

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-403/24

TRASLADO LABORAL-Acto administrativo debe sujetarse al respeto de los derechos fundamentales del trabajador

El ICBF se abstuvo de considerar la situación particular de la solicitante y de su hijo y, en esa medida, desconoció su obligación no solo de examinar con especial cuidado la situación de la accionante sino también de ponderar de manera clara y precisa las circunstancias en las que se encontraba... a pesar de la situación en la que se encontraba el hijo de la accionante, no identificó si existían o no alternativas que permitieran enfrentar adecuadamente la situación. Su respuesta se limitó a indicar, sin una explicación suficiente, que durante el periodo de prueba no era procedente un traslado.

DERECHO AL TRABAJO Y ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Traslado de empleados en período de prueba

(...) los empleados que se encuentran en periodo de prueba son titulares de la facultad para solicitar el traslado. A esa facultad se adscriben varias posiciones constitucionalmente protegidas: (i) el derecho a que la administración examine con especial cuidado las razones en las que se apoya la solicitud presentada; (ii) el derecho a que la administración pública pondere de forma clara y precisa -no de forma ambigua, genérica o abstracta- las razones invocadas por el solicitante a la luz de las necesidades existentes para el adecuado cumplimiento de las funciones a cargo del Estado; y (iii) el derecho a que las autoridades identifiquen, a partir de la valoración y ponderación realizada, las alternativas de traslado existentes en atención a la configuración de la planta de personal y la forma en que se encuentren provistos los cargos.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Alcance

CARRERA ADMINISTRATIVA-Garantía de derechos y principios

CARRERA ADMINISTRATIVA-Nombramientos en periodo de prueba

DERECHO A LA REUBICACIÓN O TRASLADO EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA-Marco normativo

IUS VARIANDI-Alcance y límites

ACCION DE TUTELA RESPECTO DE TRASLADOS LABORALES-Procedencia excepcional cuando afecta derechos fundamentales

CUIDADO DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD-Garantías

NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD-Sujetos de especial protección constitucional

ACTUACIONES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES-Obligación de adoptar la perspectiva de género

DERECHO AL TRABAJO Y PROHIBICION DE DISCRIMINACION POR RAZON DE GENERO-Garantía constitucional de los derechos laborales de las mujeres trabajadoras

RETIRO DEL SERVICIO POR ABANDONO DEL CARGO-Funcionario debe contar con las garantías del debido proceso previa expedición de acto administrativo

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

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD-Deber de motivar el acto de desvinculación

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE TRABAJADORES EN CONDICIONES DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Reubicación

(...) cuando el funcionario que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, además es un sujeto de especial protección constitucional... la autoridad nominadora... debe realizar un ejercicio de ponderación y tomar medidas de acción afirmativa en favor de estos sujetos... relativas a su reubicación, y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones,

tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Novena de Revisión

Sentencia T-403 de 2024

Referencia: expediente T-10.102.107

Acción de tutela instaurada por Leidy contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Magistrado ponente:

José Fernando Reyes Cuartas

Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024).

La Sala Novena de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Natalia Ángel Cabo y los magistrados Juan Carlos Cortés González y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Síntesis de la decisión

1. 1. La señora Leidy, presentó acción de tutela en contra del ICBF y la CNSC. Consideró vulnerado su derecho fundamental al trabajo y los derechos fundamentales de su hijo menor de edad en condición de discapacidad a la salud, la vida y la unidad familiar. Lo anterior, debido a que el ICBF decidió no trasladarla en periodo de prueba al empleo de nivel profesional, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 7, ofertado con el Código OPEC No. 166326, rol nutrición y dietética al área metropolitana del Valle de Aburrá.

2. Al resolver el caso concreto, la Corte concluyó que la acción de tutela cumplía los requisitos de procedencia. Además, encontró que el ICBF vulneró el derecho fundamental al trabajo, toda vez que no valoró con detalle las circunstancias particulares que expuso la accionante en sus peticiones, ni identificó si existían o no alternativas que permitieran enfrentar adecuadamente la situación que se le puso de presente.

3. Para remediar esta situación, la Corte revocó las decisiones de instancia y, en su lugar, concedió el amparo. Ordenó al ICBF que (i) realizara un estudio detallado sobre las vacantes disponibles en el área metropolitana del Valle de Aburrá del empleo desempeñado por la accionante, y de encontrar una, la trasladara a esa plaza; (ii) caso contrario, identificara si una de las personas en ese mismo empleo en el área metropolitana del Valle de Aburrá estaba interesada en ocupar la plaza asignada a la accionante, y de ser así, adelantara el procedimiento para dichos efectos; (iii) si no resultaba procedente ninguna de dichas alternativas, debía trasladar a la accionante al cargo en provisionalidad ocupado por la señora Amalia; y (iv) dejara sin efectos los procedimientos administrativos iniciados por la renuncia de la accionante y los relativos al abandono del cargo.

I. ANTECEDENTES

Hechos

4. El 18 de enero de 2024, la señora Leidy presentó acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -en adelante el ICBF- y la Comisión Nacional del Servicio Civil -en adelante la CNSC-. Consideró vulnerado su derecho fundamental al trabajo y los derechos fundamentales de su hijo Tomás a la salud, la vida y la unidad familiar. Lo anterior, con fundamento en los siguientes hechos.

5. La accionante explicó que su núcleo familiar se compone de su esposo Roberto y su hijo tomas de nueve años, con quienes reside en Medellín, Antioquia. A su vez, indicó que el niño fue diagnosticado con síndrome de Down, foramen oval persistente, asma, enfermedad tiroidea y autismo, por lo que depende totalmente del cuidado y acompañamiento de sus padres.

6. La señora Leidy resaltó que, con el fin de lograr su estabilidad laboral y garantizar la rehabilitación integral de su hijo, se presentó a la convocatoria 2149 de 2021 para proveer

los empleos en vacancia definitiva de carrera administrativa de la planta de personal del ICBF, en el empleo de nivel profesional, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 7, ofertado con el Código OPEC No. 166326, rol nutrición y dietética -en adelante PUG 7-. Se resalta que de conformidad con los artículos 1 y 2 del Decreto No. 2280 de 2023, se reclasificó la planta de personal del ICBF y el empleo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 07, se modificó al empleo Profesional Universitario Grado 09.

7. Explicó que ocupó la posición 1** -con un total de 6**. puntos- en la lista de elegibles adoptada por la CNSC mediante la Resolución No. 5872 del 24 de abril de 2023. Por lo anterior, mediante la Resolución 4638 del 23 de mayo de 2023 del ICBF fue nombrada en periodo de prueba en el mencionado cargo de carrera administrativa en la Regional Caldas, ubicado en el Centro Zonal Manizales Dos. A su vez, indicó que tomó posesión del empleo el 9 de agosto de 2023.

8. Advirtió que el 21 de julio de 2023 y de manera previa a la posesión, radicó ante el ICBF una petición en la que expuso las condiciones de salud de su hijo y la necesidad de estar a su cuidado, por lo que solicitó que fuera nombrada en periodo de prueba en uno de los centros zonales del área metropolitana del Valle de Aburrá. Al respecto, indicó que el 15 de agosto de 2023, recibió respuesta desfavorable por parte de la Dirección de Gestión Humana – Grupo de Administración de la Carrera Administrativa del ICBF, en la que no se tuvo en cuenta la situación de discapacidad y salud del niño. Agregó que el 23 de agosto de 2023, presentó una nueva petición dirigida a la Dirección de Gestión Humana del ICBF, en la que solicitó información sobre las vacantes definitivas disponibles para el cargo de profesional universitario Código 2044 grado 7 (Nutricionista) en Medellín y su área metropolitana. Sin embargo, aduce que la respuesta que recibió el 11 de septiembre de 2023 no fue de fondo.

9. La actora relató que durante su estancia en Manizales en los meses de agosto y septiembre de 2023, su hijo quedó al cuidado de su padre. Sin embargo, indicó que por su ausencia, el niño presentó una desmejora en su estado de salud, debido a cambios de comportamiento y síntomas de vómito, disminución de peso y de apetito. En consecuencia, explicó que el 2 de octubre de 2023 solicitó una licencia no remunerada de 45 días hábiles, la cual fue concedida y prorrogada hasta el 20 de febrero de 2024.

10. Conforme a lo anterior, la señora Leidy pretende que (i) se ordene al ICBF y a la CNSC

que en un término no superior a 48 horas, efectúen su traslado a la ciudad de Medellín o su área metropolitana, en el mismo cargo; (ii) se disponga la ampliación de la licencia ordinaria no remunerada hasta que se tome una decisión definitiva; y (iii) se ordene al ICBF que dé respuesta integral y completa a la petición radicada el 23 de agosto de 2023.

Trámite procesal

11. Mediante auto del 19 de enero de 2024 el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales admitió la acción de tutela y corrió traslado al ICBF y a la CNSC.

Sujeto

Intervención

CNSC

Se opuso a las pretensiones, solicitó que se negara la acción de tutela por inexistencia de vulneración por parte de esa entidad a los derechos fundamentales invocados y alegó falta de legitimación por pasiva. Informó que la accionante se inscribió para el empleo denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 7, identificado con el código OPEC No. 166326, ofertado en la modalidad de concurso abierto por el ICBF en el Proceso de Selección No. 2149 de 2021.

Agregó que expidió la Resolución No. 5872 del 24 de abril de 2023, que conformó la lista de elegibles para la referida convocatoria, en la que la accionante ocupó la posición 1**, con un total de 6** puntos, junto a otros elegibles, por lo que se realizó proceso de desempate en virtud de lo dispuesto en el artículo 30 del Acuerdo No. 0236 de 2020 y la accionante finalmente ocupó el puesto 2** en la lista.

Resaltó que la lista de elegibles cobró firmeza el 5 de mayo de 2023 y posteriormente se realizó la audiencia pública para la escogencia de la vacante, en la que la accionante debió seleccionar la plaza de su preferencia en relación con el puesto que ocupó. Finalmente, indicó que garantizó el debido proceso de los participantes en el proceso de selección y es el ICBF el encargado de realizar los respectivos nombramientos y traslados.

