

Señores

JUZGADOS CIVILES DE BOGOTA - REPARTO

E. S. D.

REF: ACCION DE TUTELA

ACCIONANTE: EGLIS ASTRID VALERA CERRA

ACCIONADOS: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

UNIVERSIDAD DE PAMPLONA

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION

PUBLICA.

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

EGLIS ASTRID VALERA CERRA, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. [REDACTED], correo electrónico [REDACTED], actuando en nombre propio acudimos ante usted Señor Juez para instaurar **ACCION DE TUTELA** contra **LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC** Representada Legalmente por la Comisionada Doctora **MONICA MARIA MORENO BAREÑO y/o quien haga sus veces**, y **LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA** Representada Legalmente por el Doctor **IVALDO TORRES CHAVEZ y/o quien haga sus veces**, **UNIVERSIDAD DE PAMPLONA** Representada Legalmente por **IVALDO TORRES CHAVEZ y/o quien haga sus veces** y el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF** Representada Legalmente por **LINA MARIA ARBELAEZ y/o quien haga sus veces**, contra la **PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA** con el objeto de que se protejan nuestros derechos fundamentales Constitucionales, **AL DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD, DERECHO A LA DEFENSA, A LA PROTECCION ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR MARE CABEZA DE FAMILIA, AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS, DE ACCESO A LA PROMOCIÓN DENTRO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA, AL LIBRE ACCESO A CARGOS PUBLICOS, ASI COMO LOS PRINCIPIOS DEL MERITO, IGUALDAD EN EL INGRESO, TRANSPARENCIA, IMPARCIALIDAD, CONFIANZA LEGITIMA y SEGURIDAD JURIDICA**, que han sido vulnerados, por los accionados. El fundamento de las pretensiones de Acción de Tutela radica en los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: Me encuentro vinculada al ICBF, en la que he sido nombrada en el Cargo de Profesional Universitario código 2044- 07 de la Planta Global de Personal del ICBF asignado a la Regional Atlántico en Barranquilla.

SEGUNDO: Que la CNSC en acuerdos suscritos con el ICBF, abrieron la Convocatoria No. 2149 de 2021 en la modalidad de ascenso y abierto para proveer los cargos vacantes, siendo el término de inscripciones del 11 al 24 de octubre de 2021.

TERCERO: Que los cargos ofertados dentro de la Convocatoria ICBF 2021, Mediante acuerdo 2081 de 2021, fueron los siguientes cargos:

CAPÍTULO II
EMPLEOS CONVOCADOS PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN

ARTÍCULO 8. OPEC PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN. La OPEC para este proceso de selección es la siguiente:

TABLA No. 1
OPEC PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN EN LA MODALIDAD DE ASCENSO

NIVEL JERÁRQUICO	NÚMERO DE EMPLEOS	NÚMERO DE VACANTES
Profesional	175	772
Técnico	14	114
Asistencial	12	88
TOTAL	201	974

Continuación Acuerdo No 2081 DE 2021

Página 10 de 16

Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Proceso de Selección ICBF 2021^o

TABLA No. 2
OPEC PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN EN LA MODALIDAD DE ABIERTO

NIVEL JERÁRQUICO	NÚMERO DE EMPLEOS	NÚMERO DE VACANTES
Profesional	34	2.774
Técnico	3	10
Asistencial	8	34
TOTAL	45	2.818

TABLA No. 3
OPEC PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN EN LAS MODALIDADES DE ASCENSO Y ABIERTO
EMPLEOS QUE NO REQUIEREN EXPERIENCIA

NIVEL JERÁRQUICO	NÚMERO DE EMPLEOS	NÚMERO DE VACANTES
Profesional	3	373
Técnico	5	32
Asistencial	4	50
TOTAL	12	455

CUARTO: Dentro de los términos establecidos en el Acuerdo No. 2081 de 2021 que rige la Convocatoria No. 2149 de 2021, me inscribí para participar dentro de misma, con el fin de aspirar al cargo de Profesional Universitario, pues actualmente ostento el título académico de Trabajadora social.

QUINTO: Que dentro de la verificación de requisitos mínimos se evidenció por parte de la CNSC que, como aspirante al cargo arriba señalado, cumplía requisito, por lo tanto, fui admitida y citada para presentar las pruebas de conocimiento el día 22 de mayo de 2022, según el cronograma señalado en el Acuerdo No. 2081 de 2021.

SEXTO: Que como el Acuerdo No. 2081 de 2021 estableció que una vez presentadas las pruebas escritas, el aspirante podía hacer la reclamación dentro de los cinco (5) siguientes a la presentación de la prueba en la plataforma SIMO, si consideraba que existían irregularidades en la misma, presenté la correspondiente reclamación dentro de los términos establecidos en la norma contra los resultados de las pruebas escritas.

SEPTIMO: Que se obtuvo respuesta de la CNSC, donde nos citan para el día 17 de Julio de 2022, con fin de obtener el acceso a material de pruebas escritas funcionales y comportamentales, del proceso de selección del instituto Colombia de Bienes Familiar – ICBF 2021, recomendado en la misma leer previamente la Guía de Orientación al Aspirante para el acceso a pruebas escritas publicado en la página web de la CNSC, así como cumplir las instrucciones allí estipulado.

OCTAVO: Que el ICBF tiene conocimiento de mi condición especial como Madre cabeza de familia, pues en la historia laboral reposan documentos que evidencian esta situación y además beneficiaria de las medidas afirmativas para los provisionales que establece la Sentencia de Unificación SU- 446 de 2011 y además así fue expuesto por el Juzgado 1 Penal del Circuito de Tuquerres en la Acción de Tutela, *radicado con el No. 528383104001-2022-00020-00 Acumulada con 528383104001-2022-00020-00* que

indico: ***"por ser todos ellos sujetos de especial protección que se debe dar un trato preferencial a ciertas personas de especial protección para que al momento de proveer los cargos sean en ser desvinculadas así como lo indica la jurisprudencia" para ordenar como medida de protección afirmativa en el numeral 4 lo siguiente: "Cuarto: RECOMENDAR al ICBF que en el momento de proveer los cargos ofrecidos en la convocatoria 2149 de 2021 tengan en cuenta que se deberá efectuar conforme a la jurisprudencia citada, por último la desvinculación de quienes estando en provisionalidad ostenten y demuestren conforme a los requisitos exigidos en la ley y jurisprudencia constitucional, una de estas condiciones: 1) calidad de madre o padre cabeza de familia, 2) personas que estén próximas a pensionarse entendiéndose aquellas que les falte 3 años o menos para cumplir los requisitos para obtener la pensión a partir del momento a proveer el cargo. 3) Estar en situación de discapacidad. Esta como una medida de acción afirmativa por tratarse de sujetos de especial protección constitucional"***. Las negrillas son mías.

NOVENO: Que el ICBF mediante circular RAD 202312100000014713 DE FECHA 10 DE FEBRERO DE 2023, frente a la cantidad de acciones de tutela interpuestas por personas en condiciones especiales y con derecho a la aplicación de las medidas afirmativas, solicito a Nivel Nacional y a todas las Regionales a los Directores Regionales y Coordinadores de área, que indicaran que personas tenían las condiciones afirmativas(madres cabeza de familia, personas con discapacidad, prepensionados, en estado de embarazo), para su aplicación y protección temporal de sus cargos producto de las listas de elegibles, por tanto, al encontrarse en trámite en el ICBF la aplicación de las medidas Afirmativas a los beneficiarios , si bien es posible la realización y confección de las listas, no es posible proveer las vacantes hasta tanto finalice la aplicación de la medida afirmativa conferida o otorgada por el ICBF, SIMILAR A COMO OCURRE EN LOS CONCURSOS DE LA RAMA JUDICIAL, donde aplican la medida afirmativa y luego ya agotada la condición SI SE SI PROVEE EL CARGO CON LA POSESION DEL ELEGIBLE.

DECIMO: Que por ello presente solicitud para aplicación de la medida afirmativa de estabilidad laboral reforzada por cabeza de familia ante el ICBF con los anteriores argumentos y me fue concedida por el ICBF, tal como consta en Excel remitido a Nivel Regional y donde aparece mi número de cedula, numero 99 y el enunciado **RECONOCE**.

ANEXO 20231210000052651 RESPUESTA SOLICITUDES ELR [solo lectura] - Excel [Error de activación de productos]

CEDULA	TIPO ESTABILIDAD	MEGA / RECONOCIDO
95084 933	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA- SILLLO	MEGA
11064 970 534	EL-R- FLEURO SINDICAL	RECONOCIDO
32940 076	EL-R- FLEURO SINDICAL	RECONOCIDO
30281 003	EL-R- FLEURO SINDICAL	RECONOCIDO
30281 359	EL-R- FLEURO SINDICAL	RECONOCIDO
92 182 906	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
332 913 375	EL-R- PREPENSIONADA- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
335289 300	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	RECONOCIDO
1185244 822	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
70 700 271	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
2287161	EL-R- PREPENSIONADA	RECONOCIDO
9412 806	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
9030782	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
9599 858	EL-R- FLEURO SINDICAL	RECONOCIDO
9083796	EL-R- ENFERMEDAD CATASTROFICA	MEGA
9429983	EL-R- ENFERMEDAD CATASTROFICA	RECONOCIDO
28687 343	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
73 104 255	EL-R- PREPENSIONADA- FLEURO SINDICAL	RECONOCIDO
83582 488	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA- PREPENSION	MEGA
34567 738	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA- ELR- VICTIMA DEL OMBIA	MEGA
95080 853	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	RECONOCIDO
51437 258	EL-R- FLEURO PATERNIDAD- PREPENSION- MADRE	MEGA
37390 855	EL-R- FLEURO SINDICAL	RECONOCIDO
83584 888	EL-R- FLEURO SINDICAL CON RECLAMOS	MEGA
1030460 555	EL-R- FLEURO SINDICAL	RECONOCIDO
30287 236	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	RECONOCIDO
184 182 143	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA- SILLLO	MEGA
35482 352	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
1081181 048	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	RECONOCIDO
32671 625	EL-R- PREPENSIONADA	MEGA
32995201	EL-R- DISCAPACIDAD	MEGA
32678 700	EL-R- PREPENSIONADA	MEGA
22537 939	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
33285 424	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
1041 489 636	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
1182 502 855	EL-R- EMPLEAZADA	MEGA
90 890 383	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	RECONOCIDO
22521 500	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
92 902 855	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
48 176 184	EL-R- ENFERMEDAD CATASTROFICA-ELR- DISCAPACIDAD	RECONOCIDO
93924 651	EL-R- ENFERMEDAD CATASTROFICA	MEGA
9287620	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
9482662	EL-R- PREPENSIONADA	RECONOCIDO
908122934	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	RECONOCIDO
21280 028	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
21238 970	EL-R- ENFERMEDAD CATASTROFICA	MEGA
90 890 384	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	RECONOCIDO
42328 378	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
93 922 915	EL-R- ENFERMEDAD CATASTROFICA	RECONOCIDO
1081407 332	EL-R- FLEURO SINDICAL	RECONOCIDO
12592 989	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
1182 048 025	EL-R- FLEURO SINDICAL	RECONOCIDO
21583 628	EL-R- ENFERMEDAD- PREPENSION	MEGA
1081 501 423	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
1084 501 873	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA

ANEXO 20231210000052651 RESPUESTA SOLICITUDES ELR [solo lectura] - Excel [Error de activación de productos]

