

## **Sentencia T-464/19**

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

**CARRERA JUDICIAL**-Provisión de cargos

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

*La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos. Por su parte, aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculado con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público.*

**DESVINCULACION DE SERVIDORES PUBLICOS PROVISIONALES CON ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA CON OCASION DE CONCURSO DE MERITOS**-Reiteración de jurisprudencia

**estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional nombrados en provisionalidad**

*Este Tribunal Constitucional ha reiterado que en el caso de sujetos de especial protección constitucional que ejerzan cargos en provisionalidad, las entidades deben otorgar un trato preferencial antes de efectuar el nombramiento de quienes ocupan los primeros puestos en las listas de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el propósito de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.*

Referencia: Expediente T-7.225.270

Acción de tutela presentada por Nancy Fabiola Amórtegui Alférez contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

Magistrado sustanciador:  
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D. C., ocho (8) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger y el magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente:

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Demanda y solicitud

La señora Nancy Fabiola Amórtegui Alférez a través de su apoderada judicial, presentó acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), con el propósito de que sus derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital, al debido proceso, a la estabilidad laboral reforzada sean amparados. Lo anterior, debido a que Instituto Colombiano de Bienestar Familiar le dio por terminada su relación laboral, sin tener en cuenta que la accionante se encontraba en delicado estado de salud y con incapacidad médica al momento del despido y que, por lo tanto, gozaba de estabilidad laboral reforzada. La accionante realiza esta solicitud, con el propósito de que sea reincorporada al cargo que venía desempeñando o a uno de mayor jerarquía, sin solución de continuidad.

A continuación se presentan los hechos más relevantes según fueron descritos en la demanda:

1.1. La señora Nancy Fabiola Amórtegui Alférez laboró con el Instituto de Bienestar Familiar mediante contrato de trabajo desde el 21 de noviembre de 1980 hasta junio de 1987 y, posteriormente, ingresó nuevamente a trabajar del 1 de septiembre de 2002. La accionante manifiesta que desempeñaba funciones como Defensora de Familia, código 2125, Grado 17 en el Centro Zonal Popayán.

1.2. La accionante manifiesta que, en el desarrollo de sus actividades laborales, fue acosada por la Coordinadora Centro Zonal Popayán, ocasionando un gran estrés laboral y generando diferentes patologías en la accionante<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Folio 99, cuaderno II. Dentro de la acción de tutela, la accionante manifiesta que desde que se encuentra vinculada al ICBF, ha presentado las siguientes enfermedades: otras poliatrosis, trastorno de disco cervical con radioculopatía, cervicalgia, lumbago no especificado, otras dolencias, episodios depresivos moderados, trastorno mixto de ansiedad y depresión, reacción al estrés agudo, quiste perineural neuroforaminal, calcificación focal del ligamento nual, artrosis columna dorsal, lesión en la tráquea, espasmo cervicodorsal severo y espondilosis cervical.

Producto de las distintas patologías que presenta la accionante, le fueron ordenadas las siguientes incapacidades<sup>2</sup>:

- Incapacidad por los días 26 y 27 de febrero de 2018;
- Incapacidad por los días 12 y 13 de marzo de 2018;
- Incapacidad por los días 5 al 18 de julio del 2018, la cual fue prorrogada el 16 de julio por el término de 30 días.
- Prórroga de la incapacidad por 30 días, a partir del 17 de agosto de 2018;

1.3. Afirma que el 17 de agosto de 2018, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar profirió Resolución No. 16361, suscrita por la Secretaria General de dicha institución, por medio de la cual “*se termina un nombramiento y se hace un nombramiento en periodo de prueba*”<sup>3</sup>. Así las cosas, manifiesta que el 14 de septiembre de 2018, le entregó personalmente la incapacidad otorgada por el médico tratante del Grupo Administrativo del ICBF – Regional Cauca<sup>4</sup>, incapacidad que había sido ordenada por el médico tratante el 13 de septiembre de 2018, por un término de 30 días.

1.4. La actora afirma que el 18 de septiembre de 2018 el señor Yogimar Cabrera, residente del mismo inmueble donde reside, recibió el memorando con fecha del 5 de septiembre de 2018, en donde le notificaban a la señora Nancy Fabiola que el nombramiento provisional en el cargo Defensora de Familia con el ICBF había terminado. Alega que conoció de esta resolución el 2 de octubre de 2018, debido a que se encontraba en total reposo por orden médica<sup>5</sup>.

1.5. A través de escrito del 17 de octubre de 2018, la apoderada de la señora Nancy Fabiola Amórtegui Alférez instauró acción de tutela en contra del ICBF, con el propósito de que los derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital, al debido proceso y a la estabilidad laboral reforzada sean amparados y se le ordenara al ICBF vincular nuevamente a la accionante.

1.6. La apoderada de la accionante manifiesta en el escrito de tutela que la señora Nancy Fabiola se encontraba incapacitada al momento del despido, como lo demuestra su historial clínico y, por lo tanto, contaba con estabilidad laboral reforzada, lo cual significa que el ICBF debía contar con la autorización previa del Ministerio de Protección Social para proceder a realizar el despido<sup>6</sup>.

