

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL -Sala Tercera de Revisión-

SENTENCIA T-313 de 2024

Referencia: expediente T-10.027.532

Asunto: acción de tutela presentada por *Rafael* a nombre propio, en representación de su hija menor de edad y como agente oficioso de su hijo, contra el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA).

Magistrada ponente: Diana Fajardo Rivera

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera, quien la preside, y los magistrados Vladimir Fernández Andrade y Jorge Enrique Ibáñez Najar, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Santa Marta el 4 de julio de 2023, y por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Santa Marta el 6 de septiembre de 2023.

1. Síntesis de la decisión

La Sala amparó los derechos a la estabilidad laboral relativa, al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana de un funcionario del ICA que estaba vinculado en provisionalidad. El accionante alegó que fue retirado de su cargo sin que se tuviera en cuenta su calidad de padre cabeza de hogar, y que posteriormente el ICA le ofreció un empleo equivalente en otro municipio, pero nunca se materializó su nombramiento.

La Corte al resolver la controversia resaltó la importancia de la carrera administrativa basada en el mérito en nuestro sistema constitucional, y reiteró las reglas jurisprudenciales para el tratamiento de los sujetos vulnerables que ocupan cargos sin haber pasado por un concurso de méritos. Concluyó que el accionante cumplía con los requisitos para ser considerado padre cabeza de hogar, al tener a su cargo la responsabilidad permanente de su núcleo familiar,

integrado por su esposa y dos hijos con especiales condiciones de salud que les impiden trabajar. Si bien la decisión de separar al accionante de su cargo por la conformación de una lista de elegibles en un concurso público era legítima, la Sala determinó que el ICA había incumplido su deber de adoptar acciones afirmativas para protegerlo, que se tradujeron en una vulneración del mínimo vital y la seguridad social de su núcleo familiar.

La Sala de Revisión al hallar la existencia de vacantes en cargos equivalentes al que ocupaba ordenó su reintegro en la sede geográfica con más cercanía a su domicilio, para que no se rompiera la unidad familiar. Condicionó su duración hasta que el cargo sea provisto en propiedad mediante concurso de méritos, o se cumplan los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional para su retiro dado que la estabilidad laboral relativa no implica un derecho a permanecer indefinidamente en provisionalidad. También dispuso que el ICA debía implementar una política para la protección de los padres y madres cabeza de hogar nombrados en provisionalidad en los procesos de vinculación y de desvinculación de personal de acuerdo con los estándares constitucionales, con el apoyo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, y le ordenó que mantuviera actualizados sus datos sociodemográficos con el propósito de identificar a los titulares de especial protección constitucional.

2. Aclaración preliminar: supresión de datos sensibles

Dado que el presente caso involucra datos sensibles de la historia clínica de tres personas, incluida una menor de edad, esta Sala, como medida de protección de su intimidad, decidió suprimir la información que permita su identificación en la versión de esta providencia disponible para el público. Por lo tanto, y de acuerdo con el artículo 62 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional, se registrará en dos archivos: uno con los nombres reales, que la secretaría general remitirá a las partes con el fin de que los responsables de dar cumplimiento a las órdenes impartidas dentro del fallo ejecuten las decisiones proferidas; y otro con los nombres ficticios del accionante y de su familia, que seguirá el canal previsto por esta corporación para la difusión de información pública.

3. Antecedentes

§1. *Rafael*¹ presentó una acción de tutela el 31 de marzo de 2023 contra el Instituto Colombiano Agropecuario (en adelante ICA), al considerar que vulneró los derechos fundamentales de petición, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana de su núcleo familiar. Actuó a nombre propio, en representación de su hija menor de edad, y como agente oficioso de su hijo mayor. Los hechos en los que se fundamenta el presente caso se desarrollan a continuación.

3.1. Hechos y argumentos del escrito de tutela²

¹ El accionante actuó por intermedio de su apoderada judicial. La acción fue presentada en nombre propio, en representación de su hija menor de edad, y como agente oficioso de su hijo de 34 años.

² Documento digital "01DEMANDA.pdf".

§2. *Rafael* trabajaba para el ICA en un cargo provisional desde el 27 de agosto de 2015³. Fue desvinculado el 1 de junio de 2017⁴, pero su reintegro fue ordenado en un proceso de tutela en 2018 al acreditar su condición de padre cabeza de hogar y el estado de salud delicado de sus dos hijos⁵: (i) *Ana*, de 17 años, tiene una enfermedad renal crónica, fue sometida a un trasplante y requiere de diálisis y múltiples tratamientos especializados; y (ii) *Felipe*, de 34, tiene una discapacidad mental y cognitiva severa causada por hipoxia cerebral al momento de su nacimiento. La entidad accionada acató la orden el 8 de mayo de 2018⁶.

