

Señor:
JUEZ CIRCUITO
DE FLORENCIA CAQUETÁ (REPARTO)
E. S. D.

MEDIDA PROVISIONAL

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA.
ACCIONANTE: KELLY HIAMIL ANGARITA GOMEZ
ACCIONADOS: e ICBF

KELLY HIAMIL ANGARITA GOMEZ, identificada con cedula de ciudadanía No. 40.943.991, expedida en Florencia Caquetá, mayor de edad, residente en el Municipio de Florencia, de manera atenta me dirijo a su despacho con el fin de impetrar **ACCION DE TUTELA** contra del **INSTITUTO DE BIENESTAR FAMILIAR**, sus representantes legales, quienes hagan sus veces o a quienes corresponda, por considerar que me están siendo vulnerados los **DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS, DIGNIDAD HUMANA, AL TRABAJO, A LA SEGURIDAD SOCIAL, A LA ESTABILIDAD LABORAL, A LA PROTECCIÓN ESPECIAL POR DEBILIDAD MANIFIESTA, AL MÍNIMO VITAL Y A LA SALUD,** y los demás que le sean conexos, con base en los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: Desde el 08 de febrero del año 2018, me vinculé en provisionalidad en el ICBF en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO CODIGO 2044 GRADO 07.

SEGUNDO: Desde el año 2021, vengo sufriendo problemas de salud complejos con diagnóstico de *“F439 - Reacción al estrés grave, no especificada, Principal. F412 - Trastorno mixto de ansiedad y depresión, Secundario”*, siendo remitida a medicina laboral de la EPS, y recibiendo ayuda psicológica y manejo para mi diagnóstico por parte del área de salud ocupacional y área administrativa del ICBF, desde esa fecha, estando actualmente en tratamiento, tal como consta en los anexos que adjunto con el presente escrito.

TERCERO: LA CNSC, mediante acuerdo No. 2081 del 21 de septiembre de 2021 convoco a concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al sistema de carrera administrativa del ICBF convocatoria 2149 de 2021, y una vez agostadas la etapas del citado proceso se expidió la resolución 5596 de 17-04-2023 pro medio de la cual se conformó lista de elegibles para proveer el cargo de profesional universitario 2044-7 .

CUARTO: El 05-04-2023, La dirección de gestión humana remite oficio No. 20231210000082501, donde da respuesta a las solicitudes de estabilidad laboral, para el asunto en concreto que es estabilidad laboral por salud, en donde hace relación al decreto 1083 de 2015 artículo 2.2.5.3.2 que define el orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera y el orden de protección. Hace alusión que se protegerán las enfermedades catastróficas y las discapacidades, según la resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud y resolución 3974 de 2009, como son:

- a) Cáncer de cérvix
- b) Cáncer de Mama
- c) Cáncer de estomago
- d) Cáncer de colon y recto
- e) Cáncer de próstata
- f) Leucemia linfoide aguda
- g) Leucemia mieloide aguda
- h) Linfoma hodgkin
- i) Linfoma no hodgkin
- j) Epilepsia
- k) Artritis reumatoidea
- l) Infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)."

De lo anterior, se desprende que el ICBF, no tuvo en cuenta las enfermedades mentales, para efectos de aplicar **"El derecho a la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud"**, inobservando el mismo decreto que se cita en el oficio en mención, esto es el Decreto 1083 de 2015, ARTÍCULO 2.2.12.1.2.1 que reza:

*"Destinatarios. No podrán ser retirados del servicio las madres o padres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, **mental**, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el Artículo [2.2.11.3.1.1](#), (sic)debe entenderse que la referencia correcta es el Artículo [2.2.12.1.1.1](#) del presente decreto." (negrilla fuera de texto)*

En donde expresamente se hace alusión también a las enfermedades mentales, las cuales afectan la salud y dificulta ostensiblemente el desempeño de las labores diarias, siendo catalogada como una suceso que genera debilidad manifiesta en las personas que las padecen, y pueden gozar de la estabilidad laboral reforzada.

De igual forma, desconoce lo indicado en jurisprudencia de nuestra Honorable Corte constitucional Así:

Sentencia SU-049 de 2017 que señala:

"En ese sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que "el derecho a la estabilidad reforzada no solamente cobija a quienes se encuentren en estado de invalidez o tengan algún porcentaje de pérdida de capacidad laboral dictaminado por una autoridad competente", también abarca a "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".

