resolución No. 6585 de 2023, por medio de la cual se nombraba en periodo de prueba al elegible para ocupar el cargo. Asimismo, se dispuso la terminación del nombramiento provisional de la accionante para el 5 de febrero de 2024.

25. La accionante advierte que dicha decisión, de materializarse, atentaría contra sus derechos fundamentales, pues el único ingreso que recibe proviene del salario por el ejercicio de su cargo. Por lo anterior, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, la seguridad social, la vida, la igualdad, la salud y la estabilidad laboral reforzada, y pidió ordenar a la entidad convocada que “proceda a dar continuidad a [su] cargo como profesional o crear un cargo equivalente al de la relación contractual que venía desarrollando, o uno de superior jerarquía o en caso de no ser posible la anterior medida, continúe la oferta contractual hasta tanto la entidad logre ubicarme en un cargo equivalente, sin que ello afecte [su] núcleo familiar”.

26. Contestación del ICBF. La entidad se opuso a la prosperidad de la acción de tutela, pues estimó que no se cumplen los requisitos de subsidiariedad, no existe riesgo de perjuicio irremediable y no existe vulneración de derechos fundamentales que conjurar.

27. En materia de procedencia consideró que existen “en cabeza [de la] accionante suficientes mecanismos que puede ejercer para proveer protección eficaz de los derechos que considera vulnerados mediante los cuales puede cuestionar los actos administrativos que en su concepto puedan ser lesivos”, y resaltó que “no existe un perjuicio irremediable que haga procedente el amparo siquiera como mecanismo transitorio, pues no se evidencia existencia de un peligro que afecte de manera grave los derechos fundamentales, y que en tal sentido se requiera de una medida para neutralizar dicha afectación”. En este sentido, afirmó que la accionante puede acudir a los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento de derecho para controvertir las decisiones administrativas de las que concluye afectación.

28. Asimismo, indicó que la estabilidad de los funcionarios nombrados en provisionalidad es solo relativa o transitoria, por lo que debe ceder al mérito cuandoquiera se realice un concurso y quien obtenga el mayor puntaje deba ser posesionado en el cargo ofertado. Señaló que, por lo anterior, a pesar de que se aplican criterios relativos al orden de provisión definitiva de los empleos que buscan proteger la situación de algunas personas especialmente vulnerables, cuando el número de elegibles supera el de proveer, surge una causa objetiva para su desvinculación.

29. Destacó que en esta oportunidad los empleos ofertados eran menos de los elegibles identificados, pues hay 3.792 vacantes para 11.628 elegibles. En este escenario, manifestó que la Corte Constitucional declaró en la sentencia SU-070 de 2013 que es posible la desvinculación de la trabajadora embarazada que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera si se adelanta el respectivo concurso, siempre que su puesto o cargo sea el último en proveerse por los ganadores del concurso y se le cancelen las prestaciones correspondientes a la licencia de maternidad.

31. Sentencia de primera instancia. Mediante sentencia del 28 de noviembre de 2023, el Juzgado Civil del Circuito de Mar, decidió “NO CONCEDER el amparo de tutela”. Se resaltó que los servidores vinculados en provisionalidad gozan de una estabilidad solo relativa o transitoria, que depende de la provisión del empleo que se encuentren desempeñando por quien haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, lo que implica que “la causal de despido de la accionante no recayó por una falta de causa justa”, por lo que, a pesar de la protección que deriva de su condición de embarazada, en esta

oportunidad no se presentó afectación a los derechos fundamentales que amerite la tutela, pues en el procedimiento se atendió el criterio del mérito.

32. No obstante, recordó lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SU-070 de 2013 sobre casos como el presente, y recalcó que “si bien la accionante no podrá permanecer en el empleo en virtud al concurso de méritos, no podrá la entidad accionada desconocer el pago de la licencia de maternidad de la accionante, ya que de conformidad con la jurisprudencia citada será el ICBF el encargado del reconocimiento de la misma”, ordenando lo correspondiente.

33. La decisión fue impugnada por el ICBF sin desarrollar nuevos argumentos.

34. Sentencia de segunda instancia. En providencia del 14 de diciembre de 2023, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mar, Sala Primera de Decisión Civil Familia, confirmó la sentencia de primer grado. Destacó que en este caso no se cumplió el requisito de subsidiariedad, pues la acción de tutela “no es el medio para controvertir el acto administrativo del cual extrae la vulneración enrostrada. Por manera que se encuentra impedida esta especialidad para intervenir en su favor o más allá de la forma en que obró la autoridad de primer grado, quien en últimas garantizó que se cubra la respectiva licencia de maternidad. Entonces, se confirmará la sentencia impugnada”.

35. Destacó que respecto de la Resolución 6585 de 29 de septiembre de 2023, notificada el 10 de octubre de 2023 “aún corren los 4 meses siguientes a la notificación del acto administrativo, lapso máximo establecido para promover el medio de control y nulidad y restablecimiento de derecho que regla el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, donde puede plantear las divergencias que pudo encontrar en dicha decisión y requerir cautelas frente a su vigor y efectos”.

36. Finalmente, reiteró lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SU-070 de 2013 y aplicado por el juez de primera instancia, reiterando el deber de pagar las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad correspondiente.

() Expediente T-9.954.989

37. Hechos relevantes del caso e interposición de la acción de tutela. La accionante prestó sus servicios al ICBF, Regional Selva, desde el 7 de diciembre de 2001 hasta el 4 de junio de 2023. La accionante tiene 74 años.

38. Mediante Resolución No. 5031 de 2 de junio de 2023, el ICBF decidió terminar su vinculación provisional en el cargo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 19, a pesar de su edad avanzada y de contar con 1150 semanas cotizadas con corte a 13 de junio de 2023.

39. El 29 de junio de 2023, la accionante presentó oposición a la decisión de la entidad, buscando que le reconocieran la estabilidad laboral reforzada como prepensionada. Resaltó que solo le restan 150 semanas para cumplir con las 1.300 exigidas por la ley para acceder a su pensión de vejez, por lo que considera que es acreedora de dicha protección especial.

40. Señaló que el 25 de julio de 2023, el ICBF respondió a su solicitud reconociendo que, aunque ostenta la condición de prepensionada, el artículo 1 de la Ley 1821 de 2016 establece la edad de retiro forzoso que faculta a la entidad para retirarla del servicio.

41. Indicó también que padece afectaciones de salud, lo que sumado a su edad, le dificultan reubicarse laboralmente. Por ello, considera que la decisión del ICBF de desvincularla de su cargo afecta sus derechos al mínimo vital y la seguridad social.

42. En virtud de lo anterior pidió que se tutelaran sus derechos a la vida, mínimo vital, trabajo, seguridad social y la estabilidad laboral reforzada presuntamente vulnerados por el ICBF, y que se ordenara su reintegro al cargo que se encontraba desempeñando o a uno de igual o similar categoría, hasta el momento en que cumpla las 1.300 semanas necesarias para hacer efectivo el reconocimiento de la pensión por vejez.

43. Contestación del ICBF. La entidad señaló que la accionante fue vinculada a la entidad en provisionalidad el 7 de diciembre de 2018, en el cargo de Profesional Especializado Grado 19, asignado a la Regional de Selva en el Centro Zonal La Flor.

44. Indicó que la accionante tuvo que ser retirada del servicio a partir del 5 de junio de 2023, pues la servidora titular con derechos de carrera administrativa debía retornar a su cargo, debido a que mediante Resolución No. 5031 del 2 de junio de 2023 se dio por terminado su

encargo en el empleo de director técnico, Grado 23. Así, en virtud de lo estipulado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, se podía dar por terminado el nombramiento en provisionalidad.

45. En este sentido, puso de presente que la terminación de la vinculación de la accionante –a partir del 5 de junio de 2023- obedece únicamente a la prevalencia de los derechos de carrera administrativa de los cuales goza la titular del cargo. Además, resaltó que la entidad se encuentra realizando la provisión de cargos de la planta global de la lista de elegibles en carrera de la convocatoria 2149 de 2021, por lo que tiene poco margen de maniobra para reubicar a la servidora.

46. También se refirió a la edad de la accionante, que supera los 74 años, respecto de lo cual indicó que incumple con lo estipulado en el decreto 1083 de 2015 y el artículo 1 de la ley 1821 de 2016, que impone la edad máxima de 70 años para desempeñar funciones públicas.

47. En virtud de lo anterior, destacó que en este caso no se presenta la vulneración de los derechos fundamentales de la actora, pues solamente se está dando prevalencia a los derechos de quien es titular del empleo, frente a una situación de provisionalidad en la que se encontraba la accionante. Asimismo, destacó que la presente acción de tutela no cumple el requisito de subsidiariedad, pues existen otros mecanismos judiciales para controvertir las decisiones de la entidad, y advirtió que no se está ante un perjuicio irremediable, por lo que solicitó declarar improcedente el amparo o, en subsidio, negar las pretensiones de la accionante.

48. Contestación Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES. La entidad informó que, una vez consultada la base de datos correspondiente, se verifica que la accionante se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, y que el 18 de septiembre de 2023 presentó solicitud de reconocimiento y pago de pensión de vejez, que se encontraba dentro de los términos de ley para ser resuelta. Por otra parte, señaló que COLPENSIONES no tiene responsabilidad alguna respecto de los hechos que motivan la acción, ni responsabilidad alguna respecto de la alegada trasgresión de derechos fundamentales, por lo que no se cumple el requisito de legitimación en la causa por pasiva. Por lo anterior, solicitó su desvinculación del trámite.

49. Contestación de la CNSC. Advirtió que la entidad no tiene legitimación en la causa por

pasiva, dado que no es la llamada a resolver el problema jurídico planteado por la accionante. La cuestión corresponde al ICBF, que debe garantizar el acceso al empleo público del elegible, sin lesionar los derechos del prepensionado.

50. De otro lado, advirtió que la acción de tutela resulta improcedente toda vez que existen otros mecanismos jurisdiccionales para cuestionar el acto administrativo mediante el cual el ICBF realizó el nombramiento motivo de discordia, por lo que el juez natural del caso es el Contencioso Administrativo. En el proceso ante dicha jurisdicción se dispone de las garantías que aseguran la eficacia del derecho y se permite una controversia adecuada para determinar si la desvinculación de la accionante se adelantó de manera adecuada.

51. Señaló también que la vinculación a un empleo de carrera bajo la figura de provisionalidad no implica que quien lo suple pueda desempeñarlo indefinidamente, puesto que es una situación de carácter temporal.

52. Sentencia de primera instancia. Mediante sentencia del 20 de noviembre de 2023, el Juzgado Administrativo del Circuito de Bosque, decidió “TUTELAR, los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, seguridad social y al mínimo vital” de la accionante. En virtud de lo anterior, ordenó al ICBF el reintegro de la señora Bertha a un cargo equivalente o superior al que venía desempeñando, en caso de existir vacantes o, en su defecto efectuar los correspondientes aportes al sistema de seguridad social, desde el día en que cesó su vinculación, hasta tanto obtuviera el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada.