79 37238 505	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
79 50397 397	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
79 1030 586 984	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
79 50392 404	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
23 781 866	EL-R- DISCAPACIDAD	MEGA
45 592 933	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
83 386 498	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
80 848 975	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
83 233 395	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
7384 898 184	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
95 599 907	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
32 785 072	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
50 548 900	EL-R- FLEURO SINDICAL	RECONOCIDO
83 420 026	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
35389 775	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
93 105 571	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
7084 788 082	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
93 8578 280	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	RECONOCIDO
1110483 789	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
22 726 084	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
111 87 853	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
43764 079	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA-ELR- PREPENSION	MEGA
93 858 282	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
99 2248 407	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	RECONOCIDO
100 108182 340	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
101 32 803 830	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
102 795 402 439	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
103 91 301 976	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
104 28 392 707	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
105 63828 743	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
106 51 864 736	EL-R- PREPENSION	RECONOCIDO
107 38 911 095	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	RECONOCIDO
108 43 786 577	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	RECONOCIDO
109 36 282 884	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA- ENFERMEDAD CATASTROFICA	MEGA
110 1085 286 082	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
111 30 782 082	EL-R- FLEURO SINDICAL- ENFERMEDAD CATASTROFICA	RECONOCIDO
112 41 871 941	EL-R- FLEURO SINDICAL	RECONOCIDO
113 93 589 527	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
114 43 828 282	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	RECONOCIDO
115 48 178 786	EL-R- ENFERMEDAD CATASTROFICA	RECONOCIDO
116 1085 713 387	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
117 1000 989 047	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
118 51 982 009	EL-R- PREPENSIONADA	MEGA
119 11 888 884	EL-R- ENFERMEDAD CATASTROFICA	RECONOCIDO
120 40 546 333	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
121 28 032 802	EL-R- DISCAPACIDAD	MEGA
122 35 548 905	EL-R- PREPENSIONADA	MEGA
123 12 878 893	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
124 57 404 407	EL-R- PREPENSIONADA	MEGA
125 33 283 422	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA- ENFERMEDAD CATASTROFICA	RECONOCIDO
126 22 855 757	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	RECONOCIDO
127 33 226 447	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
128 6 436 507	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
129 73 787 500	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA
130 37 871 882	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	RECONOCIDO
131 22 596 232	EL-R- MADRE CABEZA DE FAMILIA	MEGA

Selección del excel remitido por el ICBF, que reconoce medidas afirmativas, selección del lugar que me correspondió siendo el 99, mi número de cedula y el enunciado

RECONOCE.

DECIMO PRIMERO: Que la CNSC mediante RESOLUCIÓN No 3472 del 25 de marzo de 2023, profirió LISTA DE ELEGIBLES, dentro de los cuales se incluía mi cargo.

DECIMO SEGUNDO: Que A pesar de obtener a condición de madre cabeza de familia establecida por el mismo Instituto, observo con suma preocupación que el ICBF, mintió porque a pesar de OTORGAR LA MEDIDA AFIRMATIVA, realmente NO LA MATERIALIZO y por ende me la negó, es decir FUE EN CONTRAVIA DE SUS PROPIOS ACTOS, pues mediante Resolución 2744 del 28 de Abril de 2023 el ICBF, declaro mi INSUBSISTENCIA A PESAR DE HABER PROFERIDO LA MEDIDA AFIRMATIVA CORRESPONDIENTE.

DECIMO TERCERO: Que reitero a pesar que demostré mi condición por la jurisprudencia constitucional, ya que, tengo a mi cargo a ONASSIS ANDRES MOLINARES VALERA, JOAN SEBASTIAN MOLINARES VALERA y, MANUEL STEE SANDOVAL VALERA, quienes dos (2) son menores de edad y dependen económicamente de mi sustento, ratificando en declaración juramentada de fecha 15 de Febrero de 2023, la cual aporte a la solicitud inicia que hizo el ICBF para quienes teníamos condiciones especiales, además de demostrar CERTIFICADOS DE ESTUDIOS DE JOAN SEBASTIAN MOLINARES VALERA EN LA corporación universitaria salamanca con sede en Barranquilla, también de mi hijo ONASSIS ANDRES MOLINARES VALERA, quien tiene padecimiento PSIQUIATRICO tal como consta en historia clínica de CRESER – CENTRO DE REHABILITACION DEL SER de fecha del 04 de Abril de 2018 donde indica que mi hijo padece de : TRASTORNO DE ANSIEDAD ORGANICO – OTRAS EPILEPSIAS – OTROS SINTOMAS QUE INVOLUCRAN LA FUNCION COGNITIVA – TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE – OTROS TRASTORNOS OBSESIVOCOMPULSIVOS, Siendo por tanto, una persona en incapacidad de laborar y de estudiar y por tanto, limitada por sus padecimientos psiquiátricos antes descritos.

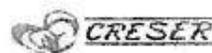
Hora 12:41:21
Usuario CARLOS

	Diagnostico
Observaciones	
Diagnostico Principal	F401 - FOBIAS SOCIALES
Tipo Diagnostico	Impresion Diagnostica
Diagnostico Relacionado 1	F064 - TRASTORNO DE ANSIEDAD ORGANICO
Diagnostico Relacionado 2	G404 - OTRAS EPILEPSIAS Y SINDROMES EPILEPTICOS GENERALIZADOS
Diagnostico Relacionado 3	R418 - OTROS SINTOMAS Y SIGNOS QUE INVOLUCRAN LA FUNCION COGNOSCITIVA Y LA CONCIENCIA Y LOS NO ESPERIFICADOS
Diagnostico Relacionado 4	F331 - TRASTORNO DE PRESIVO RECURRENTE, EPISODIO MODERADO PRESENTE
Diagnostico Relacionado 5	F428 - OTROS TRASTORNOS OBSESIVOSCOMPULSIVOS
Fecha	2019-04-04
Hora	12:39:51
Usuario	CARLOS MARIO GOMEZ KLEEBAUER



Dr. Carlos Gómez Kleebauer
PSIQUIATRA
R.M. 23334

CARLOS MARIO GOMEZ KLEEBAUER



Dr. Carlos Gómez Kleebauer
PSIQUIATRA
R.M. 23334

CARLOS MARIO GOMEZ KLEEBAUER

Y MANUEL STEEL SANDOVAL VALERA, QUE SI ES MENOR DE EDAD, encontrándose todos ellos afiliados en mu núcleo familiar de salud de la EPS.

DECIMO CUARTO: Que los incisos 2 y 3 del Artículo 3 de la Constitución Política de Colombia, establece que las entidades deben otorgar un trato preferencial como acción afirmativa y adoptar medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, tales como madres cabeza de familia, personas de la tercera edad y las personas con discapacidad.

DECIMO CUARTO: Que solicito que se me aplique el precedente jurisprudencial tenido en cuenta en la sentencia radicado 1500133330132023- 00065-00 proferido por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, ya que me encuentro en la misma condición.

SEGUNDO: AMPARAR los derechos al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada de Nelsy Consuelo Niño Niño quien tiene la calidad de **madre cabeza de familia**, de conformidad con lo expuesto en la presente sentencia.

TERCERO: ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que de aplicación a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, lo cual consistirá en impartir las medidas afirmativas de estabilidad laboral reforzada a favor de la señora Nelsy Consuelo Niño Niño consistentes en garantizar que antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba derivados de la Convocatoria no. 2149 de 2021 y antes de retirar del servicio a los empleados provisionales, aplique el orden de protección en el que se encuentra la accionante al ser una madre cabeza de familia.

DECIMO QUINTO: Que ya se me ha causado un perjuicio irremediable por parte del ICBF con no amparar mi derecho a la estabilidad laboral reforzada y el derecho a las medidas afirmativas decretadas pues con la 2744 del 28 de Abril de 2023 el ICBF, declaro mi INSUBSISTENCIA A PESAR DE HABER PROFERIDO LA MEDIDA AFIRMATIVA CORRESPONDIENTE, ES DECIR SU SEÑORÍA MI VINCULACION ESTABA HASTA EL DIA 13 DE JUNIO DE 2023 Y POR TANTO YA ESTOY POR FUERA DEL ICBF, SIN SALARIO SIN PRESTACIONES SOCIALES, SIN SALUD EN ESPECIAL PARA ONASSIS ANDRES QUIEN REQUIERE TRATAMIENTOS ESPECIALES POR SUS PATOLOGIAS Y QUIEN NO PUEDE TRABAJAR NI ESTUDIAR Y DEPENDE 100% DE MI, SIN LA POSIBILIDAD DE LAGAR MAS ESTUDIOS UNIVERSITARIOS A JOAN SEBASTIAN Y SIN NINGUNA ALTERNATIVA ECONOMICA Y LABORAL y SIN EL CUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA AFIRMATIVA DECRETADA SIENDO UNA BURLA PARA MI, EL ICBF NI SIQUIERA ME REUBICO EN OTRO CARGO EN VACANCIA DEFINITIVA O QUE ESTE EN CABEZA DE UN PROVISIONAL PERO QUE NO TENGA NINGUNA MEDIDA AFIRMATIVA DE CABEZA DE FAMILIA, DISCAPACIDAD O PREPENSIONADO y en la RAMA JUDICIAL SI SON JUICIOSOS EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS AFIRMATIVAS YH EL RESPETO DE LAS MISMAS EN CASO DE CONCURSO DE CARRERA, DONDE LOS ELEGIBLES HAN TENIDO QUE ESPERAR AL FIN DE LA APLICACIÓN TEMPORAL DE LE MEDIDA AFIRMATIVA.

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA

Para ello traigo a colación la siguiente sentencia que corresponde a un caso similar al mío y es de una compañera de Boyaca dentro de la misma convocatoria 2149, donde el Juez de Tutela Concedió el amparo Tutelar así:

Accionante: Nelcy Consuelo Niño Niño
Radicación No: 150013333013-2023-00065-00

___ Que fue citada a presentar las pruebas de conocimiento el 22 de mayo de 2022 y solicitó reclamación ante el SIMO por presuntas irregularidades, pero no se le permitió el cuadernillo de las preguntas realizadas.

___ Que el 19 de julio de 2022, presentó ampliación de la reclamación a los resultados obtenidos en la prueba de conocimientos.

___ Que dichas objeciones no fueron resueltas por la CNSC ya que el 29 de julio de 2022 la CNSC entregó respuesta a la reclamación radicada el 19 de julio de 2022.

___ Que es madre cabeza de familia y responde por sus hijos quienes están cursando estudios universitarios, que tienen enfermedades de base y dependen económicamente de la accionante. Así mismo, señaló que su esposo tiene una enfermedad de base y se encuentra sin empleo, por lo cual toda la familia depende económicamente del salario que ella percibe en el ICBF.

___ Además, señaló que ella tiene anemia de tipo no especificado y se encuentra en indagaciones por posible tumor de cuello uterino, entre otras afecciones.

___ Que solicitó a su empleador ICBF acciones afirmativas dada su calidad de madre cabeza de familia, la cual le fue negada en oficio del 15 de marzo de 2023, indicándole que no había probado la sustracción de las obligaciones de los alimentos del padre de su hija.

Conforme lo anterior solicitó:

“PRIMERO: Que se declare mi CONDICION de madre cabeza de familia y en consecuencia se me otorguen los derechos fundamentales a la aplicación de las medidas afirmativas establecidas en las SENTENCIAS SU – 389 de 2055 - SU-446 DE 2011 en virtud de la protección especial dentro de los concursos de carrera administrativa y, por tanto, mi cargo que ocupo en provisionalidad sea proveído o entregado al elegible dentro de los últimos cargos de la convocatoria 2149 de 2021.

SEGUNDO: Que se suspenda la provisión de la lista de elegibles de mi cargo que según la convocatoria CNSC 2019 de 2021, OPEC 166313 por parte de la CNSC hasta tanto el ICBF, termine de aplicarme EL PROCEDIMIENTO de medidas afirmativas de orden constitucional a que tengo derecho.