Sentencia T-342 de 2021:

" Es por esto que la Corte Constitucional distingue entre (i) el estado de invalidez y (ii) el de discapacidad. El primero se refiere a las personas que por cualquier causa no intencional hayan perdido el 50% o más de su capacidad laboral⁷ . Mientras que la discapacidad es "una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social".

Lo cierto es que la jurisprudencia constitucional ha aseverado que una persona que a la que se le **"dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares"** puede gozar de la estabilidad laboral reforzada, independientemente de si se está en un estado de invalidez o de discapacidad.

Más allá de acreditar una de esas dos condiciones, en la Sentencia T-020 de 2021 la Corte Constitucional estableció que para que opere la garantía de estabilidad laboral reforzada **"el juez constitucional debe verificar: (i) que la condición de salud del trabajador le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus funciones; (ii) que dicha circunstancia sea conocida por el empleador con anterioridad al despido; y, (iii) que no exista una causal objetiva que fundamente la desvinculación"**

Ahora bien, nuestro máximo Tribunal Constitucional en cuanto a las enfermedades mentales ha indicado que: *“Este Tribunal no ha sido ajeno a los conflictos que se generan como consecuencia de los problemas de salud mental en el mundo contemporáneo. La jurisprudencia de esta Corte ha entendido que los pacientes con enfermedades mentales como los trastornos de ansiedad y depresión se encuentran en estado de debilidad manifiesta por las características propias de estas patologías ya que afectan múltiples aspectos de la vida de quienes las padecen, e impiden el normal y adecuado desempeño de las actividades laborales.”* (Sentencia T-434 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera).

Razón por la cual el ICBF no dio cumplimiento a la ley y a la jurisprudencia reseñada, y no aplicó el derecho a la igualdad en mi caso, dejándome por fuera de la protección de estabilidad laboral reforzada o de acciones afirmativas por mi situación de debilidad manifiesta (enfermedad mental) que a otros si aplicó, aun conociendo mi patología que data desde el 2021 y me pone en situación de vulnerabilidad ante la eminencia de quedar sin empleo y seguridad social.

Pues justamente, uno de los propósitos de la estabilidad laboral reforzada es evitar que quienes se encuentran en una situación de debilidad manifiesta por salud deban enfrentarse a la posibilidad de no encontrar un nuevo vínculo laboral dado su afección física o mental. Y se busca que aquellas personas no caigan en ese escenario, a fin de garantizar unos mínimos pecuniarios que permitan su sobrevivencia económica (Tutela Consejo de Estado Radicación 70001-23-33-000-2022-00026-01 del 09 de junio de 2022.)

CUARTO: El 26 de Junio de 2023, se me notifica resolución No. 3240-12 del 12 de mayo de 2023, donde se nombra en periodo de prueba a DAYRA YAMILE LOPEZ AROS, y **se me termina el nombramiento en provisionalidad** en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO CODIGO 2044 GRADO 07.

Indicando al Despacho que la Señora DAYRA YAMILE, SOLICITO PRORROGA PARA POSESIONARSE HASTA EL 31 DE JULIO DE 2023, PARA POSESIONARSE EL 01 DE AGOSTO DE 2023.

QUINTO: En la fecha hay vacantes que no han sido ocupadas, por ende el ICBF, tiene la posibilidad de nombrar a la señora DAYRA YAMILE LOPEZ, en una de las demás vacantes disponibles, y aplicar acciones afirmativas para mi caso como es ser la última en removerme.

SEXTO: El ICBF, al efectuar la terminación de mi nombramiento en provisionalidad, no tuvo en cuenta mi estado de vulnerabilidad manifiesta o sujeto de especial protección constitucional, por los problemas en salud que padezco **“F439 - Reacción al estrés grave, no especificada, Principal. F412 - Trastorno mixto de ansiedad y depresión, Secundario”**, siendo tratada por las especialidades en **PSICOLOGÍA, PSIQUIATRÍA Y MEDICINA LABORAL**, desde el año 2021, de la cual tenía pleno conocimiento mi empleador y para lo cual debía otorgarme un trato preferencial antes de efectuar los respectivos nombramientos, mediante la adopción de medidas afirmativas, como es: **ser una de las últimas en removerme, o ser reubicada en cualquier otro cargo de igual categoría o remuneración para el que esté capacitada**, tal como lo ha indicado reiterada jurisprudencia de nuestra Honorable Corte Constitucional como es la sentencia T-063 de 2022 y T-424 de 2022, T-096 DE 2018 y el Consejo de estado Tutela Radicado 70001-23-33-000-2022-00026-01 del 09 de junio de 2022.