ICBF

Explicó que la accionante se inscribió para concursar por el referido empleo y ocupó la posición 1** con 6** puntos en la lista de elegibles conformada por la CNSC mediante la Resolución No. 5872 del 24 de abril de 2023. Luego de ello se realizó la audiencia de escogencia de vacante en el aplicativo dispuesto por la CNSC.

Agregó que esa entidad, mediante oficio No. 2023RS066772 del 18 de mayo de 2023, le remitió el reporte de la elección que realizaron los elegibles, en el que se evidenció que la accionante escogió de forma libre, espontánea y voluntaria, la vacante en la Regional Caldas - Centro Zonal Manizales 2. Por tanto, mediante Resolución No. 4638 del 23 de mayo de 2023, efectuó su nombramiento en periodo de prueba.

Resaltó que según el parágrafo 4 del artículo 8 del Acuerdo 2081 de 2021, los aspirantes se inscriben al empleo y no a sus ubicaciones geográficas. Además, explicó que realizó en estricto orden de mérito los nombramientos de los elegibles, en los términos del numeral 5 del artículo 5 del Acuerdo No. 0166 de 2020 del CNSC.

Conforme a lo anterior, solicitó que se declarara improcedente el amparo, pues no se demostró la configuración de un perjuicio irremediable y, subsidiariamente, que se negaran las pretensiones de la accionante ante la inexistencia de vulneración por parte de esa entidad.

Decisiones objeto de revisión

12. Sentencia de primera instancia. En sentencia del 30 de enero de 2024 el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales negó el amparo. Indicó que de conformidad con el artículo 2.2.6.29 del Decreto 1083 de 2015, es posible el traslado de empleados en periodo de prueba, siempre que dicho cambio no implique el ejercicio de funciones distintas a las señaladas desde la convocatoria que determinaron su nombramiento. Sin embargo, resaltó que no era posible ordenar el traslado de la señora Leidy, pues de conformidad con una certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Registro y Control del ICBF, no se encontraron vacantes definitivas disponibles para el mismo cargo de la accionante.

13. Sentencia de segunda instancia. En fallo del 19 de febrero de 2024, la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas confirmó la decisión de primera instancia. Explicó que la negativa al traslado solicitado por la accionante no se dio por razones

arbitrarias, sino debido a la falta de vacantes disponibles con las mismas funciones del cargo actual de la señora Leidy. Agregó que no se acreditó que el estado de salud del hijo de la accionante fuera consecuencia directa de su ausencia.

Trámite de revisión ante la Corte

14. El magistrado ponente decretó pruebas para esclarecer, en general, (i) las condiciones laborales y personales de la accionante y su núcleo familiar, así como su interés en el presente trámite. Igualmente (ii) para establecer la disponibilidad de vacantes para el mismo cargo o uno equivalente al que desempeña la accionante. La Corte recaudó la siguiente información.

Sujeto

Respuesta

Accionante

Respuesta al Auto del 24 de mayo de 2024. La accionante narró las diferentes atenciones en salud que ha tenido su hijo e indicó que el estado emocional y de salud del menor de edad ha mejorado desde su regreso de la ciudad de Manizales. Sobre su situación económica, explicó que su núcleo familiar tiene deudas por concepto de una deuda hipotecaria y un crédito de libre inversión, aunado a los gastos relacionados con el cuidado de su hijo relativos a la educación, la alimentación especial y el transporte. Agregó que dichas cargas se han asumido con el salario de su esposo, debido a las licencias no remuneradas que debió solicitarle al ICBF.

En lo que respecta a su situación laboral, indicó que no culminó el periodo de prueba dado que tuvo que tomar licencias no remuneradas desde el 9 de octubre de 2023 hasta el 14 de mayo de 2024 para estar al cuidado de su hijo. Agregó que el 19 de marzo de 2024 solicitó nuevamente al ICBF su traslado y recibió respuesta negativa el 6 de mayo de 2024. Ese mismo día presentó renuncia fundada en el interés superior de su hijo menor de edad en condición de discapacidad, la cual no fue tramitada por dicha entidad. Por lo anterior, resaltó que el 10 de mayo siguiente, reiteró su solicitud de renuncia a partir del 15 de mayo de 2024. El 17 de mayo siguiente el ICBF le comunicó que su solicitud de desvinculación estaba

en trámite y que debía continuar ejerciendo las funciones propias de su cargo, hasta que esa entidad expidiera el acto administrativo que aceptara su renuncia. Advirtió que el 23 de mayo de 2024 recibió un memorando por “ausentismo laboral”, por no presentarse en su puesto de trabajo a partir del 15 de mayo. Sobre este aspecto, indicó que dio respuesta el 27 de mayo siguiente, en el sentido de reiterarle a la entidad nominadora que el 6 y 10 de mayo había presentado su renuncia por motivo del interés superior de su hijo.

Respuesta al Auto del 21 de junio de 2024. La accionante realizó un recuento de las solicitudes de renuncia que presentó ante el ICBF el 6 y 10 de mayo de 2024 y afirmó que persiste su interés en el amparo de los derechos invocados en la acción de tutela. Agregó que el 20 de junio de 2024 recibió un nuevo memorando por “ausentismo laboral” por parte del ICBF, el cual respondió el 23 de junio siguiente, remitiéndole nuevamente a la accionada, los documentos relacionados con la renuncia por motivos del interés superior de su hijo menor de edad en condición de discapacidad.

CNSC

Respuesta al Auto del 24 de mayo de 2024. La CNSC indicó que la información relativa a vacantes definitivas disponibles, vacantes ocupadas en provisionalidad o encargo o cargos equivalentes relacionados con el empleo PUG 7 en el área metropolitana del Valle de Aburrá, debía ser resuelta exclusivamente por el ICBF. Agregó que el ICBF no le ha reportado vacantes definitivas para el cargo PUG 7 o empleos equivalentes respecto de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. 5872 del 24 de abril de 2023 para la OPEC 166326.

A su vez, aportó una base de datos en la que relacionó veinticuatro (24) empleos PUG 7, ubicados en Bello y Medellín en el departamento de Antioquia, no provistos u ocupados en provisionalidad en el ICBF.

ICBF

Respuesta al Auto del 24 de mayo de 2024. El ICBF indicó que el 6 de mayo de 2024 dio respuesta negativa a la accionante sobre una petición de traslado. Agregó que la señora Leidy actualmente se encuentra vinculada a esa entidad y que no ha superado el periodo de prueba, por lo que no ha sido posible efectuar su traslado.

Para fundamentar lo anterior, aportó los siguientes documentos: (i) la Resolución 0601 del 06 de octubre de 2023, que le otorgó una licencia ordinaria no remunerada a la accionante por el término de 45 días hábiles, a partir del 9 de octubre y hasta el 14 de diciembre de 2023; (ii) la Resolución 6727 del 12 de octubre de 2023, que prorrogó el periodo de prueba por el mismo lapso del tiempo de la licencia; (iii) la Resolución 0757 del 4 de diciembre de 2023, que extendió la licencia ordinaria por un término de 15 días hábiles, a partir del 15 de diciembre de 2023 y hasta el 9 de enero de 2024 y prorrogó la licencia ordinaria no remunerada por el término de 30 días hábiles más, desde el 10 de enero de 2024 y hasta el 20 de febrero siguiente; (iv) la Resolución 0112 del 17 de enero de 2024, que prorrogó el periodo de prueba por el periodo comprendido entre el 15 de diciembre de 2023 hasta el 20 de enero de 2024; (v) la Resolución 0097 del 20 de febrero de 2024, que otorgó licencia ordinaria no remunerada a la accionante por el término de 25 días hábiles a partir del 21 de febrero de 2024 y hasta el 27 de marzo de 2024; (vi) la Resolución 0922 del 28 de febrero de 2024, que prorrogó el periodo de prueba por el mismo lapso de tiempo de la licencia; (vii) la Resolución 0246 del 27 de marzo de 2024, que prorrogó la licencia ordinaria no remunerada por el término de 30 días a partir del 1 de abril de 2024 y hasta el 14 de mayo de 2024; y (viii) la Resolución 1574 del 11 de abril de 2024, que prorrogó el periodo de prueba por el mismo lapso de tiempo de la licencia.

Agregó que no encontró vacantes definitivas disponibles para el empleo PUG 7 en el área metropolitana del Valle de Aburrá. Sin embargo, informó que existen dos de estos cargos ocupados en provisionalidad en dicha área metropolitana. Finalmente, explicó que reportó a la CNSC tres vacantes definitivas para el empleo PUG 7 en Bello y Medellín del departamento de Antioquia, que cumplieran con los parámetros de “mismo empleo” y que se generaron con posterioridad a la convocatoria pública de la que trata el Acuerdo No. 2149 de 2021.

Respuesta al Auto del 21 de junio de 2024. El ICBF explicó que el 17 de mayo de 2024, le indicó a la accionante que su solicitud de renuncia se encuentra en trámite y que actualmente está en estudio de viabilidad para abrir el procedimiento administrativo a fin de establecer si se presentó abandono del cargo por parte de la señora Leidy. Agregó que no existen personas nombradas en el cargo PUG 7 en el área metropolitana del Valle de Aburrá, que hayan ocupado una posición inferior a la de la accionante, de conformidad en la lista de elegibles expedida por la CNSC mediante la Resolución No. 5872 del 24 de abril de 2023.

15. De conformidad con la información presentada por el ICBF respecto de las dos funcionarias que se encuentran nombradas en provisionalidad en empleos PUG 7 en el área metropolitana del Valle de Aburrá, el despacho sustanciador mediante Auto del 22 de julio de 2024 vinculó a las señoras Amalia y Marcela Giraldo Gómez, para que se pronunciaran frente a la acción de tutela de la referencia, informaran sus condiciones actuales y las razones que originaron su vinculación provisional en dichos cargos. Sobre este aspecto, se allegó la siguiente información.

Vinculada

Respuesta

Amalia

Respuesta al Auto del 22 de julio de 2024. Explicó que tiene 45 años de edad, está domiciliada en el municipio de Caldas, Antioquia, reside en una vivienda en arriendo y cuenta con los diagnósticos de hipotiroidismo, seguimiento por ginecología por presencia pólipos en el cuello uterino, alergias al frío, polvo y ácaros, conjuntivitis y rinitis. A su vez, indicó que destina su salario a los costos de vivienda, servicios públicos, alimentación y transporte. Agregó que apoya económicamente a su madre con los costos de transporte para su atención en salud, quien tiene 74 años y se encuentra diagnosticada con falla renal crónica, hipertensión arterial y movilidad reducida como consecuencia de una fractura de fémur. A su vez, ayuda económicamente a su hermana, quien es madre de un menor de edad de 15 meses y actualmente se encuentra desempleada.