## **2. Traslado y contestación de la acción de tutela**

### **2.1. Admisión de la acción de tutela**

2.1.1. El Juzgado (1) Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, mediante Auto del 18 de octubre de 2018 decidió admitir la acción de tutela y

---

<sup>2</sup> Folios 16 al 97, cuaderno II, Historia clínica de Nancy Fabiola Amórtegui Alférez.

<sup>3</sup> Folio 139, cuaderno I.

<sup>4</sup> Folio 139, cuaderno I.

<sup>5</sup> Folio 135, cuaderno I.

<sup>6</sup> Folio 135, cuaderno I.

corrió traslado de la demanda al ICBF, con el fin de que ejerciera su derecho a la defensa. De igual manera, solicitó al Director del ICBF que informara a ese despacho judicial sobre la forma de vinculación laboral de la señora Nancy Fabiola, las causas de su desvinculación, si se adelantó algún procedimiento para su desvinculación y si el ICBF tenía algún conocimiento de los problemas de salud que aquejaba la accionante. Por otra parte, solicitó remitir información si en la planta global de personal existían cargos equivalentes al que ocupaba la accionante, que se encontraran en vacancia definitiva o de provisionalidad, para determinar un eventual reintegro si llegase a ser procedente<sup>7</sup>.

## **2.2. Respuesta de la empresa accionada y de las entidades vinculadas**

2.2.1. Mediante respuesta del 24 de octubre de 2018, la **Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF** expuso que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, los funcionarios en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera<sup>8</sup>.

2.2.2. Igualmente, el ICBF precisó que en casos análogos al que se estudia, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en dar preferencia a los ganadores del concurso, debido a que los servidores nombrados en provisionalidad gozan de 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 o en la Ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos.

Por último, reitera que el párrafo 2º del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto No. 1083 de 2015<sup>9</sup> establece que cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes, la administración, antes de retirar del servicio a los provisionales, deberá revisar si la persona cuenta con protección, de conformidad con el párrafo 2º. Para el ICBF, el presente caso no cumple con los presupuestos de este artículo, pues la lista de elegibles está conformada por un número mayor de personas.

De conformidad con la respuesta del ICBF, la señora Matilde Ximena Laura Campaña fue nombrada en periodo de prueba en el cargo de Carrera Administrativa de la Planta Global de Personal. El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán decidió vincular a la

---

<sup>7</sup> Folio 153, Cuaderno I.

<sup>8</sup> Folio 161, Cuaderno I. La cual hace referencia a la sentencia SU-446 de 2011

<sup>9</sup> 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 pre pensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

señora Matilde Ximena Laura Campaña, por ser quien ocupa el cargo que desempeñaba la accionante y al ser esta un tercero interesado<sup>10</sup>.

2.2.3. Mediante escrito del 29 de octubre de 2018, la señora Matilde Ximena Laura Campaña respondió a la solicitud del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán, en donde manifestó que no tenía conocimiento sobre la causa con respecto a la vinculación de la accionante, ni mucho menos de las enfermedades que alega en su escrito de tutela. Igualmente, la señora Matilde Ximena Laura Campaña reiteró que acceder a las pretensiones de la accionante vulneraría sus derechos fundamentales al trabajo, al derecho a gozar de una estabilidad en el cargo y a la igualdad, y se estaría vulnerando el principio de buena fe establecido en el artículo 83 de la Constitución<sup>11</sup>.

### **3. Decisiones judiciales objeto de revisión**

#### **3.1. Decisión del juez de tutela de primera instancia**

3.3.1. El **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán**, en providencia del 30 de octubre de 2018 decidió amparar los derechos fundamentales al trabajo, dignidad humana y seguridad social de la accionante y ordenó al ICBF Nacional y Regional de Popayán, que dentro de las siguientes 48 horas siguientes a la notificación de la providencia, vinculara a la señora Nancy Fabiola Amórtegui Alférez en forma provisional, en un cargo de igual rango y remuneración al que ocupaba como defensora de familia. De esta forma, el Juzgado Primero expuso que la permanencia en provisionalidad de la señora Nancy Fabiola estaría supeditada a que el cargo que llegara a ocupar, fuera posteriormente provisto en propiedad mediante el sistema de carrera y su desvinculación cumpliera con los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional<sup>12</sup>.

De igual manera, ordenó al ICBF que, de no encontrar una vacante para un cargo similar al que ocupaba la accionante, la entidad debía iniciar las actuaciones necesarias para que fuera vinculada al Sistema de Seguridad Social en Salud, dentro de las 48 horas siguientes a cuando tuviera certeza de dicha circunstancia, de tal suerte que se le permitiera continuar el o los tratamientos integrales que requiere para la recuperación de la normalidad de su estado de salud. En ese caso, el juzgado precisó que la vinculación al régimen contributivo debía mantenerse hasta tanto la señora Nancy Fabiola finalizara los tratamientos

---

<sup>10</sup> Folio 161, Cuaderno I.