QUINTO: Como entidad publica el ICBF debió aplicar el precedente constitucional, y no apartarse de este, tal como lo ha indicado nuestra Honorable Corte constitucional, en sentencia SU-087-2022, así: *“Por lo tanto, cuando una autoridad judicial decida apartarse de dicho precedente debe cumplir con dos cargas. (1) La carga de transparencia, que exige exponer de manera clara, precisa y detallada (a) en qué consiste el precedente del que se va a separar, (b) las providencias que lo han desarrollado y (c) el modo en que ha tenido lugar su aplicación. (2) La carga de argumentación, que impone presentar razones especialmente poderosas con capacidad de justificar la separación.”*. Razón por la cual el Juez Constitucional está en la

obligación de encausar su decisión en lo indicado por el Máximo Tribunal y garantizarme los derechos fundamentales vulnerados por la actuación del ICBF.

SEXTO: Manifiesto al Despacho que con el actuar de mi Empleador de no realizar las acciones afirmativas a que haya lugar, de conformidad con las reglas jurisprudenciales reiteradas en las sentencias previamente indicadas, se me afecta gravemente los derechos fundamentales antes anotados, siendo el empleo la única fuente de recursos con que cuento para asumir mis gastos personales, deudas financieras y estar en estos momentos a cargo de mi hija y madre (tercera edad), además de los gastos personales y familiares. Además que al quedar sin empleo no tendría ninguna opción para sumir los costos del tratamiento de las enfermedades que padezco y por ende se agravaría más mi estado de salud, toda vez que me sería difícil encontrar un nuevo trabajo por las condiciones de salud en que me encuentro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

• Jurisprudencia Corte Constitucional Sentencia T-424 de 2022:

“6. Las enfermedades mentales crónicas invisibles y su impacto en el ámbito laboral

54. Descendiendo a casos como el presente, es importante considerar que el asunto objeto de estudio hace referencia a una enfermedad mental como es el *trastorno de ansiedad paroxística episódica*, considerada una enfermedad crónica e invisible que puede involucrar un tratamiento prolongado y constantes incapacidades.^[56] En el ámbito laboral pueden afectar el normal y adecuado desempeño de las actividades diarias tanto por ausencia de condiciones para un ambiente laboral saludable y como consecuencia del tratamiento terapéutico y farmacológico ordenado.^[57] En efecto, los medicamentos de estos tratamientos pueden producir somnolencia, falta de atención, concentración y memoria lo cual evidentemente tiene un impacto directo en el rendimiento en el trabajo.

55. El artículo 13.4.3 del Decreto 1507 de 2014^[58] describe los trastornos de ansiedad en los siguientes términos:

“Los trastornos de ansiedad se presentan en forma de crisis o estados persistentes. La crisis de angustia se caracteriza por la aparición temporal súbita de miedo o malestar intensos que se acompaña de 4 o más de los siguientes síntomas durante un período de aproximadamente 10 minutos: 1. Palpitaciones o elevación de la frecuencia cardíaca. 2. Sudoración. 3. Temblores o sacudidas. 4. Sensación de ahogo o falta de aliento. 5. Sensación de atragantarse. 6. Opresión o malestar torácico. 7. Náuseas o molestias abdominales. 8. Inestabilidad, mareo o desmayo. 9. Desrealización o despersonalización. 10. Miedo a perder el control o volverse loco. 11. Miedo a morir. (...) 12. Parestesias. 13. Escalofríos o sofocaciones. La crisis de angustia puede presentarse en ausencia de algún factor desencadenante (trastorno de pánico) o en relación con algunas situaciones específicas (trastorno fóbico) o con antecedente de una situación traumática (trastorno por estrés post-traumático). También acompaña la presencia de pensamientos u otros contenidos mentales intrusivos (trastorno obsesivo compulsivo).

El trastorno de la ansiedad generalizada está caracterizado por un estado persistente de ansiedad y preocupación excesivas en relación con una amplia gama de situaciones, acontecimientos o actividades, con una duración de por lo menos seis meses. Esta ansiedad o preocupación se asocia con la presencia de por lo menos tres de los siguientes síntomas: 1. Inquietud o impaciencia. 2. Fatigabilidad fácil. 3. Dificultad para concentrarse o tenerla mente en blanco. 4. Irritabilidad. 5. Tensión muscular. 6. Alteraciones del sueño. Lo que determina la gravedad de la deficiencia producida por las diferentes formas de crisis de angustia, es la frecuencia e intensidad de las mismas, así como el hecho de que el factor desencadenante de estas forme parte de la vida habitual y cotidiana de la persona. Adicionalmente, la gravedad, está dada por la intensidad o persistencia de las conductas de evitación que en los casos más graves puede llevar al aislamiento del individuo y hasta el confinamiento en su propia casa. Estos trastornos en ningún caso dan lugar a deterioro de la actividad mental.”