§3. El accionante participó en dos procesos de selección promovidos por el ICA, en los que solicitó la aplicación de acciones afirmativas para garantizar su continuidad en un cargo similar o equivalente al que ocupaba. El primero tuvo lugar en 2021, con el propósito de proveer vacantes, y se ofertó el cargo que venía desempeñando. Indica que ocupó el séptimo lugar en la lista de elegibles. El segundo fue una convocatoria abierta en noviembre de 2022 para empleos transitorios mediante nombramiento provisional, en el que fue admitido con 2 personas más el 12 de diciembre 2022⁷. En enero del año siguiente reiteró su solicitud de protección, pero el ICA no le contestó. Fue desvinculado de su cargo el 14 de febrero de 2023⁸ al conformarse la lista de elegibles del proceso de selección 1506 de 2020. No hubo modificaciones a su estado laboral desde su reintegro en mayo de 2018.

§4. *Rafael* presentó una acción de tutela para obtener una respuesta a su petición. El ICA le indicó durante el trámite que había realizado un estudio de la planta de personal y que podía ofrecerle una vacante para el mismo cargo en el municipio de Buenaventura, Valle del Cauca⁹. El accionante le manifestó a los pocos días que le resultaba difícil aceptarlo por su calidad de padre cabeza de hogar y el estado de salud de sus hijos. Le pidió al ICA que lo nombrara

³ Mediante la Resolución 003046 del 27 de agosto de 2015, para el cargo de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 10, de la Subgerencia de protección Fronteriza – Grupo Nacional de Cuarentena Vegetal, en la seccional Magdalena.

⁴ Mediante la Resolución 004818 del 26 de abril de 2017, que se hizo efectiva en dicha fecha. En dicha oportunidad, el ICA desvinculó al accionante porque el cargo que ocupaba en provisionalidad fue proveído de manera definitiva a través del concurso de méritos 2014-324 ICA. Ver documento digital “12RECEPCIÓNMEMORIALES.pdf”, p. 4.

⁵ El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Santa Marta concluyó en su sentencia del 5 de febrero de 2018 que el accionante tenía la calidad de padre cabeza de hogar, al (i) estar a cargo del sostenimiento de sus dos hijos —quienes tienen una especial condición de salud— y su esposa —quien es ama de casa dedicada al cuidado de ambos—; y (ii) no contar con otra fuente de ingresos que su salario. Se probó que había una vacante para el accionante (ver documento digital “13RECEPCIÓNMEMORIALES.pdf”). La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Santa Marta confirmó dicha providencia el 20 de marzo de 2018, al haberse probado su condición de padre cabeza de hogar y el estado de salud delicado de sus hijos, y que el puesto para su cargo está vacante (ver documento digital “12RECEPCIÓNMEMORIALES.pdf”).

⁶ Mediante la expedición de la Resolución 00024384 de la misma fecha.

⁷ Indica que el listado fue publicado en la página web oficial del ICA.

⁸ Mediante la Resolución 1064 del 8 de febrero de 2023.

⁹ Enviada el 1 de marzo de 2023. El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta declaró la carencia de objeto por hecho superado el 13 de marzo de 2023 al considerar que era una respuesta de fondo, así no hubiera sido favorable (ver documento digital “11RECEPCIÓNMEMORIALES.pdf”).

provisionalmente en La Guajira¹⁰, y puso de presente que aceptaría la oferta para irse a Buenaventura si lo anterior no era posible.

§5. Como no obtuvo respuesta, el accionante demandó su vinculación en un cargo igual o equivalente al que ocupaba antes de su retiro, o que, de forma subsidiaria, el ICA se pronunciara de fondo sobre el nombramiento pretendido en La Guajira. Alega que es un sujeto de especial protección constitucional, que su presencia en el hogar es determinante para el bienestar de sus hijos, que su única fuente de ingresos era su salario como empleado del ICA, que no cuenta con recursos para garantizar su mínimo vital ni el de su familia y que su cobertura de salud en el régimen contributivo estaba próxima a terminarse al momento de presentar la tutela. Argumenta que la jurisprudencia constitucional¹¹ ha reconocido una estabilidad laboral intermedia para los funcionarios nombrados en provisionalidad y que el ICA tiene el deber de adoptar acciones afirmativas para los que son sujetos de especial protección, como los padres y madres cabeza de hogar.

3.2. Trámite de la acción de tutela

§6. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Santa Marta admitió la demanda el 31 de marzo de 2023, vinculó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, y le corrió traslado a la accionada para que se pronunciara¹². Se recibieron las intervenciones que a continuación se presentan.