Estableció que labora en provisionalidad para el ICBF en el cargo Profesional Universitario Código 2044 Grado 07, actualmente Grado 09, desde el día 2 de diciembre de 2022 y que no se presentó a la convocatoria 2149 de 2021, toda vez que trabajaba en otra entidad. Finalmente consideró que a la accionante le garantizaron sus derechos de carrera administrativa y trabajo por parte de la CNCS y el ICBF.

Aportó con su respuesta la Resolución de nombramiento en provisionalidad 5111 del 31 de octubre de 2022 del ICBF y tres documentos denominados “[valoración servidores vinculados bajo nombramiento provisional]”.

Marcela Giraldo Gómez

Respuesta al Auto del 22 de julio de 2024. Explicó que su núcleo familiar se compone por su esposo, su madre de 74 años y dos sobrinos de 15 y 12 años. A su vez, narró que las obligaciones económicas que asume junto a su esposo y su hermana, quien aporta una cuota mensual de manutención de sus hijos, se compone de un crédito hipotecario, alimentación, servicios públicos, vestuario, recreación y matrículas escolares.

Agregó que el 8 de septiembre de 2017 fue vinculada en provisionalidad en el empleo en el cargo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 7, en el Centro Zonal La Floresta, Regional Antioquia del ICBF y que se presentó a la convocatoria 2149 de 2021 cumpliendo todos los requisitos para acceder al puesto de carrera administrativa dentro del ICBF.

Anexó la Resolución 4675 del 23 de mayo de 2023 del ICBF por la cual se nombró en periodo de prueba a la señora Giraldo Gómez en un cargo PUG 7 en el municipio de Riosucio de la “REGIONAL-DEPENDENCIA CALDAS C.Z. OCCIDENTE”.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

16. La Sala Novena de Revisión es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de acuerdo con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución y los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico y metodología de la decisión

17. Leidy, presentó acción de tutela en contra del ICBF y la CNSC. A su juicio la decisión de no autorizar su traslado a un lugar más cerca de su hijo en el Valle de Aburrá implicó una infracción de su derecho fundamental al trabajo, así como de los derechos fundamentales de su hijo menor de edad en condición de discapacidad a la salud, la vida y la unidad familiar.

18. Le corresponde a la Sala Novena de Revisión establecer si el ICBF vulneró el derecho fundamental al trabajo de la accionante y los derechos de su hijo a la salud, la vida y la unidad familiar, al negar su traslado al área metropolitana del Valle de Aburrá en el cargo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 7, Código OPEC No. 166326, rol nutrición y

dietética, argumentando que la accionante había escogido la vacante ubicada en la ciudad Manizales y que, en todo caso, debía culminar el periodo de prueba.

19. Con el objetivo de abordar el problema planteado la Sala seguirá el siguiente orden. Inicialmente y como cuestión previa (i) evaluará si, atendiendo las actuaciones de la accionante en el curso del proceso, se ha configurado una carencia actual de objeto por hecho superado. En caso de que ello no haya ocurrido, la Corte (ii) se referirá brevemente a la carrera administrativa, el concurso de méritos y los derechos de los funcionarios en periodo de prueba. A continuación (iii) identificará el alcance de la competencia de las autoridades para definir las condiciones de trabajo de los funcionarios en lo relativo al lugar en que deben ejecutar sus labores (*ius variandi*), precisando el deber de motivación de las decisiones de las autoridades públicas respecto a las solicitudes de traslado de sus funcionarios. Luego de ello (iv) resolverá el caso concreto.

Cuestión previa: inexistencia de carencia actual de objeto por hecho sobreviniente

20. La carencia actual de objeto es un fenómeno procesal que se presenta cuando la acción de tutela pierde su objeto debido a la “alteración o el desaparecimiento de las circunstancias que dieron origen a la presunta vulneración de los derechos”, por lo que la orden del juez de tutela caería en el vacío. En ese sentido, la Corte ha identificado tres supuestos para su configuración.

21. (i) El hecho superado, que se refiere a la satisfacción de lo pretendido en el amparo, por iniciativa o voluntad del accionado y previo a que el juez de tutela profiera alguna orden; (ii) el daño consumado, que se presenta cuando se materializa la afectación que se pretendía evitar con la acción de tutela, lo que impide al juez constitucional retrotraer la situación; y (iii) el hecho sobreviniente, según el cual, las circunstancias que originan la acción de tutela cambian, pues la parte accionante asume directamente una carga que no le correspondía, un tercero satisface la pretensión principal, es imposible proferir alguna orden por razones que no son atribuibles a la parte accionada o el accionante ha perdido interés en el resultado del proceso.

22. En el curso del proceso, la accionante señaló que ante la negativa del ICBF de trasladarla a un cargo PUG 7 en el área metropolitana del Valle de Aburrá, el 6 de mayo de 2024 presentó renuncia fundada en el interés superior de su hijo menor de edad en condición de

discapacidad, la cual no fue tramitada por dicha entidad. Por lo anterior, resaltó que el 10 de mayo siguiente, reiteró su solicitud a partir del 15 de mayo de 2024.

23. Esta circunstancia, podría indicar que la señora Leidy perdió su interés en la solicitud de traslado y con ello se configuró el fenómeno de carencia actual de objeto por hecho sobreviniente. Sin embargo, la accionante le indicó a la Corte que persiste su interés en el amparo de los derechos invocados en la acción de tutela al tiempo que el ICBF informó que actualmente sigue vinculada a esa entidad. Conforme a ello no existe un obstáculo para que la Sala de Revisión, en caso de ser procedente la acción de tutela, se pronuncie sobre el fondo de la controversia.

Carrera administrativa, concurso de méritos y el régimen de los funcionarios en periodo de prueba

24. La Constitución Política consagra en su artículo 40 el derecho de las personas de acceder a cargos públicos. En esa dirección el artículo 125 de la Constitución se ocupa de establecer algunos de los principios y reglas que concretan el ejercicio de ese derecho. Según lo ha indicado la jurisprudencia constitucional del artículo 125 se desprenden las siguientes prescripciones: “(i) la carrera administrativa como regla general de vinculación con el Estado; (ii) el concurso público como instrumento de clausura o cierre para acreditar el mérito cuando la Constitución o la ley no establezcan otro sistema de nombramiento; (iii) la obligación de satisfacer las condiciones y requisitos previstos en la ley como indicativos del mérito y las calidades personales, para el ingreso y ascenso en el régimen de carrera, y la garantía de que el retiro del servicio se produce por calificación insatisfactoria, violación al régimen disciplinario y las demás causales constitucionales y legales; y (iv) la prohibición de que la filiación política influya en el nombramiento, ascenso o remoción de un empleado de carrera”.

25. Esta Corporación ha subrayado que la carrera administrativa guarda un vínculo estrecho con el mérito. En palabras de la Corte “el mérito constituye una piedra angular sobre la cual se funda el sistema de carrera administrativa”. En ese sentido ha indicado que el concurso, como elemento de articulación de los principios constitucionales del mérito y de la carrera administrativa, es “el procedimiento complejo previamente reglado por la Administración, mediante el señalamiento de las bases o normas claramente definidas, en virtud del cual se

selecciona entre varios participantes que han sido convocados y reclutados, a la persona o personas que por razón de sus méritos y calidades adquieren el derecho a ser nombradas en un cargo público”.

26. A su vez, la Corte Constitucional ha indicado que la carrera administrativa y el concurso de méritos constituyen “un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantiza que los concursantes participen en igualdad de condiciones y los cargos públicos sean ocupados por los mejor calificados”. En ese sentido, ha indicado que la carrera (i) contribuye a evitar el uso de criterios arbitrarios y subjetivos en la selección de los aspirantes por parte de la entidad pública nominadora; (ii) asegura que la administración pública se integre por funcionarios con las aptitudes profesionales y morales necesarias para las funciones a desarrollar; (iii) garantiza los principios que orientan la función administrativa y los derechos de los trabajadores, entre ellos, el de igualdad de oportunidades y la estabilidad en el empleo.

27. La Ley 909 de 2004 establece en el artículo 23 que los nombramientos en los empleos públicos serán ordinarios, en periodo de prueba o en ascenso. A su vez los artículos 29 y 30 indican que la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante concursos o procesos de selección abiertos y de ascenso a través de procedimientos adelantados por la CNSC. El artículo 31, determina las etapas de dichos concursos previendo, en el numeral 5º, de una parte, (i) que la persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en periodo de prueba por el término de seis (6) meses y, de otra, (ii) que al final del periodo de prueba, la persona es evaluada y, si el resultado es satisfactorio adquiere los derechos de la carrera. De lo contrario, precisa la disposición, se declara insubsistente.

28. Sobre los derechos de los empleados de carrera administrativa, el primer estatuto sobre la materia, esto es, la Ley 165 de 1938 estableció en su artículo segundo, los derechos a no ser removido del empleo sino por faltas a los deberes y mediante un procedimiento especial, y al ascenso por mérito y competencia. Por su parte, esta Corporación ha explicado que “dentro del ordenamiento jurídico colombiano se protegen derechos como el de acceso y permanencia en la función pública, sobre todo, por medio de la carrera administrativa”. En ese sentido, la Corte ha indicado que “en la carrera es esencial realizar una motivación a los

funcionarios que permita garantizar mejores resultados incentivándolos para permanecer y ascender en la misma". Adicionalmente, el artículo 44 de la ya referida Ley 909 de 2004, establece los derechos de incorporación, reincorporación o indemnización de los empleados de carrera en caso de supresión del cargo. Mientras que el artículo 52 de esa misma ley, prevé de manera específica el derecho de reubicación o traslado del servidor de carrera en condición de desplazamiento. Igualmente el artículo 42 prevé las causales que dan lugar a la pérdida de los mencionados derechos.