56. Este Tribunal no ha sido ajeno a los conflictos que se generan como consecuencia de los problemas de salud mental en el mundo contemporáneo. La jurisprudencia de esta Corte ha entendido que los pacientes con enfermedades mentales como los trastornos de ansiedad y depresión se encuentran en estado de debilidad manifiesta por las características propias de

estas patologías ya que afectan múltiples aspectos de la vida de quienes las padecen, e impiden el normal y adecuado desempeño de las actividades laborales.^[59]

57. Especialmente en los últimos años, a través de sus distintas salas de revisión ha tenido que resolver casos en que personas diagnosticadas con trastornos mentales de ansiedad y/o depresión, originarios o derivados de otras patologías, fueron despedidas de sus trabajos y ha concedido la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la estabilidad laboral reforzada. Esto como consecuencia de comprobar que se reunían los requisitos exigidos por la jurisprudencia y la clara incidencia de la enfermedad mental en el rendimiento laboral.^[60]

58. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia, en su condición de máximo tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, también ha tenido que abordar casos referentes a enfermedades mentales debido a su incidencia en las relaciones laborales y a la estigmatización que generan como consecuencia de prejuicios sociales. En el caso de un trabajador diagnosticado con trastorno mental y de comportamiento que primaba sobre sus adicciones y fue despedido bajo una supuesta justa causa por no cumplir con la jornada de trabajo, la Sala Laboral sostuvo: *“el hecho de que este tipo de controversias sean las que la propia doctrina ha catalogado como «casos difíciles», no solo porque comprometen aspectos morales que pueden conducir a desviar el debate, a los que se suma la estigmatización que en algunos sectores pueden llegar a existir y que avocan, como resultado contraproducente a la exclusión social y profesional de quienes los padecen y también por la propia dificultad que supone determinar la discapacidad en los casos de trastornos mentales.”*^[61]

59. Por último, no sobra advertir en este acápite, que de acuerdo con diversos estudios médicos y psico sociales, la pandemia por Covid 19 ha tenido un especial impacto en las personas que padecen enfermedades mentales crónicas como los trastornos de ansiedad o depresión, siendo sujetos más propensos a ser infectados por el virus y agravando las enfermedades mentales preexistentes.^[62] Esta situación ha llevado a organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo a emitir recomendaciones especiales en el ámbito laboral para prevenir y proteger la salud mental de los trabajadores.^[63]

• JURISPRUDENCIA DE NUESTRA HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-464 de 2019:

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

La Constitución Política, en su artículo 125, establece el régimen de carrera administrativa para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, salvo algunas excepciones como los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajos oficiales, y los demás que determine la ley. De igual manera, el artículo dispone que, (i) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados a través de concurso público; (ii) el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; (iii) el retiro se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en el Constitución o la ley, y por último, (iv) descarta la afiliación política como criterio determinante para el nombramiento, ascenso, remoción de un empleo de carrera^[27].

El propósito de esta norma constitucional es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados y no a la discrecionalidad del nominador. De acuerdo con esta disposición, la Corte ha sostenido que la carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos, adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, el cual puede ser exigible frente a la Administración como a los funcionarios públicos que se encuentran desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad^[28]. Por este motivo, la Corte ha reiterado que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los cargos de carrera administrativa, debido a que existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales, en especial en cuanto a su vinculación y retiro^[29].

Los funcionarios que acceden a los cargos públicos a través de un concurso de méritos y aquellos que desempeñaban en provisionalidad los cargos de carrera tienen diferencias marcadas. Por una parte, los funcionarios que acceden a los cargos mediante el concurso de méritos cuentan con una mayor estabilidad, al haber superado las etapas propias del concurso, impidiendo así el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. El acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa debe ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución, además de otros requisitos que determina la ley^[30].

Por otra parte, los funcionarios que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica que el acto administrativo por

medio del cual se efectúe su desvinculación debe establecer únicamente las razones de la decisión, lo cual para este Tribunal Constitucional constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso y al principio de publicidad^[31].