53. El juez estimó que el retiro de la accionante se debió al cumplimiento de la edad de retiro forzoso y que ello constituía una discriminación por razón de la edad y el género, por lo que concluyó que el ICBF no debió disponer la desvinculación por dicha causa.

54. Por otra parte, advirtió inconsistencias en los tiempos de servicio cotizados, frente a los certificados por Colpensiones, pues en sus cálculos la accionante habría laborado 1.321 semanas, frente a las 1.150 certificadas por la entidad. Ello indicaría que la accionante no solamente tendría la calidad de prepensionada, sino que, potencialmente, podría acceder a la correspondiente pensión.

55. Impugnación de la accionante, Bertha. Aunque manifestó su acuerdo con la tutela de los

derechos invocados, estimó que las medidas de restablecimiento ordenadas resultaban insuficientes para superar la vulneración advertida. Indicó que se condicionó el reintegro a la existencia de vacantes en el correspondiente cargo, por lo que advirtió que el ICBF podría limitarse a realizar aportes al sistema de seguridad social, dejando potencialmente a la accionante sin un salario mensual, manteniendo la amenaza sobre su mínimo vital. Asimismo, se quejó de que el fallo judicial guardó silencio frente a la solicitud en torno al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento de su desvinculación.

57. Asimismo, recordó que dicha circunstancia se ve agravada por que la entidad no cuenta con margen de maniobra para la reubicación de la accionante, pues está en proceso de proveer vacantes por las personas que conforman las listas de elegibles emitidas en virtud de la convocatoria 2149 de 2021.

58. Sentencia de segunda instancia. En providencia del 6 de diciembre de 2023, el Tribunal Administrativo de Selva, Sección Cuarta, confirmó parcialmente la sentencia de primer grado. Así, únicamente modificó el alcance de la medida de restablecimiento, en el sentido de ordenar al ICBF el reintegro de la accionante, eliminando la condicionante acerca de la existencia o no de vacantes.

59. Estimó que la accionante debe considerarse prepensionada, pues le faltan menos de tres años para cumplir con las semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y ya tiene la edad y, por lo mismo es acreedora de una estabilidad laboral reforzada. Indicó que la jurisprudencia constitucional ha establecido que en casos como los de la accionante, si el trabajador ha alcanzado la edad de retiro forzoso pero no ha completado las semanas de cotización, debe ser mantenido en funciones hasta completar las correspondientes cotizaciones.

60. Ahora bien, consideró que el ICBF debía “flexibilizar la aplicación de la regla de retiro forzoso a fin de evaluar si la persona ha logrado garantizar su mínimo vital o no” y estimó que la entidad no tuvo en cuenta la condición de la accionante. Por ello, descartó los argumentos formulados por el Instituto en su escrito de impugnación sobre el supuesto cumplimiento de los requisitos para el acceso a la pensión de vejez.

61. Asimismo, puso de presente que en la Resolución No. 5031 del 2 de junio de 2023 consta que la servidora pública quien retomó sus funciones en el cargo de Profesional Especializado

Código 2028, Grado 19, de la planta de personal del ICBF “se encuentra asignada a la Regional de Luna, lo cual no maneja relación (sic), ya que, si bien es el mismo cargo, estamos hablando de dos departamentos y regionales diferentes”, respecto del ocupado por la accionante, que se encuentra en el departamento de Selva.

62. Advirtió entonces que “no se entiende su desvinculación por una funcionaria cuyo nombramiento en propiedad está ubicado en la Regional ICBF Luna, [por] lo cual no se puede considerar razonable la decisión de desvincular del servicio a una persona mayor que ha alcanzado la edad de retiro forzoso, pero no sus semanas de cotización” y, en ese sentido, concluyó que ocurrió una violación de su derecho a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital.

63. En consecuencia, el Tribunal dispuso que el ICBF debía reintegrar a Bertha y permitirle completar sus cotizaciones para obtener su pensión. Sin embargo, se aclaró que no se ordenaría el pago de salarios dejados de percibir, ya que no se demostró que dependiera exclusivamente de su salario para sus necesidades básicas, lo que obliga a mantener la competencia sobre aquel asunto en cabeza del juez natural del caso, que deberá determinar si procede el pago de dichos salarios y prestaciones.

C. C. Actuaciones en sede de revisión

64. Mediante auto del 15 de agosto de 2024, la magistrada sustanciadora ordenó la práctica de pruebas. Esto, con el fin de obtener la siguiente información:

Auto de pruebas

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

¿Los señores Héctor, Julia y Bertha fueron desvinculados efectivamente de la entidad? En particular, indicar si la desvinculación se produjo, en qué fecha y, en caso de no haberse dado a qué circunstancia se debió (p. ej. medidas cautelares, órdenes de tutela, decisión administrativa etc.). Asimismo, informar, en caso de haber permanecido en la entidad, qué cargos ocuparon los accionantes entre el momento en que se comunicó la resolución por medio de la cual se hacia el nombramiento en periodo de prueba de quien resultó

beneficiado por el concurso y se terminaba el nombramiento de los accionantes en provisionalidad, y el momento efectivo de la desvinculación o la actualidad, según sean las circunstancias del caso.

En el caso de Héctor, se dio por terminado su nombramiento provisional como Profesional Universitario 2044-07 mediante Resolución n° 6848 del 19 de octubre de 2023 y fue efectivamente desvinculado. Sin embargo, en atención a la decisión de tutela del Juzgado Civil del Circuito de Rio del 20 de noviembre de 2023, que dispuso amparar transitoriamente los derechos fundamentales del actor, se nombró en provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario 2044-09 mediante Resolución n° 2325 del 30 de mayo de 2024, tomando posesión del cargo desde el 7 de junio del mismo año. El accionante se encuentra en este último cargo actualmente.

En el caso de Bertha, su nombramiento provisional como Profesional Especializado Código 2028-19 terminó el 5 de junio de 2023, cuando la titular de cargo terminó su situación administrativa. No obstante, en atención a la acción de tutela instaurada por la accionante, el Juzgado Administrativo del Circuito Judicial de Bosque Sección Segunda – Oral, mediante fallo de primera instancia de fecha 20 de noviembre de 2023, dispuso tutelar los derechos fundamentales de la actora, razón por la cual se nombró nuevamente en provisionalidad mediante Resolución n° 7911 del 22 de diciembre de 2023. La señora Bertha presentó su renuncia el 5 de febrero de 2024, la cual le fue aceptada a partir del 11 de marzo de 2024 mediante Resolución n° 1052 del 11 de marzo de 2024.

Julia actualmente se encuentra vinculada en provisionalidad el cargo de Auxiliar Administrativo Código 4044-13. En razón a su situación de maternidad, el ICBF hizo el nombramiento en protección a la situación particular de la accionante, sin que estuviera desvinculada en ningún momento.

¿Cuál era la situación de Héctor, Julia y Bertha al momento en que se produjo efectivamente su desvinculación? En particular, informar si habían sido transferidos, reubicados, si se había pospuesto o diferido su desvinculación por su situación particular, y si se habían adoptado medidas adicionales para la atención de su situación particular.

Bertha y Héctor gozaban de una estabilidad relativa que dependía de la terminación de la vacancia de los empleos.

La señora Bertha actualmente se encuentra desvinculada de la entidad ya que presentó renuncia al cargo. Para dar cumplimiento a las órdenes judiciales y proteger los derechos fundamentales de la accionante se efectuó su traslado en el empleo Profesional Especializado Grado 2028-21, de la Dirección General – Grupo de Gestión de Bienes a la Regional Bosque- Grupo de Protección, por medio de Resolución n° 0156 del 22 de enero de 2024.

El señor Héctor actualmente desempeña el cargo de Profesional Universitario 2044-09. Desde el 7 de junio de 2024 se desempeña en el Centro Zonal Sur en la Regional Valle, pero anteriormente laboró en el Centro Zonal Noche hasta octubre de 2023.

Julia siempre ha desempeñado el cargo de auxiliar administrativo 4044-13 desde su vinculación en la Regional Sol. Nunca ha sido desvinculada.

¿Con qué margen de maniobra contaba la entidad para la reubicación de personas con estabilidad laboral relativa? En particular, se solicitó presentar información estadística de la entidad en la que se identifique si se tomaron medidas en el marco de este concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF respecto de dicha población (p. ej. reubicaciones internas o externas, mantenimiento del personal en situación de debilidad hasta los últimos turnos, etc.), de qué tipo fueron, y cómo se les dio aplicación a las mismas indicando, en caso de permanencia del personal en provisionalidad en la entidad, por ejemplo, en qué cargos fueron asignados. Se solicitó incluir información sobre las ordenadas judicialmente, incluidas las aplicadas en cumplimiento de órdenes en sede de tutela.

Al respecto, el ICBF señaló que para la vigencia 2023 no existía margen de maniobra, pues la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió las listas de elegibles producto del proceso de selección Convocatoria 2149 de 2023, razón por la cual el ICBF se encontraba adelantando los nombramientos en periodo de prueba de los elegibles quienes ocuparon posición de mérito.

Agregaron que desde el Grupo Jurídico de la Dirección de Gestión Humana se remitieron comunicaciones a diferentes entidades con el reporte de perfiles de servidores del ICBF en proceso de desvinculación dentro del proceso de acciones afirmativas adelantado por el ICBF para reubicar a los trabajadores en provisionalidad, sin que se haya logrado.

Sobre el cumplimiento de órdenes de tutela de reintegro de trabajadores con estabilidad laboral, ¿se han realizado reintegros de trabajadores?, ¿En qué cargos?

La entidad informó que se han adelantado algunos nombramientos por cumplimiento a fallo de tutela, en los cuales han logrado realizar las reubicaciones conforme lo ha permitido el margen de maniobra de la entidad. Las reubicaciones se han hecho en:

* Profesional Universitario 2024, Grado 9, en los perfiles de Trabajo Social, Psicología, Nutrición y Dietética.

* Auxiliar Administrativo 4044, Grado 15.

* Auxiliar Administrativo 4044, Grado 19.

Respecto del caso de la señora Julia, (i) si la accionante dio a luz a su hijo mientras la vinculación con la entidad se encontraba vigente; y (ii) si se cumplió con el pago de la licencia de maternidad de la trabajadora

La entidad contestó que la accionante ha permanecido en el cargo y por lo tanto se han hecho los aportes a seguridad social de forma ininterrumpida, así como el pago de la licencia de maternidad. Sobre esto último, aportó el desprendible de nómina donde consta el pago de la licencia.

Héctor

Si efectivamente fue desvinculado de la entidad. En caso afirmativo, en qué fecha y cuál era su situación para ese momento

El accionante guardó silencio.