<sup>11</sup> Folio 133, cuaderno II.

<sup>12</sup> Folio 177, Cuaderno I. El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán precisó que de vincularse a la accionante en las condiciones antes anotadas, su permanencia en provisionalidad estaría supeditada a que el cargo que llegue a ocupar sea posteriormente provisto en propiedad mediante sistema de carrera y su desvinculación cumpla con los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la Sentencia SU-917 de 2010, la cual establece que los funcionarios que ejercen un cargo en provisionalidad tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.

necesarios para la recuperación de las patologías que padece, o hasta tanto fuese afiliada al sistema por parte de otro empleador.

Para el juzgado primero, si bien es cierto que el proceso que desvinculó a la accionante para nombrar a la señora Matilde Ximena Lara Campaña estuvo ajustado a la ley, pues debía proveerse la vacancia que existía del cargo que ocupaba provisionalmente la accionante, no existe duda de que la accionante estaba enferma y presentaba diferentes patologías, como lo corrobora su historial clínico<sup>13</sup> y, para la fecha de expedición del acto administrativo, la señora Nancy Fabiola se encontraba en incapacidad médica por 30 días, la cual ya había sido prorrogada. Igualmente, el despacho reiteró que a pesar de que los empleados que desempeñen en provisionalidad un cargo público gozan de una estabilidad relativa o intermedia, las entidades deben tomar todas las medidas necesarias para respetar los derechos fundamentales de aquellas personas.

### 3.2 Impugnación

3.2.1 El 2 de noviembre de 2018, la **apoderada de la señora Nancy Fabiola Amórtelui Alférez** impugnó la sentencia de primera instancia, al considerar que la decisión del Juzgado Primero de Ejecución de Penas no protegía realmente los derechos fundamentales de la accionante, toda vez que el juez ordenó la vinculación de la accionante, pero sujetó esta misma al evento de que existiera un cargo de la misma naturaleza que se encontrara vacante. La apoderada de la señora Nancy Fabiola manifiesta que lo pretendido con la acción de tutela es que la actora sea reintegrada a su cargo o a uno similar, sin solución de continuidad, pues su delicado estado de salud y las diversas patologías hacen que se encuentre en debilidad manifiesta.

La señora Nancy Fabiola manifiesta que el ICBF tuvo pleno conocimiento de las patologías e incapacidades presentaba y reitera que, para la fecha en la cual se profirió la resolución de desvinculación, como la fecha en que se notificó, se encontraba incapacitada por los médicos tratantes, es decir, se encontraba en debilidad manifiesta y gozaba de estabilidad laboral reforzada de conformidad con la jurisprudencia constitucional. De igual manera, afirma que la segunda disposición de la decisión judicial, que obliga al ICBF a vincular a la accionante en el Sistema de Seguridad en Salud, no protege sus derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social, por cuanto se encuentra prohibido realizar cotizaciones a personas que no laboren en la Institución<sup>14</sup>.

Por su parte, el **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**, a través de escrito del 7 de noviembre de 2019, impugnó la decisión de primera instancia, al considerar 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 encuentren desempeñando. Para el ICBF, la

---

<sup>13</sup> Folio 176, Cuaderno I. El Juzgado establece las siguientes patologías: cambios por deshidratación de los discos intervertebrales C2,C3,C4,C5,C6 y C,7; quiste perineural neuroforaminal; espondilosis cervical, calcificación focal del ligamento nual; pequeño nódulo tiroideo izquierdo con componente líquido.

<sup>14</sup> Folio 153, cuaderno II.

jurisprudencia constitucional ha sido clara en determinar que esta estabilidad laboral relativa o intermedia se traduce en que su retiro del servicio público tendrá lugar por causales objetivas, previstas en la Constitución y la ley, o para proveer el cargo que ocupa una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos.

El ICBF alega que la accionante fundamenta su solicitud de estabilidad en el conjunto de incapacidades y los múltiples diagnósticos que a lo largo de su historia clínica le han prescrito. Sin embargo, el ICBF considera que, para acreditar la condición de discapacidad y de enfermedad catastrófica-alto costo, debe estar condicionada respectivamente por lo exigido en la Ley 361 de 1997, la Resolución 583 del 26 de febrero del Ministerio de Salud y la Resolución 3474 de 2009 del Ministerio de Protección Social. Para el ICBF, dentro de los documentos aportados por la accionante, no existe prueba alguna que acredite la condición de discapacidad o enfermedad alegada y tampoco se puede evidenciar que alguna de las enfermedades indicadas por la actora sea considerada como catastrófica o de alto costo en los términos previstos por el Ministerio de Salud<sup>15</sup>.

### **3.3 Decisión del juez de segunda instancia**

3.3.1. El **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán** en providencia del 4 de diciembre de 2018 resolvió la impugnación contra la decisión de primera instancia. El juez de segunda instancia decidió revocar la decisión de primera instancia y negar las pretensiones de la accionante, al considerar que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en manifestar que los servidores públicos en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho a la estabilidad propia de quien accede a la función pública por medio de un concurso de méritos<sup>16</sup>.