TERCERO: De no prosperar la pretensión número uno y dos como pretensiones subsidiarias de la presente Acción, se ordene: A) SUSPENDER la Convocatoria No. 2149 de 2021, por la vulneración al debido proceso, seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe, situaciones fácticas que no se tuvieron en cuenta al convocar y establecer las reglas del proceso de selección mediante Acuerdo No. 2081 del 21 de septiembre de 2021. B) Se ordene a la CNSC que la lista de elegibles relacionada con OPEC 166313 no se publique hasta tanto no se esclarezca las presuntas irregularidades que se han presentado a lo largo de esta convocatoria. C) Que, en aras de la protección laboral reforzada a las Madres Cabeza de Familia, se ordene al ICBF, PREVER mecanismos para garantizar que las personas en condición de protección especial como madres cabeza de familia, discapacitados, mujeres embarazadas prepensionados, personas en condición de debilidad manifiesta por razones de salud y con enfoque diferencial fueran las últimas en ser desvinculadas y si sucede esta situación administrativa, sean vinculadas nuevamente de forma provisional en cargos vacantes de igual o similar al que estaba ocupando o bajo la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios.”

y los requisitos exigidos para su desempeño, descritos en el Numeral 4 del Decreto Ley 770 de 2005”².

Se pronunció frente a la presunta violación de los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y acceso a los cargos públicos, igualdad, principio de legalidad, principio de transparencia en el concurso público. Finalmente solicita la declaratoria de improcedencia de la tutela.

I.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público solicita declarar como medida provisional el amparo a la accionante, por existir riesgo inminente de que la demandante pierda su empleo, esto mientras exista otras de igual naturaleza para ser proveídos por quienes adquirieron derechos de carrera administrativa en la convocatoria 2149 de 2001 adelantada por el ICBF. El señor Procurador llegó a esta conclusión al encontrarse que la señora Nelcy Niño acreditó a lo largo de la tutela que tiene la condición de madre cabeza de familia, pues tiene dos hijos jóvenes adultos cursando estudios universitarios y el cónyuge de la accionante no cuenta con medios económicos para aportar al sostenimiento de los jóvenes, y es una persona con un estado de salud que le impide laborar. Por tanto, tiene la calidad de beneficiario de los servicios de salud de su esposa.

II. CONSIDERACIONES.

En el presente caso, el Despacho amparará los derechos al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada de la demandante por considerar que es un sujeto de especial protección. Sin embargo, respecto de las demás pretensiones las declarará improcedentes al no acreditarse vulneración de derechos que permitiera el estudio de fondo por la eventual existencia de un perjuicio irremediable.

II.1. COMPETENCIA.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 en concordancia con el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017 y 333 de 2021, este Despacho es competente para conocer del presente asunto³.

II.2. TESIS Y PROBLEMAS JURÍDICOS.

La *accionante* señala que las entidades le vulneraron derechos al debido proceso, igualdad, defensa, a la protección y estabilidad laboral reforzada, libre acceso a los cargos públicos y a los principios al mérito, igualdad en el ingreso, transparencia, imparcialidad y seguridad jurídica, teniendo dos asuntos como causantes de la vulneración: i. primero frente al trámite de la Convocatoria No. 2149 de 2021 para proveer los empleos vacantes del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y; ii. segundo y exclusivamente por parte del ICBF la falta de medidas afirmativas atendiendo a un posible diagnóstico de enfermedad catastrófica y la condición de madre cabeza de familia.

Por su parte *las accionadas* Procuraduría General de la Nación y Departamento Administrativo de la Función Pública señalaron que no tenían injerencia en el trámite de los hechos descritos en el presente asunto. El ICBF señaló que realizó convenio con la CNSC

para que en el marco de sus funciones adelantara el concurso de méritos, por su parte la CNSC y la Universidad de Pamplona expusieron el trámite adelantado y que la accionante presentó el concurso y aprobó la prueba de conocimientos, pero no recurrió los resultados.

Finalmente, frente a las medidas afirmativas el ICBF señaló que la accionante sí las solicitó, pero le fueron negadas por no tener una enfermedad catastrófica conforme los lineamientos establecidos por el Ministerio de Salud, y no cumplió con los requisitos de madre cabeza de familia pues no aportó certificados de estudio de sus hijos para la vigencia 2023 y tampoco probó que su esposo no cumple con sus obligaciones alimentarias como padre.

De acuerdo con lo anterior, corresponde al Despacho en esta oportunidad determinar si:

1. ¿la acción de tutela resulta procedente en el presente asunto específicamente atendiendo a las dos circunstancias planteadas, esto es: el trámite del concurso de méritos y la concesión de medidas afirmativas dadas la calidad de madre cabeza de familia?.

Analizado lo anterior y de ser procedente la acción en ambas o alguna de las circunstancias planteadas, se deberá establecer si:

1.1. Frente al trámite de la convocatoria de méritos: determinar ¿si las entidades accionadas CNSC y Universidad de Pamplona han vulnerado los derechos fundamentales derechos al debido proceso, igualdad, defensa, libre acceso a los cargos públicos y a los principios al mérito, igualdad en el ingreso, transparencia, imparcialidad y seguridad jurídica de la accionante, al no permitírsele el cuadernillo de preguntas para controvertirlas, por inconsistencias en el planteamiento de las 120 preguntas realizadas en la prueba de conocimientos realizada el 19 de julio de 2022, al no tenerse en cuenta el título específico para surtir las vacantes del empleo Profesional Universitario código 2044 grado 8 y al no resolver las objeciones propuestas ante la CNSC?.

1.2. Frente al otorgamiento de medidas afirmativas: determinar ¿si el ICBF vulneró los derechos fundamentales a la protección y estabilidad laboral reforzada de la accionante al no otorgársele medidas afirmativas dada su condición de madre cabeza de familia o por enfermedad catastrófica, como le fuera solicitado a la entidad?.

II.3. DE LA NATURALEZA Y PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

La acción de tutela fue prevista en el artículo 86 de la Carta Política como mecanismo directo y expedito para la protección de derechos fundamentales, que permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los mismos cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares; siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

El ejercicio de este instrumento, así establecido por el constituyente, fue reglamentado mediante el Decreto 2591 de 1991, el cual precisó en su artículo 2º que los derechos objeto de protección son aquellos consagrados como fundamentales en la Constitución Política o los que por su naturaleza permitan su amparo en cada caso concreto.

Entre tanto, el artículo 6º ibídem, señala que la acción de tutela no procede en los siguientes

como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; (ii) cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus; (iii) cuando se pretenda proteger derechos colectivos, salvo que el interesado solicite la tutela con el fin de impedir un perjuicio irremediable; (iii) cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho y; (iv) cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Procedencia de la acción de tutela en concursos de méritos para acceder a cargos públicos.

Jurisprudencialmente la Corte Constitucional ha sido reiterativa en señalar que en asuntos relativos a concursos de méritos los participantes pueden impugnar las actuaciones surtidas en el marco de la convocatoria en ejercicio de los medios de control pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por tanto, la intervención del juez constitucional se restringe, de ser el caso, a conjurar un perjuicio irremediable⁴.

Esta misma Corporación también ha indicado, que no obstante lo anterior y a fin de no desconocer el objeto de la acción de tutela, en cada caso es necesario analizar su viabilidad, pues no basta con que exista el medio judicial ordinario de defensa pues habrá que determinarse si el mismo resulta idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales de los administrados. Así lo estimo dicha Corporación⁵:

“... De manera que si los procesos ordinarios están diseñados para solucionar los conflictos jurídicos y por tanto para proteger los derechos de las personas, la tutela no puede ser empleada como un mecanismo alternativo o complementario. Bajo esta premisa, la procedencia de la tutela está supeditada a que para su ejercicio se hayan agotado todas las instancias y los recursos con los que cuenta el afectado para la protección de sus derechos.

3.3 No obstante lo anterior, esta Corporación ha precisado que debido al objeto de la acción de tutela, esto es, la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas, al analizar su procedibilidad es necesario valorar en cada caso concreto su viabilidad o no. Ello, debido a que no basta con la existencia del medio ordinario de defensa judicial, pues habrá que determinar (i) si este es idóneo y eficaz, y en última instancia, (ii) la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable que ponga en riesgo la afectación de los derechos fundamentales de las personas.

3.3.1 En el primer caso, la Corte ha precisado que la tutela procede cuando un medio de defensa judicial no es idóneo o eficaz para proteger los derechos fundamentales del accionante. (...)

De manera que, para determinar la concurrencia de estas dos características del mecanismo judicial ordinario, deben analizarse entre otros aspectos: los hechos de cada caso; si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente ofrece la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela; el tiempo de decisión de la controversia ante la jurisdicción ordinaria; el agotamiento de la posibilidad de ejercicio del derecho fundamental durante el trámite; la existencia de medios procesales a través de los cuales puedan exponerse los argumentos relacionados con la protección de los derechos fundamentales; las circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido o no espere promover los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance; la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario que exige una particular consideración de su situación.

Así las cosas, la Corte ha admitido excepcionalmente el amparo definitivo en materia de tutela ante la inexistencia de un medio de defensa judicial o cuando el existente no resulta

solicitan el amparo de sus derechos fundamentales, lo que se justifica por la imposibilidad de solicitar una protección efectiva, cierta y real por otra vía”.

Por su parte, el Consejo de Estado, a través de reiteradas providencias ha señalado:

“... esta Corporación también ha señalado que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes señalada: (i) cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. (...)”⁶ (Subrayas del despacho).

En igual sentido el órgano de cierre de la Jurisdicción Administrativa, manifestó:

“(...) Ahora, las decisiones que se dictan en el desarrollo de un concurso de méritos para la provisión de empleos, generalmente corresponden a actos de trámite, contra los cuales no proceden los recursos de la vía gubernativa ni las acciones contencioso administrativas.

Sin embargo, ha sido un criterio reiterado de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y de esta Sección, que en aquellos eventos en que en el desarrollo de un concurso, se **presente la flagrante violación de un derecho fundamental, la acción de tutela resulta procedente, ante la carencia de medios de defensa judiciales para lograr la continuidad en el concurso del aspirante afectado con la decisión.**

En consecuencia, para garantizar a la accionante unas condiciones de igualdad con los demás concursantes, y en defensa del derecho fundamental de acceso a los cargos públicos, por vía de un concurso de méritos, es procedente el estudio de fondo de esta acción (...).⁷

Así las cosas, vía jurisprudencial se tiene que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.

