REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO 27 PENAL DEL CIRCUITO

Medellín, junio (11) de dos mil Veinticuatro (2024)

Proceso	Acción de Tutela
Accionante	DR. ELKIN HERNANDO YEPES LARGO
Afectada	LILIANA MARÍA CASTAÑO GIRALDO
Accionada	ICBF
Vinculados	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC-, TERCEROS CON INTERÉS EN LOS RESULTADOS DE LA ACCION, ODILA DEL SOCORRO GRACIANO MANCO elegible nombrada en el cargo ocupado por la accionante, EPS SURA, COLPENSIONES, Y a los servidores públicos del ICBF a quienes actualmente se les ha reconocido una especial condición de estabilidad laboral reforzada.
Radicado	05-001-31-09-027-2024-00046
Instancia	Primera
Providencia	Sentencia número 111 de 2024
temas y Subtemas	Vulneración a los derechos fundamentales a la Dignidad Humana, Mínimo Vital, Seguridad Social, Trabajo, Debido Proceso
Decisión	Se niega el amparo constitucional

1. ASUNTO

Se procede al proferimiento formal del fallo de tutela provocado por el doctor **ELKIN HERNANDO YEPES LARGO**, en su calidad de apoderado de la Señora **LILIANA MARÍA CASTAÑO GIRALDO** quien acude a este mecanismo en procura de la protección de los derechos fundamentales a la Dignidad Humana, Mínimo Vital, Seguridad Social, Trabajo, Debido Proceso, vulnerados por la presunta omisión en que incurre el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF.** Y luego que el Tribunal Superior de Medellín decretara nulidad el veintiocho (28) de mayo de dos mil veinticuatro (2024), como quiera que no se integró debidamente al contradictorio a COLPENSIONES, EPS SURA, la elegible nombrada en el cargo ocupado por la accionante, esto es a la señora ODILA DEL SOCORRO GRACIANO MANCO, y a los servidores públicos del ICBF a quienes actualmente se les ha reconocido una especial condición de estabilidad laboral reforzada, los cuales eventualmente podrían verse afectados con la decisión que finalmente se adopte en este trámite.

2. HECHOS.

El relato de éstos los discrimina el actor en los siguientes términos:

"PRIMERO: La Señora **LILIANA MARÍA CASTAÑO GIRALDO** Nació el 30 de marzo de 1965 en la ciudad de Medellín, tiene cincuenta y nueve (59) años de edad y se encuentra laborando como empleada pública en el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** por sus siglas **ICBF**, centro zonal Aburrá norte, como trabajadora social profesional Universitario Grado 9, desde el año 2013, desde octubre de 2017 fue nombrada de planta provisional, e igualmente está afiliada a la seguridad social en pensiones a **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: El día 4 de marzo del año 2024 su inmediato superior en el **ICBF** la Señora LUZ STELLA MARTINEZ GIRALDO, mediante correo electrónico adjunto la Resolución **0514 de 2024 por la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se dictan otras disposiciones,** expedido por la secretaria general del **ICBF**, acto que no ofrecía los recursos de ley por ser un acto de trámite por lo que agota vía gubernativa, en su parte resolutiva nombró en periodo de prueba a la Señora ODILIA DEL SOCORRO GRACIANO MANCO y desvinculó a mi poderdante de su encargo en provisionalidad alegando proveer el cargo que ostenta a una persona que superó satisfactoriamente el concurso de méritos, sin advertir en esta resolución las acciones afirmativas que se debían realizar dado que tiene especial protección por su calidad de prepensionada en concordancia con la ley 790 de 2002, ley 1955 de 2019, art 8 ley 2040 de 2020 y el decreto 1415 de 2021, igualmente no se hace mención a su calidad de madre cabeza de familia acreditada, terminación que se hará efectiva el 5 de abril del presente año.

TERCERO: Mi poderdante se desempeña exclusivamente en el empleo en provisionalidad con el **ICBF**, por tanto, es el único ingreso económico que posee, no tiene vivienda propia y se encuentra a la fecha pagando un crédito otorgado por BANCOLOMBIA y que posteriormente el mismo empleador **ICBF** a través de su fondo adquiere, crédito con destino a pagar su vivienda y que quedaría insoluto si es despedida, es madre cabeza de familia acreditada y su cónyuge el Señor **HORACIO DE JESUS CASTAÑO**, identificado con C.C. 8.272.689, de 78 años de edad, quien no es beneficiario de pensión de vejez, también goza de especial protección, art 46 C.N, en el momento padece quebrantos de salud, sufre de osteoporosis, debe estar bajo su cuidado y debe estar afiliado a una EPS, ya que se encuentra en un programa de protección renal.

Todos los documentos que prueban la situación de mi poderdante y su cónyuge se aportan en esta acción de amparo y claramente demuestran la amenaza y vulneración a los derechos constitucionales de mi poderdante y su cónyuge si se hace efectiva la terminación del contrato de trabajo en la fecha programada (4 de abril de 2024).

CUARTO: Dadas las circunstancias apremiantes, mi poderdante procedió el día 05 de marzo de 2024 a consultar la historia laboral de manera digital en **COLPENSIONES** con el ánimo de verificar sus semanas cotizadas, encontrando que las semanas cotizadas registradas en el fondo están desactualizadas y que se puede deber a que:

- Estuvo afiliada a la AFP Porvenir, solicitó el traslado a Colpensiones y como ninguna de las dos entidades aceptaron el traslado, demandó por la ineficacia del mismo, quedando bajo el radicado **05001 31 05 020 2019 00745 00** y el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, conoció de dicho proceso laboral.

En sentencia proferida el 28 de marzo de 2022, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, **declaró la ineficacia del traslado** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., entendiéndose que me encontraba afiliada válidamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, y ordenó: i) A la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., trasladar, con destino a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, los aportes de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los frutos y rendimientos financieros, cuotas por administración, pólizas de seguros previsionales, aportes

destinados al fondo de garantía de pensión mínima y al fondo de solidaridad, debidamente indexados y ii) A Colpensiones recibir de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la accionante. Y condenó al fondo privado a pagar las costas del proceso.

- Las entidades demandadas antes citadas, impugnaron la decisión del juez de primera instancia y apelaron su decisión, recurso que conoció la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, que confirmó en su totalidad la decisión de primera instancia que se revisa en apelación y consulta.

- La AFP Porvenir, realizó el pago o trasladó los aportes de la cuenta de ahorro individual en pensiones a Colpensiones, en el momento se presenta un vacío en las cotizaciones de la historia laboral.

- En un estado de la historia laboral consolidada, emitida por la AFP Porvenir, con fecha de actualización del 03 de agosto de 2022, **aportes hasta junio de 2022**, aparece el número de semanas cotizadas así:

HISTORIA LABORAL CONSOLIDADA						
Entidades Públicas	+	Otras AFP	+	Porvenir	+	Total
28.8		51.4		996.7		1077

En un reporte de semanas cotizadas, emitido por Colpensiones actualizado a 22 de mayo de 2023, aportes hasta 31 de marzo de 2023, aparece un total de semanas cotizadas de 1.099,14, no ha estado desempleada y **aparece un vacío en semanas cotizadas, de 16,47**, ya que han transcurrido nueve meses, y cada mes tiene 4,29 semanas, **por lo que el valor que debería tener reportado sería de 1.115,61**.