Para el juez de segunda instancia, la terminación del vínculo laboral de un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, porque la plaza respectiva debe ser provista por una persona que superó todas las etapas de concurso de méritos, no desconoce los derechos fundamentales, pues la estabilidad relativa o intermedia que se le ha reconocido a esta categoría de servidores cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participen en un concurso público e integraron la lista de elegibles.

De igual manera, el juzgado explicó que la entidad accionada ofertó 27 vacantes mediante convocatoria 443 de 2016 y la lista de elegibles la conformaron 109 personas, habiéndose efectuado así la totalidad de los nombramientos. Así las cosas, el Tribunal Superior sostuvo que el ICBF no desconoció los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada de la accionante con la decisión en cuestión, pues la misma estuvo sustentada en una causal objetiva y razonable y, además, la entidad accionada adoptó mecanismos tendientes a que el retiro de la señora Nancy Fabiola fuera

---

<sup>15</sup> Folio 147, cuaderno II.

<sup>16</sup> Folio 79, Cuaderno II.

de los últimos en efectuarse, sin que fuera posible su reubicación en otro empleo vacante<sup>17</sup>.

### **3.4. Actuaciones en sede de revisión**

El 30 de abril de 2019, la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro, integrada por la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger y el Magistrado Alberto Rojas Ríos, decidió seleccionar el asunto de la referencia para su revisión por la Corte Constitucional. Así las cosas, la Secretaría General de esta Corporación procedió a remitir el expediente al despacho del magistrado sustanciador Antonio José Lizarazo Ocampo, el 30 de abril del mismo año.

A través de escrito del 6 de febrero de 2019, la señora Nancy Fabiola Amórtegui Alférez le solicitó a la Corte Constitucional la revisión de la presente tutela y el amparo de los derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social y a la estabilidad laboral reforzada, al considerar que la entidad accionada dio por terminada la relación laboral, sin tener en cuenta que se encontraba en delicado estado de salud, situación que ya había sido informada a la entidad en varias ocasiones<sup>18</sup>.

La señora Nancy Fabiola manifestó que, en cumplimiento del fallo de primera instancia, la entidad accionada profirió la Resolución No. 13341 del 6 de noviembre de 2018, a través de la cual se resolvió el nombramiento en provisionalidad a un cargo de vacancia definitiva de Defensor de Familia Código 2125, grado 17, para el cual fue posesionada el 13 de noviembre de 2018. De igual manera, reitera que todavía se encuentra en delicado estado de salud y que fue valorada por el médico de salud ocupacional en las instalaciones del ICBF, quien ordenó la remisión a medicina laboral y psiquiátrica con la EPS Sanitas, por diagnóstico de trastorno mixto de ansiedad y depresión.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

### **1. Competencia**

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para decidir el presente asunto, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### **2. Planteamiento del problema jurídico**

De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala Quinta revisar si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha vulnerado los derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital, al debido proceso, y a la estabilidad laboral reforzada de la señora Nancy Fabiola Amórtegui Alférez al dar por terminada su relación

---

<sup>17</sup> *Ibíd.*

<sup>18</sup> Folio 3, cuaderno I.

laboral, cuando la accionante se encontraba con quebrantos prolongados de salud, que habían dado lugar a su reiterada incapacidad médica.

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico, la Sala: (i) analizará la procedencia de la acción de tutela en el asunto objeto de examen; y, en caso de encontrarla procedente, (ii) estudiará la provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos; (iii) la estabilidad laboral de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa; y, finalmente, (iv) resolverá el caso concreto.

## **2.1. Examen de procedencia de la acción de tutela**

Antes de pronunciarse de fondo sobre el presente caso, la Sala verificará el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela, a saber (i) legitimación en la causa por activa y por pasiva; (ii) la inmediatez; y (iii) la subsidiaridad.

### **2.1.1. Legitimación activa y pasiva**

#### *Legitimación en la causa por activa:*

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela también puede ser interpuesta por el representante de la persona, cuando el titular de los mismos no se encuentre en condiciones de promover su propia defensa o por medio del Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

En esta oportunidad, la señora Nancy Fabiola Amórtegui Alférez interpuso la acción de tutela a través de su apoderada judicial, la señora Amparo Margoth Martínez Peña.

#### *Legitimación en la causa por pasiva:*

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución y el artículo 49 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede en contra de cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, en contra de particulares (i) encargados de la prestación de un servicio público; (ii) cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; o (iii) respecto de quienes el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión.

En el presente caso, la peticionaria dirigió la acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), donde la accionante se venía desempeñando como Defensora de Familia, grado 17, desde el 1 de septiembre de 2002. Frente a el ICBF, cabe señalar que el numeral 5 del artículo 1.2.1.1 del Decreto 1084 de 2015 establece que dicho instituto es “*un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio*

*propio; creado en virtud de la Ley 75 de 1968, cuyo objeto es propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizar sus derechos*". Por consiguiente, esta Sala considera que la acción de tutela cumple con el requisito de legitimación por pasiva en el presente caso, comoquiera que el ICBF es una entidad pública a la que se le endilga la violación de los derechos fundamentales cuya protección se invoca.

