



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
 Rama Judicial del Poder Público  
**JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**

<b>FALLO DE ACCIÓN DE TUTELA</b>							
FECHA	DIECISIETE (17) DE JULIO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)						
RADICADO	05001	31	05	017	<b>2023</b>	<b>00272</b>	00
PROCESO	TUTELA No.00089 de 2023						
ACCIONANTE	JUAN FERNANDO OSPINA CALLE						
ACCIONADA	<ul style="list-style-type: none"> <li>• INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF-</li> </ul>						
VINCULA	PAULA ANDREA ARANGO CARVAJAL						
PROVIDENCIA	SENTENCIA No.00229 de 2023						
TEMAS	ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, MINIMO VITAL, DIGNIDAD HUMANA, SEGURIDAD SOCIAL, VIDA DIGNA EN CONEXIDAD CON LA SALUD						
DECISIÓN							

El señor JUAN FERNANDO OSPINA CALLE, con C.C. 71.378.514, presentó en este Despacho judicial acción de tutela en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF-, por considerar vulnerados los derechos fundamentales estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, dignidad humana, seguridad social, vida digna en conexidad con la salud consagrados en la Carta Política. Se ordena vincular al trámite de la acción de tutela a la señora PAULA ANDREA ARANGO CARVAJAL

Pretende el señor JUAN FERNANDO OSPINA CALLE, se tutelen sus derechos fundamentales invocados, y se ordene a la entidad accionada que le garantice los derechos fundamentales a la dignidad humana como núcleo esencial de los mismo t de los padres, que realice las acciones necesarias para que no cese la vinculación laboral, en el sentido que se vincule de manera provisional nuevamente dentro de la “maniobra administrativa, que de ser el caso le siga cubriendo la seguridad social a fin de garantizar los derechos fundamentales a la salud y las de los padres

Para fundar la anterior pretensión, afirma que ingresó al ICBF el 3 de enero de 2018 en la modalidad contractual de provisionalidad, que fue ubicado en la sede principal de la regional Antioquia, específicamente en el grupo de Atención con el ciudadano en el grado 1-2044, dado que laboraba como contratista por prestación de servicios en el centro zonal Aburra Norte desde el año 2015 del mes de octubre, que el 8 de enero de 2020 mediante memorando acceda al grado 7-2044 donde

posteriormente fue trasladado al centro zonal la Floresta-Cespa-sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes donde se encuentra actualmente.

Que en el 2020 le realizaron prueba de COVID-19, toda vez que contenía síntomas para la realización de dicha prueba, que hace parte del Centro Zonal la Floresta (SRPA-CESPA) de la regional Antioquia donde el riesgo de contagio era alto, dado a los horarios y el protocolo de atención el cual debía ser de manera presencial, a pesar de las medidas necesarias de bioseguridad, la prueba arrojó positivo con un cuadro de salud desfavorable, a partir de dicho diagnóstico inicio una serie de enfermedades de las cuales no contaba con antecedentes de dichas dificultades, que estuvo 66 días incapacitado y 15 días hospitalizado, donde posteriormente empezó con movilidad reducida en los miembros inferiores, inicio terapias pero sin resultado óptimo, a pesar de ello las radiografías salen normales.

Que para el año 2022 se ordena resonancia magnética donde sale una lesión condral de la paleta descrita, imagen que sugiere ganglio interarticular en el espesor de la grasa de Hoffa”.

Que en el 2023, en la historia clínica de fisioterapia se evidencia que se ordenó otra resonancia magnética en la que le diagnosticaron condromalacia de la rótula en ambas rodillas, que en la historia clínica dice que: paciente quinta década de la vida con poliartralgias posterior a COVID ahora con cuadro de condromalacia patelofemoral bilateral, tendinitis DD derecho, síndrome de Quervein bilateral, bursitis subacromial bilateral izquierdo, que lo remiten a la clínica del dolor para valoración con el reumatólogo, le ordenaron infiltraciones portesis para tendinitis, derechos con terapia física, que el compromiso de desgaste es de un 50% de rótula en ambas rodillas, (condromalacia y desgarramiento de meniscos) que le reduce la movilidad, que también le diagnosticaron bursitis en hombro izquierdo y tendinitis en hombro derecho sin terapia dado las dificultades con la IPS que a inicios 2022 en el primer trimestre, logro iniciar rehabilitación con la IPS con dificultades en la asignación de citas.