- Y comparando el reporte anterior del 22 de mayo de 2023, aportes hasta el 31 de marzo de 2023, **aparece un total de 1.099,14** (sin contar las 16.47 semanas que están perdidas) y el reporte actualizado a 29 de febrero de 2024, aportes hasta el 31 de enero de 2024, aparecen un total de 1.106,14 semanas cotizadas, es decir sólo aparecen siete (7) semanas cotizadas, tiempo en el que no ha estado desempleada y siempre vinculada con el mismo empleador, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, en diez (10) meses debería tener cuarenta y dos con nueve (42,9) semanas, **es decir un total 1.142,04 semanas** y contando las 16.47 semanas que están perdidas, **sería un total de 1.158,51 semanas**; este resultado sería a 31 de enero hogaño.

- Un estado de COLPENSIONES a corte febrero de 2024 reporta 1106 semanas lo que deja claramente en evidencia la necesidad de corregir el historial laboral.

QUINTO: A la fecha de presentación de esta acción de amparo como declaración de buena fe la Señora **LILIANA MARÍA CASTAÑO GIRALDO** tiene 59 años de edad y más de 1150 semanas cotizadas, sin embargo, en el registro o historia laboral de **COLPENSIONES** cuenta con tan solo 1106. Lo que en principio impediría acreditar su calidad de prepensionada y, por tanto, obtener la protección con estabilidad laboral reforzada sin perjuicio de su protección como madre cabeza de familia.

SEXTO: Mi poderdante fórmula derecho de petición con fundamento en el art 23 C.N, ley 1755 de 2015, art 8 ley 2040 de 2020 y ley 2052 de 2020, solicitando con los fundamentos atrás expuestos se garantizará su estabilidad laboral reforzada con las siguientes peticiones:

> *(…)* ***PRIMERA:*** *Que se sirvan garantizar mi derecho constitucional de estabilidad reforzada en calidad tanto de pre pensionada como madre cabeza de hogar ambas condiciones previamente reconocidas por el ICBF. Y que se me nombre en una vacante de igual o mejor condición laboral evitando así interrumpir las semanas de cotización, hasta tanto cumpla con los requisitos para obtener el beneficio pensional; para así lograr mi pensión por vejez, tal como lo señala el artículo 8 de la ley 2024 de 2020. (…)*
>
> *(…)* ***SEGUNDO:*** *Resultado de lo anterior, y como primera opción, en el marco constitucional se me reubique de manera oportuna en uno de los cargos que actualmente hay en vacancia temporal en el centro zonal aburrá norte de la denominación. PROFESIONAL UNIVERSITARIO CODIGO 2044 – GRADO 9 ROL TRABAJO SOCIAL (…)*
>
> *(…)* ***TERCERO:*** *De no ser posible la reubicación en una de las vacantes temporales del centro zonal Aburrá norte, tengo conocimiento de la existencia de otro cargo en vacancia definitiva en la ciudad de Medellín centro zonal suroriente que cumple con la denominación profesional universitario-rol trabajador social, ya que cumplo con los requisitos tanto profesionales como constitucionales para ser nombrada en dicha vacante (…)*

SÉPTIMO: El día 20 de marzo de 2024 mediante correo electrónico recibe respuesta del **ICBF** donde en resumen y procedo a parafrasear los apartes más relevantes con el ánimo de no transcribir toda la respuesta manifiestan:

> *(…) 1. Que los servidores vinculados en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa o transitoria, que esto 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.*
>
> *Ante las situaciones de debilidad manifiesta, de manera excepcional, el decreto 1083 de 2015 en el parágrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2 establece la condición que permite a la entidad dar aplicación a las reglas que debe tener en cuenta para la garantía de estos derechos fundamentales, así:*
>
> ***Condición establecida en la norma: "cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección este conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer"***
>
> ***Parágrafo 2°.*** *Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección está 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.

***Parágrafo 3°**. Cuando la lista de elegibles esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que se encuentren en las condiciones señaladas en el parágrafo anterior sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo. (…)*

Existencia de causal objetiva que amerite desvinculación

Es importante reiterar la regla jurisprudencial respecto del retiro de trabajadores provisionales el "retén social" consiste en que esta se pueda dar siempre y cuando exista una causal objetiva de desvinculación, en palabras de la corte:

"De este modo se reitera la regla jurisprudencial que indica que la desvinculación de los trabajadores del " reten social" pueden ocurrir cuando se presenten causales objetivas que no tengan relación con la condición que precisamente origina su protección especial, como la existencia de una justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada" la conclusión definitiva del proceso liquidatorio de la entidad respectiva o el cese de las condiciones que originan la especial protección.

En el caso concreto, las lista elegibles resultados de la convocatoria 2149 de 2021, son en efecto una causal objetiva de la terminación de la vinculación y por ende del retiro de los servidores vinculados mediante nombramiento provisional.

Hace mención al margen de maniobra, señala de la existencia de MÁS ELEGIBLES QUE VACANTES A PROVEER, 3792 con un total de elegibles de 11682, por tanto, que no tiene margen de maniobra, que se le hace imposible dar aplicación al parágrafo 2 del decreto 1083 de 2015 art 2.2.5.3.2.

2. Dice además que no pone en duda que se cumplan por parte de mi poderdante las condiciones que la acrediten bajo la protección especial, sin embargo, que en razón a la cantidad de elegibles la entidad se encuentra en imposibilidad de garantizar su continuidad en el empleo.

Así mismo señala que realizó acciones afirmativas en favor de mi poderdante como:

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

SEGUNDA ACCIÓN AFIRMATIVA: Expedición del memorando 20231210000014713 del 10 de febrero de 2023 el cual se emitió con el fin de establecer las situaciones de especial protección de servidores vinculados en provisionalidad de cara a la inminente provisión de empleos en virtud de la publicación de las listas de elegibles de la Convocatoria 2149 de 2021.

TERCERA ACCIÓN AFIRMATIVA: A partir de las diferentes situaciones identificadas por la Entidad, se estructuró una base de datos con el fin de conocer y tener claridad sobre las solicitudes presentadas por los servidores y el análisis que adelantó la entidad en cada caso concreto, lo cual permite tener claridad a esta entidad respecto de los servidores que cuentan con algún tipo de condición que amerite acciones afirmativas estabilidad laboral reforzada.

A la fecha han sido atendidas 1.707 solicitudes de estabilidad laboral reforzada elevadas por los servidores públicos que consideran ostentar alguna de las condiciones señaladas por la ley, para lo cual se han emitido respuestas.

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

Frente a las acciones afirmativas que dice haber realizado el ICBF en beneficio de mi poderdante y si estas han sido suficientes para garantizar su estabilidad laboral me referiré más adelante en esta acción.

Termina la respuesta del ICBF advirtiendo "*que no puede ampliar la planta de empleos, que los únicos empleos vacantes fueron ofertados y que es imposible garantizar la continuidad de 2899 servidores vinculados en nombramiento provisional.*"

OCTAVO: El día 27 de marzo de 2024 mi poderdante fórmula derecho de petición con atención prioritaria en concordancia con el art 23 de la C.N. ley 1755 de 2015 art 13 y 20, solicitando la actualización y corrección de las semanas efectivamente cotizadas a **COLPENSIONES** y el ajuste de semanas calendario con fundamento en la providencia de la sala laboral de la **HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** SL-138-2024. Petición que a la fecha no ha sido resulta".