3.2.1. Respuesta del ICA

§7. El ICA le respondió al accionante durante el trámite que reiteraba su ofrecimiento para el cargo en Buenaventura, y que, tras un estudio de planta de personal, concluyó que el nombramiento en La Guajira no era posible¹³. El 12 de abril manifestó que la acción era improcedente al no haberse vulnerado ningún derecho fundamental¹⁴. Alegó que se configuró un hecho superado, porque su respuesta satisfacía plenamente lo pretendido por el accionante y garantizaba sus derechos, y que adelantó las acciones afirmativas para que fuese reubicado con base en las vacantes disponibles en la entidad.

3.2.2. Intervención del accionante

§8. *Rafael* manifestó que tenía plena certeza de que el cargo ofrecido en La Guajira estaba vacante, y que su pretensión era ser nombrado en Santa Marta o en la sede más cercana posible para no poner en riesgo la salud física, mental y

¹⁰ Para un cargo equivalente al que tenía, que había sido ofertado en la convocatoria de noviembre de 2022.

¹¹ Citó las sentencias T-063 de 2022. M.P. Alberto Rojas Ríos; SU-691 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-373 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; y SU-466 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹² Documento digital “03AUTOADMITE.pdf”.

¹³ Documento digital “06CONTESTACION.pdf”, pp. 2-4. Enviado el 11 de abril de 2023.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 6-10.

emocional¹⁵ de sus hijos¹⁶. Solicitó que el juez de primera instancia le ordenara (i) al ICA que rindiera un informe sobre todas las vacantes disponibles en el país, con su perfil y rango salarial; y (ii) a la Comisión Nacional del Servicio Civil que indicara las vacantes reportadas por el ICA.

3.2.3. Contestación de la Comisión Nacional del Servicio Civil

§9. La Comisión Nacional del Servicio Civil contestó que la acción de tutela era improcedente (i) por subsidiariedad, debido a que el accionante podía acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; y (ii) por falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que no tiene la competencia para administrar la planta de personal del ICA, ni facultades nominadoras, ni incidencia en la expedición de actos administrativos por parte de dicha entidad¹⁷. Argumentó que el accionante no puede pretender perpetuarse en un empleo en el que está provisional ni afectar los derechos adquiridos que tienen las personas frente a las listas de elegibles de las que hacen parte. Explicó que, en todo caso, la administración está obligada a analizar la situación de cada sujeto de especial protección constitucional, para protegerlos y garantizar el acceso al empleo público del elegible.

3.3. Primera instancia

§10. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Santa Marta negó el amparo en la sentencia del 20 de abril de 2023¹⁸. Determinó que el accionante no demostró su condición de padre cabeza de hogar porque no acreditó si convivía o no con la madre de los niños, ni su situación económica en caso de convivir con ella. En su criterio podía concluirse que el accionante contaba con medios materiales suficientes, porque, según la base de datos de la ADRES, estaba afiliado a Sanitas EPS en el régimen contributivo. El Juzgado consideró que el ICA tuvo en cuenta la condición alegada de padre cabeza de hogar, en virtud de la cual le ofreció un cargo en Buenaventura. Declaró la carencia de objeto frente al derecho de petición, porque la negativa a su solicitud de vinculación en La Guajira era una respuesta de fondo.

3.3.1. Impugnación

§11. *Rafael* solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia. Alegó que no había un hecho superado porque el ICA no se había pronunciado sobre su aceptación del cargo en Buenaventura¹⁹. Argumentó que la asunción de que no estaba en una situación económica grave por estar afiliado al régimen contributivo era errónea: la razón para acudir a la acción de tutela era la necesidad de asegurar una atención médica para sus hijos, dado que la cobertura en aquel régimen estaba cerca de finalizar por la desvinculación de su cargo. Además, informó que destinó su liquidación para el pago de aportes a seguridad

¹⁵ Indicó que su hija había manifestado síntomas depresivos por la posibilidad de verse privada de su compañía.

¹⁶ Documento digital “06CONTESTACION.pdf”, pp. 1-2. Escrito remitido el 12 de abril de 2023.

¹⁷ Documento digital “16RECEPCIÓNMEMORIALES.pdf”. Enviado el 13 de abril de 2023.

¹⁸ Documento digital “04SENTENCIA.pdf”.

¹⁹ Documento digital “17SOLICITUDIMPUGNACION.pdf”. Presentada el 26 de abril de 2023.

social para la salud de sus hijos, que su salario era su única fuente de ingresos, que tenía 61 años y no cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de vejez y que se puso en riesgo el mínimo vital de su familia. A su juicio, su condición de padre cabeza de hogar era un hecho acreditado ante el ICA y probado en un proceso judicial anterior²⁰. También resaltó que la juez no hizo mención alguna acerca de los derechos de sus hijos, pese a que se acreditó su situación de debilidad manifiesta.