Si se le dio cumplimiento al amparo transitorio ordenado por el juez de instancia en su caso, que ordenaba al ICBF su vinculación “en el evento en el que existan vacantes disponibles o

en el caso de que existan vacantes futuras en provisionalidad, […] a un cargo igual o equivalente al que ocupa antes de ser retirado”. En caso afirmativo, informar en qué cargo se le mantuvo en la entidad, desde qué fecha, y si tal vinculación persiste hasta la actualidad.

Julia

Si efectivamente fue desvinculada de la entidad. En caso afirmativo, en qué fecha y cuál era su situación para ese momento.

3. 3. La accionante guardó silencio.

La fecha en la que dio a luz a su hijo, si ello ocurrió mientras se encontraba vinculada al ICBF y si recibió el pago de la licencia de maternidad correspondiente.

Bertha

Informe sobre su situación actual, en particular si para este momento la accionante se encuentra trabajando o se le ha reconocido una pensión por parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La accionante y su apoderado guardaron silencio.

Registraduría Nacional del Estado Civil

Quiénes son los titulares de las cédulas de ciudadanía No. 11.111.111 y No. 11.111.112; y cuál es el estado de cada una de dichas cédulas de ciudadanía.

La Registraduría Nacional del Servicio Civil informó que el número de cédula de ciudadanía No. 11.111.112, corresponde a Bertha. Agregó que dicho documento se encuentra en estado vigente tal como consta en la certificación que adjuntan.

Respecto al No. 11.111.111 afirmó que dicho número de cédula pertenecía a otra persona ajena al trámite, y este fue cancelado por causa de muerte.

65. El 2 de septiembre de 2024, se recibió escrito de la Defensoría del Pueblo en el que se señaló que “el comité jurídico determinó no viable la solicitud de insistencia ante la Corte Constitucional en la revisión de la presente acción constitucional de tutela”.

. CONSIDERACIONES

1. 1. Competencia

66. La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro de los trámites de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, así como los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problemas jurídicos y metodología de decisión

67. Problemas jurídicos. le corresponde a la Sala Séptima de Revisión determinar:

i. i. Si el ICBF trasgredió los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y al mínimo vital de Héctor, al dar por terminado su nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera, para proveer el empleo que ocupaba con la persona que superó satisfactoriamente un concurso público de méritos e integró la lista de elegibles, teniendo en cuenta su condición de sujeto de especial protección constitucional, derivada del hecho de padecer enfermedad por infección con el VIH.

. Si el ICBF desconoció los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y al mínimo vital de Julia, al dar por terminado su nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera, para proveer el empleo que ocupaba con la persona que superó satisfactoriamente un concurso público de méritos e integró la lista de elegibles, teniendo en cuenta su condición de sujeto de especial protección constitucional, por encontrarse en estado de embarazo para el momento en el que se tomó la decisión sobre su desvinculación, y

. Si el ICBF vulneró los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y al mínimo vital de Bertha, al dar por terminado su nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera, para que el mismo pudiese ser reasumido por una persona que superó satisfactoriamente y en su momento un concurso público de méritos e integró la lista de elegibles, teniendo en cuenta su condición de sujeto de especial protección constitucional, por pertenecer a la tercera edad y encontrarse condición de prepensionada.

68. Metodología de decisión. Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala de

Revisión analizará, en primer lugar, si las acciones de tutela satisfacen los requisitos generales de procedibilidad. En caso afirmativo, verificará si se configuró carencia actual de objeto respecto de alguna de las solicitudes de los accionantes y, de ser procedente, se resolverán los problemas jurídicos sustantivos previamente enunciados, para lo cual se reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con el principio del mérito y su función como principio rector del acceso al empleo público, y la estabilidad laboral relativa o intermedia de los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, de cara a la situación especial de quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Con base en dichos fundamentos, se analizarán los casos concretos.

3. Análisis de procedibilidad

69. Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela. El artículo 86 de la Constitución Política dispone que la acción de tutela es un mecanismo judicial subsidiario, residual, informal y autónomo que tiene por objeto garantizar la "protección inmediata de los derechos fundamentales" de los ciudadanos por medio de un "procedimiento preferente y sumario". De acuerdo con lo previsto por el Decreto 2591 de 1991 y el desarrollo jurisprudencial de esta Corte, los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela son: (i) la legitimación en la causa, (ii) la inmediatez y (iii) la subsidiariedad. El cumplimiento de estos requisitos de procedencia es una condición para que el juez de tutela pueda resolver la controversia suscitada. En este sentido, a continuación, la Sala examinará si las tutelas aquí analizadas satisfacen tales requisitos.

i. (i) Expediente T-9.931.872.

70. Legitimación en la causa por activa. El artículo 86 de la Constitución Política dispone que "[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces (…), por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales". Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala que la acción puede ser presentada nombre propio o a través de un tercero. En este último supuesto, puede ser ejercida mediante las siguientes figuras: (i) mediante la representación legal; (ii) por medio de apoderamiento judicial; (iii) a través de agente oficioso; (iv) por intermedio del Defensor del Pueblo o los personeros municipales. En adición a lo anterior, el Código General del Proceso introdujo la posibilidad de que la Agencia de Defensa Jurídica del Estado ejerza la

acción de amparo. En tales términos, el requisito general de procedibilidad de legitimación en la causa por activa exige que la acción de tutela sea ejercida, bien sea directa o indirectamente, por el titular de los derechos fundamentales, es decir, por quien tiene un interés sustancial "directo y particular" respecto de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

71. La Sala constata que, en este caso, el señor Héctor presentó directamente la acción de tutela y es el titular de los derechos presuntamente vulnerados. En este sentido, se considera cumplido este primer requisito.

72. Legitimación en la causa por pasiva. Los artículos 86 de la Constitución Política y 5 del Decreto 2591 de 1991 disponen que la acción de tutela procede en contra de "toda acción u omisión de las autoridades públicas (sic), que haya violado, viole o amenace violar derechos fundamentales". En este sentido, la Corte Constitucional ha resaltado que el requisito de legitimación en la causa por pasiva exige que la acción de tutela sea interpuesta en contra del sujeto presuntamente responsable de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales o aquel llamado a resolver las pretensiones, sea este una autoridad o un particular.

73. La Sala encuentra que en el presente caso existe legitimación en la causa por pasiva, porque la acción de tutela se dirigió contra el ICBF, entidad pública que presuntamente habría vulnerado los derechos fundamentales del accionante, al terminar su vínculo laboral con la entidad. En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 86 constitucional y el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, dicha autoridad pública tiene la aptitud legal para responder por la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados.

74. El requisito de inmediatez de la acción de tutela. El artículo 86 de la Constitución Política dispone que la acción de tutela es un mecanismo de protección "inmediata" de los derechos fundamentales. No existe un término constitucional y legal dentro del cual los ciudadanos deben interponer esta acción. Sin embargo, esto no implica que la solicitud de amparo pueda presentarse en cualquier tiempo, puesto que ello "desvirtuaría el propósito mismo de la tutela, el cual es permitir una protección urgente e inmediata de los derechos fundamentales". En tales términos, según la jurisprudencia constitucional el requisito de inmediatez exige que la acción de tutela sea presentada en un "término razonable" respecto

de la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la presunta amenaza o vulneración de los derechos fundamentales.

75. La presente demanda de tutela satisface la exigencia de inmediatez. En efecto, el actor interpuso la acción de tutela el 2 de noviembre de 2023 frente a la decisión de la entidad de terminar su vinculación en provisionalidad, por el nombramiento de la persona beneficiada en la lista de elegibles para ocupar el cargo de profesional universitario 2044-7 en el ICBF, centro zonal Noche, plasmada en la Resolución No. 6848 del 19 de octubre de 2023. Así, transcurrieron tan solo 14 días entre la ocurrencia del hecho que presuntamente afectó los derechos del actor y el momento en que este acudió a la jurisdicción para solicitar el amparo, razón por la cual esta Sala de Revisión considera que la acción se interpuso en un término razonable y, en consecuencia, que se encuentra acreditado el requisito de inmediatez.

76. El requisito de subsidiariedad de la acción de tutela. El artículo 86 de la Constitución Política prescribe que la acción de tutela tiene carácter subsidiario respecto de los medios ordinarios de defensa judicial. El principio de subsidiariedad parte del supuesto de que las acciones y recursos judiciales ordinarios están diseñados para proteger la vigencia de los derechos fundamentales y, por lo tanto, los jueces ordinarios son quienes tienen el deber preferente de garantizarlos. En virtud del principio de subsidiariedad, la acción de tutela solo procede en dos supuestos excepcionales. Primero, como mecanismo de protección definitivo, si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el mecanismo judicial ordinario es idóneo si “es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales”. Por su parte, es eficaz si “está diseñado para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados” (eficacia en abstracto), en consideración de las circunstancias en que se encuentre el solicitante (eficacia en concreto). Segundo, como mecanismo de protección transitorio si, a pesar de existir medios ordinarios idóneos y eficaces, la tutela se utiliza con el propósito de evitar un perjuicio irremediable.

77. La Corte Constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela es improcedente para cuestionar actos administrativos de carácter particular y concreto. Lo anterior, debido a que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 de la Ley 1437 de 2011) es el mecanismo ordinario idóneo y eficaz para controvertirlos. Este medio de control es idóneo porque permite anular el acto administrativo y reparar el

daño generado por actuaciones administrativas que hubieren vulnerado “un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica”. De otro lado, es eficaz en abstracto pues la normativa que lo regula cuenta con la posibilidad de solicitar medidas cautelares como la suspensión provisional del acto administrativo demandado, lo que le da la aptitud de “mecanismo no menos idóneo y efectivo que la acción de tutela, (…) cuando una Entidad vulnera en forma manifiesta los derechos del administrado”.

78. No obstante, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en algunos eventos el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho no es un mecanismo eficaz en concreto para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos para la provisión de empleos públicos de carrera administrativa, incluso teniendo en cuenta la posibilidad de solicitar medidas cautelares. En concreto, este tribunal ha resaltado que esto ocurre cuando por las condiciones particulares del accionante (edad, estado de salud, condición social, entre otras), resulta desproporcionado exigir el agotamiento del mecanismo ordinario.

79. En este caso, la Sala considera que la pretensión formulada por el accionante, tendiente a asegurar su estabilidad laboral reforzada resulta procedente, pues aunque busca controvertir actos administrativos de desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, para lo cual está dispuesto en el ordenamiento el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, también lo es que el accionante se encuentra en una situación de debilidad manifiesta pues padece enfermedad grave por una infección por VIH en estado avanzado y depende de su salario para su manutención y tratamiento médico. En esta circunstancia, exigirle acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo implicaría imponerle una carga desproporcionada por lo extensos que resultan los procesos que allí se tramitan, incluso desde la presentación de la demanda hasta el reparto de la misma, lo cual en ocasiones riñen con la expectativa de vida de pacientes de este tipo de enfermedades que podrían quedar sometidos a no obtener satisfacción de los derechos reclamados, resultando entonces el mecanismo principal ineficaz para el caso en concreto. Debido a lo anterior, se estima que en el caso de Héctor, se cumple el requisito de subsidiariedad.