3. PETICIONES

PRINCIPALES

1. "Con base en los anteriores elementos de hecho y de derecho, solicito respetuosamente se le brinde

protección laboral a mi poderdante y en especial por su situación de debilidad manifiesta por estar en condición de **PREPENSIONADA** y ser **MADRE CABEZA DE FAMILIA.**

2. En tal sentido Solicito se le permita continuar desempeñando su labor como PROFESIONAL UNIVERSITARIO CÓDIGO 2044-GRADO 9 ROL TRABAJADOR SOCIAL en centro zonal norte de Aburrá.

3. Como consecuencia se garantice la estabilidad reforzada de mi poderdante hasta que cumpla el mínimo de 1300 semanas cotizadas para obtener la pensión de vejez".

SECUNDARIAS.

1. "De no ser posible su permanencia en provisionalidad en el ICBF centro zonal norte se realice la reubicación en otras zonas, priorizando la ciudad de Medellín y el valle de Aburrá por su arraigo como madre cabeza de familia, siempre garantizando la continuidad del trabajo que permita cumplir con el número mínimo de semanas 1300 para acceder a la pensión de vejez.

2. De no ser posible su permanencia en el ICBF por falta de vacantes en la ciudad de Medellín se garantice su permanencia en las otras entidades administrativas en provisionalidad, priorizando la ciudad de Medellín y el valle de Aburrá siempre garantizando la continuidad del trabajo que permita cumplir con el número mínimo de semanas 1300 para acceder a la pensión de vejez.

3. De no ser posible su permanencia en Medellín por falta de vacantes en provisionalidad en entidades administrativas se garantice su permanencia en las otras entidades administrativas a nivel nacional siempre garantizando la continuidad del trabajo que permita cumplir con el número mínimo de semanas 1300 para acceder a la pensión de vejez".

PRUEBAS.

Documentales:

1. Cédula de ciudadanía **LILIANA MARIA CASTAÑO GIRALDO**.
2. Registro civil matrimonio.
3. Historia clínica donde consta el estado de salud del cónyuge.
4. Cédula de ciudadanía HORACIO DE JESUS CASTAÑO MONTOYA
5. Acta en posesión No 0270 del 11 de octubre de 2017 nombrada en carácter de provisionalidad.
6. Resolución 0514 de 2024 **SECRETARIA GENERAL ICBF**.
7. Historia laboral con corte de 31 de abril de 2023 – PORVENIR.

Con corte de 29 de febrero - COLPENSIONES

8. Derecho de petición con fecha de febrero 15 de 2023, solicitando el reconocimiento de madre cabeza de familia y prepensionada
9. Constancia de reconocimiento de mi condición de prepensionada y madre Cabeza de

familia.

10. Derecho de petición protección estabilidad laboral reforzada.

11. Respuesta **ICBF** derecho de petición estabilidad laboral reforzada.

12. Derecho de petición a **COLPENSIONES** con atención prioritaria solicitando la corrección semanas cotizadas y ajuste a semanas calendario.

13. Colilla de pago con descuento de compra de cartera FGA

4. LA ACTUACIÓN

4.1. La presente acción de tutela fue admitida el 02 de abril de 2024, notificándose en debida forma a las partes interesadas sobre la iniciación de la acción constitucional.

En este evento estima el Despacho que, no es procedente acceder a la Medida Provisional solicitada, pues de lectura de la solicitud de tutela, no se advierte la existencia de un perjuicio irremediable, por lo que para el Juzgado no están presentes los requisitos que para tal efecto establecen el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional.

De manera oficiosa se ordenó vincular al contradictorio en los términos que lo establece el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, en consonancia con el Art. 4° del Decreto 306 de 1992 y expedirle copia de la respectiva solicitud de tutela, a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNCS**, y a los **TERCEROS CON INTERESES,** instando a los ASESORES JURÍDICOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNCS, para que de conformidad con la Ley 909 de 2004, artículo 33, se sirvan VINCULAR Y NOTIFICAR de manera inmediata mediante la respectiva página web y ALLEGAR PRUEBA DE ELLO A ESTE JUZGADO, a los TERCEROS CON INTERÉS EN LA CONVOCATORIA descrita en el párrafo precedente. Para lo anterior se les concede el TÉRMINO DE UN (1) DÍA.

Luego que el Tribunal Superior de Medellín decretara nulidad el veintiocho (28) de mayo de dos mil veinticuatro (2024), como quiera que no se integró debidamente al contradictorio a COLPENSIONES, EPS SURA, la elegible nombrada en el cargo ocupado por la accionante, esto es a la señora ODILA DEL SOCORRO GRACIANO MANCO, y a los servidores públicos del ICBF a quienes actualmente se les ha reconocido una especial condición de estabilidad laboral reforzada, los cuales eventualmente podrían verse afectados con la decisión que finalmente se adopte en este trámite, esta judicatura actúo en consecuencia realizando de manera efectiva las respectivas vinculaciones (ver anexo 20 y 21 del expediente digital).

5. RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

5.1. RESPUESTA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

Se pronunció en el siguiente sentido:

1.1. "Incumplimiento del requisito de subsidiariedad y la Inexistencia de un perjuicio irremediable

Se debe declarar la improcedencia de la acción puesto que, existiendo otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos presuntamente amenazados o vulnerados, para el caso en particular, la accionante **cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento de derecho prevista en el artículo 138 ibidem**, se debe recurrir a estos y no a la acción de amparo constitucional, máxime que en sentencia de unificación SU-355 de 2015*,* la Corte Constitucional reconoció la importancia del proceso contencioso administrativo, considerando que, en dicho escenario, el juez tiene la posibilidad de adoptar cualquier tipo de medida cautelar, a fin de atender las necesidades específicas del solicitante. Sobre el particular, en la sentencia T-376 de 2016 la Sala Tercera de Revisión se refirió a las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo y concluyó que la Ley 1437 de **2011 las dotó de efectividad suficiente de cara a fortalecer la protección de los derechos constitucionales.**

1.1. Inexistencia de vulneración de derechos fundamentales

En tornó a ello, debe dejarse sentado que el ICBF NO terminó el nombramiento de la accionante por un acto caprichoso, arbitrario o de discriminación; al respecto, resáltese que se configuró la existencia de una causal objetiva sustentada en los principios constitucionales de la función pública; que los Derechos de la accionante, vinculada a través de un nombramiento en provisionalidad, deben ceder ante el mejor derecho de quien superó el concurso de méritos.

Dígase que quienes son nombrados en provisionalidad, gozan de una estabilidad relativa y que sus Derechos no son absolutos, pues, por mandato constitucional se busca asegurar que los cargos públicos se asignen de manera justa y transparente, basándose en las capacidades de los aspirantes, sin privilegios ni arbitrariedades, principio que corresponde al interés superior.

EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL DE LAS PERSONAS NOMBRADAS EN PROVISIONALIDAD PROXIMAS A PENSIONARSE, FRENTE A LA LISTA DE ELEGIBLES.

Específicamente en el sector público, la alta Corte ha sostenido en diversas oportunidades que los servidores nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa. Esta calificación significa que solo pueden ser retirados de sus empleos por causales legales que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, como serían la calificación de desempeño para esta modalidad de servidores, la comisión de faltas disciplinarias **o la provisión del cargo en propiedad por concurso de méritos *(****Sentencia T-245 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)*

Es preciso establecer que las personas beneficiarias de protección especial, en este caso, pre pensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes. (Corte Constitucional, Sentencia SU-897 de 2012.)