3.4. Nulidad

§12. La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Santa Marta declaró la nulidad de lo actuado en el auto del 6 de junio de 2023²¹. Consideró que hubo una indebida integración del contradictorio, porque había sujetos que podrían ser afectados por el eventual amparo de los derechos reclamados. En consecuencia, ordenó la vinculación de la Defensoría y Procuraduría de Familia, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Santa Marta, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Santa Marta y la EPS en [la] que se encuentran afiliados los hijos del accionante”. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Santa Marta les corrió traslado para que se pronunciaran sobre los hechos que motivaron la acción²². Se recibieron las siguientes intervenciones:

3.4.1. Intervenciones

§13. *Rafael* puso de presente que un compañero de trabajo en condiciones similares había sido desvinculado de su cargo, y un juez de tutela le concedió el reintegro²³. Solicitó que se le diera un trato igual. En un segundo escrito²⁴ informó (i) que el ICA aún no se había pronunciado sobre su aceptación del nombramiento provisional en Buenaventura, por lo que nunca hubo una intención real de aplicar una medida afirmativa a su favor, sino de inducir a error al juzgador; (ii) que convive con la madre de sus hijos, pero que ella no genera recursos económicos para el núcleo familiar y que su condición de salud le impide atender las tareas domésticas y encargarse de su cuidado²⁵; (iii) que ha realizado el pago de los aportes a salud como independiente, con el apoyo de algunos familiares que se han solidarizado con su situación; y (iv) que el ICA creó 308 empleos nuevos mediante la resolución 091 del 24 de enero de 2022 y que existen varias vacantes afines a su perfil pese al desarrollo de un concurso de méritos reciente. Solicitó que el juez analizara la conducta evasiva del ICA y que materializara el reintegro en Santa Marta para poder cuidar a sus hijos.

²⁰ Ver §2, pie de página 5.

²¹ Documento digital “02AUTODECRETANULIDAD.pdf”.

²² Documento digital “22AUTOOBEDEZCASEYCUMPLASE.pdf”. Auto con fecha del 22 de junio de 2023.

²³ Documento digital “065MemorialSolicitudPrincipioDeIgualdad.pdf”. Presentado el 7 de junio de 2023.

²⁴ Documento digital “25CONTESTACION.pdf”. Presentado el 26 de junio de 2023.

²⁵ Indicó que padece de miomatosis de grandes elementos, y que debe ser sometida a una histerectomía abdominal total.

§14. La Comisión Nacional del Servicio Civil presentó los mismos argumentos de su intervención antes de la nulidad²⁶ (ver §9 *supra*). El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar coadyuvó las pretensiones del accionante²⁷. En su criterio, el ICA pasó por alto la condición de padre cabeza de hogar de *Rafael* y la estabilidad reforzada a la que tiene derecho. Resaltó que sus hijos tienen un interés superior y están en vulnerabilidad por su estado de salud, por lo que requieren apoyo económico y emocional. No se recibieron respuestas adicionales.

3.4.2. Nueva sentencia de primera instancia e impugnación

§15. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Santa Marta negó el amparo en la sentencia del 4 de julio de 2023²⁸, con los mismos argumentos de la providencia original que fue anulada (ver §10 *supra*). El accionante la impugnó el 6 de julio de 2023, y reiteró sus argumentos²⁹. Informó que su hija recibía tratamientos en la Clínica San Vicente de Paúl en Medellín gracias a una acción de tutela fallada a su favor. Indicó que estaba en la etapa de asimilación del trasplante, por lo que era vulnerable a infecciones y el rechazo del órgano, y requería una buena alimentación, correctas condiciones de higiene y el acompañamiento de su núcleo familiar, especialmente de su papá. A la fecha el ICA no se había pronunciado sobre su aceptación del cargo en Buenaventura.

3.5. Segunda instancia

§16. En la sentencia del 6 de septiembre de 2023, la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Santa Marta declaró la improcedencia por subsidiariedad frente a la pretensión de vinculación a un cargo igual o equivalente³⁰. Consideró que el accionante podía acudir al incidente de desacato, porque existía una acción de tutela fallada a su favor en 2018 en la que se pretendía lo mismo: su reintegro al ICA. El Tribunal concluyó que no había temeridad por la existencia de hechos nuevos. También determinó que hubo una carencia de objeto frente a la solicitud presentada el 4 de marzo de 2023, porque el ICA la respondió de fondo al ofrecerle una vacante en Buenaventura el 11 de abril siguiente. No aceptó los argumentos sobre la violación del derecho a la igualdad, por tratarse de puntos nuevos que no hicieron parte de la demanda y frente a los que no se podía garantizar el derecho de defensa de la contraparte.