II.4. ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

4.1. Del trámite de la convocatoria 2149 de 2021.

Dentro del plenario se encuentra acreditado lo siguiente:

__ Que la CNSC y el ICBF suscribieron el Acuerdo No. 2081 de 2021 *“por el cual se convoca y establecen las reglas del proceso de selección, en las modalidades de ascenso y abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Proceso de Selección ICBF 2021”*. (índice 13 Samai)

__ Que el 7 de noviembre de 2021, la señora Nelsy Consuelo Niño Niño se inscribió al concurso de méritos para ocupar la vacante de Profesional Universitario código 2044 del ICBF, conforme a la Constancia de Inscripción del Sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad. (índice 13 Samai)

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A, siendo Consejero ponente:

___ Que mediante Resolución No. 1818 del 13 de marzo de 2019 se expidió el “*anexo manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Cecilia de la Fuente de Lleras*”, en el cual se describió las funciones esenciales de los roles de: i) psicología, ii) trabajo social, iii) nutrición y dietética, iv) pedagogía, v) antropología y sociología, vi) apoyo o soporte. (índice 13 Samai)

___ Se aportó sentencia del Juzgado 45 Administrativo de Bogotá fechada del 14 de abril de 2023, donde se le ordenó a la CNSC publicar las listas de elegibles de la OPEC 166313. (índice 13 Samai)

___ Se allegó resolución No. 5596 del 17 de abril de 2023 “*por la cual se conforma y adopta la lista de elegibles para proveer 989 vacantes definitivas del empleo denominado Profesional Universitario código 2044 grado 7, identificado con el código OPEC No. 166313 modalidad abierto del Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF- Proceso de selección ICBF No. 2149 de 2021*”. (índice 13 Samai)

___ Obra Informe de la CNSC donde señaló que: i) la señora Nelsy Consuelo Niño Niño se inscribió con el ID 441473700, para el empleo denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 7 identificado con el código OPEC No. 166294, ofertado en la modalidad de concurso Abierto por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el Proceso de Selección No. 2149 de 2021; ii) la accionante aplicó las pruebas el 22 de mayo de 2022 con todos los demás participantes y alcanzó un puntaje de 69,16 puntos, es decir, que aprobó el examen que tenía como puntaje mínimo 65 puntos y continuó en concurso; iii) a continuación se realizó la prueba de valoración de antecedentes y el 28 de octubre de 2022 se publicó; iv) que se informó públicamente a los participantes que entre el 31 de octubre y el 4 de noviembre de 2022 podían presentar reclamaciones a través del aplicativo SIMO; v) para los meses de febrero y marzo se realizaron las publicaciones de las listas de elegibles de los diferentes cargos vacantes; vi) que frente al suministro del cuadernillo de preguntas se dio cumplimiento a lo establecido en la T-180 de 2015, y realizó la jornada de acceso al material de pruebas escritas el 17 de julio de 2022. (páginas 15 y 16 del informe en índice 13)

___ Informe de la Universidad de Pamplona donde señaló que: i) la accionante cumplió con las fases de requisitos mínimos, aplicación de prueba escrita, oportunidad de reclamar e interponer complemento a la reclamación como en efecto sucedió; ii) fue citada para la fase de acceso al material de aplicación, conforme a las disposiciones establecidas en la Guía de Orientación y atendiendo la reserva legal impuesta, toda vez que la Universidad emitió respuesta y justificación técnica a cada ítem que la accionante presentó observación; iii) que en la fase de acceso al material de aplicación se le entregó cuadernillo de la prueba aplicada a la aspirante, la hoja de respuestas y las claves dadas como correctas por la universidad; iv) que la accionante no presentó reclamación a la fase de pruebas escritas aplicadas. (índice 23 Samai)

Por su parte, la accionante no presentó mayores pruebas o argumentos de la presunta

Conforme las pruebas aportadas por los accionados, se demostró que se surtieron las diferentes etapas en igualdad para todos los concursantes, que la accionante pasó el examen o prueba escrita al obtener una calificación superior a 65 puntos, y que existe un manual anexo para el perfil de los diferentes profesionales, el cual se allegó dentro de las pruebas. En este sentido y dentro del contexto manifestado, el Despacho no encuentra en qué consistió la presunta vulneración realizada en el trámite del concurso.

Ahora, si lo que se busca a través de la acción de tutela es atacar los actos administrativos proferidos en el trámite de la convocatoria, lo procedente es acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante esta jurisdicción, donde podría eventualmente solicitar medidas cautelares como la suspensión de la Convocatoria No. 2149 de 2021 y la provisión de la lista de elegibles, que corresponden a las pretensiones 2ª y 3ª solicitadas en esta sede de tutela. En este sentido, frente a tales pretensiones, el amparo resulta improcedente al no ser el medio judicial idóneo para invocar las citadas peticiones, y se reitera, al no acreditarse un reconocimiento del debido proceso o la vulneración de cualquier otro derecho fundamental.

4.2. De la solicitud de aplicación de las medidas afirmativas.

Dentro del plenario se encuentra acreditado lo siguiente:

___ En informe rendido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se señaló que efectivamente la accionante solicitó medidas afirmativas para la protección de su estabilidad laboral atendiendo a las causales de enfermedad catastrófica o discapacidad y la condición de madre cabeza de familia. (índice 13 Samai)

___ Que a la petición de estabilidad laboral reforzada se le dio respuesta en oficio No. 202312100000052651⁸, así:

CÉDULA	TIPO ESTABILIDAD	NIEGA/RECONOCE
23.276.766	ELR- MADRE CABEZA DE FAMILIA	NIEGA

___ Que en correo del 15 de marzo de 2023 se le informó a la accionante, lo siguiente:

“... NIEGA: Según las HC remitidas, diciembre de 2022: anemia severa de tipo no específico, hemorragia uterina anormal, enero de 223: Diarrea y gastroenteritis de posible origen infeccioso, menstruación irregular. Las demás HC son de un familiar, que no me compete revisar. **Las patologías de la SP Nelsy Niño no son consideradas según las resoluciones adjuntas como catastróficas** Dra. Julieth 17 febrero de 2023.

NIEGA: **No acreditó la condición de estudiante actual de sus hijos para la vigencia 2023.** (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”

___ Interrogatorio de parte surtido el miércoles 26 de abril de 2023, donde participaron los abogados de las entidades demandadas salvo del DAFP, y en el que el Despacho interrogó

llama eso) certificación de la Notaría Segunda. Preguntado: ¿Con quién está ahí? Rta: Con mi hija que me ayuda a conectarme. Preguntado: **¿Qué edad tienen sus hijos, que hacen sus hijos?** Rta: **Mis hijos estudian actualmente en la Uniboyacá, estudian enfermería y medicina, tienen 19 y 20 años.** Preguntado: **¿Su esposo como se llama señora Nelsy?** Rta: **Gleison Esneider Novoa Borda.** Preguntado: **¿Él que hace? No actualmente él no ha estado empleado, porque él no ha tenido ni siquiera un bachillerato, y él a raíz de un robo que sufrió unos años atrás ha venido enfermándose y, pues le dieron escopolamina ha venido deteriorándose, él hacia labores en el campo de jornalero, pero debido al trastorno, a la enfermedad que ha venido sufriendo pues pelea con todo el mundo y entonces no lo emplean.** Es muy difícil hablar de toda mi historia familiar, hace muchos años atrás, a él lo robaron y le dieron escopolamina, algo le dieron, a raíz de ese robo quedamos prácticamente en la quiebra y se ha venido deteriorando en su salud mental y debido a un trastorno que tiene ha venido teniendo dificultades de adaptación, y debido a esas dificultades peleaba con los compañeros, iba a trabajar y no lo emplean (...), y él fuera que no tiene un trabajo estable, debido a su diagnóstico no le dan empleo, pues ese trabajo de jornalero. Preguntado: **¿Usted dice que el señor Gleison tiene un diagnóstico, ustedes han ido a un médico?** Rta: **Sí señora, él fue por una cita, a él le cuesta esperar, una vez fue a una cita por una rinitis, sacamos la cita y él se fue a su cita, él se impacientó hizo una crisis, llamaron a un psiquiatra lo atendió y lo remitieron a psicología y psiquiatría eso pasó en el 2017, yo lo adjunte en los memoriales el diagnóstico que le dieron para ese momento, fue así como fue a psiquiatría y psicología porque él se niega y eso no se puede forzar, entonces él tiene un trastorno principal, trastorno mixto de la conducta y de las emociones no especificado, presenta inquietud, impulsividad y le diagnosticaron TDAH tardío, trastornos obsesivos compulsivos, baja tolerancia a la frustración, ira que la ira de él es desbordada.** Preguntado: **¿Él volvió al médico?** No señora, (...) él fue en algunas sesiones, él no tuvo adherencia al tratamiento, le cambiaron de psicóloga y después hubo cambio de EPS y pues no quiso ir por voluntad propia, mis hijos y yo le hemos insistido que vaya, le hemos acompañado. (...) Preguntado: **¿Esa conducta del señor Gleison es también hacia usted o sus hijos?** Más hacia mí, por eso ya no tengo ninguna relación de pareja con él, y de sus diagnósticos tiene una enfermedad prostática, y pues dice algo de trastornos sexuales algo así. Preguntado: **¿Porque usted dice que ya no son pareja?** Rta: **Porque es muy agresivo, muy impulsivo, alguna vez me puso un cuchillo amenazándome cuando mis hijos eran pequeños, (...), es agresivo verbal, me empuja, es impaciente una ira excesiva, con mis hijos también aunque es un poco menos. [...]** Preguntado: **¿Él en donde vive?** Rta: **La casa esta a nombre de los dos es un patrimonio familiar, él llega antes vagaba, mis hijos me pidieron que le dejara un cuarto que lo dejará ahí, él pasa en una casa donde vivían sus papás, pero llega frecuente a la casa con los hijos. [...]** Preguntado: **¿Usted dice que tiene dos hijos en la Uniboyacá, quien paga esa universidad?** Rta: **Yo la pago con créditos que puedo sacar con bienestar, más endeudada no puedo estar con el mismo instituto, y cuando salga todo me lo van a descontar. [...]**

___ Historia clínica de la señora Nelsy Consuelo Niño Niño donde se señala que la accionante tiene diagnósticos de anemia microcítica, hipocromía con trombocitosis, sangrado vaginal anormal y se le ordenó pesquisa especial para descartar tumor de cuello uterino (índice 3 Samai)

___ La historia clínica del señor Gleison Esneider Novoa Borda donde tiene como diagnósticos trastorno de ansiedad, trastorno mixto de la conducta y de las emociones no especificado, otros trastornos obsesivos compulsivos (índice 17 Samai).

condiciones familiares que acreditó en la audiencia de pruebas realizada el 26 de abril de 2023 y los demás elementos probatorios. Por lo que, se requieren medidas urgentes por parte del juez constitucional para evitarlo, imponiendo al ICBF realizar medidas afirmativas para proteger a su trabajadora.

En torno al perjuicio irremediable en el trámite de un concurso de méritos, la Corte Constitucional⁹ ha expuesto que *“el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que 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”*.

4.3. De la aplicación de la perspectiva de género y la solución del presente asunto.

La Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial de Colombia estableció criterios orientadores para detectar los casos que requieren aplicación de perspectiva de género¹⁰.

Sobre el uso de la lista de verificación, en el documento citado a pie de página, la Comisión señaló: *“Es una herramienta y protocolo de gran importancia, ya que ayuda a los magistrados (as), jueces (zas) y usuarios (as) de la Rama Judicial a encontrar cómo dar aplicación al derecho a la igualdad, a dejar sin piso la asimetría y discriminación; (...) esta herramienta ha pasado por varias fases de evaluación y ajuste, y en este momento se cuenta ya con un producto consolidado y preparado para ser puesto en funcionamiento para la utilización de todos los magistrados (as) y jueces (zas). Por tanto, el objetivo de este documento es ofrecer una guía de uso sobre el instrumento informativo y de este modo minimizar la distancia entre la disponibilidad formal de dicho recurso y su aplicabilidad real y efectiva en la labor jurisdiccional”*.

En el presente caso, se cumple con los criterios para identificarlo y resolverlo desde el enfoque diferencial, así:

CRITERIO	CUMPLE	MOTIVACIÓN
1. Que al momento de analizar los casos se determine si se trata de una mujer. Cuáles son los hechos y derechos en disputa.	SI	La accionante (mujer) solicita medidas de protección de estabilidad laboral reforzada, dada su condición de madre cabeza de familia.
2. Si el hecho biológico (sexo) se encuentra presente.	NO	
3. Identificar los escenarios o ámbitos donde es más probable la discriminación. Si existe violencia contra la mujer (sexual, económica, psicológica).	SI	La accionante manifestó padecer alguna situación de violencia por parte de su cónyuge, quien padece trastorno mixto de conducta.
4. Si están en pugna los derechos sexuales y reproductivos de la mujer.	NO	
5. Existencia de una relación de poder y situaciones o manifestaciones sexistas.	NO	

⁹ Sentencia T-090 de 2013.

¹⁰ Herramienta virtual de apoyo para la identificación e incorporación de la perspectiva de género desde el enfoque diferencial en las sentencias. Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. Bogotá Abril de 2018. Véase en: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/comision-nacional-de-genero/lista-verificacion>

En virtud de lo anterior, resulta claro que procede el análisis del presente caso bajo los criterios que abordan la perspectiva de género, como herramienta de interpretación judicial:

1. Se debe precisar que le asiste razón al ICBF en relación a que las patologías señaladas por la accionante no son ninguna de las establecidas en la Resolución No. 3971 de 2009 del Ministerio de Salud, es decir, no son enfermedades catastróficas y si bien tiene una orden médica a fin de realizar una pesquisa para descartar tumor de cuello uterino, aún no ha sido realizada y no hay un diagnóstico en firme.