29. La regulación reglamentaria relativa a los movimientos de personal en las entidades se encuentra contenida en el Decreto 1083 de 2015. Sobre los funcionarios que se encuentran en servicio activo establece las siguientes reglas:

i. (i) A los empleados en servicio activo se les podrá efectuar los movimientos de traslado o permuta, encargo, reubicación y ascenso (art. 2.2.5.4.1).

() El traslado se configura cuando se provee con un empleado en servicio activo un cargo vacante definitivo con funciones afines, misma categoría y requisitos mínimos similares o cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñan cargos con funciones afines, de igual categoría y requisitos mínimos similares (art. 2.2.5.4.2).

() El traslado se configura también cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñen cargos con funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño (art. 2.2.5.4.2).

() El traslado podrá hacerse por necesidades del servicio, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado o cuando sea solicitado por el empleado, siempre que el movimiento no afecte el servicio (art 2.2.5.4.3).

30. El referido decreto también prevé disposiciones relacionadas con la designación de un funcionario en periodo de prueba. Algunas de las reglas que allí se establecen son las siguientes:

i. (i) La persona no inscrita en la carrera que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en periodo de prueba por seis (6) meses. Si se aprueba dicho periodo con una

calificación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de carrera y debe ser inscrito en el Registro Público de la Carrera Administrativa. En caso contrario deberá ser declarado insubsistente por resolución motivada (art. 2.2.6.25).

() El empleado con derechos de carrera administrativa que supere un concurso para un empleo de carrera será nombrado en periodo de prueba y su empleo se declarará vacante temporal mientras dura dicho periodo (art. 2.2.5.5.49).

() El periodo de prueba es el tiempo en el que el empleado demuestra sus capacidades para el cargo en que fue nombrado, su eficiencia, competencia, habilidades y aptitudes en el desempeño de las funciones y su integración a la cultura institucional (art. 2.2.6.24).

() El empleado de carrera tiene derecho a permanecer en el cargo por el término de dicho periodo, salvo que incurra en una falta disciplinaria o exista una causa legal que origine el retiro. Durante el periodo de prueba, no se le podrá efectuar al funcionario ningún movimiento dentro de la planta de personal que implique el ejercicio de funciones distintas a las establecidas en la convocatoria (art. 2.2.6.29).

31. De conformidad con lo expuesto, el mérito es el principio constitucional, que otorga sentido y fundamenta el sistema de la carrera administrativa. A su vez, la carrera administrativa y el concurso de méritos constituyen un sistema técnico para selección y administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, según las aptitudes profesionales y morales del funcionario público.

32. El ordenamiento regula de manera específica los movimientos del personal en servicio activo, esto es, de aquellos que ejercen las funciones del empleo del cual han tomado posesión. En ese contexto prevé la posibilidad de realizar traslados o permutas bajo la condición de que se cumplan las condiciones para el ejercicio del cargo, que ello no afecte la prestación del servicio y que no se desconozcan los derechos de los trabajadores.

33. A su vez, la normativa vigente regula la situación de los empleados seleccionados en un concurso de méritos previendo que estarán en periodo de prueba durante seis meses. Durante dicho lapso, la entidad pública nominadora no podrá efectuar ningún movimiento del empleado para el desempeño de funciones diferentes a las establecidas en la convocatoria

para la que concursó. Finalizado el periodo de prueba y bajo la condición de que obtenga una calificación satisfactoria, el funcionario adquiere los derechos de carrera administrativa.

El *ius variandi* y el deber de motivación de las decisiones de las autoridades públicas respecto a las solicitudes de traslado de sus funcionarios

34. Esta Corporación ha indicado que el *ius variandi* consiste la facultad que tiene el empleador según su poder subordinante, de modificar las condiciones de modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo de sus empleados. Sin embargo, esta facultad no es absoluta, sino que se encuentra limitada por (i) el ordenamiento jurídico, (ii) las interpretaciones jurisprudenciales y (iii) los acuerdos contractuales propios de la relación laboral.

35. En igual sentido, la Corte ha indicado que en ejercicio del *ius variandi*, el empleador puede modificar el lugar o la sede de trabajo, en las relaciones laborales privadas o públicas. También ha establecido que en el caso de las relaciones laborales públicas, esta atribución “encuentra su fundamento en las facultades constitucionales de que dispone la administración para satisfacer el interés general”. No obstante, la entidad estatal nominadora no puede ejercer dicha potestad de manera arbitraria, sino que debe obedecer a razones objetivas y válidas, según criterios técnicos, operativos, organizativos o administrativos que justifiquen su decisión y aseguren la prestación del servicio público.

36. Además, este Tribunal también ha determinado que “la facultad de promover el traslado de una sede de trabajo a otra, no es exclusiva del empleador, pues la misma también puede surgir como una prerrogativa propia de los trabajadores, como parte esencial de su derecho al trabajo que además se halla estrechamente ligada a otras garantías iusfundamentales como la vida, la dignidad, la integridad personal y el libre desarrollo de la personalidad”.

37. El reconocimiento de la facultad de solicitar el traslado exige que la Corte precise si de ella también son titulares los empleados que se encuentran en periodo de prueba y que, en consecuencia, no son todavía titulares de los derechos de carrera. Para la Sala no existe una razón definitiva para excluir a personas como la accionante de la posibilidad de invocarlo. Ello es así por varias razones.

38. Primero. De la ley no se desprende explícitamente una limitación en esa dirección. El hecho de que la regulación vigente se ocupe de los traslados y permutas respecto de los

funcionarios en carrera no implica, por sí mismo, una prohibición de extender esa posibilidad cuando se configuran hipótesis que la justifican.

39. Segundo. El Decreto 1083 de 2015 no excluye la posibilidad de que los funcionarios en periodo de prueba soliciten su traslado. Lo que prohíbe el artículo 2.2.6.29 es que las autoridades efectúen movimientos dentro de la planta de personal que impliquen el ejercicio de funciones distintas a las indicadas en la convocatoria que sirvió de base para el nombramiento de los funcionarios. De ello se desprende que, bajo la condición de no imponer el ejercicio de funciones distintas, las autoridades son titulares de una competencia para realizar tales movimientos.

40. Tercero. Disponer cualquier movimiento de personal no implica, en modo alguno, la alteración del estatus del empleado en periodo de prueba. Su condición no varía y, en esa dirección, se sujeta plenamente a las reglas previstas.

41. Cuarto. El deber de protección de los derechos fundamentales no se atenúa o contrae respecto de estos funcionarios. En efecto, la vigencia de tales derechos no puede depender de una situación administrativa específica. Su vocación expansiva tiene como efecto la necesidad de reconocer su aplicación en todos los ámbitos en los cuales, las razones que acompañan su supremacía, se tornan también relevantes. El silencio de la ley no se erige en un límite definitivo para reconocer la vigencia de una facultad al traslado cuando se satisfagan las condiciones que lo hagan posible.

42. Precisamente en esa dirección y en consideraciones que ahora deben reproducirse, la Corte ha concluido que “la administración debe encontrar un punto de equilibrio dentro del ordenamiento jurídico vigente, que permita la realización de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos en los términos de la Carta Política, sin afectar negativamente la prestación del servicio público a su cargo”. Por tanto, si la administración ejerce dicha facultad de manera caprichosa, injustificada o arbitraria, podría vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores y sus familias. De allí que resulte imprescindible que la entidad nominadora observe las circunstancias personales y familiares del trabajador que ha solicitado el traslado.

43. La jurisprudencia constitucional ha insistido en el deber de las autoridades de motivar con suficiencia las decisiones relativas a los traslados. Para la Sala el deber de motivación

“evita posibles abusos o arbitrariedades de la entidad que profiere el acto administrativo, asegura las condiciones sustanciales y procesales para que el interesado ejerza la defensa de sus derechos al controvertir la decisión que le es desfavorable y hace posible que los funcionarios judiciales adelanten el control jurídico del acto” . Por tanto, la satisfacción de este deber “no se reduce a la presentación de argumentos ligados a la aplicación formal de las normas”, sino que “exige la exposición de razones suficientes que expliquen de manera clara, detallada y precisa el sentido de la determinación adoptada”. Este mandato “salvaguarda el derecho de defensa, porque exige a la administración demostrar razonadamente que tomó en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado”.

44. De conformidad con lo expuesto el *ius variandi* es una potestad limitada del empleador, que en los casos de las relaciones laborales públicas debe responder al interés general y a la necesidad del servicio. A su vez, también es una facultad propia de los trabajadores, que se adscribe al derecho fundamental al trabajo y que contribuye a optimizar otros intereses *iusfundamentales* vinculados a la solicitud de traslado, tal y como ocurre, por ejemplo, con la protección de la vida, salud, la dignidad, la unidad familiar, la seguridad, la integridad personal y el libre desarrollo de la personalidad. En ese sentido, la entidad pública nominadora tiene el deber de armonizar las exigencias derivadas de la prestación del servicio público a su cargo con los derechos fundamentales de sus funcionarios. En ese marco las decisiones de la administración, no pueden ser caprichosas, injustificadas o arbitrarias. Por el contrario, la entidad pública debe motivar suficientemente su decisión de traslado o su respuesta a una petición de traslado, según las condiciones particulares en las que se encuentre el funcionario público.

45. En suma, la Corte considera necesario precisar que los empleados que se encuentran en periodo de prueba son titulares de la facultad para solicitar el traslado. A esa facultad se adscriben varias posiciones constitucionalmente protegidas: (i) el derecho a que la administración examine con especial cuidado las razones en las que se apoya la solicitud presentada; (ii) el derecho a que la administración pública pondere de forma clara y precisa - no de forma ambigua, genérica o abstracta- las razones invocadas por el solicitante a la luz de las necesidades existentes para el adecuado cumplimiento de las funciones a cargo del Estado; y (iii) el derecho a que las autoridades identifiquen, a partir de la valoración y ponderación realizada, las alternativas de traslado existentes en atención a la configuración

de la planta de personal y la forma en que se encuentren provistos los cargos.

Caso concreto

46. La señora Leidy, presentó acción de tutela en contra del ICBF y la CNSC. Consideró vulnerado su derecho fundamental al trabajo y los derechos fundamentales de su hijo menor de edad en condición de discapacidad a la salud, la vida y la unidad familiar. Lo anterior, debido a que el ICBF decidió no trasladarla en periodo de prueba al empleo de nivel profesional, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 7, ofertado con el Código OPEC No. 166326, rol nutrición y dietética al área metropolitana del Valle de Aburrá.