Que se inicia protocolo de pos-covid para valoración integral por psicología donde realiza posible diagnóstico de trastorno generalizado de ansiedad, que actualmente se encuentra con tratamiento por psiquiátrica con otro diagnóstico de ansiedad generalizada con depresión, igual en terapias cognitivas conductuales en la institución neurológica de Colombia y neurología posteriormente, la condición actual de salud después del covid ha ido en retroceso físico y mental lo que se ha

convertido en enfermedades de alto costo, que esta medicado con ECSITALOPRAN 20MG, ACIDOFOLICO BIPROPION, TIAMINA, GENGIBROSILO, METFORMINA, LIRYCA, PROGRAMA POR SUSTANCIAS NO QUÍMICAS EN SAMEN, CITAS programadas para especialistas de reumatología, clínica dl dolor, además de estar en tratamiento de rehabilitación oral dado que se incrementado el bruxismo por el estrés y la ansiedad el cual dura 7 meses, dado que debe solicitar cita con el cirujano maxilofacial para implante por dificultades en dicha salud oral y tratamiento de ortodoncia, que los padres dependen de el 100% económicamente y el acompañamiento constante de él, que la madre sufre ataques epilépticos y Parkinson benigno, (temblor esencial), que debe estar constantemente en control de neurología y medicación de alto costo, que el padre tiene dificultades de movilidad y bipolaridad, que son beneficiaros de la EPS, que es cabeza de hogar de adultos mayores donde ningún otro integrante familiar aporta a las necesidades básicas de los padres.

Que el 22 d junio de 2023 envió correo electrónico, remitió comunicación al área de gestión humana deña sede Nacional del ICB, que aporta una serie de soportes requeridos para determinar por parte de la dependencia , aplica a una estabilidad reforzada, por enfermedad actual y persona cabeza de hogar de adultos mayores, con respuesta de la señora ERIKA ALEXANDRA MORALES VASQUE, profesional de las sede Nacional de Gestión Humana con la siguiente información: “reciba un cordial saludo señor JUAN FERNMANDO, con respecto a la inquietud sobre de que manera o mediante que prueba documental”, se comprueba la deficiencia sustancial de los miembros dela familia para el sostenimiento de los padres, la forma de realizarlo es con una manifestación expresa de su parte la cual se entenderla bajo la gravedad de juramento y con la cual puede dar alcance a su petición,” para completar los requisitos de la Estabilidad reforzada, el 27 de junio de 2023, quiero adelantar el trámite que se adelanta de estabilidad reforzada a su favor, que a pesar que existe un hermano, este no aporta a los cuidados integrales de los padres, es ausente en aspectos de alimentación, salud, acompañamiento, vivienda y a nivel emocional, las relaciones no son cercanas desde que el mismo convive matrimonio con la esposa e hijo, que hace aproximadamente 7 años, por lo ha sido el quién asume dichos cuidados de los padres adultos mayores y con condiciones de salud que deben de tener cuidados constantes de los padres adultos mayores y con condiciones de salud que deben de tener cuidados constantes por parte de él.

Que el 27 de junio de 2023, recibió vía e-mail la notificación de terminación de nombramiento provisional. Citando que la fecha de efectividad de la terminación del

nombramiento provisional es a partir del día 06 de julio de 2023". Que no le han informado si lo van a reubicar y a donde al interior del ICBF, que pese a la condición de salud y de cuidador de los padres adultos mayores con condición especial de salud.

Que es conocedor de que el centro zonal aburra Norte existen 6 vacantes en provisionalidad para el rol de trabajo social que no fueron ofertadas en la convocatoria 2149 de 2021, por lo tanto, aún existe mano obra administrativa, sumadas a las demás plazas que no se ofertaron en diversos centros zonales del área metropolitana del Valle de Aburrá.

#### **PRUEBAS:**

La parte accionante anexa con su escrito:

. – Historias clínica del accionante, incapacidad, copia de declaración extra juicio juramentada donde manifiesta que los padres dependen de él, e. Mail enviado a gestión humana en junio 22 de 2023, , e. Mail recibido del 27 de junio de 2023, indicando resolución de terminación de la provisionalidad, certificado de funciones donde se referencia las fechas y las resoluciones de los grados y contratación de provisionalidad . (fls.16/248 ).

#### **TRÁMITE Y RÉPLICA:**

El 05 de julio de 2022, se admite la presente acción d tutela y se ordenó notificar a todas las partes de la presente acción de tutela, enterándolos que tenían el término de dos (02) días para pronunciarse al respecto, e igualmente ordenando imprimirle el trámite establecido para esta clase de acciones.