80. En consecuencia, esta Sala verifica que respecto de la acción presentada en el marco del expediente T-9.931.872 se encuentran cumplidos los requisitos de procedencia de la acción

de tutela.

() Expediente T-9.938.328

81. Legitimación en la causa por activa. Recordando el contenido del presente requisito reseñado en el numeral 65 supra de esta providencia, se constata que, en este caso, la señora Julia presentó directamente la acción de tutela y es la titular de los derechos presuntamente vulnerados. En este sentido, se considera cumplido este primer requisito.

82. Legitimación en la causa por pasiva. Con base en las reglas jurisprudenciales expresadas en el numeral 67 supra, esta Sala de Revisión encuentra que en el presente caso existe legitimación en la causa por pasiva, porque la acción de tutela se dirigió contra el ICBF, entidad pública que presuntamente habría vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, al terminar su vínculo laboral con la entidad. En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 86 constitucional y el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, dicha autoridad pública tiene la aptitud legal para responder por la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados.

83. El requisito de inmediatez de la acción de tutela. A partir de lo indicado en el numeral 69 de esta providencia, la Sala considera que la presente demanda de tutela satisface la exigencia de inmediatez. En efecto, la tutela presentada por Julia fue admitida el 17 de noviembre de 2023 mientras que la decisión de la entidad de terminar su vinculación en provisionalidad, por el nombramiento de la persona beneficiada en la lista de elegibles para ocupar el cargo de Auxiliar Administrativo código 4044, grado 13 de la Regional Sol, ubicada en Grupo Financiero, fue plasmada en la Resolución No. 6585 del 29 de septiembre de 2023, y notificada el 10 de octubre del mismo año. Así, transcurrieron tan solo 38 días entre el conocimiento del hecho que presuntamente afectó los derechos de la actora y el momento en que acudió a la jurisdicción para solicitar el amparo, razón por la cual esta Sala de Revisión considera que la acción se interpuso en un término razonable y, en consecuencia, que se encuentra acreditado el requisito de inmediatez.

84. El requisito de subsidiariedad de la acción de tutela. A partir de los parámetros explicados en los numerales 71. a 73. de esta providencia, se considera que en este caso se cumple el requisito de subsidiariedad de la tutela.

85. Es importante destacar que la jurisprudencia ha indicado que “cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como […] mujeres en estado de gestación o de lactancia, […] el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”. En este sentido, la Corte Constitucional ha indicado que “en los casos en que el accionante sea titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada por encontrarse en una situación de debilidad manifiesta, la acción de tutela pierde su carácter subsidiario y se convierte en el mecanismo de protección preferente”, consideración que se ha aplicado respecto de las mujeres en embarazo al apreciar que los medios ordinarios de defensa judicial no tienen “un carácter sumario para restablecer los derechos de sujetos de especial protección constitucional que, amparados por la estabilidad laboral reforzada, requieren una medida urgente de protección y un remedio integral”. Asimismo, también se ha establecido la aplicación de un criterio menos estricto en casos en los que se analiza la cuestión de la provisión de cargos luego de un concurso público de méritos, cuando “se involucran sujetos de especial protección constitucional por su condición de salud, edad o económica a quienes no les puede exigir acudir al proceso ordinario”.

86. Teniendo esto en cuenta se considera que el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho no es un mecanismo idóneo en este caso en concreto. En efecto, la controversia que plantea la accionante tiene una dimensión constitucional que excede el control de legalidad que lleva a cabo el juez administrativo, pues no tendría que analizar solamente la regularidad de la Resolución No. 6585 de 2023, sino que el objeto de la solicitud de amparo se fundamenta en una tensión constitucional entre el derecho de acceso a cargos públicos de las personas que integran la lista de elegibles, de un lado, y el derecho a la a salud y a la estabilidad en empleo -relativa o reforzada- de las personas que ocupaban estos cargos en provisionalidad, de otro. En este sentido, la ponderación de estos principios constitucionales y derechos fundamentales, así como los remedios para armonizar esta tensión constitucional, superan los límites del control de legalidad de los actos administrativos que lleva a cabo el juez administrativo y justifican la intervención del juez de tutela en el caso concreto.

87. En consecuencia, esta Sala verifica que respecto de la acción presentada en el marco del expediente T-9.938.328 se encuentran cumplidos los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

() Expediente T-9.954.989.

88. Legitimación en la causa por activa. Recordando el contenido del presente requisito reseñado en el numeral 65. de esta providencia, se constata que, en este caso, la señora Bertha presentó acción de tutela mediante apoderado especial, quien aportó el poder correspondiente. En este sentido, se considera cumplido este primer requisito.

89. Legitimación en la causa por pasiva. Con base en las reglas descritas en el numeral 67 de esta providencia, esta Sala de Revisión encuentra que en el presente caso existe legitimación en la causa por pasiva, porque la acción de tutela se dirigió contra el ICBF, entidad pública que presuntamente habría vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, al terminar su vínculo laboral con la entidad. En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 86 constitucional y el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, dicha autoridad pública tiene la aptitud legal para responder por la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados.

90. De otro lado, conviene precisar que durante el trámite se declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto del 8 de noviembre de 2023, proferido por el Juzgado Administrativo de Bosque; se encontró por parte del ad quem que “el Juez de primera instancia no integró en debida forma el contradictorio y con ello incurrió en la causal de nulidad señalada en el numeral 8 del artículo 133 del Código General del proceso”. Al rehacer el trámite, se ordenó vincular al proceso a COLPENSIONES y a la CNSC mediante auto del 9 de noviembre de 2023. No obstante, esta Sala de Revisión ordenará desvincular del proceso a dichas entidades, pues no tienen participación alguna en la terminación de la vinculación de la accionante, situación que motiva la solicitud de tutela y tampoco se impartieron órdenes frente a ellos en las decisiones de instancia.

91. El requisito de inmediatez de la acción de tutela. Conforme el contenido del presente requisito reseñado en el numeral 69 de esta providencia, la Sala considera que la presente demanda de tutela satisface la exigencia de inmediatez. En efecto, la tutela presentada por Bertha fue radicada el 10 de octubre de 2023 mientras que la decisión de la entidad de terminar su vinculación en provisionalidad en el cargo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 19, en la Regional Selva, fue plasmada en la Resolución No. 5031 del 2 de junio de 2023. Así, transcurrieron tan solo 4 meses y 8 días entre la ocurrencia del hecho que

presuntamente afectó los derechos de la actora y el momento en que acudió a la jurisdicción para solicitar el amparo. Aún más, luego de lo anterior, la accionante solicitó a la entidad que reconsiderara su decisión por considerarse una persona prepensionada, a raíz de lo cual el ICBF le respondió el 25 de julio de 2023 informándole que su desvinculación debía realizarse, tal como se efectuó, "al superarse la edad de retiro forzoso del servicio oficial previamente señalada, no es viable acceder a su solicitud". Tomando como parámetro dicha comunicación, solo habrían transcurrido 2 meses y medio desde la última actuación de la entidad accionada. En cualquier escenario, esta Sala de Revisión considera que la acción se interpuso en un término razonable y, en consecuencia, que se encuentra acreditado el requisito de inmediatez.

92. El requisito de subsidiariedad de la acción de tutela. Con base en el parámetro descrito en los numerales 71 a 73 de esta providencia, se considera que en este caso se cumple el requisito de subsidiariedad de la tutela.

93. Es importante destacar que la jurisprudencia ha indicado que "cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como […] personas de la tercera edad, […] el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos", consideración que también se ha extendido al caso de los prepensionados.

94. La Corte Constitucional ha indicado que cuando se busca la protección de los derechos del prepensionado, debe tenerse en cuenta que la situación para el acceso a la pensión es relativamente inminente, pues debe ocurrir en menos de 3 años, tiempo máximo al que se proyecta la garantía. Sobre el particular, se ha indicado que "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 [accionante]. 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".

96. En consecuencia, esta Sala verifica que respecto de la acción presentada en el marco del expediente T-9.954.989 se encuentran cumplidos los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

4. Carencia actual de objeto. Reiteración de jurisprudencia

97. A continuación, la Sala analizará si habida cuenta de la información allegada en sede de revisión, en los casos en estudio se configuró el fenómeno de la CAO. Para este propósito, reiterará la jurisprudencia sobre el fenómeno de carencia actual de objeto y, luego, examinará los casos.

98. Naturaleza de la CAO. El artículo 86 de la Constitución Política dispone que la acción de tutela tiene como fin "la protección inmediata de [los] derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública". En este sentido, la intervención del juez constitucional "se justifica, únicamente, para hacer cesar dicha situación" y, en consecuencia, "garantizar la protección cierta y efectiva de los derechos fundamentales presuntamente amenazados o vulnerados". No obstante, la Corte Constitucional ha precisado que, "si cesa la conducta que viola los derechos fundamentales, el juez no tiene objeto sobre el cual pronunciarse, escenario en el que se configura lo que la jurisprudencia ha denominado carencia actual de objeto".

99. Tipología de la CAO. La jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada, que el fenómeno de CAO se configura en tres supuestos, a saber: (i) daño consumado, (ii) hecho superado y (iii) hecho sobreviniente.

Tipología de la CAO

Daño consumado

Se configura cuando "la amenaza o la vulneración del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela". En este evento, "ante la imposibilidad de hacer cesar la vulneración o impedir que se concrete el peligro, no es factible que el juez de tutela imparta una orden para retrotraer la situación". La Corte ha señalado que "el daño causado debe ser irreversible" para que el juez de tutela pueda

declarar la CAO. Por esto, esta categoría ha sido aplicada, entre otras situaciones, cuando el accionante fallece como consecuencia de la vulneración alegada en la tutela.

Hecho superado

Se presenta cuando la amenaza o vulneración cesan porque el accionado, “por un acto voluntario”, satisfizo la prestación solicitada por el accionante. En concreto, “el hecho superado se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que ‘carece’ de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en la tutela”. Esta hipótesis puede configurarse, por ejemplo, cuando la accionada reconoce las prestaciones o suministra los servicios de salud solicitados “antes de que el juez constitucional emita una orden en uno u otro sentido”.