47. El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales negó el amparo. Consideró que no era posible ordenar el traslado de la accionante, pues no encontró vacantes definitivas disponibles para el mismo cargo, en el área metropolitana del Valle de Aburrá. Por su parte, la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas confirmó la decisión de primera instancia. Explicó que la negativa del ICBF respecto de la solicitud de traslado no fue arbitraria, pues se fundamentó en la falta de vacantes disponibles para el cargo desempeñado por la señora Leidy, aunado a que no acreditó que el estado de salud de su hijo fuera consecuencia directa de su ausencia.

48. Para resolver el caso concreto, la Sala (i) verificará el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela y (ii) se pronunciará sobre el fondo del asunto.

La acción de tutela satisface los requisitos de procedencia

49. La Sala Novena de Revisión encuentra que la acción de tutela cumple con los presupuestos de procedencia según lo que se indica a continuación.

Requisito

Acreditación en el caso concreto

Legitimación por activa

Se cumple. La acción de tutela fue presentada de manera personal por la señora Leidy, para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales y los de su hijo menor de edad en situación de discapacidad.

Legitimación por pasiva

Se cumple. La acción de tutela se dirige en contra del ICBF y la CNSC. Respecto del ICBF, se evidencia que es la entidad pública a la que se encuentra vinculada laboralmente la accionante y que negó su traslado a un cargo PUG 7 al área metropolitana del Valle de Aburrá.

Por su parte, la CNSC es la entidad pública que realizó la convocatoria 2149 de 2021, de conformidad con la competencia establecida en el artículo 29 de la Ley 909 de 2004, expidió la lista de elegibles mediante la Resolución No. 5872 del 24 de abril de 2023 y autorizó su aplicación para proveer los cargos PUG 7 dentro del ICBF y realizó la audiencia pública para la escogencia de la vacante, en la que la accionante seleccionó la ubicación geográfica vacante en relación con el puesto que ocupó en la lista de elegibles. Además, las entidades pertenecientes a los sistemas general o especial de carrera vigilados por la CNSC, deberán reportar los empleos vacantes de manera definitiva, en el aplicativo Oferta Pública de Empleos de Carrera a esta autoridad y se encarga de la organización, actualización y control del Registro Público de Carrera Administrativa.

De otra parte, mediante el Auto del 22 de julio de 2024, la Corte vinculó a las señoras Amalia y Marcela Giraldo Gómez, quienes según la información aportada por el ICBF en el trámite de revisión, se encontraban nombradas en provisionalidad en dos cargos Profesional Universitario Código 2044 Grado 07, actualmente Grado 09, en el área metropolitana del Valle de Aburrá. En ese sentido, las referidas empleadas pueden intervenir en el proceso como terceros con interés directo en el asunto, por cuanto la definición de la situación jurídica de la accionante podría incidir en su vinculación laboral en provisionalidad con el ICBF.

Inmediatez

Se cumple. La acción de tutela se interpuso el 18 de enero de 2024 frente a la respuesta del 15 de agosto de 2023 de la Dirección de Gestión Humana – Grupo de Administración de la Carrera Administrativa del ICBF, que negó el traslado de la accionante en periodo de prueba a un cargo PUG 7. En este sentido, transcurrieron alrededor de cinco meses entre ambos sucesos, término que se considera razonable. Además, la accionante tomó una licencia no remunerada a partir del 9 de octubre de 2023 para estar al cuidado de su hijo. Esta situación justifica que no haya acudido con anterioridad a la acción de tutela.

Subsidiariedad

Se cumple. Esta Corporación ha establecido que, por regla general, la acción de tutela no es procedente para solicitar un traslado, debido a que el interesado debe agotar el mecanismo administrativo dispuesto para dicho fin y la respuesta de la administración es susceptible de control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sin embargo, la Corte ha reconocido la existencia de algunos supuestos, a partir de los cuales, puede considerarse que existe una amenaza o vulneración del orden constitucional que demande la intervención del juez de tutela. Por esta razón, se ha admitido que la intervención judicial encuentra condicionada a un examen particular del caso concreto.

Al respecto, esta Corporación ha sostenido que el examen de procedibilidad de la acción de tutela debe flexibilizarse cuando en el caso concreto se encuentren inmersos derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como lo son los niños, niñas y adolescentes.

De otra parte, la Sala de Revisión entiende que de acuerdo con la jurisprudencia, para definir la procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de traslados laborales, debe existir evidencia significativa acerca de que el acto de traslado o el que lo niega afecta, prima facie, los derechos fundamentales del accionante o de su núcleo familiar. En ese sentido, debe verificarse en el análisis de procedencia, si en principio, la decisión que dispone o niega el traslado (i) es ostensiblemente arbitraria, en el sentido que haya sido adoptada sin consultar en forma adecuada y coherente las circunstancias particulares del trabajador e implica una desmejora de sus condiciones de trabajo; y (ii) afecta de una forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar.

Conforme a lo anterior, la Sala considera que la acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad. La accionante elevó dos peticiones al ICBF para obtener su traslado. Una de ellas, previa a la presentación de la acción de tutela, el 21 de julio de 2023 y la segunda durante el trámite de selección y revisión del asunto, el 19 de marzo de 2024.

Aunque podría sugerirse que la accionante debía acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el propósito de demandar la negativa del traslado -según las respuestas que recibió respectivamente el 15 de agosto de 2023 y el 6 de mayo de 2024- para este Tribunal existe urgencia de definir la situación y proveer una respuesta definitiva en garantía de sus derechos fundamentales y los de su hijo menor de edad en condición de discapacidad. Esto, toda vez que para la Corte y a efectos del estudio de subsidiariedad, las decisiones del ICBF que negaron el traslado de la accionante, en principio, no parecen ofrecer un fundamento adecuado a las circunstancias expuestas.

Al respecto, la respuesta del 15 de agosto de 2023 del ICBF no analizó las circunstancias específicas que expuso la accionante en su petición de traslado. En ese sentido, la entidad se limitó a indicar que la accionante había escogido la vacante ubicada en la ciudad Manizales y no valoró los diagnósticos y la afectación a la salud de su hijo, la necesidad de estar a su cuidado, de brindarle acompañamiento y la dependencia entre el menor de edad y su madre. A su vez, en la respuesta del 6 de mayo de 2024, el ICBF le indicó a la accionante que debía culminar el periodo de prueba para proceder con el traslado. Con ello, nuevamente no valoró las mencionadas circunstancias particulares y la licencia ordinaria no remunerada que le fue reconocida a la señora Leidy. Por tanto, desconoció el derecho fundamental al trabajo de la accionante y afectó directamente el derecho a la unidad familiar del niño.

En ese sentido, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho podría ser idóneo, pero no eficaz para atender las pretensiones desarrolladas en el escrito de tutela, que se encuentran relacionadas con los efectos de la negativa del traslado sobre los derechos fundamentales de la accionante y la unidad familiar y el cuidado de un menor de edad en condición de discapacidad, quien es un sujeto de especial protección constitucional.

El ICBF vulneró el derecho fundamental al trabajo de la accionante y a la unidad familiar de su hijo menor de edad en condición de discapacidad.

50. La señora Leidy se presentó a la Convocatoria 2149 de 2021 para proveer el empleo PUG

7 y según la Resolución No. 5872 del 24 de abril de 2023 de la CNSC y el proceso de desempate, ocupó el puesto 2**. Mediante la Resolución 4638 del 23 de mayo de 2023 del ICBF fue nombrada en periodo de prueba en el Centro Zonal Manizales Dos y tomó posesión el 9 de agosto de 2023. Sin embargo, antes de ese momento, el 21 de julio de 2023, radicó ante el ICBF una petición en la que expuso las condiciones de salud de su hijo, indicó la necesidad de estar su cuidado según sus diagnósticos y solicitó su nombramiento en el área metropolitana del Valle de Aburrá.

51. El 15 de agosto de 2023, el ICBF respondió la petición y señaló que la accionante había escogido la ubicación geográfica de la vacante ofertada y que los aspirantes se inscriben al empleo y no a su ubicación geográfica. En consecuencia, la accionante inició el periodo de prueba en la ciudad de Manizales, desde el 9 de agosto de 2023 hasta el 9 de octubre siguiente, cuando el ICBF le concedió una licencia ordinaria no remunerada, la cual se prorrogó, junto al periodo de prueba, hasta el 14 de mayo de 2024. Lo anterior, según precisó la accionante, con fundamento en que mientras estuvo ausente, su hijo presentó vómito, disminución de peso y cambios de comportamiento, por lo que regresó a la ciudad de Medellín para acompañar el proceso de rehabilitación integral y atender sus problemas de salud.

52. Sobre la situación del hijo de la accionante en la historia clínica se señala (i) en el apartado de “notas de análisis y plan” que el 11 de agosto de 2023 se advirtieron “cambios en comportamiento asociados a ausencia de la madre reciente por cambio de domicilio se remite a neuropsicología para abordaje”; y (ii) en el apartado de “nota de evolución” que el 23 de noviembre de 2023 se estableció que “la madre gan[ó] un concurso para trabajar en otro lugar, pero el niño no comía y cada mes estaba presentando un virus”.

53. El 19 de marzo de 2024 y posterior al inicio del trámite de tutela, la accionante presentó una nueva petición al ICBF en la que reiteró los diagnósticos de su hijo, explicó el objeto de la licencia no remunerada y la atención en salud recibida por el menor durante la misma. Igualmente solicitó su reubicación en el área metropolitana del Valle de Aburrá, para culminar con el periodo de prueba y estar al cuidado de la vida e integridad del menor de edad.

54. Sin embargo, el 6 de mayo siguiente, el ICBF respondió a la petición, en el sentido de

indicarle que para efectuar el traslado de empleados públicos, la solicitud debía ser posterior a la aprobación del periodo de prueba. En consecuencia, ese mismo día la accionante presentó renuncia invocando el interés superior de su hijo menor de edad en condición de discapacidad, la cual no fue tramitada por el ICBF. Por ello, el 10 de mayo siguiente, reiteró su solicitud de renuncia a partir del 15 de mayo de 2024. El 17 de mayo siguiente, el ICBF le comunicó a la señora Leidy que su solicitud de desvinculación estaba en trámite y que debía continuar ejerciendo las funciones propias de su cargo, hasta que esa entidad expidiera el acto administrativo que aceptara su renuncia.