Ahora bien, esa garantía de estabilidad laboral reforzada a favor del presionado no otorga protección para impedir a la entidad nominadora la desvinculación del servicio público, por razones objetivas como el desarrollo de un concurso de méritos. Al respecto, la Corte sostuvo en la sentencia SU-446 de 2011:

> *"(…) Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una* ***estabilidad relativa****, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia,* ***la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos****"*

CASO PARTICULAR:

En el sub examine, el representante legal de la accionante refiere que, ella cumple con los requisitos de edad y semanas cotizadas con derecho a la estabilidad laboral de las personas nombradas en provisionalidad próximas a pensionarse, frente a la lista de elegibles y que, de hecho, ya realizó la solicitud ante Colpensiones para el ajuste de todas las semanas, pero esta no ha sido respondida; además, dejó probado el siguiente hecho:

> ***QUINTO: A la fecha de presentación de esta acción de amparo como declaración de buena fe la Señora LILIANA MARÍA CASTAÑO GIRALDO tiene 59 años de edad y más de 1150 semanas cotizadas, sin embargo, en el registro o historia laboral de COLPENSIONES cuenta con tan solo 1106. Lo que en principio impediría acreditar su calidad de pre pensionada y, por tanto, obtener la protección con estabilidad laboral reforzada sin perjuicio de su protección como madre cabeza de familia".***

5.2. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC

Informa:

"MÉRITO FRENTE A NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD

Es preciso mencionar que los empleados vinculados mediante un nombramiento provisional gozan de una **estabilidad relativa o intermedia**, y por lo tanto están sujetos a una posible desvinculación cuando como producto de un concurso de méritos una **persona gane el derecho a proveer el empleo ofertado**; en concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional en la **Sentencia SU- 446 de 2011**, precisó:

> *"(…) Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una **estabilidad relativa**, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, **cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos**. (…)" (Negrilla fuera de texto).*

VI. FRENTE A LA DESVINCULACIÓN DE PROVISIONALES EN SITUACIONES ESPECIALES APLICABLE AL PROCESO DE SELECCIÓN INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR NO. 2149 DE 2021

El día 29 de agosto de 2018, en ejercicio de sus facultades el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, expidió el Concepto Marco No. 09 de 2018, mediante el cual se desarrolla el tema atinente a la ***"DESVINCULACIÓN DE PROVISIONALES EN SITUACIONES ESPECIALES PARA PROVEER EL CARGO CON QUIEN GANÓ LA PLAZA MEDIANTE CONCURSO DE MÉRITOS".***

En el mencionado concepto el DAFP hace mención al precedente jurisprudencial desarrollado por la Honorable Corte Constitucional con relación a la desvinculación de personal que ocupa un cargo de carrera administrativa mediante la figura de la provisionalidad, lo anterior como consecuencia de las listas de elegibles proferidas en el marco de un concurso abierto de méritos y **principalmente en relación a aquellas personas en condiciones de especial vulnerabilidad.**

Al respecto, es preciso indicar que el precitado documento concluyó:

> *"(…) 4. La estabilidad **relativa** que se le ha reconocido a los empleados provisionales que tienen una condición o protección especial como embarazadas, **padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, cede frente al***

mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

5. *De acuerdo con la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional ha afirmado que cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.)* ***surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien 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 prepensionados****, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la Constitución Política (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem),* ***se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos.***

6. *Por ejemplo,* ***de existir cargos vacantes similares o equivalentes a los que venían ocupando podrán ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.***

(…)

8. Por tanto, 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:*

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

(…)" (Énfasis fuera del texto de origen.)

De lo expuesto, se extrae que independientemente de que existan personas vinculadas en provisionalidad con situaciones de especial vulnerabilidad, el ente nominador está en la **obligación** de nombrar y posesionar a quien en mérito obtuvo su derecho prevalente.

Sin embargo, el acto administrativo de desvinculación de los provisionales no puede ser caprichoso ni arbitrario, sino que por el contrario debe estar **debidamente motivado** y fundamentado. Además, es claro que la administración, **de ser posible**, debe emprender **medidas afirmativas** en favor de empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales.

Lo anterior, en consonancia con la Sentencia T-595 de 2016 de la Corte Constitucional, en la que analizó la estabilidad laboral en caso de que la desvinculación sea consecuencia de la aplicación de una lista de elegibles resultante de un concurso de méritos, en la cual señaló que:

> *"(…) En aquellos eventos en los que la Administración no posea margen de maniobra, debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales (…) con el propósito de que **sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos**, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera. (…) Ello, naturalmente, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos. (…)"*

Entonces, si bien es cierto que los empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales **no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo**, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa[1], **antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.**

Para concluir, queda demostrado que la presente acción de tutela es improcedente, por tal razón la parte accionante no tiene derecho a lo pretendido.

CONCLUSIÓN

La Corte Constitucional, en su desarrollo jurisprudencial, ha sido clara en el hecho de que la estabilidad laboral reforzada por ser madre cabeza de hogar no es absoluta cuando se encuentra en tensión con otros derechos, como lo es el del mérito, por lo que la condición de ser madre cabeza de hogar de una mujer que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad no es razón suficiente para desconocer el derecho que tienen las personas de acceder a cargos públicos y materializarlos con el respectivo nombramiento, por lo que no se podría alegar la existencia de un perjuicio

[1] En relación con este aspecto de la acción afirmativa pueden ser consultadas las sentencias SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011, en la cual se planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad (Fiscalía General de la Nación) tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

irremediable en su contra por el nombramiento al que tiene derecho la persona que ganó el concurso de méritos, ya que lavinculación en provisionalidad tiene carácter transitorio y no puede pretender la permanencia indefinida en el mismo, por lo que dicha situación no configura en sí misma una vulneración a derechos fundamentales o la obligación del juez de tutela de ordenar supermanencia en el cargo, aspectos éstos que se desprenden de las Sentencias SU-389 de2005 y SU-691 de 2017.

Así mismo, se concluye que la accionante no demostró encontrarse en presencia de un perjuicio irremediable, además como ya se indicó, la señora LILIANA MARIA CASTAÑO GIRALDO participó en el concurso para la provisión del del empleo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 7, identificado con el código OPEC No. 166313, pero no superó la etapa de Pruebas Escritas, procediendo a presentar la acción de tutela a fin de permanecer en el cargo que ostentaba en provisionalidad".

ANEXOS Y PRUEBAS

1. Resolución número 3298 de 01 de octubre de 2021, que acredita la personería jurídica para intervenir en nombre de la CNSC.
2. Acuerdo No. 20212020020816 del 21 de septiembre de 2021 *"Por el cual se convocay se establecen las reglas del Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes el Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombianode Bienestar Familiar – Proceso de Selección ICBF 2021"* y el Anexo Técnico.
3. Reporte de inscripción de la accionante al Proceso de selección No. 2149 de 2021 – ICBF.
4. Resolución número 5596 del 17 de abril de 2023, *"Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer novecientos ochenta y nueve (989) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 7, identificado con el Código OPEC No. 166313, MODALIDAD ABIERTOdel Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, Proceso de Selección Instituto Colombiano de Bienestar Familiar No. 2149 de 2021"*.
5. Constancia de notificación de a acción de tutela de la referencia a los 1137 elegiblesque hacen parte de la Resolución Número 5596 del 17 de abril de 2023 conformadapara la OPEC 166313 ofertada en la Modalidad abierto del Proceso de Selección No.2149 de 2021 – ICBF.