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

El artículo 53 de la Constitución Política establece que uno de los principios mínimos de las relaciones laborales es el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en su empleo, a menos de que exista una justa causa para su desvinculación o despido. Por su parte, la jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido el “*derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada*”, que se deriva del principio de derecho a la igualdad de trabajo y que se materializa con medidas diferenciales en favor de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad^[32].

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

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

Las personas que gozan de estabilidad laboral reforzada son aquellas personas que se encuentran amparadas por el fuero sindical, en condición de invalidez o discapacidad y las mujeres en estado de embarazo. De igual manera, la Corte ha manifestado que aquellos trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas se encuentran en situación de debilidad manifiesta y, por lo tanto, son beneficiarios de una estabilidad laboral reforzada. Esta limitación a la que hace alusión la Corte, hace referencia a una aplicación extensiva de la Ley 361 de 1997 “*Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones*” a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacidad o invalidez^[33].

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

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

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

En este orden de ideas, los trabajadores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, bien sea por una discapacidad calificada como tal, o por una limitación en su salud que les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, cuentan con una protección constitucional a través de la figura de la estabilidad laboral reforzada. En esta medida, la Corte ha manifestado que:

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

condición de inválido. Queda entonces claro que la discapacidad es un concepto diverso al de invalidez^[34].”

Ahora bien, en el caso de los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, la Corte ha manifestado que gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causales legales que deben expresarse de manera clara en el acto de desvinculación. De esta manera, la Corte ha reiterado que la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso “no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos^[35].”

Al respecto, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte precisó que:

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

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, las personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad. En estos casos, la Corte ha afirmado que antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando^[36].

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

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

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

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

III. CASO CONCRETO

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

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

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

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

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

A través de providencia del 4 de diciembre de 2018, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán decidió revocar la decisión de primera instancia y negó las pretensiones de la accionante. Para el Tribunal Superior, la terminación del vínculo laboral de una persona que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera porque la plaza debe ser provista no vulnera los derechos fundamentales de los trabajadores en provisionalidad, pues estas personas gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, la cual cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público.

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

Una vez examinada la actuación por parte del ICBF que reposa en el expediente, la Sala Quinta de Revisión puede constatar que a través de la Resolución 10361 del 17 de agosto de 2018, el ICBF da cuenta de la convocatoria a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema de Carrera Administrativa y que, una vez agotadas las etapas del proceso de selección, se conformó la lista de elegibles para proveer el empleo de Defensor de Familia Código 2125 Grado familiar y se cumplió con los plazos para realizar los respectivos nombramientos³⁹¹.

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

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

Sin embargo, no es menos cierto que existe una tensión entre la protección de los derechos de la accionante, de una parte; y el respeto de la carrera administrativa y los resultados del concurso adelantado por el ICBF, de otra parte. En el presente caso, la Sala no puede acceder a la pretensión de la accionante de ordenar su reincorporación al mismo cargo que venía desempeñando o a uno de mayor jerarquía, sin solución de continuidad, pues esta decisión vulneraría los derechos fundamentales de la señora Matilde Ximena Lara Campaña, quien accedió a esta vacante a través del concurso de méritos e iría en contra de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional que reconoce la carrera administrativa como el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de empleos públicos.

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

desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la Ley y la jurisprudencia constitucional.”

MEDIDA PROVISIONAL

1. Se ordene al ICBF, suspender los efectos del acto administrativo 3240-12 de mayo de 2023, hasta tanto se emita decisión al interior de esta acción constitucional, a efectos de garantizar que la señora KELLY HIAMIL ANGARITA GOMEZ, sea la última en salir dentro del concurso de méritos convocatoria 2149 de 2021 a efectos de aplicar acciones afirmativas por la debilidad manifiesta en comento, y en su lugar se ofrezca otra vacante a la señora DAYRA YAMILE LOPEZ AROS que no haya sido ocupada.
2. O en su lugar, se me otorgue un trato preferencial antes de efectuar los respectivos nombramientos, mediante la adopción de medidas afirmativas, como es: **ser una de las últimas en removerse, o ser reubicada en cualquier otro cargo de igual categoría o remuneración para el que esté capacitada.**

PETICIÓN

PRIMERO: En forma respetuosa y comedida solicito se me tutelen los derechos Fundamentales a **LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS, DIGNIDAD HUMANA, AL TRABAJO, A LA SEGURIDAD SOCIAL, A LA ESTABILIDAD LABORAL, A LA PROTECCIÓN ESPECIAL POR DEBILIDAD MANIFIESTA, AL, MÍNIMO VITAL Y A LA SALUD** y los demás que le sean conexos de conformidad con los hechos narrados.