### **2.1.2. Inmediatez**

El artículo 86 constitucional establece que la tutela procede para la *"protección inmediata"* de los derechos fundamentales del accionante. Con respecto al requisito de inmediatez, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que la acción de tutela debe interponerse en un tiempo prudencial, contado a partir del momento en que se genera la acción u omisión que amenaza o genera una afectación a los derechos fundamentales, debido a que el requisito de inmediatez tiene como propósito el de preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como *"un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados"*<sup>19</sup>. En este sentido, la Corte ha manifestado que no existen reglas estrictas e inflexibles a la hora de determinar la razonabilidad del plazo, sino que es al juez de tutela a quien le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso, lo que constituye un término razonable<sup>20</sup>.

En el presente caso, la Sala puede corroborar que se cumplió con el presupuesto de inmediatez, toda vez que la accionante interpuso la acción de tutela el 17 de octubre de 2018<sup>21</sup>, es decir, antes de que hubiera transcurrido un mes después de haber sido notificada de la resolución que dio por terminada su relación laboral con el ICBF.

### **2.1.3. Subsidiariedad**

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela se caracteriza por ser un mecanismo subsidiario y residual, lo cual implica que procederá en aquellos casos en los cuales no exista otro mecanismo de defensa judicial o cuando, de existir tal mecanismo, este no resulta eficaz, o cuando se promueve como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable<sup>22</sup>.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado como regla general, que la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz dentro del ordenamiento jurídico, que se encuentra prevista en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir los actos administrativos por

---

<sup>19</sup> Sentencia T-091 de 2018 y Sentencia SU-391 de 2016.

<sup>20</sup> Sentencia SU-391 de 2016.

<sup>21</sup> La resolución 16361 es de fecha del 17 de agosto de 2018, notificada a la accionante el 18 de septiembre de 2018 y la acción de tutela se interpuso el 17 de octubre de 2018.

<sup>22</sup> Sentencia T-373 de 2017 y Sentencia T-012 de 2009.

medio de los cuales la administración decide separar a las personas de sus cargos. Sin embargo, la Corte ha manifestado que “*excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante*”<sup>23</sup>.

De esta manera, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de los servidores públicos, cuando en el caso concreto se advierta la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que, en estos eventos, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados, como sí lo hace la acción de tutela<sup>24</sup>.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que el perjuicio irremediable se caracteriza por (i) *la inminencia* del daño, es decir, que se trate de una amenaza o de un mal irreparable que está pronto a suceder; (ii) *la gravedad*, que implica que el daño o menoscabo material o moral de la persona que pueda ocurrir sea de gran intensidad, (iii) *la urgencia*, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza, y (iv) *la impostergabilidad de la tutela*, que exige la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario de protección de derechos fundamentales<sup>25</sup>. En esta medida, la Corte ha destacado que para la comprobación de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción de tutela, se deben observar una serie de criterios, tales como la edad de la persona, su estado de salud y el de su familia y las condiciones económicas de la persona que solicita el amparo constitucional o de las personas obligadas a acudir a su auxilio.

Igualmente, este Tribunal Constitucional también ha precisado que en el caso de desvinculaciones de servidores públicos, la posibilidad de configuración de un perjuicio irremediable gira en torno al derecho al mínimo vital, pues se entiende que una vez quedan desvinculadas de sus trabajos, pueden quedar en una situación de extrema vulnerabilidad, cuando su único sustento económico era el salario que percibían a través del cargo público<sup>26</sup>. Por este motivo y en concordancia con lo esbozado anteriormente, a pesar de que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para solicitar el reintegro a un cargo público, pues para ello existen otras vías idóneas y oportunas, la acción de tutela es procedente de manera excepcional, cuando del análisis de cada situación concreta se pueda concluir que los otros medios de defensa carecen de idoneidad y eficacia.

En el caso bajo estudio, la Sala considera que la acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad, pues a pesar de que la accionante cuenta con un mecanismo de defensa judicial como lo es la nulidad y restablecimiento del

---

<sup>23</sup> Sentencias SU-691 de 2017, T-016 de 2008 y T-373 de 2017.

<sup>24</sup> Sentencia T-016 de 2008 y Sentencia T-373 de 2017.

<sup>25</sup> Sentencia SU-691 de 2017.

<sup>26</sup> Sentencia SU-691 de 2017.

derecho que la desvinculó, en el presente caso se requiere la intervención del juez constitucional, con el propósito de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en la medida en que la accionante se encuentra en un delicado estado de salud, producto de las patologías que padece y el trastorno mixto de ansiedad y depresión y además, se trata de una mujer de 58 años que no cuenta con un trabajo u otro medio de apoyo económico.