PETICIÓN

Con fundamento en lo anterior, **se solicita declarar la improcedencia** de la presente acción constitucional, toda vez que **No** existe vulneración alguna a los derechos fundamentales de la parte accionante, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.En caso de que el despacho considere que la acción de tutela es

procedente, **se solicita declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la CNSC.**

5.3. TERCEROS CON INTERÉS EN LOS RESULTADOS DE LA ACCION

No hubo ningún pronunciamiento por parte de éstos.

5.4. EPS SURA.

ANGELA MARIA BEDOYA MURILLO obrando en su condición de Representante Legal y/o Representante Legal Judicial y/o apoderado (a) de la compañía **EPS SURAMERICANA S.A. NIT800.088.702-2 - EPS SURAMERICANA S.A.,** en adelante **SURA,** se pronunció en el siguiente sentido:

"Frente a las pretensiones del escrito de tutela se evidencia que están dirigidas al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF), manifestamos que desde EPS SURA no tenemos alcance para dar respuesta a dicha solicitud.

TERCERO: Se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva, para con EPS SURA al no existir una "***conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio"***.

PETICIÓN

"Conforme a la respuesta dada a los hechos, las pruebas adjuntas y el fundamento jurídico y jurisprudencial, solicito de manera respetuosa Señor Juez, **NEGAR** el amparo constitucional solicitado por la parte accionante y, en consecuencia, declarar la **IMPROCEDENCIA** de esta acción de tutela por no vulneración de un derecho fundamental por parte de **EPS SURAMERICANA S.A".**

5.5. EPS COLPENSIONES

ADRIANA CONSTANZA RIOS MELGAREJO, en calidad de Directora (A) de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, se pronunció en los siguientes términos:

Conforme a las pretensiones de la accionante, es importante señor Juez que Colpensiones no ha vulnerado derechos teniendo en cuenta que como se evidencia en los hechos y las pretensiones de la tutela el proceso recae sobre el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.**

Ahora bien, al validar los sistemas de información, se identifica que la señora **LILIANA MARIA CASTAÑO GIRALDO** presenta solitud a Colpensiones mediante radicado **BZ2024_5689627 del 1/04/2024,** para lo cual Colpensiones emite respuesta elpasado **16 de abril de 2024,** se adjunta respuesta a su despacho, en cuyo contenido se le indica:

"(…), resultando entonces inviable acceder a su petición" , y fue remitido a la dirección registrada, comunicado recibido en una segunda visita como lo corrobora la planilla de envío.

Finalmente, es importante mencionar que la señora **LILIANA MARIA CASTAÑO GIRALDO** presenta tutela expediente **No. 05001310902620240006900** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales con temas relacionados en la presente tutela, para lo cual, es importante mencionarlo y enviar a su despacho.

PETICIONES

De conformidad con las razones expuestas, la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, se permite realizar las siguientes solicitudes:

1. Por lo anteriormente expuesto, no es posible considerar que COLPENSIONES tiene responsabilidad en la transgresión de los derechos fundamentales alegados yconsiderando que la acción de tutela se refiere a una pretensión que no escompetencia de COLPENSIONES, solicito al señor Juez:

Disponga expresamente en el fallo de tutela la ***DESVINCULACIÓN POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*** de la entidad que represento, conforme a lo señalado en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, toda vez que no somos la entidad que presuntamente vulneró el derecho fundamental alegado.

2. De manera subsidiaria, **DENIEGUE** la acción de tutela contra COLPENSIONES por cuanto las pretensiones son abiertamente **IMPROCEDENTES**, como quiera que la presente tutela no cumple con los requisitos de procedibilidad del art. 6º del Decreto 2591 de 1991, así como tampoco se encuentra demostrado que Colpensiones haya vulnerado los derechos reclamados por el accionante y está actuando conforme a derecho".

5.6. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF)

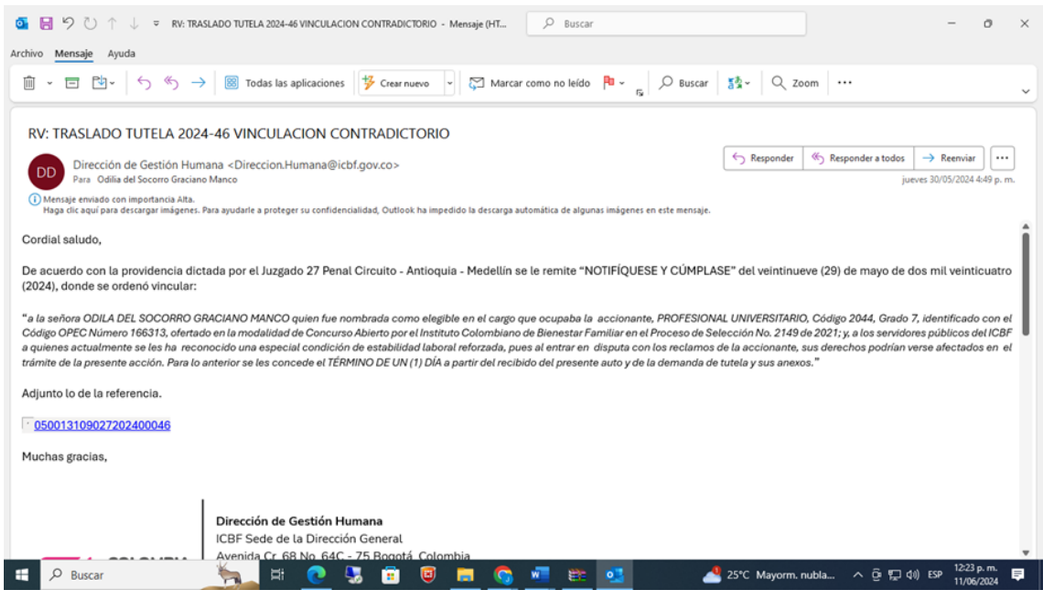
Precisó:

"Conforme a lo anterior la Dirección Gestión humana procedió a remitir comunicación electrónica a la señora ODILA DEL SOCORRO GRACIANO MANCO, poniendo en conocimiento de la acciona de tutela a fin de que se haga parte en la misma, en la misma medida se realizó la publicación de la demanda de tutela y sus anexos en la página del ICBFa fin de que todas las personas con interés puedan vincularse se anexa link como prueba: https://www.icbf.gov.co/accion-de-tutela-elkin-hernando-yepes-largo.

Con lo anterior, se da pleno cumplimiento a la orden judicial y se espera la expedición de nuevofallo".

ANEXOS

1. Notificación de la señora ODILA DEL SOCORRO GRACIANO MANCO.



2. Publicación en la página de la entidad para litis consorcios necesarios.

5.7. La señora ODILA DEL SOCORRO GRACIANO MANCO guardó silencio.

En tanto que luego de la publicación de la demanda de tutela y sus anexos en la página del ICBFa fin de que todas las personas con interés puedan vincularse se anexa link como prueba: https://www.icbf.gov.co/accion-de-tutela-elkin-hernando-yepes-largo, ninguno de los servidores públicos del ICBF a quienes actualmente se les ha reconocido una especial condición de estabilidad laboral reforzada se pronunció.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia

Es competente esta judicatura para resolver en primera instancia la presente acción tutela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el canon 37 del Decreto 2591 de 1991, y con fundamento en las disposiciones del Decreto 1983 de 2017.