4. Actuaciones en sede de revisión

§17. La Sala de Selección de Tutelas Número Tres, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y el magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar, seleccionó el expediente T-10.027.532 para revisión mediante el Auto del 22 de marzo de 2024³¹. El proceso fue remitido al despacho ponente el 15 de abril de 2024.

²⁶ Documento digital “30CONTESTACION.pdf”. Presentado el 28 de junio de 2023.

²⁷ Documento digital “27CONTESTACION.pdf”. Escrito presentado por el Defensor de Familia del Centro Zonal Santa Marta 2 del ICBF regional Magdalena.

²⁸ Documento digital “23SENTENCIA.pdf”.

²⁹ Documento digital “32SOLICITUDIMPUGNACION.pdf”.

³⁰ Documento digital “02SENTENCIASEGUNDAINSTANCIA.pdf”.

³¹ Notificado por medio de estado No. 046 del 15 de abril de 2024.

4.1. Práctica de pruebas

§18. La magistrada sustanciadora requirió al accionante y al ICA mediante el Auto del 6 de mayo de 2023, con el propósito de aclarar los supuestos fácticos y contar con elementos de juicio suficientes para resolver el caso. Se recibieron las siguientes respuestas.

4.1.1. Respuesta del accionante³²

§19. *Rafael* manifiesta que está desempleado desde el 14 de febrero de 2023 y que no tiene ninguna fuente de ingresos para su sostenimiento y el de su familia. Cotiza solamente en salud como independiente, y aduce que tuvo que retirar la totalidad de su ahorro individual en pensiones para el pago de deudas y gastos, que son de aproximadamente \$5.000.000 mensuales.

§20. El accionante sostiene que al momento de su desvinculación le faltaban 360 semanas para pensionarse, y alega que se le generó un daño irremediable por la imposibilidad de regresar al sistema. Indica que ha cubierto sus necesidades básicas con ayudas de familiares y en un 80% con préstamos con personas naturales. Aunque aceptó el nombramiento para el cargo en Buenaventura, señala que nunca se expidió la resolución de nombramiento correspondiente. Asegura que el cargo en La Guajira estaba vacante, porque la convocatoria fue publicada en la página web del ICA. Declara que ocupó el primer lugar, pero que la entidad manifestó posteriormente que no existían vacantes.

§21. El accionante considera que tiene la calidad de padre cabeza de hogar por las siguientes razones: (i) asume en forma exclusiva, permanente y sin apoyo alguno la manutención de su hogar; (ii) tiene a su cargo dos hijos con estado de salud vulnerable; y (iii) su esposa, *Patricia*, ha sido principalmente la cuidadora de sus hijos, y quien acompaña a *Ana* a todos los tratamientos y controles médicos. El accionante resalta que la salud de *Patricia* se ha afectado por el alto nivel de estrés producido por la condición de sus hijos y la situación económica resultante de la pérdida de su empleo. En la actualidad se está realizando distintos exámenes médicos por varios síntomas que ha sufrido³³, y desde el nacimiento de *Ana* no ha podido trabajar.

4.1.2. Respuesta del ICA

§22. El ICA explicó que no tiene un protocolo para el tratamiento de padres y madres cabeza de hogar en concursos de mérito público y para la provisión de empleos, pero que aplica acciones afirmativas para que quienes estén en provisionalidad y acrediten circunstancias especiales: reubicación en vacante,

³² Documento digital “MATERIAL PROBATORIO SOLICITADO POR LA MAGISTRADA DIANA FAJARDO RIVERA, EXPEDIENTE T-10.027”. Remitido el 9 de mayo de 2024.

³³ El accionante aportó distintas órdenes médicas donde se da cuenta de que sufre de dolores, edemas y tumefacción en una de sus piernas, al igual que antecedentes familiares por trombosis. *Ibid.*, pp. 17-24.

si hay disponibilidad de planta de personal, o que sean los últimos en ser retirados. También informó que en su planta de personal hay 451 empleos en provisionalidad, que son ocupados por 219 mujeres y 232 hombres.

§23. El ICA manifestó que no contaba con datos sobre cuántos de los trabajadores son padres o madres cabeza de hogar, aunque planean realizar una encuesta en junio de 2024 para actualizar su perfil sociodemográfico. Señaló que nombró a dos personas en provisionalidad que habían sido desvinculadas tras un proceso de selección³⁴ como acción afirmativa, tras acreditar su condición de padre o madre cabeza de hogar. Reportó que en la actualidad hay 23 empleos provisionales iguales al que tenía el accionante.