A folios 251/255 (archivo 03), reposa la notificación de la admisión de la acción de tutela por correo electrónico a las entidades accionadas. Notificada la acción de tutela conforme las previsiones de los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000, se le concedió un término de DOS (02) días a las accionadas para rendir los informes del caso.

En el archivos 04, folios 258/586, el INSTITUTO COLOMBIANA DE BIENESTAR FAMILIAR, dio respuesta al requerimiento que le hiciera el despacho por medio de apoderado judicial el cual expone:

*"...Acorde con lo manifestado en el escrito tutelar se tiene que la accionante alega la violación de sus derechos fundamentales en atención a las*

*actividades que ha adelantado el ICBF y la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC- para proveer los empleos de la planta de personal de esta entidad en carrera administrativa.*

*En esa medida, se resalta al Despacho que los nombramientos en cargos públicos se realizan por regla general, en virtud del examen de las capacidades y aptitudes de una persona a través de un concurso público, como mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito y, en ese caso, esta entidad no ha incurrido en ninguna actuación que vulnere de los derechos fundamentales de la actora por lo que la acción de tutela se torna improcedente.*

*1. De la convocatoria 2149 de 2021*

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

*El artículo 2 del Acuerdo No. CNSC - 20212020020816 del 21 de septiembre de 2021, proferido en cumplimiento de lo reglado en los artículos 30 de la Ley 909 de 2004 y 3° del Decreto Ley 760 de 2005 modificado por el artículo 134 de la Ley 1753 de 2015, establece expresamente que la entidad responsable de la Convocatoria 2149 de 2021, es la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, según el siguiente tenor literal:*

*“ARTÍCULO 2°. ENTIDAD RESPONSABLE DEL PROCESO DE SELECCIÓN. La entidad responsable del presente proceso de selección es la CNSC, quien en virtud de las disposiciones del artículo 30 de la Ley 909 de 2004, podrá suscribir contratos o convenios interadministrativos para adelantar sus diferentes etapas “(...) con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin (...)”. (Negrilla fuera del texto).*

*ARTÍCULO 30. Competencia para adelantar los concursos. Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos.”*

*De ahí, que sea pertinente traer al presente trámite lo manifestado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-183/19, cuando advirtió que:*

*“(...) COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-Carácter autónomo e independiente/COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-Consagración constitucional/COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-Naturaleza jurídica/COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-Competencias constitucionales*

*(...) [A] juicio de este tribunal, tanto la elaboración de la convocatoria para el concurso, como sus eventuales modificaciones, corresponden de manera exclusiva y excluyente a la CNSC, dado que estas tareas se enmarcan en su competencia constitucional para administrar el sistema de carrera. Atribuir*

*estas funciones a una entidad u órgano diferente, que era la hipótesis juzgada en la Sentencia C-471 de 2013, o entender que por el hecho de que la ley prevea que el jefe de dicha entidad u órgano deba suscribir la convocatoria, éste puede elaborar la convocatoria o modificarla, resulta incompatible con la Constitución, a la luz de la antedicha ratio, que ahora se reitera, pues en ambas hipótesis se estaría privando a la CNSC de las competencias constitucionales que ostenta. (...)*

*En este punto se pone de presente al Despacho que toda vez que el empleo frente al cual la accionante se desempeña es en provisionalidad su permanencia se encuentra sujeta a que se realice la provisión del cargo con la persona que ocupara la respectiva posición de mérito en la lista de elegibles que se generó por parte de la CNSC tras superar las etapas del concurso de méritos de que trata la convocatoria 2149 de 2021 conforme a los postulados constitucionales y jurisprudenciales de provisión del empleo en carrera administrativa.*

*Lo anterior, en concordancia con el artículo 125 de la Constitución Política que establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera salvo las excepciones allí previstas; en ese sentido, el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se realiza previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes por lo que no hay vulneración a las garantías fundamentales invocadas.*

## *2. De la estabilidad laboral de los servidores nombrados en provisionalidad*

*Los servidores vinculados en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa o transitoria que depende de la provisión del empleo de carrera administrativa que se encuentra desempeñando. Bajo ese entendido, los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, tal y como lo ha reconocido la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia “que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública” (Sentencia T-096 de 2018).*