Al respecto, la Corte Constitucional señaló en sentencia SU087 de 2022 que la garantía de estabilidad reforzada *“protege a aquellas personas susceptibles de ser discriminadas en el ámbito laboral y que se concreta en gozar de la posibilidad de permanecer en su empleo, a menos que exista una justificación no relacionada con su condición”*. Previamente también había hecho referencia a la estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud en la sentencia T- 387 de 2018, señalando que existen una serie de obligaciones legales y constitucionales respecto de las entidades del Sistema de Seguridad Social en Salud de realizar todos los esfuerzos para que los pacientes con enfermedades ruinosas o catastróficas accedan a los servicios médicos, y las obligaciones de los empleadores. Pero, para el presente asunto, se reitera que las enfermedades de base de la accionante no son parte de la lista específica dispuesta para tener como persona de especial protección laboral, por lo cual no prospera la solicitud de la accionante bajo esta causal.

2. Por otro lado, se encuentra probado que la accionante tiene el derecho al reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada en calidad de madre cabeza de familia. Lo anterior, porque conforme a los criterios establecidos por la Corte Constitucional en sentencia SU-388 de 2005, mismos que fueron citados por el ICBF, la demandante cumple con los siguientes requisitos:

i. Tiene a su cargo la responsabilidad de sus hijos que, si bien ya no son menores de edad, aún no cumplen 25 años y están cursando sus estudios universitarios en medicina y enfermería.

ii. Esa responsabilidad de la accionante es de carácter permanente, pues su cónyuge tiene como diagnóstico trastorno mixto de conducta¹¹, el cual le ha impedido trabajar y hacerse cargo de la proporción de las obligaciones que tiene como esposo, padre e incluso con el mismo.

iii. Lo anterior, significa que el motivo de sustracción de la obligación alimentaria por parte del cónyuge, no es el simple incumplimiento, o el abandono de hogar, sino que se debe a un trastorno de su conducta y el deterioro de su salud mental, tal como se acreditó de la historia clínica y de los relatos vividos de la accionante.

iv. La líder y cabeza de la familia es la señora Nelcy Niño, quien se desenvuelve como la jefa del hogar desde hace aproximadamente una década, quien ha sufrido una situación extrema y sensible derivada de la salud mental de su esposo, lo que los ha privado de los ingresos producto de su trabajo y los ha llevado a vivir situaciones dolorosas en relación con la convivencia y cuidado del señor Novoa.

En el presente asunto, si bien el ICBF realizó el estudio de la procedencia de medidas afirmativas a favor de la accionante, el mismo fue negado al no acreditarse en esa oportunidad la condición de madre cabeza de familia, pues no se aportaron las pruebas suficientes. Sin embargo, en el trámite de esta acción se pudo constatar que efectivamente la accionante es un sujeto de especial protección y cumple con los requisitos para ser beneficiaria de tales medidas afirmativas

Se recuerda que el artículo 43 de la Constitución Política ha brindado una protección especial a la mujer y la Corte Constitucional en sentencia C-044 de 2004 ha dicho que tal protección incluye a la madre cabeza de familia, estableciendo un trato diferenciado como responsabilidad especial del Estado dada su condición de vulnerabilidad, debilidad manifiesta. Que dicha medida es razonable si se tiene en cuenta que en Colombia más del 40% de jefes de hogares son mujeres.

En este sentido, este Despacho coincide con el delegado del Ministerio Público, quien en su concepto solicita otorgar una medida de amparo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable.

Al respecto, se precisa que cuando el servidor que se encuentra nombrado en provisionalidad es sujeto de especial protección constitucional, en términos de la Corte Constitucional: *"(...) concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa."* Ante estas situaciones de debilidad manifiesta, de manera excepcional, los parágrafos 2° y 3° del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, establecen las reglas que deben tenerse en cuenta para la garantía de estos derechos fundamentales, así: *"(...) PARÁGRAFO 2º. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por: 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad. 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia"*.

De acuerdo con lo expuesto, como medida de amparo el Despacho declarará que la accionante Nelcy Consuelo Niño Niño posee la condición de madre cabeza de familia y ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dar aplicación a lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, lo cual consistirá en impartir las medidas afirmativas de estabilidad laboral reforzada consistentes en garantizar que antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba derivados de la Convocatoria no. 2149 de 2021 y antes de retirar del servicio a los empleados provisionales, aplique el orden de protección en el que se encuentra la accionante al ser una madre cabeza de familia.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR improcedente la acción de tutela presentada por Nelsy Consuelo Niño Niño frente a la suspensión de la Convocatoria No. 2149 de 2021 y del acto administrativo de provisión de la lista de elegibles respecto del cargo 2044-07, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: AMPARAR los derechos al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada de Nelsy Consuelo Niño Niño quien tiene la calidad de **madre cabeza de familia**, de conformidad con lo expuesto en la presente sentencia.

TERCERO: ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que de aplicación a lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, lo cual consistirá en impartir las medidas afirmativas de estabilidad laboral reforzada a favor de la señora Nelsy Consuelo Niño Niño consistentes en garantizar que antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba derivados de la Convocatoria no. 2149 de 2021 y antes de retirar del servicio a los empleados provisionales, aplique el orden de protección en el que se encuentra la accionante al ser una madre cabeza de familia.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: COMUNICAR a las partes por el medio más expedito la determinación adoptada en este fallo, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 vía correo electrónico o por el medio que le resulte más ágil.

SEXTO: La impugnación, en caso de ser propuesta, se recibirá por medios electrónicos. Los documentos, memoriales y en general la correspondencia dirigida a este proceso a deberá ser radicada en la Ventanilla Virtual Samai en el siguiente link: <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8087/>.

SÉPTIMO: En firme esta sentencia, envíese las piezas procesales correspondientes a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al mandato del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

YRG

(Firma electrónica SAMAI)
ÁNGELA DANIELA SÁNCHEZ MONTAÑA
Jueza

En primer lugar, Los artículos 86 de la Carta Política y 6 del Decreto 2591 de 1991 señalan que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando se utilice como un mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En este sentido, tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado y la Corte Suprema de justicia actuando como jueces constitucionales, han establecido que un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salvaguarda del derecho fundamental invocado.

Ahora : El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha todos los medios ordinarios para la protección de sus derechos fundamentales. Este imperativo constitucional pone de relieve que, para solicitar el amparo de un derecho fundamental, el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia de la acción de tutela.

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe analizar, en cada caso concreto, si los otros mecanismos judiciales disponibles permiten ejercer la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logrando su protección efecto a e integral.

Ahora bien, en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de mérito, las altas cortes han sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en la Ley 1437 de 2011 para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo.

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009 se determinó que: “en materia de concurso de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprado que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”.

Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales **AL DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD, DERECHO A LA DEFENSA, A LA PROTECCION ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS, DE ACCESO A LA PROMOCIÓN DENTRO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA, AL LIBRE ACCESO A CARGOS PUBLICOS, ASI COMO LOS PRINCIPIOS DEL MERITO, IGUALDAD EN EL INGRESO, TRANSPARENCIA, IMPARCIALIDAD, CONFIANZA LEGITIMA y SEGURIDAD JURIDICA.**

La Corte ha resaltado que la provisión de empleos a través de concurso busca la

satisfacción del Estado y garantiza el derecho fundamental de acceso a la función pública. Por ello, la elección del concursante que reúne las calidades y el mérito asegura el buen servicio administrativo y requiere de decisiones rápidas respecto de las controversias que surjan entre los participantes y la entidad.

Así las cosas, las corporaciones han entendido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquier de sus derechos fundamentales.

La corte Constitucional en Sentencia T-180/15 Magistrado Ponente JORVE IVAN PALACIO PALACIO, Se pronunció sobre la protección de la Acción de Tutela en Concurso de Méritos- Procedencia excepcional cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable.

En lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo. La acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.

La carrera administrativa cuyo origen constitucional se encuentra en el Art. 125 superior, es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. En este sentido, la carrera administrativa funge como un principio y una garantía constitucional. Así pues, el concurso de méritos está dirigido a garantizar la selección objetiva del aspirante, según la evaluación y determinación de su capacidad e idoneidad para asumir las funciones a desempeñar, de manera que se impida la subjetividad o arbitrariedad del nominador o criterios contrarios a los principios y valores constitucionales.

Así, para establecer la idoneidad y eficacia de los mecanismos judiciales, el juez debe valorar los supuestos fácticos de los casos en concreto, y examinará aspectos como:

- (i) si la utilización del medio de defensa judicial tiene la virtualidad de ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela;*
- (ii) el tiempo que tarda en resolverse la controversia ante el juez natural;*
- (iii) la vulneración del derecho fundamental durante el trámite;*
- (iv) las circunstancias que impidieron que el accionante hubiese promovido los mecanismos judiciales ordinarios;*
- (v) la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario, entre otras.*

En efecto, en el presente caso la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, recientemente ha venido avanzando en el proceso, contestando rápidamente las reclamaciones en un formato sin reparar en el fondo del asunto.

De otra parte, se cumple con el requisito señalado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, dado que lo dicho a lo largo de esta solicitud de amparo demuestra la flagrante violación de derechos fundamentales, por lo que en este caso la acción de tutela resulta procedente ante la carencia de medios de defensa judicial.

Retomando lo dicho por la Corte Constitucional en cuanto a la ineficacia de un medio de defensa ordinario por la supuesta posibilidad de acudir a la justicia ordinaria y allí pedir medidas cautelares, debe señalarse que en la práctica, y según lo señalado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, los mecanismos ordinarios en estos casos, tales como medios de control de nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho, **no son eficaces para conjurar de manera inmediata la violación de derechos fundamentales.**

Por lo anterior, en la sentencia C-284 de 2014 el alto tribunal constitucional manifestó que la Constitución **les otorgó a los jueces de tutela una importante facultad para proteger derechos fundamentales de manera inmediata y a través de medidas que son más amplias que aquellas que tienen previstas las medidas cautelares**, puesto que, en principio, no están sometidas a “reglas inflexibles” que limiten de alguna forma el estándar de protección que se puede otorgar.

La Corte Constitucional advirtió que los mecanismos previstos en la Ley 1437 de 2011 **no significa la improcedencia automática y absoluta de la acción de tutela como mecanismo de protección subsidiario de los derechos fundamentales**, ya que los jueces constitucionales tienen la obligación de realizar, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en concreto de los medios de defensa alternos y, en ese sentido, están obligados a considerar: “(i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados”.

En suma, en este caso el requisito de subsidiariedad se cumple cabalmente y la acción de tutela procede de manera definitiva para estudiar la flagrante vulneración de los derechos fundamentales en atención a que la actuación de la parte tutelada resulta **realmente arbitraria, inconstitucional y vulneradora de los derechos fundamentales invocados** y la etapa del concurso permite tomar decisiones que amparen tales derechos en este momento, dado que aún no se han adelantado actuaciones que generen derechos de terceros.

Además de lo anterior, se cumple con lo dicho por la jurisprudencia constitucional en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, que ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, **que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos.**

En el presente caso, **NO** existen mecanismos en sede administrativa para la protección de los derechos fundamentales invocados. Esto, ante la negativa de la CNSC en aceptar mis peticiones en **INFORMAR** cuáles fueron las razones para que la prueba escrita no se hiciera teniendo en cuenta el perfil académico de cada uno de los participantes y que las pruebas de conformidad con la normatividad que rige la convocatoria No. 2149 de 2021 ICBF se valoraran por otro operador diferente a la

Universidad de Pamplona, con el fin de modificar mi puntuación obtenida en la prueba escrita, habida cuenta que tengo respuestas correctas que no se me tuvieron en cuenta como válidas y que además las respuestas que ellos tenían no eran ciertas y por ello inducían al error.