§24. El ICA indicó que, tras revisar la planta de personal, hay 74 vacantes definitivas en cargos iguales o superiores al desempeñado por el accionante, y que coinciden con su formación como ingeniero agrónomo³⁵. Frente al proceso de selección adelantado en 2022, aclaró que se ofrecieron 138 empleos en provisionalidad, de los cuales 17 correspondían a un nivel igual o superior al que tenía el accionante.

§25. De acuerdo con la entidad, en el proceso de selección que tuvo lugar en 2021, se ofrecieron 408 empleos vacantes, 106 de los cuales correspondían al mismo en el que estaba el accionante. El ICA señaló que tuvo en cuenta la calidad de padre cabeza de hogar y de “recensionado”³⁶ (sic) para ofrecerle el cargo en Buenaventura.

5. Consideraciones

5.1. Competencia

§26. La Sala Tercera de Revisión es competente para pronunciarse en el asunto de la referencia, de acuerdo con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 22 de marzo de 2024 de la Sala de Selección Número Tres de 2024, que escogió para revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

5.2. Cuestiones previas

§27. En atención a los argumentos presentados durante el trámite de instancia, la Sala se pronunciará sobre (i) la inexistencia de cosa juzgada y (ii) la carencia de objeto por hecho superado respecto del derecho de petición.

³⁴ El proceso “Nación 3”, en el que también participó el accionante.

³⁵ Algunos de estos en seccionales cercanas al domicilio del accionante, como en los departamentos de Magdalena, Córdoba, Cesar, La Guajira, Atlántico y Sucre. La información está disponible en el documento digital “ANEXO PUNTOS 2-3-4-5 (2).xlsx”, en la hoja “Punto 3 (74)”.

³⁶ Con base en la información disponible en los anexos, la Sala entiende que hace referencia al carácter de “pre pensionado”, dado que en el estudio de planta allegado se indica que se dio en el marco de un retén pensional (ver documento digital “ESTUDIO PLANTA MAYO 30 de 2022 RETEN PENSIONAL.xlsx”).

5.2.1. La inexistencia de cosa juzgada

§28. *Rafael* presentó una acción de tutela en 2017 que guarda similitudes importantes con la que hoy su estudia: (i) la accionada era el ICA, (ii) pretendía el reintegro al mismo cargo³⁷, y (iii) alegaba que su condición de padre cabeza de hogar no fue tenida en cuenta al momento de su desvinculación. Sin embargo, la Sala considera que no existe cosa juzgada³⁸.

§29. En el caso bajo estudio no existe identidad fáctica. La Sala encuentra un hecho nuevo que lo diferencia del fallado en 2018 y que impide predicar una identidad fáctica entre ambos procesos: la desvinculación del accionante obedeció a una causal objetiva, que corresponde a la conformación de la lista de elegibles del proceso de selección 1506 de 2020. De allí se deriva la necesidad de un nuevo análisis, en el que se tengan en cuenta las circunstancias del accionante y de la entidad nominadora al momento de la desvinculación y del posible nombramiento.

§30. Tal como se desarrollará con más detalle en las consideraciones del caso (ver §63 *infra*), las medidas especiales de protección para padres cabeza de hogar nombrados en provisionalidad dependen de que (i) acrediten dicha calidad al ser retirados del cargo; (ii) esta persista al momento de su posible reintegro; y (iii) la entidad para la que trabajaban tenga la posibilidad de ofrecerles un puesto equivalente o de retirarlos de último, porque es un asunto que también involucra los derechos adquiridos de las personas nombradas en la carrera administrativa en virtud de un concurso de méritos. Además, la provisionalidad es una situación excepcional y transitoria que no implica un derecho a permanecer indefinidamente en un cargo.

§31. De este modo, las consideraciones que fundamentaron el reintegro en el proceso fallado en 2018 no pueden trasladarse automáticamente al presente caso. En aquella oportunidad la desvinculación fue la consecuencia de un concurso de méritos distinto³⁹ y fue necesario analizar la situación en la que se encontraba *Rafael* para concederle el amparo y si el ICA estaba en capacidad de darle un empleo equivalente. Por lo tanto, aunque hubiera podido acudir al incidente de desacato o a la solicitud de cumplimiento de aquel fallo, el

³⁷ En la Sentencia del 5 de febrero de 2018 de Juzgado Quinto Civil del Circuito de Santa Marta consta que solicitaba su reintegro al cargo de Profesional Universitario Código 2044, grado 10, de la Subgerencia de protección Fronteriza – Grupo Nacional de Cuarentena Vegetal, en la seccional Magdalena (ver documento digital “057AnexoIIAnexosDeLaImpugnacion.pdf”, p. 13).