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

La Constitución Política, en su artículo 125, establece el régimen de carrera administrativa para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, salvo algunas excepciones como los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajos oficiales, y los demás que determine la ley. De igual manera, el artículo dispone que, (i) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados a través de concurso público; (ii) 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; (iii) 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, (iv) descarta la afiliación política como criterio determinante para el nombramiento, ascenso, remoción de un empleo de carrera<sup>27</sup>.

El propósito de esta norma 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 acuerdo con esta disposición, la Corte ha sostenido que la carrera administrativa es 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>28</sup>. Por este motivo, la Corte ha reiterado que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los cargos de carrera administrativa, debido a 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>29</sup>.

Los funcionarios que acceden a los cargos públicos a través de un concurso de méritos y aquellos que desempeñaban en provisionalidad los cargos de carrera tienen diferencias marcadas. 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

<sup>27</sup> Artículo 125 de la Constitución Política.

<sup>28</sup> Sentencia T-373 de 2017, parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

<sup>29</sup> Sentencia T-373 de 2017, parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

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>30</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>31</sup>.

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

El artículo 53 de la Constitución Política establece que uno de los principios mínimos de las relaciones laborales es el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en su empleo, a menos de que exista una justa causa para su desvinculación o despido. Por su parte, la jurisprudencia de 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>32</sup>.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha manifestado que la estabilidad laboral se trata de:

*“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”.*

Las personas que gozan de estabilidad laboral reforzada son aquellas personas que se encuentran amparadas por el fuero sindical, en condición de invalidez o discapacidad y las mujeres en estado de embarazo. De igual manera, la Corte

---

<sup>30</sup> Artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

<sup>31</sup> Sentencia T-373 de 2017

<sup>32</sup> Sentencia T-014 de 2019.

ha manifestado que aquellos trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas se encuentran en situación de debilidad manifiesta y, por lo tanto, son beneficiarios de una estabilidad laboral reforzada. Esta limitación a la que hace alusión la Corte, hace referencia a una aplicación extensiva de la Ley 361 de 1997 *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones”* 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>33</sup>.

En ese sentido, la Sentencia T-663 de 2011, reiterando lo sostenido en la Sentencia T-094 de 2010, señaló que:

*“(…) esta concepción amplia del término ‘limitación’ ha sido acogida en reciente jurisprudencia de esta (sic) Alto Tribunal en el sentido de hacer extensiva la protección de la que habla la Ley 361 de 1997 a las personas de las que se predique un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad que no necesariamente acarree una pérdida de la capacidad para trabajar. Desde la pluricitada sentencia T-198 de 2006 se ha dicho que ‘en materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez.’*

*De esta forma, la merma en las condiciones de salud de un trabajador puede hacer del mismo susceptible de una protección laboral reforzada que corresponde a la idea de estabilidad en el trabajo y que resulta de una aplicación directa de la Constitución Política que en artículos como el 13, el 48 y el 53 obliga al Estado a la custodia especial de aquellas personas que presenten una disminución en sus facultades físicas, mentales y sensoriales. Esto coincide con aquella interpretación del concepto de limitación que se ha venido pregonando” (Negrilla fuera del texto original).*

En este orden de ideas, los trabajadores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, bien sea por una discapacidad calificada como tal, o por una

---

<sup>33</sup> La jurisprudencia constitucional ha sostenido dos líneas sobre la aplicación de la Ley 361 de 1997, una que ha asumido que la protección brindada por la Ley 361 de 1997 es predicable exclusivamente de los sujetos con una pérdida de la capacidad para trabajar comprobada; y otra, más abierta, que admite su aplicación a personas que sufren limitaciones (Sentencias T-198 de 2006, T-819 de 2008, T-603 de 2009 y T-643 de 2009) y la segunda, la cual ha sido acogida mayoritariamente por la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, que ha ampliado la concepción del término “limitación”, en el sentido de hacer extensiva la protección señalada en la Ley 361 de 1997 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 discapacitados o de invalidez (Sentencias T-198 de 2006, T-513 de 2006, T-504 de 2008, T-992 de 2008, T-263 de 2009, T-866 de 2009, T-065 de 2010, T-092 de 2010, T-663 de 2011).

limitación en su salud que les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, cuentan con una protección constitucional a través de la figura de la estabilidad laboral reforzada. En esta medida, la Corte ha manifestado que:

*“La elaboración de una noción de discapacidad ha sido un proceso muy lento y difícil. En cada momento de la historia, con base en los conocimientos científicos con los que se ha contado, los legisladores han regulado diversos aspectos de esta problemática. De allí que la terminología empleada en la materia haya cambiado con el paso del tiempo. De hecho, hoy por hoy, se trata de un concepto en permanente construcción y revisión. En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de inválido. Queda entonces claro que la discapacidad es un concepto diverso al de invalidez<sup>34</sup>”*

Ahora bien, en el caso 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>35</sup>.*

Al respecto, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte precisó 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”.*

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, las personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de

---

<sup>34</sup> Sentencias T-725 de 2009, T-632 de 2004, T-351 de 2003 y T-519 de 2003.

<sup>35</sup> Sentencia SU-446 de 2011.

una enfermedad. En estos casos, la Corte ha afirmado 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<sup>36</sup>.