55. El 23 de mayo de 2024, la Dirección Regional Caldas del ICBF remitió a la accionante un memorando por “ausentismo laboral”, en la que la requirió por no presentarse en su puesto de trabajo a partir del 15 de mayo. Sobre este aspecto, la señora Leidy dio respuesta el 27 de mayo siguiente, en el sentido de reiterarle a la entidad nominadora que el 6 y 10 de mayo había presentado su renuncia por motivo del interés superior de su hijo. A su vez, el 20 de junio de 2024, dicha autoridad comunicó a la accionante un nuevo memorando por “ausentismo laboral”, por no concurrir al puesto de trabajo sin previa autorización, desde el 15 de mayo de 2024. Al respecto, la actora respondió esta comunicación el 23 de junio siguiente y le envió nuevamente a la accionada, los documentos relacionados con su renuncia por motivos del interés superior de su hijo menor de edad en condición de discapacidad. Finalmente, en respuesta al Auto de pruebas del 21 de junio de 2024, el ICBF explicó que actualmente se encuentra realizando un estudio de viabilidad para iniciar el procedimiento administrativo a fin de establecer si se presentó abandono del cargo por parte de la señora Leidy .

56. La Sala Novena de Revisión encuentra que el ICBF vulneró el derecho fundamental al trabajo de la accionante. Como se ha indicado, los empleados nombrados en periodo de prueba son titulares de la facultad para solicitar el traslado (ut supra 42). A esa facultad se adscriben varias posiciones constitucionalmente protegidas: (i) el derecho a que la administración examine con especial cuidado las razones en las que se apoya la solicitud presentada; (ii) el derecho a que la administración pública pondere de forma clara y precisa - no de forma ambigua, genérica o abstracta- las razones invocadas por el solicitante a la luz de las necesidades existentes para el adecuado cumplimiento de las funciones a cargo del Estado; y (iii) el derecho a que las autoridades identifiquen, a partir de la valoración y ponderación realizada, las alternativas de traslado existentes en atención a la configuración

de la planta de personal y la forma en que se encuentren provistos los cargos.

57. A continuación, se presentan las razones que evidencian el desconocimiento del derecho de la accionante. Para ello la Corte evaluará las decisiones adoptadas por el ICBF frente a las diferentes solicitudes de la señora Leidy.

a. a) La primera solicitud de traslado del 21 de julio de 2023 y la respuesta negativa del ICBF

58. La respuesta del 15 de agosto de 2023 del ICBF no valoró adecuadamente las circunstancias particulares que expuso la accionante en su petición: (i) los diagnósticos de síndrome de Down, foramen oval persistente, asma, enfermedad tiroidea y autismo de su hijo, así como (ii) la necesidad, afirmada por su madre, de estar al cuidado del menor de edad y de brindarle acompañamiento en el tratamiento a sus diagnósticos. Por tanto, el ICBF se limitó a indicar que la accionante había escogido la vacante ubicada en la Regional Caldas, ciudad Manizales, Centro Zonal 2.

59. El ICBF se abstuvo de considerar la situación particular de la solicitante y de su hijo y, en esa medida, desconoció su obligación no solo de examinar con especial cuidado la situación de la accionante sino también de ponderar de manera clara y precisa las circunstancias en las que se encontraba. Tampoco emprendió un estudio sobre las alternativas existentes en el área metropolitana del Valle de Aburrá respecto de cargos con funciones afines, de la misma categoría y requisitos mínimos similares al empleo PUG 7 que desempeñaba la accionante en la ciudad de Manizales, en los términos del artículo 2.2.5.4.2 del Decreto 1083 de 2015.

60. Con esa actuación el ICBF no solo desconoció el derecho al trabajo de la accionante y, en particular, las diferentes dimensiones de la facultad para solicitar el traslado. También tuvo un efecto directo en la unidad familiar dado que, a pesar de la situación en la que se encontraba el hijo de la accionante, no identificó si existían o no alternativas que permitieran enfrentar adecuadamente la situación. Su respuesta se limitó a indicar, sin una explicación suficiente, que durante el periodo de prueba no era procedente un traslado.

61. De acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Política, los derechos de los menores prevalecen sobre los derechos de los demás. A partir de esta cláusula, este Tribunal ha señalado que los niños, las niñas y los adolescentes requieren para su crecimiento armónico del afecto de sus familiares, por tanto, la ausencia de dichos lazos

afectivos necesarios para su tranquilidad y su desarrollo integral podría implicar la vulneración de sus derechos fundamentales.

62. Además, respecto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el derecho a recibir cuidados especiales, así como el deber de los Estados de alentar y asegurar la asistencia adecuada que requieran. La Corte ha indicado que la protección constitucional reforzada de los menores de edad en condición de discapacidad es mayor, por tratarse de sujetos en circunstancias especiales de debilidad manifiesta. Precisamente la Corte ha dicho que las autoridades deben abstenerse de adoptar medidas administrativas o judiciales que puedan impedir la unidad familiar. Por el contrario, deben garantizar el justo equilibrio entre la satisfacción de las necesidades económicas de las familias y la atención y cuidados especiales que demandan los menores de edad. A su vez, esta Corporación ha indicado que el derecho a la unidad familiar es un límite de la facultad del *ius variandi* del empleador. En concreto, ha establecido que “el *ius variandi* es una facultad con la que cuentan tanto las entidades públicas como las privadas” al amparo de la cual es posible “variar las condiciones de tiempo, modo y lugar del trabajador y, en el caso del sector público, encuentra su razón de ser en la satisfacción del interés general”. Ha precisado, no obstante, que esta potestad no es absoluta y debe tener en cuenta, entre otros, el derecho a la unidad familiar.

63. De otra parte, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Constitución, existe un deber de las autoridades administrativas y judiciales de adoptar una perspectiva de género en sus actuaciones, para garantizar la igualdad material de las mujeres y el ejercicio efectivo de todos los derechos, en este caso, el acceso al trabajo bajo una real igualdad de condiciones. Esta especial protección, también se desprende de distintos convenios internacionales que promueven la igualdad de género, entre los cuales se destaca la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Esta Corporación ha indicado que el Estado debe orientar sus esfuerzos para erradicar patrones, estereotipos y prácticas que subvaloren la condición femenina en “todos los ámbitos sociales -económico, laboral, político, educativo, en la administración de justicia, en las relaciones familiares y privadas”. A su vez, ha resaltado que en los actos administrativos que niegan o realizan los traslados resulta necesario dar aplicación al enfoque de género, pues tampoco resulta admisible que las autoridades ignoren el contexto particular de las mujeres afectadas con la decisión.

64. Conforme a todo lo anterior, para la Sala la actuación del ICBF implicó para la accionante afrontar un dilema particularmente complejo. En efecto, tuvo que enfrentarse a la decisión de continuar con el desarrollo de su actividad laboral o separarse de ella a efectos de acompañar el proceso de rehabilitación integral del menor de edad y para atender sus problemas de salud. Tal situación se tradujo en la necesidad de solicitar una licencia ordinaria no remunerada a partir del 9 de octubre de 2023, que se prorrogó hasta el 14 de mayo de 2024 de modo que los fines perseguidos con su participación en el concurso se vieron frustrados.

65. En ese sentido, la respuesta negativa a la solicitud de traslado, la cual se expidió sin un enfoque sensible de género, impuso una carga desproporcionada sobre la accionante, quien se vio forzada a elegir entre la ejecución de las actividades de cuidado respecto de su hijo y su derecho al trabajo. Esta situación perpetúa la desigualdad estructural que las mujeres enfrentan en el mercado laboral, donde se les asignan mayores responsabilidades en el ámbito del cuidado, se limita su acceso en igualdad de condiciones a oportunidades laborales y consecuentemente se afecta su autonomía económica. Por tanto, no se garantizó a la accionante un entorno laboral que le permitiera cumplir con sus responsabilidades familiares sin sacrificar su desarrollo profesional.

b) La segunda solicitud de traslado del 19 de marzo de 2024 y la respuesta negativa del ICBF

66. La respuesta del 6 de mayo de 2024 del ICBF no atendió las circunstancias particulares que expuso la accionante en su petición: (i) los diagnósticos de su hijo y (ii) la licencia ordinaria no remunerada que le fue reconocida y que se encontraba vigente para ese momento. Tampoco se desprende de ella ningún análisis que hubiera considerado un enfoque de género. En contraste, la accionada, se limitó a indicarle a la señora Leidy que para efectuar su traslado debía aprobar el periodo de prueba. Por tanto, una vez más omitió el estudio del asunto a partir de la facultad que tenía la accionante de solicitar el traslado y ahondó en el dilema de forzarla a elegir entre las actividades de cuidado respecto de su hijo y el desarrollo de sus proyectos profesionales.

67. Para la Sala, esta decisión se fundamentó en un escenario que el mismo ICBF creó, pues la accionante no ha podido culminar su periodo de prueba, por la negativa de la entidad nominadora de conceder su traslado, lo que la llevó a solicitar una licencia no remunerada y

trasladarse a la ciudad de Medellín para estar al cuidado de su hijo y garantizar el acompañamiento y la atención en salud que requiere. Una actuación en contrario, obligaría a la accionante a retornar a la ciudad de Manizales, circunstancia que desconocería nuevamente el derecho a la unidad familiar del que goza Leidy.

68. Además, el argumento que presenta el ICBF no resulta de recibo para la Sala. Tal como se indicó en la parte considerativa, según el artículo 2.2.6.29 del Decreto 1083 de 2015, la facultad de solicitar el traslado no se contrae a los funcionarios que han superado satisfactoriamente el periodo de prueba. En hilo de lo anterior, se resalta que el parágrafo tercero de la Resolución No. 4638 del 23 de mayo de 2023, que efectuó el nombramiento de la accionante en periodo de prueba, replicó el contenido del artículo 2.2.6.29 del Decreto 1083 de 2015. Tampoco se evidencia ninguna restricción en lo referente al traslado en periodo de prueba, dentro de la convocatoria 2149 de 2021. En consecuencia, la segunda negativa también contrarió el derecho fundamental al trabajo de la accionante, quien decidió presentar su renuncia al cargo PUG 7 el 10 de mayo de 2024 y generó un nuevo riesgo de ruptura de la unidad familiar.

c) El procedimiento administrativo por abandono del cargo

69. Según se indicó más arriba, el 23 de mayo y el 23 de junio de 2024, la Dirección Regional Caldas del ICBF remitió a la accionante dos memorandos por “ausentismo laboral”, en los que la requirió para que justificara los motivos de su ausencia en su puesto de trabajo a partir del 15 de mayo de 2024. En igual sentido, la accionada le indicó a esta Corporación que se encuentra realizando un estudio de viabilidad para iniciar el procedimiento administrativo a fin de establecer si se presentó abandono del cargo por parte de la accionante.