*Ante estas situaciones de debilidad manifiesta, de manera excepcional, el Decreto 1083 de 2015 dispone en el parágrafo 2 del Artículo 2.2.5.3.2, las reglas que debe tener en cuenta para la garantía de estos derechos fundamentales así:*

*“PARÁGRAFO 2º. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:*

- 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*
- 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*

4. *Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.*

*En este entendido, de acuerdo con el anterior orden de protección a quienes sea reconocida estabilidad laboral reforzada con fundamento en enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad serán los últimos servidores en ser desvinculados y tienen prioridad frente a quienes acreditaron su condición de madre o padre cabeza de hogar; a su vez éstos últimos se encuentran priorizados frente a quienes acreditan condición de pre pensionados y, de igual manera éstos últimos tienen prelación respecto de aforados sindicales; sin embargo, como se va exponer, esta entidad no cuenta con margen de maniobra para mantener el nombramiento en provisionalidad de la parte actora, en la medida que todos los empleos de la planta de personal deben ser provistos con las listas de elegibles conformadas en relación con la Convocatoria 2149 de 2021. (...)*

*En el caso concreto, las listas de elegibles resultados de la convocatoria 2149 de 2021, son en efecto una causal objetiva de la terminación de la vinculación y por ende retiro de los servidores vinculados mediante nombramiento provisional. Ahora, la Corte Constitucional ha precisado que al momento del retiro del servicio de personal que manifiesta contar con una condición de protección especial, se debe considerar la existencia del margen de maniobra de la entidad pública:*

*“(iii) cuando se trata de servidores públicos que ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa y que pertenecen a alguno de los grupos titulares de la especial protección derivada del “retén social”, el amparo de la estabilidad laboral reforzada prospera únicamente si existe un margen de maniobra para la administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas efectivamente proveídas mediante la lista de elegibles correspondiente[135]”. (sentencia T-084 de 2018)*

*En este sentido, concurren 3 elementos que debe verificar la administración a efectos de analizar la procedencia de las peticiones relacionadas con la estabilidad laboral:*

- 1. Que la Administración cuente con un margen de maniobra para la protección de una de las condiciones previstas en el Artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015.*
- 2. Que el servidor acredite una de las condiciones de debilidad manifiesta previstas en el Decreto 1083 de 2015, con los alcances indicados por la jurisprudencia constitucional.*
- 3. Que existan acciones afirmativas en favor de quien demuestre ostentar dicha condición, con el propósito de dar garantía de su derecho.*

*En el caso que nos ocupa, se observa que la ACCIONANTE fue nombrada en el empleo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044 Grado 07, Perfil Trabajo Social.*

*Sin embargo, a pesar de las acciones afirmativas adelantadas por el ICBF, en este momento la entidad no cuenta con margen de maniobra suficiente que nos permita mantener a todas las personas vinculadas mediante nombramiento provisional y que se encuentran en debilidad manifiesta y que fueron vinculadas en los empleos de denominación Profesional Universitario Código 2044 Grado 07 TRABAJO SOCIAL.*

Por lo que, prelucidos todos los términos, sin otro que agotar, lo procedente es decidir de fondo, lo que se hará con fundamento en las siguientes,

## **C O N S I D E R A C I O N E S :**

**PROBLEMA JURÍDICO:** Determinar si para el caso en estudio mediante la acción de tutela se le conceda el reintegro laboral.

### **TEMAS A TRATAR:**

1. Procedencia de la acción de tutela para ordenar el reintegro laboral por retabilidad reforzada.

2. Caso en concreto.

#### **1. Procedencia de la acción de tutela para solicitar el reintegro laboral.**

De conformidad con el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela es un derecho público subjetivo del que goza toda persona para obtener del Estado, a través de la Rama Judicial, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, en ciertos casos. Uno de los principios que orienta el ejercicio de la acción de tutela es el de subsidiariedad o residualidad, lo cual supone que, el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Este carácter residual obedece concretamente a la necesidad de preservar el reparto de competencias, atribuido por la Carta Fundamental a las diferentes autoridades judiciales; por tal razón, la acción de amparo constitucional, no puede convertirse en un mecanismo alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de los diversos procedimientos judiciales.