Es así como en la sentencia T-373 de 2017, la Corte concluyó que:

*“Una entidad vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna de un sujeto de especial protección que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, cuando con fundamento en el principio del mérito nombra de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, sin antes adoptar medidas afirmativas dispuestas en la Constitución y que materialicen el principio de solidaridad social, relativas a su reubicación en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, siempre y cuando se encuentre vacante”.*

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos. Por su parte, aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculado con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público<sup>37</sup>.

No obstante lo anterior, este Tribunal Constitucional ha reiterado que en el caso de sujetos de especial protección constitucional que ejerzan cargos en provisionalidad, las entidades deben otorgar un trato preferencial antes de efectuar el nombramiento de quienes ocupan los primeros puestos en las listas de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el propósito de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales<sup>38</sup>.

### **III. CASO CONCRETO**

La señora Nancy Fabiola presentó acción de tutela por medio de su apoderada judicial, en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a trabajo, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital, al debido proceso y a la estabilidad laboral reforzada, generada por la terminación de su relación laboral con la entidad demandada.

---

<sup>36</sup> Sentencia T-373 de 2017.

<sup>37</sup> Sentencia SU-691 de 2017.

<sup>38</sup> Sentencia SU-691 de 2017 y T-373 de 2017.

En el escrito de tutela, la accionante manifiesta que para la fecha de notificación del acto administrativo que confirmaba su desvinculación, se encontraba con incapacidad médica, por causa de las diversas enfermedades que venía padeciendo, en especial el trastorno mixto de ansiedad y depresión del cual tuvo pleno conocimiento el ICBF.

Por su parte, el ICBF manifestó que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan, cuando la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso de méritos. De igual manera, reiteran que esta situación no desconoce los derechos de los funcionarios que se encuentran en provisionalidad.

Mediante providencia del 30 de octubre de 2018, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán concedió la acción de tutela, amparando los derechos fundamentales de la accionante y ordenó al ICBF vincular a la señora Nancy Fabiola Amórtegui Alférez de manera provisional en un cargo de igual rango y remuneración al que ocupaba como defensora de familia. El Juzgado precisó que, de no encontrar una vacante para un cargo similar al que ocupaba la accionante, el ICBF debía iniciar las actuaciones necesarias para que la accionante fuera vinculada al Sistema de Seguridad Social en Salud, para poder continuar con los tratamientos integrales que se requieren para su recuperación.

Esta decisión fue impugnada por la accionante, al considerar que la decisión de primera instancia no protegía realmente sus derechos fundamentales, en la medida en que la vinculación se encontraba sujeta al evento de que existiera un cargo de la misma naturaleza que se encontrara vacante y, en la medida en que no fue vinculada sin solución de continuidad. De igual manera, el ICBF impugnó la decisión de primera instancia, al considerar que la estabilidad laboral relativa de la que gozan los funcionarios en provisionalidad se traduce en que su retiro del servicio público tendrá lugar por causales objetivas, que se encuentran previstas en la Constitución y la ley, o para proveer el cargo por una persona que ha superado de manera satisfactoria el respectivo concurso de méritos. Igualmente, el ICBF reiteró que las enfermedades invocadas por la accionante no son suficientes para acreditar la condición de discapacidad o de enfermedad catastrófica, como requisito para demostrar la estabilidad laboral que alega en la acción de tutela.

A través de providencia del 4 de diciembre de 2018, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán decidió revocar la decisión de primera instancia y negó las pretensiones de la accionante. Para el Tribunal Superior, la terminación del vínculo laboral de una persona que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera porque la plaza debe ser provista no vulnera los derechos fundamentales de los trabajadores en provisionalidad, pues estas personas gozan de una

estabilidad laboral relativa o intermedia, la cual cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público.

Ahora bien, le corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la desvinculación laboral de la accionante, quien ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad y quien padece de un trastorno mixto de ansiedad y depresión, junto con otras patologías, afectó los derechos fundamentales de la accionante, en el momento en que el ICBF procedió a realizar el nombramiento de la persona que superó el concurso de méritos.

Una vez examinada la actuación por parte del ICBF que reposa en el expediente, la Sala Quinta de Revisión puede constatar que a través de la Resolución 10361 del 17 de agosto de 2018, el ICBF da cuenta de la convocatoria a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema de Carrera Administrativa y que, una vez agotadas las etapas del proceso de selección, se conformó la lista de elegibles para proveer el empleo de Defensor de Familia Código 2125 Grado familiar y se cumplió con los plazos para realizar los respectivos nombramientos<sup>39</sup>.

De esta manera, la Sala puede concluir que la motivación de la desvinculación de la señora Nancy Fabiola Amórtegui Alférez es razonable y como consecuencia de esto, no se evidencia, *prima facie*, la utilización abusiva de una facultad legal para encubrir un trato discriminatorio en torno a las circunstancias de debilidad manifiesta, en relación con su estado de salud. De igual manera, la Sala observa que la posesión de la señora Matilde Ximena Lara Campaña se realizó de conformidad con los presupuestos legales y constitucionales que regulan el concurso de méritos.