En efecto, como se dijo en el acápite de hechos, al advertir las flagrantes irregularidades que vulneran los derechos fundamentales acá invocados, se elevó la correspondiente reclamación de manera oportuna y las demás peticiones, advirtiendo las irregularidades que conducen a que se acceda a la misma pero la CNSC en una respuesta supremamente confusa en un juego de palabras técnicas, no ha querido aceptar que, en efecto, las irregularidades existieron en la prueba.

En desarrollo del proceso de selección referido, el día 22 de mayo de 2022 se aplicaron las pruebas escritas y posterior a esta jornada ha surgido **públicas manifestaciones que atentan contra los principios de transparencia, imparcialidad y confianza legítima que gobiernan este tipo de procesos.**

Pese a tan evidente prueba de las irregularidades, la CNSC se ha dedicado a dar respuesta a las reclamaciones con argumento totalmente **ILEGALES e INCONSTITUCIONALES**, en el sentido de que se ha actuado conforme a la normativa y ha habido la correspondiente auditoría del ICBF

En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional ha dicho que, en el evento de presentarse, en desarrollo del concurso la flagrante violación de un derecho fundamental, la acción de tutela para el afectado resulta procedente ante la carencia de medios de defensa judiciales para lograr la continuidad en el concurso. Así lo aceptó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Sentencia AC-00698 del 28 de agosto de 2007 y lo han reiterado las Secciones Primera y Cuarta de dicha Corporación.

En segundo lugar: Con todo respeto Señor Juez, debemos analizar el **Principio de Inmediatez y Subsidiaridad** como requisito para la procedencia de la acción de tutela.

La acción de tutela fue instituida por la Constitución de 1991, como un mecanismo judicial subsidiario para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en ciertas circunstancias, en cuanto no tengan protección eficaz y oportuna en otra jurisdicción.

La Corte tiene establecido que, si bien puede ejercerse en cualquier tiempo, ello no significa que el amparo proceda con completa independencia de la demora en la presentación de la petición.

Concretamente, ha sostenido que la tutela resulta improcedente cuando la demanda se interpone después de transcurrido un lapso irrazonablemente extenso, desde la fecha en que sucedieron los hechos o viene presentándose el hecho vulnerador que la parte accionante estima afecta sus derechos fundamentales.

En el caso concreto es evidente la procedencia e inmediatez, ya que, si bien existe otro medio de defensa judicial, este no es eficaz y además mientras que resultare el fallo de un proceso, se ocasiona un perjuicio irremediable ya que las restricciones contenidas en la guía de orientación entregada por la CNSC para revisar el cuadernillo de preguntas vulneran los derechos fundamentales de los participantes que optaron

por la reclamación frente al puntaje obtenido en la prueba escrita.

*Con todo respeto Señor Juez, queda así demostrada la inmediatez como requisito para su procedencia, pues como lo señala la disposición del Art. 86 de la Constitución Política, la Acción de Tutela debe tener por objeto procurar “**la protección inmediata** de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o privada. Es decir que, en vista de la gravedad de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales de las personas, se ofrece una vía procesal cuya potencialidad es considerablemente superior a la de otros medios de defensa judicial, vía que la norma constitucional ha definido de manera sencilla y clara como protección eficaz, que justifica acudir al procedimiento preferente y sumario.*

Sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela además de lo ya mencionado la jurisprudencia especialmente en la sentencia T-504 de 2008, procedió a recordar lo siguiente:

*1 **Legitimación activa.** El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.*

*2 **Legitimación pasiva.** De acuerdo con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra acciones u omisiones de particulares, entre otros, en el caso en que quien solicite el amparo se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se promueve la acción.*

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado el alcance de la subordinación y la indefensión en los siguientes términos:

*"(...) [la subordinación] alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los **trabajadores respecto de sus patronos**, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate (...)"*

Considero señor juez, que los accionados, irrespetaron los derechos fundamentales de los aspirantes a obtener un cargo público mediante el concurso de méritos.

Referente al perjuicio irremediable la Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencias ha señalado:

Sentencia T-318/17

Conforme a estos criterios, la Corte ha conceptualizado el perjuicio irremediable, así:

"(...) De acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”.

Así mismo, este Tribunal, ha destacado que cuando se trata de esta hipótesis, el accionante deberá acreditar: “(i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (iii) la gravedad del perjuicio – irremediable.

Ahora bien, en cuanto al segundo supuesto, que hace referencia a la idoneidad del mecanismo de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que este “ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata. La idoneidad del medio judicial puede determinarse, según la Corte lo ha indicado, examinando el objeto de la opción judicial alternativa y el resultado previsible de acudir a ese otro medio de defensa judicial.”. Así, el juez constitucional deberá efectuar un análisis particular del caso concreto, pues en este podría percatarse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o adoptar las medidas necesarias para la protección de los derechos fundamentales afectados.

En síntesis, la acción constitucional no puede desplazar al juez ordinario y solo subsidiariamente, en eventos excepcionales definidos por la jurisprudencia, aquella puede invocarse para solicitar una protección transitoria, o una protección definitiva. Cuando se invoca el perjuicio irremediable, el peticionario debe acreditarlo o aportar mínimos elementos de juicio que le permitan al juez constitucional comprobar la existencia de este elemento.

ARGUMENTACION JURIDICA DE LAS PRETENSIONES COMO CONSECUENCIA DE LA VULNERACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS Y DE LOS CUALES SE SOLICITA SU PROTECCION.

VIOLACION AL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO.

DEFINICIÓN Y ALCANCE DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO.

El artículo 29 de la Constitución Política determina que el debido proceso debe regir todas las actuaciones adelantadas bien sea en procesos judiciales o en trámites administrativos. En armonía con ello, este derecho ha sido definido por la Corte Constitucional como el conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para proteger a una persona dentro del trámite de un procedimiento judicial o administrativo. En ese sentido, su propósito es efectivizar los derechos de los asociados,

lo que se logra no solo con el respeto del contenido sustancial o material de aquellos sino también con el acatamiento de las condiciones formales que posibilitan su ejercicio.

Es preciso recordar que el núcleo esencial de un derecho fundamental alude a aquel ámbito de su contenido que resulta indispensable para la protección de los intereses jurídicos que busca satisfacer. Así las cosas, es plausible afirmar que, tratándose del debido proceso, ese contenido básico e irreductible se refiere al ejercicio del derecho de defensa a fin de que, luego de agotarse una serie de etapas con sujeción a unas reglas previamente establecidas y con respeto de las oportunidades consagradas en favor de quienes son parte dentro del respectivo procedimiento, se adopte una decisión definitiva, ya sea en una instancia judicial o administrativa.

VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO EN ESTE CASO.

El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha señalado que este sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenida en los artículos 13 y 25 de la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientada para: (i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distinción alguna por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.

Resulta vulneratorio el principio de igualdad de oportunidades cualquier práctica que discrimine a los aspirantes a un empleo público en razón de su raza, sexo, convicciones religiosas o políticas. Así mismo, es contrario al mencionado principio toda conducta que sin justificación alguna rompa el equilibrio entre los participantes de un concurso. De igual manera, resultan inconstitucionales por desconocer el principio de igualdad de oportunidades, aquellos concursos públicos que carezcan de medidas efectivas para garantizar condiciones más favorables a personas pertenecientes a ciertas poblaciones cuyas posibilidades de acceso al empleo público haya sido tradicionalmente negado.

*La Corte Constitucional 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 listas de elegibles, **enfaticando en que aquellas deben adelantarse con el apego al***

principio de la buena fe y los derechos a la igualdad y el debido proceso.
característica éste que dentro de esta convocatoria brilla por su ausencia al realizar una prueba escrita sin cumplir con las reglas de la convocatoria No. 2149 de 2021 ICBF, ya que como se ha manifestado en el acápite de hechos, el cuadernillo de preguntas no tenían relación ni con las funciones, ni con los ejes temáticos reportados por el ICBF.

En este caso, las tuteladas violan el derecho fundamental al debido proceso al imponer unas restricciones para la revisión del cuadernillo de preguntas, las cuales están por fuera de la normativa Colombiana y vulneran nuestra buena fe y el debido proceso.

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN ESTE CASO

La Corte Constitucional ha explicado que la seguridad jurídica implica que “en la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite”.

La seguridad jurídica es, la certeza del derecho que posee el individuo en la sociedad, la cual está garantizado por el Estado, a fin de que se aplique la normatividad que se encuentra vigente.

Este principio es como correlativo necesario de los principios de la confianza legítima y de la buena fe consagrado en el Art. 83 de la Constitución Política de Colombia, busca salvaguardar y no sancionar la conducta de quien actúa convencido que está amparado en normas y precedentes judiciales ciertos y vinculantes que regulan su conducta de terminada manera, y que por lo tanto no ofrecen duda o desconfianza para realizar la actividad que se propone, por ello cuando existen criterios divergentes al interior de una autoridad administrativa, corporación judicial o en la jurisprudencia aplicable no es posible encasillarse en uno de ellos y desconocer los otros, para alegar la confianza legítima y la seguridad jurídica.

La Corte ha dicho que, si bien “la seguridad jurídica y la autonomía e independencia judiciales son principios fundantes de los Estados democráticos”, éstos no pueden “ser empleados para blindar decisiones exclusivamente basadas en el capricho, en la saliente negligencia o en la arbitrariedad de los jueces.” (Sentencia T-359 de 2003, ratificada en sentencia T-676, M.P. Jaime Araujo Rentería).

La seguridad jurídica tiene como finalidad promover el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad e incita al ciudadano a confiar en que su caso o pretensión será resulto o merecerá la misma respuesta que dio en casos anteriores e iguales.

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA DE LAS MADRES CABEZA DE FAMILIA

La estabilidad laboral reforzada ha sido un tema traído por la jurisprudencia, con el fin de dar cumplimiento a los fines esenciales de nuestra Constitución Política establecido en su Art. 1, por ello la Corte Constitucional se ha dedicado en sendas jurisprudencias a reconocer y garantizar ese derecho de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa y que son sujetos de especial protección constitucional, como lo son madres y padres cabeza de familia, personas que están en situación de

discapacidad, prepensionados y en debilidad manifiesta por razones de salud.

No estoy en contra del mérito, por ello reconozco que los empleados en provisionalidad y que tenemos situaciones especiales, no estamos sujetos a quedarnos en perpetuidad en los cargos, pues debemos concursar para aspirar a un cargo de carrera administrativa; **sin embargo, de conformidad con el Art. 2.13. 46 y 47 de la Constitución Política de Colombia, se nos debe propiciar un trato preferencial como medida de acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de mérito, con el fin de garantizar los derechos fundamentales.**

La Corte Constitucional ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales y la estabilidad laboral reforzada de que gozan los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad y que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, para ello remite a la **Sentencia SU-446 de 2011**, que al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación⁸, 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 por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación⁹. 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.

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

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

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

venían ocupando” (negritas originales).

Entonces, pese a la potestad de desvincular a los empleados públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condiciones especiales, deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos:

- (i) La adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y
- (ii) La motivación del acto administrativo de desvinculación.

Para la Corte Constitucional, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, las personas con una situación especial han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. “La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

Respecto al retiro de los empleados provisionales que se encuentran en una situación especial por el nombramiento en periodo de prueba de quien ha ocupado el primer lugar en la lista de elegibles, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-901 de 2008, señaló:

“... respecto de personas que se consideran sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad, ni la situación que afrontan las personas discapacitadas, en un mercado laboral que usualmente les es hostil y donde no es fácil procurar un trabajo, situación suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma condición y por la edad, amén de factores de índole económica.

Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de los participantes, extrañas al mérito y vinculadas con fórmulas como, el lugar de origen o de prestación del servicio, la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio cargo para el que se concursa, el ingreso automático a la carrera o los concursos cerrados para ingreso o ascenso, reconocer a las pruebas de conocimientos generales o específicas - en este caso a la Prueba Básica general de preselección- un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, la estructuración de la lista de elegibles y el nombramiento respectivo en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso.

Nuestra Constitución Política de Colombia en su Art. 49, establece como derecho fundamental de los colombianos el de la salud y por ello el Estado tiene la obligación de prestar los servicios en salud a través de las entidades privadas o públicas.

En el mismo sentido, el Art. 13, contempla la protección especial que el Estado debe

garantizar a las personas que se encuentran en “circunstancia de debilidad manifiesta” y el 47 el deber de adelantar una “política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

Con el fin de establecer la política para la prestación de servicios de salud, el Gobierno Nacional ha venido reglamentado ese servicio a través de la expedición de múltiples Decretos y Actos Administrativos expedidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Para ilustrar lo antes mencionado me remito a la Sentencia T-342 de 2021, que una de sus apartes señaló.

“5.3 Por otro lado, el artículo 13 de la Constitución Política estableció que el Estado debe garantizar una protección especial a las personas que se encuentren en “circunstancia de debilidad manifiesta”. Y en la misma dirección, el artículo 47 superior consagró el deber del Estado de adelantar una “política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”. Estos mandatos constitucionales, interpretados sistemáticamente con el principio constitucional de estabilidad en el empleo, son la fuente del derecho a la estabilidad laboral reforzada, que protege a los trabajadores que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, como ocurre con las mujeres embarazadas, trabajadores sindicalizados, madres cabeza de familia y personas con discapacidad o en estado de debilidad manifiesta por razones de salud.

Por otro lado encontramos la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003, que establece la protección para las madres y padres cabeza de familia, prepensionados, población en situación de debilidad manifiesta por razones de salud para no ser retirados del cargo, teniendo en cuenta que dicha protección radica en garantizar el mínimo vital, la dignidad y la recuperación de aquellos empleados que debido a su trabajo o condición de vida, presentan patologías que deben recibir tratamiento para erradicar las mismas o para aliviar los dolores.

Igualmente es necesario tener en cuenta, que estos empleados de ser retirados con dicha condición, es muy difícil en nuestro país encontrar un trabajo, para asegurar su vinculación a una EPS que le preste los servicios médicos, pues muy seguramente al momento del examen de ingreso, los resultados van serán negativos y por ende rechazados para vincularse laboralmente.

Es por ello que la jurisprudencia ha señalado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no solamente cobija a quienes se encuentren en estado de invalidez o sean calificados con una pérdida de capacidad laboral, sino aquellos que tengan una afectación en su salud y que les dificulte cumplir con sus actividades laborales en condiciones óptimas.

Siguiendo con apartes de la Sentencia T-342 de 2021, al respecto señaló:

“5.7 En este sentido, la Corte ha sostenido que el derecho a la estabilidad laboral reforzada “no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, toda vez que

esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho”.

En efecto, “los seres humanos no son objetos o instrumentos, que solo sean valiosos en la medida de su utilidad a los fines individuales o económicos de los demás. Las personas tienen un valor en sí mismas, y al experimentar una afectación de su salud no pueden ser tratadas como las mercancías o las cosas, que se desechan ante la presentación de un ‘desperfecto’ o ‘problema funcional’. Un fundamento del Estado constitucional es el ‘respeto a la dignidad humana’ (CP art. 1), y la Constitución establece que el trabajo, ‘en todas sus modalidades’, debe realizarse en condiciones dignas y justas (CP art 25). Estas previsiones impiden que en el trabajo las personas sean degradadas a la condición exclusiva de instrumentos”

Sabemos que los provisionales tenemos una estabilidad relativa y por ellos conocemos que no podemos quedarnos a perpetuidad en el cargo sino es a través de concurso de méritos, por ello en caso de participar y no ser los primeros de la lista debemos ceder la plaza a la persona que ocupó el primer lugar; sin embargo teniendo en cuenta que la Constitución Política de Colombia es garantista frente a la estabilidad en el empleo, antes de terminar la provisionalidad a un funcionario que se encuentra en situación de debilidad manifiesta por razones de salud, el empleador debe hacer el correspondiente análisis para que éstos sean los últimos en removerse y de obligarse a esto, debe vincularlos nuevamente realizar acciones afirmativas, con el fin de que cumplir y garantizar a esta población el principio de la estabilidad laboral reforzada.

Sentencia T-342 de 2021 así:

(...)
“

2. La estabilidad laboral relativa o intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad

7.1. Como fue señalado previamente, la Constitución de 1991 otorgó al derecho al trabajo un amplio margen de protección, el cual incluye el principio de estabilidad en el empleo. Esta garantía, en el caso particular de quienes ocupan cargos en provisionalidad, está revestida de un carácter relativo. Esto obedece a que el constituyente estableció en el artículo 125 de la Carta que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”, de manera que las condiciones de ingreso y permanencia en cargos públicos está sujeto al mérito y no a la discrecionalidad del nominador.

7.2 Por tanto, cuando el principio de estabilidad en el empleo involucra cargos públicos, debe analizarse bajo la perspectiva de la carrera administrativa, que es el mecanismo preferente para la gestión de los empleos públicos. Esto quiere decir que cuando una persona es nombrada en provisionalidad, su permanencia en ese cargo depende de la implementación de ese mecanismo, justamente porque lo que se privilegia en la Carta es el ingreso al empleo público a través de los concursos de méritos.

7.3. En este sentido, esta Corporación ha reiterado que cuando la terminación del vínculo en provisionalidad ocurre como consecuencia del nombramiento en periodo de prueba de la persona que ganó el concurso de méritos, no se “desconocen 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”

7.4 Esto significa que el derecho a la estabilidad en el empleo para quien ha sido vinculado a través de un nombramiento en provisionalidad está condicionado “al lapso de duración del proceso de elección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente”

7.5 En este contexto, la estabilidad laboral relativa o intermedia que ampara a los funcionarios que ejercen cargos en provisionalidad está dirigida a asegurar que solo puedan ser retirados a través de un acto administrativo debidamente motivado, en el que consten las razones de dicha decisión, pues “el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello.”

7.6 En consecuencia, una motivación del acto administrativo de desvinculación que se ajuste a la Constitución es justamente el nombramiento de la persona que se encuentra en la lista de elegibles. No obstante, en virtud de los mandatos constitucionales que amparan a las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, quienes se encuentren ocupando un cargo en provisionalidad y se enfrentan a su posible desvinculación con ocasión de un concurso de méritos, tienen derecho a una protección especial, como se explicará a continuación.

8. La provisión de cargos con lista de elegibles y la protección especial de los funcionarios nombrados en provisionalidad cuando se encuentran en situación de debilidad manifiesta por razones de salud

8.1 Esta Corte ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos en los que la persona que ocupaba un cargo con nombramiento provisional estaba en debilidad manifiesta por razones de salud. En esas circunstancias, esta Corporación ha definido que, si bien las personas que desempeñan un cargo público en provisionalidad no tienen derecho a permanecer en el mismo de manera indefinida, “si debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales”.

8.2 De manera 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”.

La Ley 082 de 1993 señala en su artículo 2, que la Mujer Cabeza de Familia, 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, síquica o moral del cónyuge o compañera permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

Por lo anterior, la condición de madre o padre cabeza de familia se reconocerá a aquel que asume en forma exclusiva y sin apoyo alguno la responsabilidad del hogar, aunado

a ello la ausencia en asumir la responsabilidad del otro padre debe obedecer a factores de fuerza mayor que no son predicables a la mera ausencia de este, como tampoco a un reducido aporte o cumplimiento en los demás deberes que le atañen en su condición. Esta persona deberá declarar ante un notario expresando las particularidades de su caso que justifican tal condición.

Igualmente, el Artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, ha señalado que los servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familia entre otros, que deban ser desvinculados como consecuencia de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados.

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia T-186 de 2013, ha reconocido que cuando un empleado ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, "concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades.

De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa".

*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 Madre 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 párrafo 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.”

Las afirmaciones que se han hecho a través de este escrito, relacionados con la condición de Padre cabeza de familia de conformidad con el Artículo 7 del decreto 019

de 2012, se consideran hechas bajo la gravedad de juramento del mismo modo que las efectuadas ante Notario Público cuando se realiza una declaración extra juicio, sin embargo, para demostrarla veracidad de mis afirmaciones adjunto declaraciones hechas ante notario.

Soy beneficiaria de la especial protección constitucional derivada de mi condición de Madre cabeza de familia, por ello demuestro y acredito el cumplimiento de los requisitos taxativos previstos en la sentencia SU-389 de 2005. En los documentos se evidencia claramente que mis hijos DEYSI VANESSA NOVOA NIÑO y GLEISON FERNEY NOVOA NIÑO están incapacitados para trabajar, (se encuentran estudiando) por lo que no puede predicarse su responsabilidad respecto de ellos)

De la misma forma tampoco tengo apoyo económico de otros miembros de la familia porque no cuentan con los recursos económicos para ellos, pues estos tienen sus propias obligaciones y lo que devenga solo alcanza para el sostenimiento de sus familias lo que significa la responsabilidad solitaria para mantener a mis hijos y a mí misma.

En este caso, las tuteladas violan el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada a las madres y padres cabezas de familia porque a la fecha no ha establecido las acciones afirmativas para la protección de esta población que goza de un fuero especial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento las pretensiones de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y los Decretos 2591 de 1991, respecto de casos similares, la Honorable Corte Constitucional ha establecido jurisprudencialmente lo siguiente:

CONSIDERACIONES PARTICULARES

*Señor Juez, reconozco que aunque existen otras vías judiciales para ventilar el motivo del reconocimiento del derecho a ocupar un cargo público a través del concurso de mérito, como lo constituye la **JUSTICIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA**, considero que nuestros derechos fundamentales se están viendo gravemente **VULNERADOS** y además ocasionando un **PERJUICIO IRREMEDIABLE** con la restricciones que indica la CNSC en la guía de orientación para revisar el cuadernillo de preguntas entregada en la Convocatoria 2021 ICBF.*

Por tanto, acudo a su sabiduría y administración de justicia, como juez constitucional para que por medio de la presente acción de tutela ampare y garantice los derechos fundamentales señalados en esta misiva, y en su defecto se decrete la medida cautelar que a continuación se solicita así:

PRETENSIONES

*Con fundamento en lo expuesto, se suplica al Juez de tutela AMPARAR mis derechos fundamentales **AL DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD, DERECHO A LA DEFENSA, A LA PROTECCION ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS, A LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS AFIRMATIVAS***

ESTABLECIDAS EN LA SENTENCIAS SU – 389 de 2055 - SU-446 DE 2011 En consecuencia se solicita.

PRIMERO: Que se exija y se requiera al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF a dar cumplimiento a la medida afirmativa de CABEZA DE FAMILIA conferida a mi en el excel y en consecuencia se me ubique en mi cargo del cual fui declarada insubsistente o en su defecto se me designe otro cargo similar al que estaba ocupando que se encuentre en vacancia definitiva o en su defecto este ocupado por un provisional que no tenga condiciones especiales dentro de la Planta Global del ICBF,

SEGUNDO: Que se respete mi CONDICION de madre cabeza de familia concedida inicialmente por el ICBF y en consecuencia se me otorguen los derechos fundamentales a la aplicación de las medidas afirmativas establecidas en las SENTENCIAS SU – 389 de 2055 - SU-446 DE 2011 en virtud de la protección especial dentro de los concursos de carrera administrativa y por tanto, mi cargo que ocupé en provisionalidad sea proveído o entregado al elegible dentro de los últimos cargos de la convocatoria 2149 de 2021.