En sentencia SU-037 de 2009, la Corte Constitucional reiteró los criterios que ha venido sosteniendo sobre la procedencia de la acción de tutela, así:

*“El principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado en el artículo 86 de la Constitución (...) Respecto de dicho mandato, ha manifestado la Corte que, en cuanto el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, incluyendo por supuesto los que tienen la connotación de fundamentales, la procedencia excepcional de la tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también garantizar el principio de seguridad jurídica. (...) Así las cosas, conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar „una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales“, razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones*

*que se adopten. La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias (...) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior. Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo.”*

Sobre el particular sea lo primero indicar que ha sido reiterativa la H. corte Constitucional en indicar la procedencia de la acción de tutela para amparar el derecho al reintegro laboral, como lo ha establecido en la sentencia T-188/17: magistrada ponente MARIA VICTORIA CALLE CORREA, reiterada en la sentencia T 063 de 2022 M.P Alberto Rojas Rios donde indico:

### **3. Problema jurídico a resolver**

*De conformidad con lo expuesto en precedencia, corresponde a la Sala Novena de Revisión resolver el siguiente problema jurídico:*

*¿La Alcaldía de Ábrego -¿Norte de Santander- vulneró el derecho fundamental a la estabilidad laboral relativa o intermedia, de los señores Milciades y Carmen Alonso Pérez Vergel, al desvincularlos del cargo de carrera que venían ocupando en provisionalidad, para proceder al nombramiento, a partir de la lista de elegibles, de quien superó el concurso de méritos?*

*Con el fin de resolver la controversia planteada, la Sala abordará los siguientes ejes temáticos: (i) la provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos y (ii) la estabilidad laboral de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa.*

#### **La provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos**

*El artículo 125 de la Constitución Política establece el régimen de carrera administrativa para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado,*

salvo las excepciones constitucionales y legales, y los regímenes especiales de creación constitucional, como los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajos oficiales, y los demás que determine la ley. Asimismo, el referido artículo dispone que: “los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados a través de concurso público. 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 retiro se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en el Constitución o la ley,” y, por último, establece que “en ningún caso, la afiliación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.”<sup>103</sup>

Así las cosas, según ha precisado esta Corte en anteriores oportunidades,<sup>104</sup> el objetivo de esta disposición constitucional es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados y no a la discrecionalidad del nominador. De este modo, ha señalado la Corte, la carrera administrativa se convierte en el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos, adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, el cual puede ser exigible frente a la Administración como a los funcionarios públicos que se encuentran desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad.<sup>105</sup> Por esta razón, este Tribunal ha reiterado que existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales, en especial en cuanto a su vinculación y retiro:<sup>106</sup>

“(…) por una parte, los funcionarios que acceden a los cargos mediante el concurso de méritos cuentan con una mayor estabilidad, al haber superado las etapas propias del concurso, impidiendo así el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. El acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa debe ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución, además de otros requisitos que determina la ley. <sup>107</sup> Por otra parte, los funcionarios que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe establecer únicamente las razones de la decisión, lo cual para este Tribunal Constitucional constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso y al principio de publicidad.” <sup>108</sup>

### **La estabilidad laboral de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa**

En consonancia con el artículo 53 de la Constitución Política, según el cual una de las garantías mínimas que debe tener el trabajador es la estabilidad en el empleo, este Tribunal ha reconocido el “derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, que se deriva del principio de derecho a la igualdad de trabajo y que se materializa con medidas diferenciales en favor de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.”<sup>109</sup> Así las cosas, la Corte Constitucional ha definido la estabilidad laboral como:

*“una garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo, sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales”.*<sup>[110](#)</sup>

*Los titulares de la estabilidad laboral reforzada, tal como lo ha sostenido la Corte, son aquellas personas que se encuentran amparadas por el fuero sindical, en condición de invalidez o discapacidad y las mujeres en estado de embarazo, así como aquellos trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Al respecto, este Tribunal ha sostenido que dicha limitación hace referencia a una aplicación extensiva de la Ley 361 de 1997,<sup>[111](#)</sup> a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacidad o invalidez.*<sup>[112](#)</sup>

*Tratándose de los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, la Corte ha manifestado que gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causales legales que deben expresarse de manera clara en el acto de desvinculación. De esta manera, la Corte ha reiterado que “la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.”<sup>[113](#)</sup> Sobre este punto, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte señaló que:*

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

*Sin embargo, teniendo en cuenta que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden haber sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, o personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, la Corte ha reconocido que “antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional*

*en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento.”<sup>114</sup> En esta dirección, en sentencia SU-917 de 2010, esta Corporación precisó que “la vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional.”*