70. Para la Sala, las actuaciones administrativas que actualmente tramita el ICBF no solo son desproporcionadas respecto del derecho al trabajo. También constituyen una vulneración de la garantía al debido proceso administrativo de la accionante, tal y como se encuentra reconocido en el artículo 29 de la Constitución Política. Esta Corporación ha establecido que como garantía del debido proceso administrativo, a las personas se les debe respetar el derecho de contradicción, que se compone de (i) la comunicación del trámite que se está desarrollando; (ii) la posibilidad de ser oído por la autoridad administrativa antes de que

adelante una decisión que tenga la virtualidad de afectar sus derechos; y (iii) la notificación del acto administrativo que defina la controversia, de conformidad con todos los requisitos legales.

71. La Corte evidencia que el ICBF decidió continuar con el procedimiento administrativo por abandono del cargo por parte de la accionante, aun cuando la señora Leidy respondió dichos memorandos en el sentido de reiterarle a la accionada su renuncia a partir del 15 de mayo de 2024, con fundamento en el interés superior de su hijo menor de edad con discapacidad. En ese sentido, la entidad accionada no valoró y desconoció que, ante la negativa sobre el traslado, la actora solicitó una licencia no remunerada que fue concedida por la misma entidad hasta el 14 de mayo de 2024, sino que también presentó en dos ocasiones su renuncia debido a su decisión de acompañar a su hijo y garantizarle la atención que este requiere.

72. A pesar de que la accionante presentó argumentos relevantes que tenían la aptitud de justificar la ausencia en su puesto de trabajo en la ciudad de Manizales, la entidad nominadora no los ha considerado detalladamente y sigue adelantando el procedimiento administrativo por abandono del cargo. Abstenerse de valorar de manera precisa y explícita los planteamientos de una persona que -en medio del dilema al que la actuación de la entidad accionada la sometió- ha propuesto diferentes opciones para precisar su situación administrativa, implica en la práctica una infracción del derecho a ser oído. Ese derecho no se satisface únicamente con la existencia de un trámite para exponer los argumentos. También implica, cuando ellos han sido planteados a partir de normas de derecho fundamental, el deber de tomarlos en serio y ofrecer respuestas adecuadas a la situación. Ello, tal y como lo evidencia el expediente administrativo, no ocurrió en este caso.

d) La violación de los derechos de la accionante y las medidas para asegurar su protección

73. Constatada la violación del derecho al trabajo de la accionante, le corresponde a la Corte establecer las medidas que deben adoptarse a efectos de asegurar su protección.

74. Sería del caso ordenar el traslado de la accionante a un cargo PUG 7 en el área metropolitana del Valle de Aburrá. Sin embargo, el ICBF le ha indicado a la Corte que no existen vacantes disponibles para dicho empleo en ese lugar. No obstante, también ha señalado que en la actualidad existen dos personas nombradas en provisionalidad en cargos

equivalentes a los de la accionante.

75. En efecto, en respuesta al requerimiento de la Corte, el ICBF informó que las servidoras Amalia y Marcela Giraldo Gómez se encuentran nombradas en provisionalidad en dos empleos PUG 7, en el área metropolitana del Valle de Aburrá. Vinculadas al proceso por parte de la Corte se recibieron las siguientes respuestas.

1. %1.1. Amalia indicó que trabaja para el ICBF en un cargo PUG 7 en provisionalidad desde el 2 de diciembre de 2022, según resolución del 31 de octubre de 2022

75.2. A su vez Marcela Giraldo Gómez, manifestó que el 8 de septiembre de 2017 fue vinculada en provisionalidad en un empleo PUG 7 en el Centro Zonal La Floresta, Regional Antioquia. Sin embargo, también señaló que se presentó a la misma convocatoria en la que participó la accionante, cumpliendo todos los requisitos para acceder al puesto de carrera administrativa. Para el efecto anexó la Resolución 4675 del 23 de mayo de 2023 del ICBF por la cual se nombró en periodo de prueba en un cargo PUG 7.

76. De acuerdo con lo expuesto, por lo menos una persona se encuentra vinculada en provisionalidad en un cargo PUG 7 en el área metropolitana del Valle de Aburrá. Tal escenario le exige a la Corte preguntarse si, en atención a las circunstancias expuestas por la accionante, es procedente impartir una orden a efectos de que el ICBF disponga su traslado a fin de que reanude sus actividades laborales y complete el periodo de prueba. A dicha pregunta subyace una tensión entre los intereses de la accionante y los derechos a la estabilidad laboral relativa que se predicen de las personas nombradas en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.

77. La jurisprudencia constitucional ha señalado que el nombramiento en provisionalidad en los cargos de carrera constituye una forma de vinculación excepcional y transitoria. Ocurre mientras éstos se proveen en propiedad o cesa la situación administrativa que originó la vacante. Según ha precisado, las personas así nombradas gozan de una estabilidad laboral intermedia, pues el acto de retiro debe ser debidamente motivado en garantía de los derechos al debido proceso y a la defensa de quien ocupa el cargo.

78. Como consecuencia de ello la Corte ha sostenido que la estabilidad relativa de las personas nombradas en provisionalidad cede frente al interés de quienes han participado en

el proceso de selección y han adquirido un mejor derecho para ocupar dicho lugar, justamente en virtud de sus méritos. En todo caso, la Corte ha señalado que cuando el funcionario que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, además es un sujeto de especial protección constitucional, resulta necesario no solo motivar el acto de desvinculación, sino que la autoridad nominadora también debe realizar un ejercicio de ponderación y tomar medidas de acción afirmativa en favor de estos sujetos.

79. Conforme a lo anterior, este Tribunal ha establecido que “en aquellos casos en los que surge, con fundamento en el principio del mérito, la obligación de nombrar de la lista de elegibles a la persona que superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección (...), las entidades deben proceder con especial cuidado antes de efectuar los respectivos nombramientos, mediante la adopción de medidas afirmativas, relativas a su reubicación, y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento”.

80. Es importante advertir que la tensión que puede surgir en esta oportunidad entre los intereses de la accionante a ser trasladada y los de quien ocupa un cargo en provisionalidad a preservar su vinculación, no es equivalente a la de aquellos eventos en los cuales no existen cargos disponibles para ambos. A diferencia de tal supuesto, en el caso que ahora analiza la Corte existen dos plazas disponibles ocupadas por funcionarios en situaciones administrativas diversas. Por ello, lo que debe definir la Corte es si la administración debe reconocer la prevalencia de la pretensión de la accionante para ocupar un cargo que optimice la unidad familiar, en consideración a las circunstancias de su hijo menor de edad en condición de discapacidad.

81. La señora Amalia, de 45 años, nombrada en un cargo PUG 7 en provisionalidad en el área metropolitana del Valle de Aburrá desde el 2 de diciembre de 2022, está diagnosticada con hipotiroidismo, seguimiento por ginecología por presencia pólipos en el cuello uterino, alergias al frío, polvo y ácaros, conjuntivitis y rinitis. Señala que además de asumir sus gastos, apoya económicamente a su madre de 74 años -diagnosticada con falla renal crónica, hipertensión arterial y movilidad reducida como consecuencia de una fractura de fémur- y a

su hermana -quien es madre de un menor de edad de 15 meses y se encuentra desempleada-.

82. Teniendo en cuenta las circunstancias específicas de la accionante, el ICBF ha debido valorar con mayor detalle las posibilidades de disponer su traslado al cargo ocupado actualmente en provisionalidad por la señora Amalia. En efecto, su posición adquiere un peso especial teniendo en cuenta no solo (i) que fue nombrada después de su participación en un concurso de méritos desarrollado al amparo del artículo 125 de la Constitución Política, sino también (ii) que su hijo se encuentra en una situación especial de salud que, según considera, requiere su presencia. Tal situación ha motivado a la accionante no solo a solicitar el otorgamiento de licencias no remuneradas sino incluso a presentar su renuncia.

83. La preferencia por los intereses de la accionante, no implica desconocer aquellos que se radican en la señora Amalia. Sin embargo, la situación actual en la que se encuentra, si bien refleja la necesidad de contar con recursos económicos para satisfacer las necesidades propias y las de su familia, no son equivalentes a los de Leidy. Ello es así, entre otras cosas, por la especial importancia que ha tenido el desarrollo actual de su hijo y la necesidad de acompañarlo en ese proceso.

84. El examen realizado a partir de las pruebas aportadas en el curso del proceso, permiten concluir que el ICBF tenía no solo la obligación de valorar más detalladamente las circunstancias concretas en las que se encontraba la accionante, sino que ha podido considerar algunas opciones de traslado en aplicación de su facultad para definir las condiciones del empleo en cuanto al lugar de trabajo.

85. Esta valoración, como se indicará más adelante no implica necesariamente disponer el traslado de la accionante al cargo actualmente ocupado por la señora Amalia. Por tanto, la Corte dispondrá que el ICBF, antes de ello, valore en un término breve las otras posibilidades existentes. Sin embargo, en caso de que no resulte procedente ninguna de las alternativas que a continuación se precisan y el ICBF deba disponer el traslado de la accionante al cargo en provisionalidad ocupado por la señora Amalia, esta actuación deberá adelantarse mediante la adopción de medidas afirmativas. Tales medidas deberán dirigirse a promover la reubicación en provisionalidad de la señora Amalia dentro de la planta de personal del ICBF o la vinculación en un cargo similar o equivalente al que viene ocupando. Conforme a ello el

ICBF deberá procurar, tomando en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas, que dicha funcionaria sea la última en ser desvinculada.