Hecho sobreviniente

Esta categoría de CAO fue diseñada con la finalidad de “cubrir escenarios que no encajan en las categorías” de daño consumado o de hecho superado. En ese sentido, “remite a cualquier ‘otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto y por lo tanto caiga en el vacío’”. Por tanto, no es “una categoría homogénea y completamente delimitada”. Este evento puede configurarse, por ejemplo, en los siguientes supuestos: (i) el accionante “asumió la carga que no le correspondía”, (ii) el accionante perdió el interés en el resultado del proceso o (iii) “un tercero –distinto al accionante y a la entidad demandada– ha logrado que la pretensión de la tutela se satisfaga en lo fundamental”.

100. Facultades del juez de tutela ante la CAO. Conforme a la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela “no está en la obligación de proferir un pronunciamiento de fondo” en casos de CAO. Sin embargo, es posible que, a pesar de su configuración, “el proceso amerite un pronunciamiento adicional del juez de tutela, no para resolver el objeto de la tutela –el cual desapareció por sustracción de materia–, pero sí por otras razones que superan el caso concreto”. Al respecto, la Corte ha manifestado que en supuestos de CAO el juez puede “pronunciarse de fondo”, con el fin de “precisar si se presentó o no la vulneración que dio origen a la acción de amparo”. En particular, la Corte ha señalado que el juez podrá “realizar

observaciones sobre los hechos que dieron lugar a la interposición de la tutela", para efectos de: (i) "llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela y tomar medidas para que los hechos [que generaron la vulneración] no se repitan"; (ii) "advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes"; (iii) "corregir las decisiones judiciales de instancia" o (iv) "avanzar en la comprensión de un derecho fundamental".

101. A continuación, la Sala examinará si en los casos sub examine se configuró la CAO.

i. (i) Expediente T-9.931.872.

102. La Sala considera que en el caso de Héctor se configuró CAO por hecho sobreviniente. Esto, por cuanto la entidad accionada acreditó que reubicó al accionante en el cargo de Profesional Universitario 2044-09 en otro Centro Zonal, donde actualmente presta sus servicios, en virtud de la decisión de instancia del 20 de noviembre de 2023 del Juzgado Civil del Circuito de Rio. Con fundamento en lo anterior, se observa que la pretensión de la acción de tutela se encuentra satisfecha por cuanto el actor pretendía ser reubicado atendiendo su condición de salud y la estabilidad laboral reforzada a la que consideraba tener derecho. Por lo tanto, se está ante un hecho sobreviniente que configura la CAO.

103. No obstante, en el caso sub judice, si bien la entidad llevó a cabo algunas actividades para la reubicación de personas con estabilidad laboral relativa, el accionante sí fue desvinculado de la entidad en razón al nombramiento en periodo de prueba de la elegible Mónica mediante Resolución n° 6848 del 19 de octubre de 2023. Sin embargo, una vez proferido el fallo de instancia, la entidad procedió al reintegro y reubicación del accionante en un cargo similar en otro Centro Zonal mediante Resolución n° 2325 del 30 de mayo de 2024.

104. Por lo anterior, la Sala concluye que, en este asunto, se presenta un hecho sobreviniente, dado que se dio cumplimiento a la sentencia dictada en primera instancia dentro del trámite de tutela la cual amparó los derechos del accionante y atendió a sus pretensiones. Por tanto, revocará el fallo del 20 de noviembre de 2023, dictado por el Juzgado Civil del Circuito de Rio y, en su lugar, declarará la CAO en relación con su solicitud de reubicación.

ii. (ii) Expediente T-9.938.328

105. La Sala considera que en el caso de Julia se configuró CAO por hecho superado. Esto porque la entidad accionada, de manera voluntaria, dio continuidad a su nombramiento como auxiliar administrativo 4044-13 en la misma regional donde fue nombrada en provisionalidad por medio de Resolución n° 7767 del 5 de septiembre de 2017, tal como se solicitó por la accionante en su escrito de tutela. En este caso, la entidad no desvinculó a la accionante a pesar de haber anunciado que terminaría su nombramiento debido al nombramiento en periodo de prueba de quien ocuparía de manera definitiva la vacante que ella ejercía en provisionalidad, y en consecuencia, continuó pagándole ininterrumpidamente sus salarios y prestaciones, incluyendo su licencia de maternidad.

106. Por esta razón, la Sala revocará el fallo del 14 de diciembre de 2023 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mar, Sala Primera de Decisión Civil Familia, el cual confirmó la sentencia de primer grado del 28 de noviembre de 2023 del Juzgado Civil del Circuito de Mar y, en su lugar, declarará la CAO.

iii. (iii) Expediente T-9.954.989.

107. Respecto al caso de Bertha, la Sala encuentra que se configuró el fenómeno de CAO por hecho sobreviniente. Al respecto, la entidad manifestó que a pesar de que su nombramiento se había terminado por la finalización de la situación administrativa de la titular del cargo que ocupaba en provisionalidad, la accionante fue reubicada y nombrada nuevamente en provisionalidad mediante Resolución n° 7911 del 22 de diciembre de 2023, en el cargo de Profesional Especializado 2028-19, en virtud de la decisión de primera instancia del Juzgado Administrativo del Circuito Judicial de Bosque Sección Segunda – Oral del 20 de noviembre de 2023, confirmada por el Tribunal Administrativo de Selva, Sección Cuarta.

108. Agregó que la accionante presentó renuncia el 5 de febrero de 2024, la cual fue aceptada a partir del 11 de marzo de 2024 mediante Resolución n° 1052 del mismo día, razón por la cual ya no se encuentra vinculada a la entidad.

109. Por lo anterior, la Sala advierte que en este caso se configura el supuesto de hecho sobreviniente porque (i) la accionante de manera voluntaria renunció al cargo desempeñado en el ICBF, por lo que puede suponerse su pérdida del interés en continuar trabajando para

dicha entidad y (ii) en consecuencia, “es imposible proferir alguna orden por razones que no son atribuibles a la entidad demandada”. En ese sentido, la Sala revocará el fallo del 06 de diciembre de 2023 proferido por el Tribunal Administrativo de Selva, Sección Cuarta, el cual confirmó la sentencia de primer grado del 20 de noviembre de 2023 del Juzgado Administrativo del Circuito Judicial de Bosque Sección Segunda – Oral y, en su lugar, declarará la CAO por hecho sobreviniente.

110. Pese a lo anterior, la Sala considera que los asuntos sub examine ameritan un pronunciamiento de fondo. Esto, con la finalidad de analizar la pertinencia de un llamado de atención sobre la falta de conformidad de las situaciones que originaron la interposición de las tutelas. Además, esta decisión se justifica en que está demostrado que, en su momento y para los tres casos acumulados, el ICBF adoptó la decisión de dar prelación a la incorporación mediante el mérito y sin tener en cuenta las reglas jurisprudenciales fijadas por la Corte en los eventos en que el servidor en provisionalidad está en condición de debilidad manifiesta.

5. El mérito como principio rector del acceso al empleo público. Reiteración de jurisprudencia.

111. El constituyente de 1991 estableció como criterio predominante para la designación y promoción de servidores públicos el principio del mérito. Así, mediante el artículo 125 constitucional, estableció como regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado serían de carrera y que el ingreso a ella se daría mediante concurso público. La jurisprudencia de esta Corte ha destacado que la constitucionalización de este principio busca tres propósitos fundamentales: (i) el primero consiste en asegurar el cumplimiento de los fines del Estado y de la función administrativa previstos en los artículos 2 y 209 superiores, pues la prestación del servicio público se dará por personas calificadas, lo que se traduce en eficacia, eficiencia, e imparcialidad en la función pública; (ii) el segundo, se enfoca en derechos de la ciudadanía como el de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, el debido proceso –por la fijación de reglas y criterios de selección objetivos y transparentes previamente conocidos por los aspirantes-, y el derecho al trabajo, ya que una vez un servidor público adquiere derechos de carrera, solo la falta de mérito puede ser causal para su remoción; y (iii) tercero, asegura la igualdad, ya que con el establecimiento de concursos públicos cualquier persona podrá participar sabiendo que no cabrá la arbitrariedad del nominador, pues el mérito será el criterio fundamental para la provisión del cargo.

112. Al respecto se ha señalado que el mérito “constituye plena garantía que desarrolla el principio a la igualdad, en la medida en que contribuye a depurar las prácticas clientelistas o políticas en cuanto hace al nombramiento de los servidores públicos o cuando fuese necesario el ascenso o remoción de los mismos, lo que les permite brindarles protección y trato sin discriminación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

113. La herramienta fundamental para concretar el principio del mérito como rector de los sistemas de carrera se encuentra en la implementación de concursos públicos. Estos buscan determinar la idoneidad, capacidad y aptitud de los aspirantes para ocupar un cargo, considerando la categoría del empleo y las necesidades de la entidad, buscando identificar que los candidatos tengan las cualidades y competencias más adecuadas para el desarrollo de las funciones encomendadas a los cargos ofertados. Sobre esta cuestión, en la Sentencia C-588 de 2009, por medio de la cual se declaró inexequible el Acto Legislativo 01 de 2008, esta Corporación afirmó que:

“Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, pues el Constituyente lo previó como un mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa. Así pues, el sistema de concurso ‘como regla general regula el ingreso y el ascenso’ dentro de la carrera y, por ello, ‘el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos’, pues sólo de esta manera se da cumplimiento al precepto superior conforme al cual ‘el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes’.

El concurso es así un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impide que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios ‘subjetivos e irrazonables’”.

114. En desarrollo del mandato constitucional expuesto, el legislador expidió la Ley 909 de 2004, entre otras, para regular el ingreso y ascenso a los empleos de carrera. El artículo 27

de dicha ley definió la carrera administrativa como “un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público”. Asimismo, estableció que, para lograr ese objetivo, el ingreso, permanencia y ascenso en estos empleos se haría exclusivamente por mérito, a través de procesos de selección que garanticen la transparencia y la objetividad, y que estarán regidos por los principios de libre concurrencia e igualdad en el ingreso, publicidad, transparencia, eficacia y eficiencia. En la sentencia T-340 de 2020 se reseñan las etapas del proceso, así:

“Así pues, en la Ley 909 de 2004 se establecieron las etapas del proceso de selección o concurso, en los siguientes términos: La primera de ellas es la convocatoria, que debe ser suscrita por la CNSC y por el jefe de la entidad u organismo cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer, y que se convierte en el acto administrativo que regula todo el concurso. La segunda, es el reclutamiento, que tiene como objetivo atraer e inscribir a los aspirantes que cumplan con los requisitos para el desempeño del empleo convocado. La tercera, la constituyen las pruebas, cuyo fin es identificar la capacidad, aptitud, idoneidad y adecuación de los participantes y establecer una clasificación de candidatos. La cuarta, es la elaboración de la lista de elegibles, por estricto orden de mérito, la cual tendrá una vigencia de dos años y con la cual se cubrirán las vacantes. La quinta y última etapa, es el nombramiento en período de prueba de la persona que haya sido seleccionada por el concurso”.