*A modo de conclusión, tal como se reiteró en las Sentencias T-373 de 2017 y T-464 de 2019, en aquellos casos en los que surge, con fundamento en el principio del mérito, la obligación de nombrar de la lista de elegibles a la persona que superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y pre pensionados, las entidades deben proceder con especial cuidado antes de efectuar los respectivos nombramientos, mediante la adopción de medidas afirmativas, (dispuestas en la constitución art. 13 numeral 3º, y en la materialización del principio de solidaridad social -art. 95 ibídem-),<sup>115</sup> relativas a su reubicación, y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.*

### **Caso Concreto**

Frente al presente caso se tiene que, el señor JUAN FERNANDO OSPINA CALLE, era empleado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desde el 03 de enero de 2018, en la modalidad contractual de provisionalidad., que fue ubicado en la Regional Antioquia específicamente en el grupo de atención con el ciudadano en el grado 1-2004, dado que laboraba como contratista por prestación de servicios en el centro zonal aburra norte en el año 2015 del mes de octubre , que el 8 de enero de 2020, mediante memorando accede al grado 7-2044 y que fue traslado al centro zonal la floresta CESPA- sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes donde se encontraba.

Que en el año 2020 le realizaron prueba de COVID-19, toda vez que tenía síntomas para la realización de dicha prueba, que hace parte del Centro Zonal la Floresta (SRPA-CESPA) de la regional Antioquia donde el riesgo de contagio era alto, dado a los horarios y el protocolo de atención era presencial, que pesar de las medidas necesarias de bioseguridad, la prueba arrojó positivo con un cuadro de salud desfavorable, que a partir del diagnóstico, inicio una serie de enfermedades de las cuales no tenía, que estuvo 66 días incapacitado y 15 días hospitalizado, donde posteriormente empezó con movilidad reducida en los miembros inferiores, que inicio terapias pero sin resultado positivos, que a pesar de ello las radiografías salen normales.

Que para el año 2022 se ordena resonancia magnética donde sale una lesión condral de la paleta descrita, imagen que sugiere ganglio interarticular en el espesor de la grasa de hoffa”.

Que en el 2023, le ordenaron otra resonancia magnética en la que le diagnosticaron condromalacia de la rótula en ambas rodillas, que lo remiten a la clínica del dolor para valoración con el reumatólogo, le ordenaron infiltraciones portesis para tendinitis, derechos con terapia física, que el compromiso de desgaste es de un 50% de rotula en ambas rodillas, (condromalacia y desgarramiento de meniscos) que le reduce la movilidad, que también le diagnosticaron bursitis en hombro izquierdo y tendinitis en hombro derecho sin terapia dado las dificultades con la IPS que a inicios 2022 en el primer trimestre, logro iniciar rehabilitación con la IPS con dificultades en la asignación de citas.

El accionante manifiesta que los padres dependen de él en 100% tanto de lo económico, como del acompañamiento, que los padres no pueden laborar por afectaciones físicas y mental, que tiene un hermano y no aporta a los cuidados de los padres y tampoco ayuda económicamente para el sostenimientos de ellos, es este es casado y que es el actor quien v la por sus padres de un todo y por todo.

Que el día 22 de junio de 2023, mediante correo electrónico envió al área de Gestión Humanan sede nacional del ICBF, aportando una serie de soportes requeridos para determinar por parte de la dependencia si le aplicaban la estabilidad reforzada por enfermedad actual, persona cabeza de hogar de adultos mayores, a lo cual le respondieron que se comprueba la deficiencia sustancial de los miembros de la familia para el sostenimiento de los padres.

Que el 27 de junio de 2023 recibió un correo electrónico de la notificación de la terminación del nombramiento provisional, indicándole que la fecha de efectividad de la terminación del nombramiento provisional era a partir del 06 de julio de 2023.

Frente a la entidad accionada el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, en su respuesta manifestó que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, firmaron el Acuerdo No CNSC-20212020020816 de fecha 21 de septiembre de 2021 “por el cual se convoca y se establecen las reglas del proceso de selección en las modalidades de ascenso y abierto en el ICBF” con el objeto de adelantar la convocatoria pública de concurso de méritos para proveer 3.792 empleos vacantes que pertenecen al Sistema General de Carrera Administrativa, y pone de presente al Despacho que toda vez que el empleo frente al cual el accionante se desempeña es en provisionalidad la permanencia se encuentra sujeta a que se realice la provisión del cargo con la persona que ocupara la respectiva posición de mérito en la lista de

elegibles que se generó por parte de la CNSC tras superar las etapas del concurso de méritos de que trata la convocatoria 2149 de 2021 conforme a los postulados constitucionales y jurisprudenciales de provisión del empleo en carrera administrativa.