SEGUNDO: Que como consecuencia a la anterior, se ordene al ICBF, revoque la resolución 3240-12 de mayo de 2023, a efectos de garantizar que la señora KELLY HIAMIL ANGARITA GOMEZ, sea la última en salir dentro del concurso de méritos convocatoria 2149 de 2021, con el fin de aplicar acciones afirmativas por la debilidad manifiesta en comento, y en su lugar se ofrezca otra vacante a la señora DAYRA YAMILE LOPEZ AROS que este disponible a la fecha o no haya sido ocupada por los de lista de elegibles, al no haberse tenido en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta que padezco y de las cuales tenía pleno conocimiento la entidad.

TERCERO SE ORDENE al ICBF, ante mis condiciones de debilidad manifiesta por las enfermedades que padezco, se me otorgue un trato preferencial antes de efectuar los respectivos nombramientos o posesiones, mediante la adopción de medidas afirmativas, como es: **“ser una de las últimas en removerse, o ser reubicada en cualquier otro cargo de igual categoría o remuneración para el que esté capacitada”.**

CUARTO: En caso de que se materialice la terminación de mi nombramiento en provisionalidad según acto administrativo 3240-12 de mayo de 2023, de ser posible, en caso de existir vacantes a futuro, ser vinculada de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente o de mayor jerarquía al que venía ocupando (*considerando el arraigo y domicilio que tengo en la ciudad de Florencia, Caquetá*), tal como lo ha indicado reiterada jurisprudencia de nuestra Honorable Corte Constitucional, previamente reseñada.

PRUEBAS

1. **DOCUMENTALES:** Allegadas en medio Magnético:

- 01 soportes medico 2020 y 2021 (25-03-21)
- 02 cita psiquiatrica 30-03-21
- 02.1 30-03-2021 ASIGNACION DF Kelly Hi...
- 03 cita psicología clínica 06-04-21
- 03.1 05-04-2021 ASIGNACION DF Kelly H...
- 04 OFICIO SANITAS VALOR MEDICI LAB-...
- 04.19-04-2021 ASIGNACION DF Kelly Hia...
- 05control psiquiatrica 06-12-2022
- 06 Control psiquiatria 01-03-2023
- 07 cita psiquiaria 26-03-23
- 08recomendaciones 26-03-2023
- 09Oficio_202312100000082501
- 10ResolucionTerminacionProvi
- 11REGISTRO CIVIL HELENA

3. De oficio:

Solicito al señor Juez se requiera al ICBF, para que responda los siguientes interrogantes:

1. ¿cuántos fueron los cargos en provisionalidad ofertados, los concursantes en la lista y los cargos excedentes que resultaron de la convocatoria al concurso de méritos convocatoria 2149 de 2021 para el caso del Caquetá, y en el mismo sentido para el cargo de profesional universitario 2044-7 Opec No. 166313, en este departamento, objeto de debate en el presen asunto.?
2. Antes de ofertar los empleos a la Comisión Nacional del Servicio Civil, ¿llevó a cabo la identificación de los cargos en provisionalidad que estaban siendo ocupados por personas inmersas en alguna condición especial, por ejemplo, padres cabeza de familia, trabajadores pre pensionados o personas con algún grado de discapacidad o enfermedad que los pusiera en un estado de debilidad manifiesta?;
3. ¿adoptó alguna acción afirmativa a favor de los funcionarios señalados en la pregunta anterior para que en lo posible fueran reubicados en otros empleos vacantes o fueran los últimos en ser retirados del servicio?;
4. ¿a la fecha ya fueron nombrados en sus respectivos cargos todos los integrantes de la listas de elegibles que concursaron en la convocatoria 2149 de 2021 para el caso del Caquetá, y en el mismo sentido para el cargo de profesional universitario 2044-7 Opec No. 166313, en este departamento, objeto de debate en el presen asunto?

NOTIFICACIONES

Recibo notificaciones; en el E-mail: kag8407@hotmail.com

JURAMENTO

Bajo la gravedad de juramento manifiesto que no se ha interpuesto otra Acción de Tutela, ni otro mecanismo judicial sobre los mismos hechos y derechos.

Del señor Juez, con todo respeto,

KAG

KELLY HIAMIL ANGARITA
C.C. No. 40.943.991 de Riohacha