Ahora bien, esta Sala reconoce que la señora Nancy Fabiola Amórtegui Alférez, antes de la fecha de desvinculación, llevaba padeciendo diferentes enfermedades físicas, que desataron en un trastorno mixto de ansiedad y depresión, el cual limitaba y dificultaba sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares. Igualmente, es claro que la entidad accionada tenía pleno conocimiento de las enfermedades que padecía la accionante y que aún afectan su salud y bienestar. En esa medida, las limitaciones físicas y psicológicas que padecía la accionante hacían que se encontrara en debilidad manifiesta y, por consiguiente, que fuera beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada, de la cual gozan los funcionarios públicos en provisionalidad que sufren de un grave estado de salud, la cual además, se diferencia a la estabilidad laboral relativa o intermedia de la que gozan estos servidores, independientemente de sus condiciones físicas o mentales.

Sin embargo, no es menos cierto que existe una tensión entre la protección de los derechos de la accionante, de una parte; y el respeto de la carrera administrativa y los resultados del concurso adelantado por el ICBF, de otra parte. En el presente caso, la Sala no puede acceder a la pretensión de la

---

<sup>39</sup> Folio 172, cuaderno I.

accionante de ordenar su reincorporación al mismo cargo que venía desempeñando o a uno de mayor jerarquía, sin solución de continuidad, pues esta decisión vulneraría los derechos fundamentales de la señora Matilde Ximena Lara Campaña, quien accedió a esta vacante a través del concurso de méritos e iría en contra de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional que reconoce la carrera administrativa como el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de empleos públicos.

Por este motivo, la Sala considera que únicamente en el evento de existir vacantes disponibles al momento de la notificación de la presente decisión judicial, o en caso tal de que existan vacantes futuras en provisionalidad, el ICBF debe nombrar a la señora Nancy Fabiola Amórtegui Alférez a un cargo igual o equivalente al que ocupaba, hasta tanto sus cargos se provean en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la Ley y la jurisprudencia constitucional.

Por otra parte, esta Sala no encuentra razones legales que obliguen al ICBF a vincular a la accionante al Sistema de Seguridad Social en Salud, pues en caso tal de que la accionante no pueda ser vinculada de nuevo al mismo cargo o a uno similar, no existe un vínculo laboral que obligue al ICBF a realizar la respectiva vinculación y cotización al sistema. A pesar de que la jurisprudencia constitucional, ha obligado en otras oportunidades a las entidades a mantener la afiliación de la persona al Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal suerte que se le permita continuar los tratamientos necesarios para la recuperación de las patologías que padece la persona, o hasta que sea afiliada al sistema por parte de otro empleador, en el presente caso, la pretensión de la accionante no ha estado encaminada a que el ICBF garantice su vinculación al Sistema de Seguridad Social en Salud, sino que por el contrario, la accionante manifestó expresamente en su escrito de impugnación que esta no era una solución viable a su situación actual y que su intención era que el ICBF la vinculara de nuevo a una vacante de igual o mayor jerarquía y sin solución de continuidad, pretensión que, como ya se expuso, no se puede conceder. De igual manera, esta Sala de Revisión pudo corroborar que la señora Nancy Fabiola Amórtegui Alférez, se encuentra afiliada al régimen contributivo, desde el 1 de marzo del presente año, como afiliada cotizante<sup>40</sup>.

Así las cosas, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional revocará la decisión segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán del 4 de diciembre de 2018, que negó las pretensiones de la accionante y procederá a confirmar parcialmente la decisión de primera instancia del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán del 30 de octubre de 2018, confirmando así el numeral primero de la decisión de primera instancia que ordena la vinculación de la accionante en caso tal de que existan vacantes disponibles y revocando el numeral segundo de la decisión, el cual ordena la vinculación de la accionante al Sistema de Seguridad Social en Salud.

---

<sup>40</sup> Tomado de la página: <https://ruaf.sispro.gov.co/AfiliacionPersona.aspx>

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE:

**PRIMERO.- REVOCAR** la sentencia del 4 de diciembre de 2018, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en el proceso de tutela promovido por Nancy Fabiola Amórtegui Alférez en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia del 30 de octubre de 2018 del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán, en lo referente al numeral primero (1) de la decisión, que decidió tutelar el derecho fundamental al trabajo y a la vida en condiciones dignas de la accionante Nancy Fabiola Amórtegui Alferez, en el evento de que existan vacantes disponibles al momento de la notificación de la presente decisión judicial, o en caso tal de que existan vacantes futuras en provisionalidad.

**TERCERO.- REVOCAR** lo referente al numeral segundo (2) de la providencia del 30 de octubre de 2018 del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán, que amparó el derecho fundamental a la seguridad social de la accionante y ordenó la vinculación de la accionante al Sistema de Seguridad Social en Salud. En su lugar, **NEGAR** la protección al derecho a la seguridad social, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO.-** Por Secretaría General de esta Corporación, **LÍBRESE** la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO  
Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO  
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER  
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ  
Secretaria General