³⁸ “[L]a figura de la cosa juzgada constitucional imposibilita reabrir un asunto concluido a través de un análisis jurídico agotado en sede judicial, con el objetivo de dotar de seguridad las relaciones jurídico-procesales consolidadas en el marco de nuestro ordenamiento jurídico. Así, frente a la cosa juzgada constitucional, la consecuencia jurídica es la declaración de improcedencia de las acciones de tutela que referidas a un mismo objeto, causa, pretensión y partes, incorporan una controversia que ya ha sido resuelta con anterioridad por otra autoridad judicial y cuya decisión haya cobrado ejecutoria, ya sea porque, en control concreto de constitucionalidad, se ha emitido un fallo en sede de revisión o unificación por parte de la Corte Constitucional, o porque esta última, en ejercicio de su facultad discrecional, ha decidido no seleccionarla para emitir un pronunciamiento”. Sentencia T-144 de 2023. M.P. Diana Fajardo Rivera, f.j. 31. Reitera las sentencias T-583 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-219 de 2018. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-427 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-001 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-661 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁹ El 2014-324. Cfr. documento digital “038Anexo1.pdf”, p. 4.

escenario cambió por el concurso de méritos 1506 de 2020 y se requiere una nueva valoración de las circunstancias que lo rodean por parte del juez de tutela para determinar si el amparo es procedente.

§32. Así mismo, existe otro elemento bajo análisis en esta nueva solicitud, pues el ICA realizó una oferta de un cargo en Buenaventura que a la fecha no se ha materializado, por lo que se trata de un factor que debe ser tenido en cuenta para el estudio de la vulneración de los derechos y el contexto que rodea al accionante en el presente caso. Lo anterior también implica que no existe identidad en las pretensiones, dado que el accionante también planteó la necesidad de su vinculación a uno que guarde cercanía geográfica con el domicilio de su núcleo familiar.

5.2.2. Carencia actual de objeto por hecho superado respecto del derecho de petición⁴⁰

§33. La tutela fue diseñada por la Constitución de 1991 como un procedimiento preferente y sumario al alcance de todas las personas, con el fin de brindar “protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”⁴¹. En ocasiones, sin embargo, la alteración o el desaparecimiento de las circunstancias que dieron origen a la presunta vulneración de los derechos, conlleva a que la acción de amparo pierda su *razón de ser*⁴² como mecanismo extraordinario de protección judicial⁴³. La doctrina constitucional ha agrupado estos casos bajo la categoría de *carencia actual de objeto*; y si bien el concepto central se ha mantenido uniforme, con el devenir de la jurisprudencia se ha venido ajustando su clasificación y las actuaciones que se desprenden para el juez de tutela ante estos escenarios.

§34. El hecho superado responde al sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela⁴⁴, como producto del obrar de la entidad accionada. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna⁴⁵. Es importante precisar que en estos casos le corresponde al juez de tutela constatar que: (i) efectivamente se ha satisfecho *por completo*⁴⁶ lo que se pretendía mediante la acción de

⁴⁰ Las consideraciones generales sobre el fenómeno de carencia actual de objeto siguen lo expuesto en la Sentencia SU-522 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera.

⁴¹ Constitución Política, artículo 86.

⁴² Sentencia SU-655 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁴³ Sentencia T-481 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos. Ver también Sentencia SU-225 de 2013. M.P. (E) Alexei Julio Estrada.

⁴⁴ Sentencia SU-540 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁴⁵ Sentencia T-533 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴⁶ Por ejemplo, en la Sentencia T-009 de 2019 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) aunque la accionada informó que ya había reconocido los periodos cotizados en el exterior, la Corte encontró que el accionante aún no percibía la prestación pensional a la cual tenía derecho, por lo que entró a resolver el asunto de fondo.

tutela⁴⁷; (ii) y que la entidad demandada haya actuado (o cesado en su accionar) *a motu proprio*, es decir, voluntariamente⁴⁸.

§35. La Sala advierte que se configuró un hecho superado sobre el derecho de petición⁴⁹. Aunque no fue oportuna⁵⁰, la respuesta remitida por el ICA el 11 de abril de 2023 es clara, de fondo, suficiente, efectiva y congruente con lo solicitado. La accionada expresó con claridad que negaba el nombramiento en La Guajira, junto con las razones que la motivaron, por lo que le resolvió materialmente la solicitud. En consecuencia, el ICA satisfizo voluntariamente la pretensión tercera⁵¹ del escrito de tutela, porque el derecho de petición no implica el de obtener una respuesta favorable a lo solicitado⁵².

§36. Sin perjuicio de lo anterior, la carencia de objeto respecto del derecho de petición no excluye en sí misma la posible vulneración de otros derechos fundamentales. Por lo tanto, la oferta del cargo en Buenaventura y la posterior inactividad del ICA para materializarla se analizarán en el caso concreto desde la perspectiva de la protección especial de las madres y padres cabeza de hogar nombrados en provisionalidad.