SEGUNDO: Que se suspenda la provisión de la lista de elegibles de mi cargo que según la convocatoria CNSC 2019 de 2021, OPEC 166313 por parte de la CNSC hasta tanto el ICBF, termine de aplicarme EL PROCEDIMIENTO de medidas afirmativas de orden constitucional a que tengo derecho.

TERCERO: De no prosperar la pretensión número uno y dos como pretensiones subsidiarias de la presente Acción se ordene:

A) **SUSPENDER** la Convocatoria No. 2149 de 2021, por la vulneración al debido proceso, seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe, situaciones fácticas que no se tuvieron en cuenta al convocar y establecer las reglas del proceso de selección mediante Acuerdo No. 2081 del 21 de septiembre de 2021.

B) **Se ordene a la CNSC que la lista de elegibles relaciona con OPEC 166313 no se publique** hasta tanto no se esclarezca las presuntas irregularidades que se han presentado a lo largo de esta convocatoria.

C) **Que, en aras de la protección laboral reforzada a las Madres Cabeza de Familia, se ordene al ICBF, PREVER** mecanismos para garantizar que las personas en condición de protección especial como **madres cabeza de familia**, discapacitados, mujeres embarazadas prepensionados, personas en condición de debilidad manifiesta por razones de salud y con enfoque diferencial fueran las últimas en ser desvinculadas y si sucede esta situación administrativa, sean vinculadas nuevamente de forma provisional en cargos vacantes de igual o similar al que estaba ocupando o bajo la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios.

MEDIDA CAUTELAR: Solicitamos como parte de las pretensiones la medida cautelar donde se ordene la suspensión de la Resolución 2744 del 28 de Abril de 2023 proferida por el ICBF, donde declaro mi INSUBSISTENCIA A PESAR DE HABER PROFERIDO LA MEDIDA AFIRMATIVA CORRESPONDIENTE y en su defecto sea reincorporada al mi cargo que ejercía o en su defecto sea reincorporada en un cargo que se encuentre en vacancia definitiva o este proveído con un elegible que no tenga condiciones especiales a fin de que no se me siga causando el perjuicio irremediable ya dado con mi insubsistencia entre ellos: POR TANTO YA ESTOY POR FUERA DEL ICBF, SIN SALARIO SIN PRESTACIONES SOCIALES, SIN SALUD EN ESPECIAL PARA ONASSIS ANDRES QUIEN REQUIERE TRATAMIENTOS ESPECIALES POR SUS PATOLOGIAS Y QUIEN NO PUEDE TRABAJAR NI ESTUDIAR Y DEPENDE 100% DE MI, SIN LA POSIBILIDAD DE LAGAR MAS ESTUDIOS UNIVERSITARIOS A JOAN SEBASTIAN Y SIN NINGUNA ALTERNATIVA ECONOMICA Y LABORAL y SIN EL CUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA

AFIRMATIVA DECRETADA SIENDO UNA BURLA PARA MI, EL ICBF NI SIQUIERA ME REUBICO EN OTRO CARGO EN VACANCIA DEFINITIVA O QUE ESTE EN CABEZA DE UN PROVISIONAL PERO QUE NO TENGA NINGUNA MEDIDA AFIRMATIVA DE CABEZA DE FAMILIA, DISCAPACIDAD O PREPENSIONADO y en la RAMA JUDICIAL SI SON JUICIOSOS EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS AFIRMATIVAS YH EL RESPETO DE LAS MISMAS EN CASO DE CONCURSO DE CARRERA, DONDE LOS ELEGIBLES HAN TENIDO QUE ESPERAR AL FIN DE LA APLICACIÓN TEMPORAL DE LE MEDIDA AFIRMATIVA.

Con fundamento en lo expuesto, para el caso objeto de consulta, esta Dirección Jurídica considera que la persona que tiene la calidad de madre cabeza de familia sin alternativa económica no podrá ser retirado del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública.

El Decreto 1083 de 2015 respecto al retiro de los provisionales, establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.4. Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado concreto.

En conclusión, los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos. En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

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

En efecto, la Corte Constitucional ha reconocido que cuando un empleado ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad

laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”.

Si bien 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, 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.

Lo anterior en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 de la Constitución Política, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las madres cabeza de familia (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP).

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011, la Corte Constitucional hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales tales como las madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozando 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.

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

“En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas,

estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando” (negritas originales).

Entonces, pese a la potestad de desvincular a los empleados públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condiciones especiales, deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos:

- *La adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y La motivación del acto administrativo de desvinculación.*

Para la Corte Constitucional, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, las personas con una situación especial han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. “La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010”.

Respecto al retiro de los empleados provisionales que se encuentran en una situación especial por el nombramiento en periodo de prueba de quien ha ocupado el primer lugar en la lista de elegibles, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-901 de 2008, señaló:

“... respecto de personas que se consideran sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad, ni la situación que afrontan las personas discapacitadas, en un mercado laboral que usualmente les es hostil y donde no es fácil procurar un trabajo, situación suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma condición y por la edad, amén de factores de índole económica.

Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de los participantes, extrañas al mérito y vinculadas con fórmulas como, el lugar de origen o de prestación del servicio, la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio cargo para el que se concursa, el ingreso automático a la carrera o los concursos cerrados para ingreso o ascenso, reconocera las pruebas de conocimientos generales o específicas - en este caso a la Prueba Básica general de preselección- un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, la estructuración de la lista de elegibles y el nombramiento respectivo en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso.

En el caso de las personas con discapacidad es evidente que nada se opone a que se sometan a un concurso público y abierto donde pueden en igualdad de condiciones

demostrar su capacidad y mérito al igual que cualquier otro participante respecto del cual no pueden considerarse diferentes por su sola condición de discapacidad”. (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, el hecho de que un empleado provisional padezca una condición especial y no supere las pruebas para proveer el empleo que desempeña, deberá ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de mérito que se adelantó para proveer el empleo que ocupa en provisionalidad por cuanto, la Corte Constitucional refiere que tal discapacidad no exime al empleado para demostrar sus capacidades en igualdad de condiciones.

Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia SU- 446 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub sobre el retiro de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los prepensionados por concurso, refirió:

“En razón de la naturaleza global de la planta de personal de la Fiscalía, tal como la definió el legislador, y el carácter provisional de la vinculación que ostentaban quienes hacen parte de este grupo de accionantes, la Sala considera que el Fiscal General gozaba de discrecionalidad para determinar los cargos que serían provistos por quienes superaron el concurso; por tanto, no se podía afirmar la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso de estos servidores, al no haberse previsto por parte de la entidad, unos criterios para determinar qué cargos serían los que expresamente se ocuparían con la lista de elegibles.

La única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era reemplazar a estos provisionales con una persona que hubiere ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. En este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que ganó el concurso.

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.

En la sentencia C-588 de 2009, se manifestó sobre este punto, así: “... la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados”

Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir

los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

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

Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados.

[...]

En consecuencia, la entidad deberá prever las especiales situaciones descritas en este apartado, al momento en que deba ocupar los cargos con el o los concursos que tiene que efectuar en cumplimiento de esta providencia.” (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo con la norma y jurisprudencia anterior, le corresponde a la administración permitir en la medida de sus posibilidades que las personas que sean madres y padres cabeza de familia; que estaban próximas a pensionarse y las personas en situación de discapacidad sean reubicadas donde puedan conservar y progresar en el empleo.

Lo anterior, en consonancia con la sentencia T-595 de 2016 de la Corte Constitucional, en la que analizó la estabilidad laboral reforzada 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.” (Negrita y subrayado fuera de texto)

Respecto del orden para la provisión de empleos de carrera, el Decreto 1083 de 2015 prevé lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

(...)

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

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

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 párrafo 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.

PARÁGRAFO 4. La administración antes de ofertar los empleos a la Comisión Nacional del Servicio Civil, deberá identificar los empleos que están ocupados por personas en condición de prepensionados para dar aplicación a lo señalado en el párrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019."

De acuerdo con lo previsto en la norma, se tiene que, en el caso que la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor o igual al 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, entre otros, a quienes tienen la condición de padre o madre cabeza de familia, para que en lo posible estos servidores 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.

De acuerdo con lo expuesto, y atendiendo puntualmente su consulta, le indico que efectuando una revisión de las normas y jurisprudencia que regulan la materia, se tiene que el empleado provisional que sean madres cabeza de familia, deberá ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de méritos que se adelantó para proveer el empleo que ocupa en provisionalidad, ya que su situación no lo exime de demostrar su capacidad y mérito en igualdad de condiciones y el mérito debe ser el factor que determine el ingreso o la permanencia en el sector público.

Con todo, en el evento que la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor o igual al de aspirantes al de empleos de carrera 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, entre otros, a quienes tienen la condición de madres cabeza de familia, para que, en lo posible, estos servidores 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, dicho análisis y decisión es propio de la respectiva entidad u organismo público”.

PRUEBAS

Con el fin de establecer la vulneración de los derechos fundamentales solicito sea tenidos en cuenta las siguientes pruebas y las que su señoría de oficio considere pertinentes.

CERTIFICADO DE SALUD ONASSIS MOLINARES.pdf
CERTIFICADO DE SALUD MANUEL STHEE SANDOVAL VALERA.pdf
CERTIFICADO DE SALUD JOAN MOLINARES.pdf
CERTIFICADO DE SALUD EGLIS VALERA.pdf

- 1.
5. *Certificación de estudios de JOAN SEBASTIAN MOLINA VALERA*
6. *Declaración Juramentada de madre cabeza de familia de Eglis Valera.*
Tarjeta de identidad de Joan Molinares Valera.pdf
RC ONASSIS MOLINARES VALERA.pdf
RC MANUEL SANDOVAL VALERA.pdf
RC JOAN MOLINARES VALERA.pdf
CEDULA ONASSIS MOLINARES VALERA.pdf
7. *cedula Eglis Valera.pdf*
8. *RESOLUCIÓN de la CNSC donde profiere lista de elegibles No 3472 del 25 de marzo de 2023.*
9. *Excel remitido por el ICBF, que me reconoce medidas afirmativas*
10. *Resolucion 2744 del 28 de Abril de 2023 donde el ICBF, profirió mi INSUBSISTENCIA*
11. *Cedula de Ciudadanía.*
12. *Sentencia radicado 1500133330132023- 00065-00 proferido por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, ya que me encuentro en la misma condición.*
13. *Oficio de fecha CJO17-837 Bogotá, D. C., miércoles, 22 de marzo de 201, donde la rama aplica medidas afirmativas.*

COMPETENCIA

Es usted, Señor Juez competente para conocer de este asunto por su naturaleza de las Instituciones Tuteladas ICBF, CNSC, entre otras. de acuerdo con el Artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

JURAMENTO

De conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 Bajo la gravedad de juramento manifiesto no haber tutelado por los mismos hechos ni las mismas pretensiones ante otra autoridad judicial.

ANEXOS

Copia la presente acción de tutela para los traslados y el archivo del Juzgado, y los documentos relacionados en el acápite de pruebas.

NOTIFICACIONES

- A la accionante: Correo electrónico [REDACTED]

- A los accionados:

Comisión Nacional del Servicio Civil: Correo electrónico
notificacionesjudiciales@cnscc.gov.co

Universidad de Pamplona: Correos electrónicos
notificacionesjudiciales@unipamplona.edu.co

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, correo electrónico
Notificaciones.Judiciales@icbf.gov.co.

Departamento Administrativo de la Función Pública:
notificacionesjudiciales@funcionpublica.gov.co

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION:
procesosjudiciales@procuraduria.gov.co

Atentamente,

ORIGINAL FIRMADO

EGLIS ASTRID VALERA CERRA
C.C. [REDACTED]