115. Sobre las etapas cuarta y quinta antes reseñadas, esta Corte ha resaltado que la lista de elegibles genera “un derecho de carácter subjetivo a ser nombradas en el cargo para el cual concursaron, cuando este quede vacante o esté siendo desempeñado por un funcionario en encargo o provisionalidad”, por lo que, una vez publicadas y en firme, las listas de elegibles son inmodificables.

6. La estabilidad laboral relativa o intermedia de los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera y la situación especial de quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Reiteración de jurisprudencia.

116. Como se señaló anteriormente, quienes superen satisfactoriamente las etapas de un concurso público de méritos, integrando la lista de elegibles, adquieren, entre otras

prerrogativas, el derecho a acceder al empleo para el que concursaron, así como también a la permanencia y estabilidad en el mismo.

117. De manera excepcional, la ley permite que los empleos de carrera puedan ser ocupados por servidores nombrados en provisionalidad, cuando se presenten vacancias definitivas o temporales y, por razones del servicio, se requiera de personal suficiente para atender las necesidades de la administración. Esta situación, que por esencia no debe ser permanente, puede prolongarse mientras los cargos puedan ser provistos conforme al mecanismo estándar del concurso público de méritos, o cuando cesa la situación que originó la vacancia. Por lo anterior, "si bien es cierto el servidor no podrá permanecer indefinidamente en el cargo, tampoco se crea una equivalencia a un empleo de libre nombramiento y remoción, de ahí que no proceda su desvinculación por la simple voluntad discrecional del nominador".

118. Teniendo esto en cuenta, esta corporación ha reconocido en reiterados pronunciamientos, que los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, lo que implica que su retiro del servicio solo puede ocurrir por razones objetivas establecidas en la Constitución y la ley, o para nombrar a una persona que haya superado el concurso de méritos. Sobre esto último ha indicado la jurisprudencia 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 un concurso público de méritos".

119. A pesar del carácter eminentemente transitorio de los nombramientos en provisionalidad, la Corte ha indicado que respecto el servidor que se encuentra en dicha situación administrativa y que, además, es sujeto de especial protección constitucional, "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". Por ello, el nominador está en la obligación de brindarles "un trato preferencial, como acción afirmativa, antes de proceder a nombrar en sus cargos a quienes

integraron la lista de elegibles una vez superadas todas las etapas del respectivo concurso de méritos".

120. Dicho trato preferencial puede concretarse mediante mecanismos que permitan que estas personas (i) sean las últimas en ser desvinculadas y, (ii) de ser posible, puedan ser reubicadas en empleos que aún se encuentren vacantes, iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando en provisionalidad, mientras estos son cubiertos en propiedad mediante el sistema de carrera. Ahora bien, en los eventos en que la persona deba dejar el cargo ocupado en provisionalidad y no sea posible su vinculación en un empleo similar por inexistencia de vacantes, "le corresponde al empleador mantener su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal suerte que se garantice la continuidad de los servicios médicos necesarios para el tratamiento de su enfermedad, hasta que los mismos finalicen o un nuevo empleador asuma tal obligación", cuandoquiera se identifique una afectación grave de salud.

121. En el mismo sentido, el Decreto 1083 de 2015, en el parágrafo 3 del artículo 2.2.5.3.2., dispone incluso que cuando la lista de elegibles esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que requieran alguna protección especial sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales, ya sea en la misma entidad o en entidades que integran el sector administrativo, donde se encuentren vacantes, siempre y cuando cumplan con los requisitos para ello.

122. Por ello, se ha indicado que la estabilidad laboral relativa de los sujetos que ocupan cargos en provisionalidad se concreta en dos garantías iusfundamentales que los protegen frente a actos de desvinculación arbitrarios:

"Garantía de legalidad y legitimidad del retiro. Esta garantía exige que la desvinculación se efectúe por (i) las "causales objetivas" previstas en la Constitución y en la ley, o bien (ii) para proveer el cargo que ocupan "con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos". Al respecto, la Corte Constitucional ha resaltado que la terminación de una vinculación en provisionalidad para nombrar al sujeto que ganó el concurso no desconoce el derecho al trabajo del funcionario que ocupaba el cargo en provisionalidad. Esto, "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 mérito".

Garantía de debido proceso y motivación suficiente. Esta garantía exige al nominador exponer de forma clara, expresa y razonada las causales objetivas que justifican el retiro del servicio. Esta garantía limita la discrecionalidad del nominador y diferencia la estabilidad laboral relativa de los servidores que ocupan cargos en provisionalidad de aquella de los funcionarios de libre nombramiento y remoción (estabilidad laboral precaria)".

123. La siguiente tabla sintetiza las reglas jurisprudenciales que la Corte Constitucional ha aplicado para resolver las tensiones entre el derecho de acceso a cargos públicos de las personas que ocupan el primer puesto en la lista de elegibles vs. la estabilidad laboral de los sujetos de especial protección constitucional que ocupan cargos en provisionalidad.

Tensiones constitucionales entre el derecho de acceso a cargos públicos y la estabilidad laboral de los SEPC que ocupan cargos en provisionalidad

1. 1. El derecho a posesionarse en el cargo es una de las facetas del derecho fundamental de acceso a cargos públicos de carrera (art. 40 de la CP) y una manifestación del principio constitucional del mérito (art 125 de la CP). Son titulares de este derecho los aspirantes que han superado el concurso de méritos y ocupan el primer lugar en la lista de elegibles para los cargos a los cuales se postularon.

2. Los servidores que ocupan cargos de carrera en provisionalidad son titulares de estabilidad laboral relativa o intermedia. Esta estabilidad les confiere dos garantías iusfundamentales: (i) garantía de legalidad y legitimidad del retiro y (ii) garantía de debido proceso y motivación suficiente, la cual exige al nominador exponer de forma clara, expresa y razonada las causales objetivas que justifican el retiro del servicio.

3. La Constitución y la ley permiten que las vacantes definitivas en cargos de carrera sean provistas en provisionalidad por SEPC. En estos eventos, el eventual nombramiento en propiedad y la consecuente desvinculación del SEPC puede causar un riesgo de afectación a los derechos fundamentales de estos últimos. Esta situación produce una tensión entre dos grupos de intereses constitucionales: el derecho de acceso a cargos públicos y el principio del mérito vs., el derecho a la igualdad sustantiva y el mandato de protección especial de los

SEPC. La Corte Constitucional ha resuelto esta tensión conforme a las siguientes dos reglas de decisión:

i. (i) Regla 1. En estos casos prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, puesto que la condición de SEPC no otorga a quienes ocupan el cargo en provisionalidad estabilidad laboral reforzada strictu sensu -dada la naturaleza temporal del vínculo-. La situación de vulnerabilidad de estos sujetos no implica que estos tengan un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera. En tales términos, la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles tiene derecho a ser nombrado en propiedad y el SEPC debe ser desvinculado del cargo.

4. Los nominadores que desconozcan la regla 1 supra, vulneran el derecho fundamental de acceso a cargos públicos del aspirante que se postuló al cargo y ocupó el primer puesto en orden descendente de la lista de elegibles. Por su parte, los nominadores que no atienden la regla 2 supra, vulneran los derechos fundamentales de los SEPC.

124. De otro lado, en la sentencia SU-070 de 2013 se establecieron reglas especiales para el caso de las trabajadoras en estado de embarazo que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, que sale a concurso o resulta suprimido. La Corte, en aquella providencia estableció que en aquel escenario aplicarían 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 quien 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".

7. Casos concretos

i. (i) Expediente T-9.931.872

125. Como se expuso en los antecedentes, el aquí accionante actualmente presta sus

servicios como psicólogo, ocupando el cargo de profesional universitario 2044-9 en el ICBF, en la situación administrativa de provisionalidad. Asimismo, está establecido que, por virtud de lo dispuesto en la Resolución No. 6848 del 19 de octubre de 2023, se le informó de la inminente terminación de su vinculación en provisionalidad, atendiendo la necesidad de dar posesión en el cargo que ocupaba a la persona que, en propiedad y por conformar la respectiva lista de elegibles, tenía derecho a acceder al mismo en virtud de la superación del concurso público de méritos ICBF No. 2149 de 2021. Por otra parte, y según lo manifestó el demandante, padece de enfermedad por VIH avanzado, en estadio 3, y varias enfermedades asociadas a su condición, y depende de su salario para solventar su mínimo vital.

126. En ese contexto, le corresponde a la Sala de Revisión determinar si el ICBF pudo haber transgredido los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y al mínimo vital de Héctor, al dar por terminado su nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera, para proveer el empleo que ocupaba con la persona que superó satisfactoriamente un concurso público de méritos e integró la lista de elegibles, teniendo en cuenta su condición de sujeto de especial protección constitucional, derivada del hecho de padecer enfermedad por infección con el VIH.

127. Examinado el contenido de la Resolución No. 6848 del 19 de octubre de 2023, la Sala encuentra que la decisión del ICBF de desvincular al actor del cargo que venía desempeñando en provisionalidad estuvo debidamente motivada, pues atendió a una causal objetiva y razonable, acorde con los mandatos constitucionales y legales que exigen que el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera se haga exclusivamente con base en el mérito.

128. En este sentido, no se considera que la entidad haya actuado de manera arbitraria o abusiva, ni que la decisión haya estado relacionada con la enfermedad que aqueja al demandante, pues lo que se pretendió fue proveer la respectiva plaza por parte de la persona que superó todas las etapas de un concurso de méritos. Así, y tal como se reseñó anteriormente, la entidad buscó realizar el principio del mérito en el sistema de carrera administrativa y, en tal ejercicio, debió desplazar al accionante quien, en virtud del carácter provisional de su vinculación, únicamente ostenta una estabilidad relativa que debe ceder frente al mejor derecho que tienen aquellos que participaron en un concurso público e integraron la lista de elegibles.

129. Sin embargo, es importante recordar que, cuando la persona que ocupa un cargo en provisionalidad es también sujeto de especial protección constitucional, como lo es Héctor, se le debe brindar un trato preferente antes de proceder al nombramiento en período de prueba de quien resultó elegible en un concurso de méritos. Por ello, la entidad está en la obligación de adoptar medidas que le garanticen a los sujetos de especial protección constitucional que sean los últimos en ser desvinculados del servicio público, permitan su vinculación en cargos iguales o equivalentes a aquel que venían ocupando en provisionalidad, en caso de existir vacantes disponibles y, en caso de no ser posible dicha reubicación, asegurar la continuidad de la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, hasta que dicha obligación sea asumida por otro empleador.