Además argumenta que, los servidores vinculados en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa o transitoria que depende de la provisión del empleo de carrera administrativa que se encuentra desempeñando, bajo ese entendido, los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, tal y como lo ha reconocido la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia “que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública” (Sentencia T-096 de 2018) Ante estas situaciones de debilidad manifiesta, de manera excepcional, el Decreto 1083 de 2015 dispone en el parágrafo 2 del Artículo 2.2.5.3.2, las reglas que debe tener en cuenta para la garantía de estos derechos fundamentales, así:

“PARÁGRAFO 2°. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en periodo de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.
2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical”.

Ahora bien en cuanto a la petición del accionante que le hagan un nombramiento en provisionalidad, teniendo en cuenta la margen de maniobra para la protección del de su derecho.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar expone que, concurren 3 elementos que debe verificar la administración a efectos de analizar la procedencia de las peticiones relacionadas con la estabilidad laboral:

1. Que la Administración cuente con un margen de maniobra para la protección de una de las condiciones previstas en el Artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015.
2. Que el servidor acredite una de las condiciones de debilidad manifiesta previstas en el Decreto 1083 de 2015, con los alcances indicados por la jurisprudencia constitucional.
3. Que existan acciones afirmativas en favor de quien demuestre ostentar dicha condición, con el propósito de dar garantía de su derecho.

Que en el caso que nos ocupa, se observa que el ACCIONANTE fue nombrado en el empleo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044 Grado 07, Perfil Trabajo Social, que en el desarrollo del proceso de Convocatoria No 2149 de 2021, se ofertó el empleo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044 Grado 07, Perfil Trabajo Social, bajo el número de OPEC 166313, y se refiere a cada uno de los elementos, así:

Que la Administración cuente con un margen de maniobra para la protección de una de las condiciones previstas en el Artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, mediante Resolución N° 5596 del 17 de abril de 2023, se conformó y adoptó la lista de Elegibles para proveer novecientos ochenta y nueve (989) vacantes definitivas del empleo denominado Profesional Universitario, Código 2044 Grado 07, identificado con OPEC 166313, Modalidad Abierto del Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF, Proceso de Selección N° 2149 de 2021.

Ahora bien, aunque dicha lista se encuentra conformada por 642 posiciones el número de elegibles asciende a 1118 tal y como se evidencia en la Resolución N° 5596 del 17 de abril de 2023, pues existen múltiples empates en muchas de las posiciones que la conforman; verbigracia, en la posición 74, existen 4 elegibles en condición de empate, lo que implicará para ellos la modificación de sus posiciones una vez aplicado el procedimiento de desempate, que se traduce en que esos 4 elegibles, pasarán de ocupar al unísono la posición 74, a ocupar las posiciones 74, 75, 76 y 77 y así sucesivamente con todos los empates existentes en cada posición de la lista.

Así las cosas, para el caso concreto, se proyecta proveer las 989 vacantes ofertadas con los elegibles que se encuentran hasta la posición 508 de lista, que suman un total de 989 elegibles, lo que evidencia que la cantidad de elegibles supera el número de vacantes ofertadas (989) y en consecuencia deja de manifiesto la inexistencia de margen para garantizar la estabilidad laboral reforzada,

adicionalmente porque este mismo proceso se está adelantando de forma simultánea con todos los empleos de la planta de personal del ICBF, para su provisión definitiva, con sus respectivas listas de elegibles, que el ICBF no cuenta con margen de maniobra suficiente que les permita mantener a todas las personas vinculadas mediante nombramiento provisional y que se encuentren en debilidad manifiesta y que fueron vinculadas en los empleos de denominación profesional universitario código 2044 grado 07 trabajo social.

El accionante tiene diagnóstico de trastorno mixto de ansiedad y depresión, juego patológico, trastornos mentales y del comportamiento debidos al uso de alcohol uso nocivo, así se puede verificar de las 183 y 189, y en cuanto a que él es la persona que vela por sus padres el despacho le da credibilidad, pero lo anterior aunque puede verse beneficiado de la protección a la estabilidad reforzada, también lo es que la persona que ocupó el puesto de trabajo es una persona que realizó el concurso ofertado en la convocatoria N°.2149 de 2021 y lo ganó por lo que cuenta con los méritos y requisitos para que la nombrada en periodo de prueba en el cargo de profesional universitario 2044-7 25316.