6. 2. Las pruebas

Se decide con fundamento en los hechos narrados en la solicitud de tutela, las respuestas tributadas, los documentos anexos.

6.3. Los derechos invocados

La accionante reclama la protección de los derechos fundamentales a la Dignidad Humana, Mínimo Vital, Seguridad Social, Trabajo, Debido Proceso.

6.4. El problema jurídico

Se circunscribe a determinar si en el caso concreto se presenta o no una vulneración al derecho constitucional invocado por parte de la entidad accionada, a partir de la situación de hecho expuesta por el accionante.

6.5. La decisión

El constituyente diseñó un mecanismo expedito, ágil y sumario para que cualquier persona pudiera acudir de manera informal ante el juez constitucional para solicitar la protección de sus derechos fundamentales, siempre que éstos se vieran conculcados por las autoridades públicas o por los particulares, exigiendo como requisito de procedibilidad la inexistencia de otro medio judicial o administrativo de protección, salvo que la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Para resolver las cuestiones planteadas, se estima la necesidad de ocuparse de siguientes temas: (i) de la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos; (ii) naturaleza y connotaciones de la lista de elegibles; (iii) el caso concreto.

(i) Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos. Reiteración de jurisprudencia (T-090 de 2.013).

"La acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.

El carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización frente a la expedición de actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos, a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado, cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable y, cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el accionante. Ésta última sub regla la ha aplicado la Corte cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia

ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. (ver Sentencia T-175 de 2010 entre otras).

Si el accionante no demuestra que el perjuicio cumple con las siguientes condiciones: "(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales", la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo que le genera inconformidad. De ahí entonces que la acción de tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, cuando concurre alguno de estos requisitos que se acaban de mencionar.

En este orden de ideas, podemos concluir que la presente acción de tutela es improcedente, toda vez que el afectado no ha demostrado la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte o amenace algún derecho fundamental, toda vez que en atención al carácter subsidiario, residual y proteccionista de derechos fundamentales que la Constitución asignó a la tutela, no es posible pasar por alto u obviar los otros medios de defensa con que cuenta el interesado, máxime cuando se trata de acciones contenciosas administrativas en las cuales se puede solicitar como cautela la suspensión del acto cuestionado en procura de hallar idoneidad y eficacia suficiente para evitar la consumación de un posible daño".

(ii) Naturaleza y connotaciones de la lista de elegibles[2].

"Sobre el particular, este Tribunal señaló en la Sentencia SU-913 de 2009 que: (i) Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de los derechos fundamentales. (ii) A través de las normas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada. (iii) Se quebranta el derecho al debido proceso y se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por las partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un

[2] Sentencia 180 de 2015.

cargo de carrera administrativa. (iv) Cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar, detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior que no puede ser desconocido.

La Sala Plena de este Tribunal, en sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas que, por regla general, conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera. En dicha oportunidad esta Corporación explicó que la escogencia del servidor público de carrera debe estar precedida de las fases de (i) convocatoria, (ii) reclutamiento, (iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de lista de elegibles, enfatizando en que aquellas deben adelantarse con apego al principio de buena fe y los derechos a la igualdad y debido proceso. Como consecuencia de lo anterior, cuando la administración – luego de agotadas las diversas fases del concurso – clasifica a los diversos concursantes mediante la conformación de una lista de elegibles, está expidiendo un acto administrativo de contenido particular, "que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman." Esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales. Así las cosas, cuando la administración designa en un cargo ofertado mediante concurso público a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desconoce los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo de aquellos aspirantes que la anteceden por haber obtenido mejor puntaje. En idéntica forma, se vulneran los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles, cuando aquellas se reconforman sin existir razones válidas que lo ameriten.

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas – deberán realizarse con estricta sujeción (i) al derecho al debido proceso; (ii) al derecho a la igualdad y (iii) al principio de la buena fe. Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen "ley para las partes" que intervienen en él. Así las cosas, la convocatoria se convierte en una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, de tal forma que incumplir las directrices allí estipuladas contraviene no solo los derechos de los aspirantes, sino aquel valor superior al cual está sujeto toda actuación pública. Dicho en otros términos, el acto administrativo que la contenga funge como norma del concurso de méritos, a la cual todos los intervinientes en el proceso deben someterse aquel so pena de trasgredir el orden jurídico imperante".

(iii) Caso concreto

Sea lo primero, indicar que el presente asunto no se enmarca en la descripción de prepensionado definido como: "*las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión".*

La "prepensión" protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez (…)".

Estas serían las situaciones que podrían presentarse con quien asegure ser un prepensionado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida:

Contexto de la persona[3]	**Condición de prepensionado**
a) Está a tres años o menos de cumplir edad y semanas cotizadas.	Sí
b) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero ya cuenta con las semanas mínimas requeridas.	No
c) Está a tres años o menos de completar las semanas, pero ya cuenta con la edad.	Sí
d) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero a más de tres años de cumplir las semanas.	No

Así se observa que, de conformidad con la postura unificada de la Corte, solo en los supuestos *a* y *c* podrá asumirse que la persona cuenta con la condición de prepensionada, pues allí el empleador estaría frustrándole, abiertamente, su derecho a acceder a la pensión de vejez al impedir, con el despido, que continúe efectuando las cotizaciones mínimas requeridas para tal fin.

En el Régimen de Prima Media con Prestación definida, el articulo 9 de la Ley 797 de 2003, por medio de la cual se modificó el artículo 33 de la ley 100 de 1993, señala como requisitos para acceder a la pensión de vejez el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido cincuenta y site (57) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre.
2. Haber cotizado 1300 semanas.

Lo anterior se infiere del sentido y alcance de la exposición que el mismo actor realiza en la solicitud de amparo:

[3] Contando a partir del momento en que se produce la desvinculación.

"CASO PARTICULAR:

En el sub examine, el representante legal de la accionante refiere que, ella cumple con los requisitos de edad y semanas cotizadas con derecho a la estabilidad laboral de las personas nombradas en provisionalidad próximas a pensionarse, frente a la lista de elegibles y que, de hecho, ya realizó la solicitud ante Colpensiones para el ajuste de todas las semanas, pero esta no ha sido respondida; además, dejó probado el siguiente hecho:

> ***QUINTO: A la fecha de presentación de esta acción de amparo como declaración de buena fe la Señora LILIANA MARÍA CASTAÑO GIRALDO tiene 59 años de edad y más de 1150 semanas cotizadas, sin embargo, en el registro o historia laboral de COLPENSIONES cuenta con tan solo 1106. Lo que en principio impediría acreditar su calidad de pre pensionada y, por tanto, obtener la protección con estabilidad laboral reforzada sin perjuicio de su protección como madre cabeza de familia".***

Sin embargo, en la solicitud de amparo no se mencionó esta condición de manera aislada o primaria, y por el contrario, también hizo valer la condición de madre cabeza de familia, que aunque la accionada reconoció, al igual que la condición de prepensionada (esta última, sin acreditar las semanas exigidas por la ley), lo que hace dudar a esta agencia judicial si la señora **LILIANA MARÍA CASTAÑO GIRALDO** reúne estas notas características, pues para ello esta judicatura solo cuenta con el comunicado de febrero 15 de 2024 atinente a la Condición Especial de Protección Constitucional. "Soy Madre Cabeza de Familia, dado que mi esposo quien no tiene pensión, y se encuentra en la tercera edad al contar con 77 años, se encuentra con una condición especial de salud, al contar con: hiperparatiroidismo primario, osteoporosis secundaria, hipoacusia, deterioro cognitivo, multidominio leve, disautonomía, programa de protección renal, afectaciones que le impiden a su edad generar ingresos para su subsistencia. A lo que yo como cónyuge debo de velar por los cuidados personales, tal como se consta en la historia clínica y certificado de salud como beneficiario.