86. En caso de que no puedan adoptarse tales medidas por inexistencia de la vacante, el acto de retiro de dicha funcionaria debe estar debidamente motivado, de conformidad con los criterios que delimitan la estabilidad relativa de las personas nombradas en provisionalidad. Advierte la Corte que la decisión que llegue a ser adoptada, en caso de requerirse, será susceptible de los recursos judiciales previstos en el ordenamiento.

87. La Sala ha constatado que la señora Amalia manifestó que viene siendo objeto de tratamiento médico tendiente a la recuperación de su salud, por presencia de pólipos en el cuello uterino, entre otros diagnósticos. En consecuencia, en caso de producirse la desvinculación, el ICBF deberá mantener la afiliación de la señora Amalia al Sistema de Seguridad Social en Salud, hasta tanto finalicen los tratamientos que sean necesarios para su recuperación o sea afiliada al sistema por otro empleador. A su vez, en la medida de lo posible, en caso que el ICBF encuentre otra vacante disponible en un cargo similar o equivalente al que ocupa la señora Amalia, deberá vincularla nuevamente en provisionalidad por el tiempo que dure el tratamiento integral de sus patologías.

Órdenes por adoptar

88. El deber de guardar la integridad de la Constitución tiene como correlato la obligación de su intérprete de adoptar decisiones que contribuyan a la armonización concreta de los intereses relevantes. El juez constitucional debe entonces procurar la reducción de los costos constitucionales identificando las soluciones que optimicen la realización de tales intereses. La inadvertencia de alguno de los costados de la controversia puede conducir a su sacrificio. Bajo esa perspectiva, la Sala ha identificado los remedios aplicables en esta ocasión.

89. Conforme a lo anterior adoptará las siguientes órdenes.

89.2. Ordenará al ICBF que, en el plazo máximo de diez días contados a partir de la notificación de esta providencia, realice un estudio detallado sobre las vacantes disponibles en el área metropolitana del Valle de Aburrá respecto del empleo de nivel profesional, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 7 -ofertado con el Código OPEC No. 166326, rol nutrición y dietética-. Una vez concluido dicho examen el ICBF deberá

proceder como se indica a continuación:

i. (i) En caso de identificar alguna vacante, deberá disponer el traslado de inmediato de la accionante a esa plaza, para que culmine el periodo de prueba conforme a lo establecido en el artículo 2.2.6.25 del Decreto 1083 de 2015.

() En el evento de que no exista una vacante definitiva deberá realizar, en el término máximo de cinco días contados a partir del vencimiento del plazo inicial, la identificación de las personas que desempeñen el empleo de nivel profesional, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 7, ofertado con el Código OPEC No. 166326, rol nutrición y dietética en el área metropolitana del Valle de Aburrá, con el fin de establecer si alguna de ellas se encuentra interesada en ocupar la plaza asignada a la accionante en la Regional Caldas, ciudad Manizales, Centro Zonal 2.

De ser el caso, el ICBF deberá adelantar de inmediato el procedimiento requerido a efectos de que la accionante sea trasladada al área metropolitana del Valle de Aburrá.

() Si no resulta procedente ninguna de las alternativas indicadas el ICBF deberá adoptar los trámites que correspondan a fin de disponer el traslado de la accionante al cargo en provisionalidad ocupado por la señora Amalia, adoptando las medidas que sean administrativamente posibles respecto de esta última. En particular, dichas medidas deberán dirigirse a promover la reubicación en provisionalidad de la señora Amalia dentro de la planta de personal del ICBF o la vinculación en un cargo similar o equivalente al que viene ocupando. Conforme a ello el ICBF deberá procurar, tomando en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas, que dicha funcionaria sea la última en ser desvinculada.

() En caso de que no puedan adoptarse tales medidas, el acto administrativo de retiro de la señora Amalia debe estar debidamente motivado, según las exigencias previstas para ello en la ley y en la jurisprudencia de este tribunal. En todo caso, el ICBF deberá mantener la afiliación de la señora Amalia al Sistema de Seguridad Social en Salud, hasta tanto finalicen los tratamientos que sean necesarios para su recuperación o sea afiliada al sistema por otro empleador. A su vez, en caso que el ICBF encuentre otra vacante disponible en un cargo similar o equivalente al que ocupa la señora Amalia, deberá vincularla nuevamente en provisionalidad por el tiempo que dure el tratamiento integral de sus patologías.

89.3. Ordenar al ICBF que deje sin efectos inmediatamente los procedimientos administrativos iniciados por la renuncia presentada el 10 de mayo de 2024 por parte de la señora Leidy y los relativos al abandono del cargo.

III. DECISIÓN

En virtud de lo anterior, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia

RESUELVE

Primero. REVOCAR las sentencias del 30 de enero de 2024 del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, Caldas, y del 19 de febrero de 2024, de la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, y, en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho al trabajo de la accionante Leidy.

Segundo. ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que en el plazo máximo de diez días, contados a partir de la notificación de esta providencia, realice un estudio detallado sobre las vacantes disponibles en el área metropolitana del Valle de Aburrá respecto del empleo de nivel profesional, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 7 - ofertado con el Código OPEC No. 166326, rol nutrición y dietética-. Una vez concluido dicho examen el ICBF deberá proceder como se indica a continuación:

i. (i) En caso de identificar alguna vacante, deberá disponer el traslado de inmediato de la accionante a esa plaza, para que culmine el periodo de prueba conforme a lo establecido en el artículo 2.2.6.25 del Decreto 1083 de 2015.

() En el evento de que no exista una vacante definitiva deberá realizar, en el término máximo de cinco días contados a partir vencimiento del plazo inicial, la identificación de las personas que desempeñen el empleo de nivel profesional, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 7, ofertado con el Código OPEC No. 166326, rol nutrición y dietética en el área metropolitana del Valle de Aburrá, con el fin de establecer si alguna de ellas se encuentra interesada en ocupar la plaza asignada a la accionante en la Regional Caldas, ciudad Manizales, Centro Zonal 2.

De ser el caso, el ICBF deberá adelantar de inmediato el procedimiento requerido a efectos de que la accionante sea trasladada al área metropolitana del Valle de Aburrá.

() Si no resulta procedente ninguna de las alternativas indicadas el ICBF deberá adoptar los trámites que correspondan a fin de disponer el traslado de la accionante al cargo en provisionalidad ocupado por la señora Amalia, adoptando las medidas que sean administrativamente posibles respecto de esta última. En particular, dichas medidas deberán dirigirse a promover la reubicación en provisionalidad de la señora Amalia dentro de la planta de personal del ICBF o la vinculación en un cargo similar o equivalente al que viene ocupando. Conforme a ello el ICBF deberá procurar, tomando en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas, que dicha funcionaria sea la última en ser desvinculada.

() En caso de que no puedan adoptarse tales medidas, el acto administrativo de retiro de la señora Amalia debe estar debidamente motivado, según las exigencias previstas para ello en la ley y en la jurisprudencia de este tribunal. En todo caso, el ICBF deberá mantener la afiliación de la señora Amalia al Sistema de Seguridad Social en Salud, hasta tanto finalicen los tratamientos que sean necesarios para su recuperación o sea afiliada al sistema por otro empleador. A su vez, en caso que el ICBF encuentre otra vacante disponible en un cargo similar o equivalente al que ocupa la señora Amalia, deberá vincularla nuevamente en provisionalidad por el tiempo que dure el tratamiento integral de sus patologías.

Tercero. ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que deje sin efectos inmediatamente los procedimientos administrativos iniciados por la renuncia presentada el 10 de mayo de 2024 por parte de la señora Leidy y los relativos al abandono del cargo.

Cuarto. LÍBRENSE por Secretaría General las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

Con Aclaración de voto

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

A LA SENTENCIA T-403/24

Referencia: expediente T-10.102.107

Magistrado Ponente:

José Fernando Reyes Cuartas

Acompaño la decisión adoptada en la Sentencia T-403 de 2024, pues en este caso la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional encontró que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desconoció el derecho fundamental al trabajo de la accionante, y los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la unidad familiar de su hijo menor de edad en situación de discapacidad, debido a que omitió estudiar a profundidad las razones por las cuales la accionante solicitaba el traslado al área metropolitana del Valle de Aburrá.

En ese sentido, aunque acompaño la decisión de conceder el amparo, considero necesario aclarar el voto respecto de los argumentos expuestos por la Sala Novena de Revisión para determinar la posibilidad de que, en el marco de garantizar los derechos fundamentales de la accionante, se opte, como alternativa última, por la desvinculación de Amalia del cargo que desempeña en provisionalidad.

Al respecto, tal y como se afirma en la Sentencia T-403 de 2024, la jurisprudencia

constitucional ha considerado que el nombramiento en provisionalidad de las personas en los cargos de carrera constituye una forma de vinculación excepcional y transitoria. En este sentido, las personas que han sido nombradas en dicha calidad gozan de una estabilidad laboral intermedia, pues su nombramiento cede frente al interés de quienes han participado en el proceso de selección y han adquirido un mejor derecho para ocupar el cargo, justamente en virtud de sus méritos. Y es a partir de esta regla que la Sentencia T-403 de 2024 autoriza la posibilidad excepcional de que, para la protección de los derechos fundamentales de Leidy, y bajo algunas condiciones específicas, se retire del servicio a Amalia del cargo que actualmente ostenta en provisionalidad.

A pesar de que estoy de acuerdo con la razón de la decisión, pues esta regla ha sido reiterada en múltiples ocasiones por la jurisprudencia constitucional, considero que en este caso no debió estudiarse la situación jurídica de Amalia para garantizar los derechos fundamentales de la accionante, pues ello le corresponde a la autoridad administrativa accionada en el caso concreto.

En efecto, de conformidad con las pruebas que obran dentro del expediente, Amalia tiene 45 años de edad, está domiciliada en el municipio de Caldas, Antioquia, reside en una vivienda en arriendo y cuenta con los diagnósticos de hipotiroidismo, presencia pólipos en el cuello uterino, alergias al frío, polvo y ácaros, conjuntivitis y rinitis. A su vez, indicó que destina su salario a los costos de vivienda, servicios públicos, alimentación y transporte, y que apoya económicamente a su madre con los costos de transporte para su atención en salud, quien tiene 74 años y se encuentra diagnosticada con falla renal crónica, hipertensión arterial y movilidad reducida como c