Que teniendo en cuenta que el artículo 128 de la Constitución Política contempla "(...) Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas (...)", en el evento que la persona que se nombra en periodo de prueba en el artículo primero de la presente resolución se encuentre nombrada dentro de la planta global del ICBF con carácter provisional, dicho nombramiento se dará por terminado al momento de la posesión en periodo de prueba.

Que según lo expuesto, contra la presente resolución por medio de la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba y como consecuencia se da por terminado un nombramiento provisional, no proceden los recursos de Ley establecidos en el Artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por ser un acto administrativo de ejecución.

Que en mérito de lo expuesto,

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO: NOMBRAR EN PERÍODO DE PRUEBA**, en el cargo de carrera administrativa de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, identificado con el código OPEC 166313, ubicado en el municipio de MEDELLÍN a:

NOMBRES Y APELLIDOS	CÉDULA	CARGO	REGIONAL - DEPENDENCIA
PAULA ANDREA ARANGO CARVAJAL	32184709	PROFESIONAL UNIVERSITARIO 2044-7 25316	ANTIOQUIA C.Z. LA FLORESTA

**PARÁGRAFO PRIMERO:** El nombramiento en periodo de prueba que se realiza a través de la presente resolución es en la ubicación geográfica seleccionada por el designado.

**PARÁGRAFO SEGUNDO:** El designado en periodo de prueba, tendrá diez (10) días hábiles para manifestar si acepta el cargo y diez (10) días hábiles siguientes para tomar posesión, de conformidad con los artículos 2.2.5.1.6 y 2.2.5.1.7 del Decreto 1083 de 2015, adicionado y modificado por el Decreto 648 de 2017.

En cuanto a la estabilidad reforzada que solicita el accionante en este caso específico se tiene que: *“Los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, como es el caso, implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos. En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso. Además, el actor cuenta con otros medios para hacer valer sus derechos.*

Adicionalmente, la entidad demostró las acciones afirmativas, para garantizar que se lograra ubicar al hoy demandante, sin encontrar a la fecha entidad que cuente con el perfil del accionante.

En consecuencia, se declara improcedente la Tutela, indicándole al accionante que para controvertir la legalidad del citado acto administrativo, puede acudir a los mecanismos de defensa judicial idóneos consagrados en el ordenamiento jurídico, haciendo uso de las acciones pertinentes ante la Jurisdicción de la Contencioso Administrativo, no se advierte la ocurrencia de un perjuicio irremediable, con las características de inminencia y gravedad, que amerite la intervención del Juez Constitucional.

Esta sentencia se notificará a las partes conforme lo establece el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Si la presente providencia no fuere impugnada dentro del término de TRES (03) días señalado en el artículo 31 del Decreto 2561 de 1991, por la Secretaría se enviarán las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Por lo expuesto, el **JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, en nombre del pueblo y por mandato constitucional,

**FALLA:**

**PRIMERO. SE DECLARA IMPROCEDENTE** la tutela acción impetrada por el señor **JUAN FERNANDO OSPINA CALLE** con C.C. 71.378.514, en contra del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** y la señora **PAULA ANDREA ARANGO CARVAJAL**, identificada con cédula de ciudadanía No. 32.184.709, conforme a las motivaciones que se expusieron en esta providencia.

**SEGUNDO.** NOTIFICAR la presente decisión a los intervinientes por el medio más ágil y expedito, de no lograrse personalmente.

**TERCERO.** Si la presente providencia NO FUERE IMPUGNADA dentro del término de TRES (03) días señalado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, por la Secretaría SE ENVIARÁN las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**TERCERO.** ARCHIVAR definitivamente una vez devuelto sin haber sido objeto de revisión, previa desanotación del registro.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**GIMENA MARCELA LOPERA RESTREPO  
JUEZ**

**Firmado Por:**  
**Gimena Marcela Lopera Restrepo**  
**Juez Circuito**  
**Juzgado De Circuito**  
**Laboral 017**  
**Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **092aa4393f05623cc9804ecaa833fe9bae9564cdf32ff09b859649c22e996ba3**

Documento generado en 17/07/2023 03:04:12 PM

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