Y la historia clínica de la EPS SURA en tres folios que anexa el actor y escribe que en esta consta el estado de salud del cónyuge, la misma no está vigente porque tienen fecha de 26 de marzo de 2021 y 26 de noviembre de 2021. Diagnóstico HIPERPARATIROIDISMO PRIMARIO, RIÑONES SIN SIGNOS DE NEFROPATIA; contrario a la postura del párrafo anterior que incluye entre las condiciones especiales de salud "programa de protección renal". Y el actor en el numeral TERCERO estimó que el cónyuge de su poderdante se encuentra "en un programa de protección renal".

Lo anterior, sin dejar al margen de un lado, que en esta misma historia clínica cuando le preguntan la ocupación no hizo alusión a una desocupación forzada, sino a "INDEPENDIENTE" , y de otra parte al referirse a las condiciones civiles, de manera expontánea respondió que tenían cuatro (4) hijos, este último aspecto, de capital importancia en relación con la exigibilidad del reconocimiento de la referida condición, atinente a que "Exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia".

Por lo anterior se impuso para el despacho enviar auto de sustanciación a la accionada inquiriéndola para que indicara a la Judicatura las razones por las cuales enmarcó dentro de la descripción normativa madre cabeza de familia a la señora **CASTAÑO GIRALDO,** y a su vez enviara la hoja de vida completa; pero la respuesta que prodigó solo se limitó a envíar el formato de la hoja de vida con una información personal que no incluye núcleo familiar.

ESTABILILDAD LABORAR REFORZADA DE LOS SERVIDORES NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD DERIVADA DE SUS CONDICIONES DE MADRE/PADREMUJER/HOMBRE CABEZA DE FAMILIA

La corte Constitucional, mediante sentencia SU-388 de 2005, estableció los requisito taxativos para acreditar la condición de madre cabeza de familia, así:

(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Así mismo, en sentencia SU-389 de 2005, la Corte Constitucional unificó la jurisprudencia relativa a la condición de MADRE o PADRE CABEZA DE FAMILIA. Con base en dicha sentencia, los requisitos que debe reunir quien alega tener la condición de PADRE cabeza de familia son:

(i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos. (ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre. (iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición. En efecto, de conformidad con el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: "esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de

familia) y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo".

El concepto de madre cabeza de familia debe integrarse armónicamente con el de ***mujer cabeza de familia,*** a la que el Estado le debe una especial protección, conforme lo establecido en el artículo 43 de la Constitución Política y que se desarrolla en el artículo 2° de la ley 82 de 1993, según el cual:

> *"(…) es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o cazada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente,* ***hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar,*** *ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, siquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar". (negrillas fuera de texto).*

Ahora, para resolver el asunto se hace necesario precisar que:

"Cuando el número de elegibles que conforman la respectiva lista sea menor al de los empleos ofertados surge la necesidad de determinar en que orden deben ser retirados los provisionales que ocupan esos empleos.

Frente a esta cuestión el Decreto 1083 de 2015 en el artículo 2.2.5.3.2 en su parágrafo segundo establece el siguiente orden de protección, que indica i) quienes hacen parte del grupo de personas que ostentan una condición que las hace merecedoras de medidas alternativas, y ii) su orden de prioridad:

> ***Parágrafo 2°.*** *Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección está 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.*

Cuando el número de elegibles sea el mismo o superior al número de cargos ofertados, las medidas afirmativas son las descritas en el parágrafo tercero del mismo artículo el cual dispone:

PARÁGRAFO 3. *Cuando la lista de elegibles* ***esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer****, la administración deberá* ***adelantar acciones afirmativas*** *para que en lo posible los servidores que se encuentren en las condiciones señaladas en el parágrafo anterior sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo.*(Subrayas y negrillas fuera de contexto).

Para el caso en estudio, se encuentra configurado el supuesto de hecho descrito en el parágrafo 3" del articulo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, esto es, la existencia de **MÁS ELEGIBLES QUE VACANTES A PROVEER**, pues **mientras el total de empleos a proveer de la planta de personal mediante la Convocatoria asciende a 3.792, contamos con un total de elegibles, que sumando las 256 OPEC o listas existentes, es 11.682**

La accionada hace una discriminación de las medidas afirmativas en el presente asunto así:

i) Identificando si el número de plazas es mayor al de elegibles que conforman la respectiva lista.

ii) En caso afirmativo, garantizando a quienes gozan de estabilidad laborar reforzada la aplicación del orden de prioridad establecido en el parágrafo segundo del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, de manera que quienes ostentan mejor posición en este orden sean los últimos en ser desvinculados (de acuerdo con el número de plazas que excedan)

iii) En caso negativo (si es menor o igual), garantizando que se adelanten gestiones en cumplimiento del parágrafo tercero del mismo artículo tendientes a reubicar a los tales servidores en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo.

A continuación, se relacionan los oficios y las entidades a las cuales fueron dirigidos:

DIRECTOR/MINISTRO	ENTIDAD / MINISTERIO	No de radicado
CIELO RUSINQUE URREGO	PROSPERIDAD SOCIAL	No. 20231210000014884 1
PATRICIA TOBÓN YAGARÍ	UNIDAD PARA LA ATENCIÓN YREPARACIÓNINTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS	No. 20231210000014885 1
RUBEN DARÍO ACEVEDO	CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA	No. 20231210000014889 1
ANA MARÍA ALMARIO DRESZER	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO	No. 20231210000014892 1

JORGE EDUARDO LONDOÑO ULLOZ	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA	No. 20231210000014893 1
CARLOS RAMÓN GONZÁLEZ	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA	No. 20231210000014894 1
RICARDO BONILLA GONZÁLEZ	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	No. 20231210000014896 1
LUIS FERNANDO VELASCO	MINISTERIO DEL INTERIOR	No. 20231210000014898 1
WILLIAM CAMARGO TRIANA	MINISTERIO DE TRANSPORTE	No. 20231210000014901 1
NESTOR IVÁN OSUNA PATIÑO	MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO	No. 20231210000014902 1
MAURICIO LIZCANO ARANGO	MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES	No. 20231210000014903 1
IRENE VÉLEZ LÓPEZ	MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA	No. 20231210000014904 1
GERMÁN UMAÑA MENDOZA	MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO	No. 20231210000014905 1
AURORA VERGARA FIGUEROA	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL	No. 20231210000014906 1
ÁLVARO LEYVA DURÁN	MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES	No. 20231210000014907 1
IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ	MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL	No. 20231210000014913 1
JHENIFER MOJICA FLÓREZ	MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL	No. 20231210000014914 1
GUILLERMO ALFONSO JARAMILLO MARTÍNEZ	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL	No. 20231210000014915 1
GLORIA INÉS RAMÍREZ RÍOS	MINISTERIO DE TRABAJO	No. 20231210000014917 1
MARÍA SUSANA MUHAMAD	MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE	No. 20231210000014920 1
CATALINA VELASCO CAMPUZANO	MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO	No. 20231210000014924 1
JORGE IGNACIO ZORRO SÁNCHEZ	MINISTERIO DE CULTURA	No. 20231210000014927 1
YESENIA OLAYA REQUENE	MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN	No. 20231210000014929 1
ASTRID BIBIANA RODRÍGUEZ CORTÉS	MINISTERIO DEL DEPORTE	No. 20231210000014931 1

Finalmente, se precisa que, ante la falta de vacantes, la Entidad carece de competencia para la creación o ampliación de la planta de personal, pues la autoridad competente para hacerlo es El Gobierno Nacional, en cabeza del Presidente de la República tal y como se señala en el Articulo 115 de la Ley 489 de 1998.