130. En el asunto que se revisa, esta Sala observa que la autoridad demandada cumplió solo parcialmente las pautas señaladas en la jurisprudencia y el decreto 1083 de 2015, pues simplemente estableció mecanismos de acción afirmativa que permitían la identificación de las situaciones de especial protección y establecían lineamientos para el manejo de estas, pero erró al dar prevalencia en la desvinculación en el caso concreto, dada la debilidad manifiesta del actor. Ahora bien, los mecanismos de identificación fueron agotados por el accionante, quien el 13 de julio de 2022 comunicó a la entidad su situación de especial protección y, como consecuencia de lo anterior, fue reconocido por el ICBF como portador de una enfermedad catastrófica. La entidad advirtió que la permanencia en el empleo estaba sujeta el margen de maniobra de la entidad, que dependía, a su turno, de los resultados de la Convocatoria Pública No. 2149 de 2021 y de la obligación de proveer el empleo de manera definitiva, a quien resultase beneficiado en el respectivo concurso.

131. Sobre la provisión de los cargos, el ICBF reporta que a raíz del mencionado concurso está en la obligación de aprovisionar 3.792 vacantes con 11.682 elegibles, por lo que la permanencia de los empleados en provisionalidad en la entidad se hace imposible. A pesar de lo anterior, destacó que las personas en especial situación de vulnerabilidad serían los últimos servidores en ser desvinculados, y que intentó incluso encontrar alternativas de reubicación en otras entidades del sector administrativo, aunque tal alternativa resultó infructuosa.

132. En consecuencia, esta Sala de Revisión considera que, aunque la autoridad demandada previó algunas medidas dirigidas a brindar las garantías adecuadas para atender a los

sujetos de especial protección constitucional que ocupaban en provisionalidad alguna de las plazas ofertadas mediante la Convocatoria 2149 de 2021, no demostró cómo Héctor, de manera concreta, fue protegido por su condición de salud. Así, no es claro cómo estaba organizada la prioridad para la desvinculación de los sujetos de especial protección constitucional, en qué turno correspondía abandonar el cargo al aquí accionante, o si existían o no más cargos vacantes de igual o similar rango dentro de la planta de personal del ICBF que pudiera ocupar el actor para el momento en que se proyectaba su desvinculación –el 1 de diciembre de 2023-. Esta circunstancia también fue oportunamente advertida por el juez de instancia que resaltó la generalidad de la información presentada por la entidad y la ausencia de demostración de una verdadera y concreta protección al actor.

133. En efecto, el ICBF solo presentó cifras generales de los cargos a proveer y del número de elegibles, que en el caso del cargo de profesional universitario 2044, grado 7, era de 2703 vacantes ofertadas y 4917 elegibles, pero no informó acerca de las circunstancias concretas que dieran cuenta de que las acciones afirmativas dispuestas en favor de los sujetos de especial protección en el proceso hubieran sido aplicadas para el caso del accionante. En lo más relevante, no está claro que Héctor se le haya ubicado en los últimos turnos para la provisión de los cargos en propiedad, o que se haya intentado la reubicación para hacer valer la protección de la que es acreedor.

134. Así las cosas, no es claro para esta Corte que el ICBF haya aplicado, en su momento, las medidas de protección derivadas de la condición de sujeto de especial protección del actor, de cara a su vinculación en provisionalidad, y aunque ello no puede ser un obstáculo para la realización del mérito en la provisión de los cargos de carrera de la entidad, sí obliga a la salvaguarda en torno a la aplicación de las acciones afirmativas conducentes y necesarias para equilibrar dicho interés prevalente, con la necesidad de proteger a personas en situación de debilidad manifiesta que ostentan los cargos en provisionalidad. Con todo, como se explicó en precedencia, la Sala advierte que en virtud de las decisiones de tutela, el ICBF reconoció la protección de los derechos fundamentales del actor que inicialmente conculcó.

() Expediente T-9.938.328

135. La señora Julia ocupa el cargo de Auxiliar Administrativo código 4044, grado 13 de la Regional Sol, ubicada en Grupo Financiero, en la situación administrativa de provisionalidad.

Asimismo, está establecido que, por virtud de lo dispuesto en la Resolución No. 6585 de 29 de septiembre de 2023, se dispuso la terminación del nombramiento provisional de la accionante a partir del 5 de febrero de 2024, atendiendo la necesidad de dar posesión en el cargo que ocupaba a la persona que, en propiedad y por conformar la respectiva lista de elegibles, tenía derecho a acceder al mismo en virtud de la superación del concurso público de méritos ICBF No. 2149 de 2021. Por otra parte, y según lo manifestó la demandante, durante el trámite de provisión definitiva del cargo entró en estado de embarazo, situación que fue comunicada al ICBF el 26 de junio de 2023.

136. En ese contexto, le corresponde a la Sala de Revisión determinar si el ICBF trasgredió los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y al mínimo vital de Julia, al intentar dar por terminado su nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera, para proveer el empleo que ocupaba con la persona que superó satisfactoriamente un concurso público de méritos e integró la lista de elegibles, teniendo en cuenta su condición de sujeto de especial protección constitucional, por encontrarse en estado de embarazo para el momento en el que se tomó la decisión sobre su desvinculación.

137. Examinado el contenido de la Resolución No. 6585 del 29 de septiembre de 2023, la Sala encuentra que la decisión del ICBF de desvincular a Julia del cargo que venía desempeñando en provisionalidad estuvo debidamente motivada, pues atendió a una causal objetiva y razonable, acorde con los mandatos constitucionales y legales que exigen que el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera se haga exclusivamente con base en el mérito.

138. En este sentido, no se considera que la entidad haya actuado de manera arbitraria o abusiva, ni que la decisión haya estado relacionada con la situación de embarazo de la demandante, pues lo que se pretendió fue proveer la respectiva plaza por parte de la persona que superó todas las etapas del concurso de méritos. Así, y tal como se reseñó anteriormente, la entidad buscó realizar el principio del mérito en el sistema de carrera administrativa y, en tal ejercicio, debió desplazar a la señora Julia quien, en virtud del carácter provisional de su vinculación, únicamente ostentaba una estabilidad relativa, que debe ceder frente al mejor derecho que tienen aquellos que participaron en un concurso público e integraron la lista de elegibles.

139. Ahora bien, Julia no solo ocupaba su cargo en provisionalidad, sino que adquirió la calidad de sujeto de especial protección constitucional al momento de quedar embarazada, situación que informó oportunamente a la entidad. Por lo anterior se le debía brindar un trato preferente antes de proceder al nombramiento en período de prueba de quien resultó elegible en un concurso de méritos, de acuerdo a lo anotado en las consideraciones de esta providencia. En este sentido, el ICBF estaba en la obligación de adoptar medidas que le garantizaran ese equilibrio necesario entre el principio del mérito y la necesaria salvaguarda a los derechos de los sujetos de especial protección constitucional, en atención al principio de igualdad. En este sentido, debía asegurarse que la accionante, por su estado de embarazo, debía pertenecer al último grupo de empleados en ser desvinculados del servicio, y permitir su vinculación en cargos iguales o equivalentes a aquel que venían ocupando en provisionalidad, en caso de existir vacantes disponibles, asegurando el acceso a la correspondiente licencia de maternidad, como lo hizo en el presente caso, luego de la presentación de la acción de tutela.

140. Tal como ocurrió en el caso anterior, esta Sala observa que la autoridad demandada cumplió solo parcialmente las pautas señaladas en la jurisprudencia, pues estableció mecanismos de acción afirmativa que permitían la identificación de las personas sometidas a condiciones que los colocaran en debilidad manifiesta y daban algunas pautas para el manejo de las mismas. Esto permitió a la accionante informar de su embarazo el 26 de junio de 2023.

141. A pesar de lo anterior, la entidad no habría implementado, previo a la interposición de la acción de tutela, medida alguna para asegurar que los derechos de la accionante, dado su estado de embarazo, fueran garantizados, reconocimiento que solo tuvo lugar a raíz de las órdenes adoptadas por los jueces de tutela. Así, no se dio cuenta de su situación de especial protección en la Resolución No. 6585 del 29 de septiembre de 2023, ni tampoco se indicó en la intervención procesal del ICBF cómo se habría garantizado que la accionante fuera de los últimos servidores en ser desvinculados, o que se hubiera intentado encontrar alternativas de reubicación.

142. En este sentido, aunque la decisión de la autoridad demandada de desvincular a la actora no obedeció a su situación de embarazo, pues se debió a la justa causa consistente en la necesidad de aplicar el mérito en la carrera administrativa, lo cierto es que no se demostró

que Julia fuese efectivamente una de las últimas servidoras en provisionalidad que se contempló desvincular, dado su cargo y grado. Esto se confirma al analizar la contestación del ICBF a la tutela, en la que manifiesta que no conocía del estado de embarazo de la accionante para el momento en que le informó inicialmente de la terminación de su nombramiento en provisionalidad, para el mes de abril de 2023, a partir de lo cual señaló que "no existe un hecho generador de la presunta afectación a los derechos fundamentales invocados por la parte accionante frente a este Instituto". En contraste, los hechos acreditados en el proceso dan cuenta de que la posible terminación de la vinculación de Julia se instrumentó mediante la Resolución No. 6585 del 29 de septiembre de 2023, fecha en que el embarazo de la actora era ya conocido, lo que obligaba a aplicar acciones afirmativas en favor de la accionante, que solo se evidencian cuando se interpuso la acción de tutela.

143. Así las cosas, no es claro para esta Corte que el ICBF haya aplicado las medidas de protección derivadas de la condición de sujeto de especial protección de la actora, de cara a su vinculación en provisionalidad, previo a las órdenes judiciales en sede de instancia.

() Expediente T-9.954.989.

144. La señora Bertha ocupó el cargo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 19, Regional Selva, en la situación administrativa de provisionalidad. Asimismo, está establecido que, para la fecha de desvinculación ostentaba la calidad de prepensionada, en tanto tenía 74 años y no había accedido a la pensión de vejez. Asimismo, que por virtud de lo dispuesto en la Resolución No. 5031 de 2 de junio de 2023, se dispuso la terminación de su ejercicio en el cargo que ostentaba en provisionalidad. En dicha resolución se adujo la necesidad de dar posesión a la persona que en propiedad debía ejercer el cargo ocupado por la accionante, debido a la terminación de un encargo que aquella servidora ocupaba, como director regional Código 0042 Grado 18, asignado a la Regional Luna. Es importante destacar que en la mencionada resolución se dispone, en su artículo segundo, que la servidora titular reasumiría "el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 2028 Grado 19, de la planta de Personal del ICBF, asignado a la Regional Luna" (subrayas añadidas).

145. En ese contexto, la Sala de Revisión determinará si el ICBF pudo haber transgredido los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y al mínimo vital de Bertha, al dar por terminado su nombramiento en provisionalidad en un

cargo de carrera, para que el mismo pudiese ser reasumido por una persona que superó satisfactoriamente y en su momento un concurso público de méritos e integró la lista de elegibles, teniendo en cuenta su condición de sujeto de especial protección constitucional, por pertenecer a la tercera edad y encontrarse condición de prepensionada.