Por lo tanto y teniendo en cuenta que los empleos de la Entidad se fijaron mediante Decreto 1479 de 2017 y sus modificaciones, los únicos empleos vacantes fueron los ofertados en el marco del proceso de selección Convocatoria 2149 de 2021, los cuales serán provistos con los elegibles a quienes les asiste derecho, por lo que la Entidad no tiene facultad para crear empleos adicionales que permitan garantizar la continuidad de servidores en provisionalidad.

Reitera la imposibilidad jurídica en la que se encuentra la Entidad para garantizar la continuidad de los **2899 servidores** vinculados mediante nombramiento provisional en especial de los servidores provisionales que han manifestado ostentar alguna de las condiciones de especial protección constitucional.

Existe atendible y variada jurisprudencia constitucional en la que se determina que:

"La estabilidad laboral relativa de los servidores en provisionalidad cede frente al derecho que le asiste a una persona que superó todas las etapas del concurso de méritos para acceder a un cargo público", y que fue en la que se hizo gravitar la motivación de la RESOLUCIÓN No. 0514 de 16 de febrero de 2024 *"por la cual se hace un nombramiento en período de prueba y se dictan otras disposiciones".*

Que la Corte Constitucional mediante sentencia T 096 de 2018 M.P LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, señaló que:

La estabilidad laboral relativa de los servidores en provisionalidad cede frente al derecho que le asiste a una persona que superó todas las etapas del concurso de méritos para acceder a un cargo público así:

"En síntesis, a los servidores púbicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho a la estabilidad propio de quien accede a la función pública por medio de un concurso de méritos. Sin embargo, sí gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, conforme a la cual, su retiro solo procederá por razones objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer la vacante que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente las etapas de un proceso de selección e integre el registro de elegibles, dada la prevalencia del mérito como presupuesto ineludible para el acceso y permanencia en la carrera administrativa. (. .)

Pues la estabilidad relativa o intermedia que se le ha reconocido a esta categoria de servidores cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participaron en un concurso público e integraron la lista de elegibles".

"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 labora *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.

Postura que es secundada también al unísono por la accionada y vinculada sin ninguna diferenciación cuando se refieren al sentido y alcance de la **Sentencia SU-446 de 2011**, por adaptarse al caso específico, veamos:

> *"(…) Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una **estabilidad relativa**, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrióen el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, **cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos**. (…)" (Negrilla fuera de texto).*

Postura de la que no discrepa de los argumentos argüidos por la CNSC quien al respecto, con fundamento en el Concepto Marco No. 09 de 2018 el Departamento Administrativode la Función Pública -DAFP-, mediante el cualse desarrolla el tema atinente a la ***"DESVINCULACIÓN DE PROVISIONALES EN SITUACIONES ESPECIALES PARA PROVEER EL CARGO CON QUIEN GANÓ LA PLAZA MEDIANTE CONCURSO DE MÉRITOS"*** de fecha 29 de agosto de 2018, en ejercicio de sus facultades, indicó:

"De lo expuesto, se extrae que independientemente de que existan personas vinculadas en provisionalidad con situaciones de especial vulnerabilidad, el ente nominador está en la **obligación** de nombrar y posesionar a quien en mérito obtuvo su derecho prevalente.

Sin embargo, el acto administrativo de desvinculación de los provisionales no puede ser caprichoso ni arbitrario, sino que por el contrario debe estar **debidamente motivado** y fundamentado. Además, es claro que la administración, **de ser posible**, debe emprender **medidas afirmativas** en favor de empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales.

Entonces, si bien es cierto que los empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales **no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo**, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa[4], **antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.**

Frente a la expedición de actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos, la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo que le genera inconformidad, toda vez que el afectado no ha demostrado la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte o amenace algún derecho fundamental, toda vez que en atención al carácter subsidiario, residual y proteccionista de derechos fundamentales que la Constitución asignó a la tutela, no es posible pasar por alto u obviar los otros medios de defensa con que cuenta el interesado.

Lo anterior, sin dejar al margen que luego que el Tribunal Superior de Medellín decretara nulidad el veintiocho (28) de mayo de dos mil veinticuatro (2024), como quiera que no se integró debidamente al contradictorio a COLPENSIONES, EPS SURA, la elegible nombrada en el cargo ocupado por la accionante, esto es a la señora ODILA DEL SOCORRO GRACIANO MANCO, y a los servidores públicos del ICBF a quienes actualmente se les ha reconocido una especial condición de estabilidad laboral reforzada, los cuales eventualmente podrían verse afectados con la decisión que finalmente se adopte en este trámite, esta judicatura actúo en consecuencia realizando de manera efectiva las respectivas vinculaciones (ver anexo 20 y 21 del expediente digital).

Se obtuvieron respuesta tal y como se expuso de manera discriminada de los numerales **5.4** a **5.6** de la motivación de esta sentencia.

Así mismo, se resaltó en el numeral **5.7.** que la señora ODILA DEL SOCORRO GRACIANO MANCO guardó silencio.

---

[4] En relación con este aspecto de la acción afirmativa pueden ser consultadas las sentencias SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011, en la cual se planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad (Fiscalía General de la Nación) tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

En tanto que luego de la publicación de la demanda de tutela y sus anexos en la página del ICBFa fin de que todas las personas con interés puedan vincularse se anexa link como prueba: https://www.icbf.gov.co/accion-de-tutela-elkin-hernando-yepes-largo, ninguno de los servidores públicos del ICBF a quienes actualmente se les ha reconocido una especial condición de estabilidad laboral reforzada se pronunció.

De conformidad con lo anterior se impone **NEGAR POR IMPROCEDENTE** el amparo constitucional a la Dignidad Humana, Mínimo Vital, Seguridad Social, Trabajo, Debido Proceso, invocados por el doctor **ELKIN HERNANDO YEPES LARGO**, en su calidad de apoderado de la Señora **LILIANA MARÍA CASTAÑO GIRALDO,** orden que será impartida en la parte decisoria de esta decisión.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTISIETE PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo constitucional a la Dignidad Humana, Mínimo Vital, Seguridad Social, Trabajo, Debido Proceso, invocados por invocados por el doctor **ELKIN HERNANDO YEPES LARGO**, en su calidad de apoderado de la Señora **LILIANA MARÍA CASTAÑO GIRALDO,** contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF,** y los vinculados **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC-, TERCEROS CON INTERÉS EN LOS RESULTADOS DE LA ACCION, EPS SURA y COLPENSIONES.**

SEGUNDO: De no ser impugnada esta decisión dentro del término de tres días, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MARVIN JAVIER AYOS CORREA
Juez