146. Examinado el contenido de la Resolución No. 5031 de 2 de junio de 2023, la Sala encuentra que la decisión del ICBF de desvincular a Bertha del cargo que venía desempeñando en provisionalidad fue adecuadamente motivada, pues atendió a una causal objetiva y razonable, acorde con los mandatos constitucionales y legales que exigen que el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera se haga con base en el mérito.

147. En este sentido, no se considera que la entidad haya actuado de manera arbitraria o abusiva, ni que la decisión haya estado relacionada con la situación de edad de la demandante, o con su condición de prepensionada, pues lo que se pretendió fue facilitar la reasunción de la respectiva plaza por parte de quien tenía mejor derecho para ocuparla, en atención a los derechos de carrera administrativa que ostentaba. Así, y tal como se reseñó anteriormente, la entidad adoptó la medida para realizar el principio del mérito en el sistema de carrera administrativa y, en tal ejercicio, resultaba necesario desvincular del cargo a la señora Bertha, quien lo ocupaba con carácter provisional. En este sentido se reconoce que solo ostentaba una estabilidad relativa, que debía ceder frente al mejor derecho de quienes ya tenían reconocidos los derechos asociados a la pertenencia a la carrera administrativa.

148. En este punto es importante resaltar que el Tribunal de segunda instancia que conoció del caso, destacó que la razón fundamental para disponer la desvinculación de la actora obedeció a la necesidad de que la titular del cargo que ocupaba la accionante retomara sus funciones, por la terminación de un encargo que desempeñaba. Al respecto, advirtió que no coincidían las sedes en las que se prestaría el servicio pues mientras que Bertha se desempeña en la Regional Selva, Centro Zonal La Flor, la servidora que retornaba a su cargo se desempeñaría en la Regional Luna. A partir de lo anterior concluyó que la discrepancia acerca del lugar de prestación del servicio daba cuenta de que la desvinculación de la aquí accionante no era necesaria para restablecer el derecho prevalente de la persona que, inscrita en la carrera administrativa en atención al principio del mérito, debía regresar al cargo al que tenía derecho.

149. Sobre lo anterior resulta fundamental destacar que, en la contestación de la demanda, el ICBF aportó otra resolución de cardinal importancia en el análisis del caso: la Resolución No. 14252 del 5 de diciembre de 2018, por medio de la cual se nombró a la accionante "en provisionalidad en garantía de la estabilidad laboral reforzada". En lo más relevante, se indica en dicho acto administrativo que el nombramiento en provisionalidad de la señora Bertha, en el cargo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 19, ya había sido terminado por el nombramiento en periodo de prueba del señor Juan, al haberse visto beneficiado en concurso de méritos convocado en 2016, situación que tuvo lugar el 17 de agosto de 2018. A pesar de lo anterior, y teniendo en cuenta la calidad de prepensionada de Bertha, el ICBF verificó las vacantes existentes para el cargo de la actora y encontró una vacante temporal, reemplazando a la servidora Rocío. En este caso se advirtieron dos circunstancias: (i) que la vigencia del nombramiento sería "hasta cuando el titular del empleo permanezca en la situación administrativa que generó la vacancia temporal del cargo", o hasta que la accionante fuese incluida en nómina de pensionados –lo cual suponía el deber de la accionante de "radicar la solicitud de reconocimiento ante Porvenir"-, y (ii) que la vacante temporal en la que era nombrada Bertha pertenecía a la Regional Luna, por lo que cuando terminara el nombramiento provisional, "la vacante deberá ser provista en la ubicación inicial, es decir, en la Regional Luna".

150. Esto explica la divergencia de las sedes de origen de cada una de las servidoras y muestra cómo la accionante conocía que, en cualquier momento, al retornar la titular a su cargo, su nombramiento en provisionalidad terminaría. Asimismo, desvirtúa la razón expuesta por el Tribunal de segunda instancia para considerar injustificada la terminación de la vinculación de la accionante, pues la diferencia en los lugares de prestación del servicio estaba planteada desde un principio y tenía una justificación razonable.

151. Ahora bien, con ocasión del presente proceso, el ICBF manifestó que la accionante, al tener 74 años, superaba la edad de retiro forzoso establecida en el art. 1 de la Ley 1821 de 2016, lo que reforzaría la necesidad de retirar a la accionante, y la imposibilidad de reintegrarla en sus labores. Es importante destacar que dicho asunto no constituyó el motivo de la terminación de la vinculación de la accionante, pues de ello nada se mencionó en la Resolución No. 5031 de 2 de junio de 2023, ni tampoco motivó la presente acción de tutela, pues con ella únicamente se buscó la protección del derecho de la accionante como prepensionada, por la terminación de su vinculación en provisionalidad bajo el argumento de

que con ello se daría prevalencia a los derechos de carrera administrativa de otra servidora pública, la señora Rocío.

152. En este sentido, el argumento de la superación de la edad de retiro no explica el actuar de la entidad para desvincular a Bertha del cargo que ocupaba en provisionalidad. Tampoco puede tenerse en esta sede como justificación para la terminación de la relación con la entidad, pues la garantía de debido proceso y motivación suficiente de la que son titulares los servidores en provisionalidad, exige al nominador exponer de forma clara, expresa y razonada las causales objetivas que justifican el retiro del servicio, por lo que el cumplimiento de las previsiones de la Ley 1821 de 2016 no deben sustituir las verdaderas causas expuestas en el acto administrativo de desvinculación para el caso concreto. Por ello, la razón que debe tenerse en cuenta en esta oportunidad lo constituye el retorno de la servidora Rocío y la consecuente necesidad de garantizar la vinculación de quien, bajo el criterio del mérito, tiene mejor derecho para ocupar el respectivo cargo.

153. Con esto en cuenta, esta Sala observa que la autoridad demandada cumplió las pautas señaladas en la jurisprudencia para la protección de las personas en situación de debilidad manifiesta, al ser prepensionadas, pues ya había establecido mecanismos de protección, con ocasión de lo decidido mediante la Resolución No.14252 del 5 de diciembre de 2018. Ahora bien, dicho acto administrativo era conocido en sus condiciones y alcances tanto por la entidad, como por la trabajadora, que debía ser consciente de que su permanencia en el cargo en provisionalidad estaba sujeta al retorno de la titular del mismo. Asimismo, era claro que la accionante, titular de dicha medida tuitiva, debía adelantar las gestiones para acceder a la pensión, teniendo en cuenta que para ese momento tenía acreditadas “1.213 semanas de acuerdo con la sumatoria de semanas cotizadas en Porvenir y Colpensiones”. Ahora bien, teniendo en cuenta que a la accionante le restaban por cotizar 87 semanas para acceder a la pensión, y que su vinculación con el ICBF ha sido continua desde el 5 de diciembre de 2018, fecha en la que se le vinculó al cargo en provisionalidad, es claro que para el momento de la desvinculación la accionante ya habría podido acceder a la prestación, si hubiera agotado la solicitud correspondiente.

154. Para esta Sala de Revisión, el escenario descrito da cuenta de que Bertha ya había sido protegida por una medida de protección en atención a su calidad de prepensionada frente a las exigencias de realización del principio del mérito. Asimismo, que conocía plenamente que

la vinculación en provisionalidad en el cargo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 19, había sido otorgada como medida de protección dada su calidad de prepensionada, así como también que su vínculo podía terminar por la finalización de la situación administrativa que había generado la vacancia temporal que cubría, y que tenía el deber de radicar la solicitud de reconocimiento pensional cuando cumpliera los requisitos para acceder a la pensión.

155. En este sentido, se considera que la decisión de la autoridad demandada de desvincular a la actora no obedeció a su situación de prepensionada, ni a su edad, pues se debió a la justa causa, debidamente advertida en la Resolución No.14252 del 5 de diciembre de 2018, consistente en la terminación de la situación administrativa de encargo en la que se encontraba la servidora Rocío, titular de los derechos de carrera. Ahora bien, como se reseñó anteriormente, ya se había evitado la terminación laboral de la accionante, vinculada en provisionalidad, con ocasión de los resultados del concurso público de méritos convocado en 2016 para la provisión de cargos en la entidad, y tal protección fue eficaz, en el sentido de que permitió la permanencia de la señora Bertha en el desempeño de funciones hasta el 4 de junio de 2023. Con esto, se estima que el ICBF cumplió con las cargas exigidas en la jurisprudencia para la protección de los derechos de personas que ocupan cargos en provisionalidad y son sujetos de especial protección, pues se encontró una plaza disponible para su reubicación, evitando la terminación del vínculo. También, la actuación administrativa adelantada en 2018 cumplió las cargas de legalidad y debido proceso, pues brindó a la accionante un conocimiento completo y adecuado acerca de su situación en la entidad.

156. Ahora bien, la medida tomada mediante la Resolución No. 5031 de 2 de junio de 2023 no puede considerarse violatoria de los derechos de la actora, pues ya había sido protegida y conocía plenamente que su vinculación podría terminar por el retorno de Rocío al cargo sobre el cual tenía derechos de carrera administrativa. En este sentido, la actuación del ICBF está plenamente justificada, en primer lugar, porque implementó medidas protectoras en favor de la accionante como prepensionada, y, especialmente, porque la finalidad de dichas medidas ya se habría agotado, teniendo en cuenta el tiempo de cotización que le faltaba a la accionante para acceder a la pensión de vejez, de acuerdo con lo establecido en la Resolución 14252 del 5 de diciembre de 2018. En este punto, se considera más que razonable para la entidad haber mantenido en el cargo a la accionante 4 años y 6 meses

como garantía para el acceso a la pensión para cuyo acceso solo debía cotizar 87 semanas, es decir, algo más de 1 año y 8 meses, más cuando era deber de la accionante realizar las cotizaciones correspondientes y solicitar la pensión, sin que durante su permanencia en la entidad hubiera siquiera acudido a la entidad pensional a solicitar la prestación.

157. Finalmente, el retorno de quien tenía derechos de carrera sobre el cargo ocupado por la actora implicaba que conocía de dicha condición para su permanencia en el cargo que ocupaba en provisionalidad, por lo que también era consciente de las circunstancias a las que estaba sometida la medida protectora oportunamente adoptada por el ICBF respecto de su situación. También es de destacar que la permanencia de la actora por 4 años y 6 meses en el ejercicio del cargo antes del retorno de la funcionaria con mejor derecho sobre el mismo se considera más que razonable y eficaz para brindar una protección a la condición de prepensionado, más aún si se tiene en cuenta que quienes están cobijados por dicha figura son quienes estando vinculados “laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión”, razón de más para considerar que la terminación del vínculo con la entidad, operada el 4 de junio de 2023, no tendría la potencialidad de afectar unos derechos que ya se habían salvaguardado con la medida adoptada a través de la Resolución 1