5.3. Análisis del cumplimiento de los requisitos formales de procedencia de la acción de tutela

⁴⁷ Ver, entre otras, sentencias T-533 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-585 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; SU-225 de 2013. M.P. (E) Alexei Julio Estrada.

⁴⁸ “[L]a superación del objeto atiende a la satisfacción espontánea de los derechos alegados en el escrito de tutela, a partir de una decisión voluntaria y jurídicamente consciente del demandado; de forma que nunca se estructurará esta figura procesal en aquellos eventos en los que tal satisfacción ha sido producto del cumplimiento de una orden dispuesta en una instancia judicial previa, pues en ese caso de lo que se trata no es de la superación del hecho vulnerador, sino de su salvaguarda por parte del operador judicial que, en últimas, actuó en ejercicio de la jurisdicción para resolver el conflicto constitucional integrado en la petición de amparo, susceptible de valoración integral por parte la instancia posterior o en sede de revisión, según corresponda”. Sentencia T-216 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera. En un sentido similar, la Sentencia T-403 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido. Aunque en algunos fallos se ha sugerido que el hecho superado puede derivarse del cumplimiento de una providencia judicial dictada en el mismo trámite de tutela o en otro proceso que impacta en la solicitud original (Sentencia SU-124 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), siempre será preferible que la entidad demandada corrija la violación a un derecho fundamental, de forma voluntaria y oportuna, sin tener que esperar para ello a una orden judicial, en tanto el acatamiento de la Constitución y la ley es un deber inmediato y universal para todos los residentes del territorio nacional (Art. 4, C.P.).

⁴⁹ “La respuesta [al derecho de petición] debe ser pronta y oportuna (...) Se ha establecido que debe ser: a) clara: que explique de manera comprensible el sentido y contenido de la respuesta; b) de fondo: que se pronuncie de manera completa y detallada sobre todos los asuntos indicados en la petición, excluyendo referencias evasivas o que no guardan relación con el tema planteado; c) suficiente: porque debe resolver materialmente la petición y satisfacer los requerimientos del solicitante, sin que por ello excluya la posibilidad de que la respuesta sea negativa a las pretensiones del peticionario; d) efectiva, si soluciona el caso que se plantea; y e) congruente: si existe coherencia entre lo respondido y lo pedido”. Sentencia T-051 de 2023. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, f.j. 13, entre varias otras.

⁵⁰ Porque (i) transcurrieron más de quince días hábiles entre la fecha de presentación de la solicitud - el 4 de marzo de 2023- y la respuesta del ICA -el 11 de abril de 2023- y (ii) el accionante tuvo que acudir al juez de tutela para que el ICA se pronunciara.

⁵¹ “Subsidiariamente, que se ordene al Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) a dar respuesta completa, es decir, de fondo, a la solicitud radicada por mi mandante el 4 de marzo de 2023”.

⁵² Cfr. Sentencias T-142 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, f.j. 2.2.3; y T-242 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, f.j. 2.

§37. La Sala advierte que en esta oportunidad se cumplen todos los requisitos de procedencia de la acción de tutela. Los argumentos que sustentan dicha conclusión se exponen a continuación.

§38. La *legitimación en la causa por activa*⁵³ se satisface, dado que el accionante actúa en nombre propio, como titular de los derechos cuya protección se invoca. Sin embargo, aunque es el representante legal de su hija⁵⁴ y puede actuar como agente oficioso de su hijo mayor en condición de discapacidad⁵⁵, el accionante es el único titular de la estabilidad laboral relativa pretendida, y el destinatario del reintegro a la planta de personal del ICA. Por lo tanto, la Sala considera que es quien tiene el interés legítimo para solicitarlo, sin perjuicio de las consecuencias que su desvinculación haya traído para su núcleo familiar. Por lo tanto, aunque hay afectaciones para su mínimo vital, acceso a la seguridad social y dignidad, *Rafael* es el único que tiene la legitimación para reclamar la pretensión principal del presente caso.

§39. También se acredita la *legitimación en la causa por pasiva*⁵⁶, debido a que la violación de los derechos fundamentales del accionante se le atribuye a la conducta del ICA⁵⁷. El accionante cuestiona la decisión de retirarlo del cargo, pese a su condición de padre cabeza de hogar, sin haberlo vinculado a uno equivalente o superior al que tenía. En consecuencia, el ICA tiene la aptitud jurídica para ser vinculado a este proceso y responder a los hechos reclamados.

§40. La Sala estima que la vinculación de la Comisión Nacional del Servicio Civil resulta adecuada, pues es la entidad responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, salvo de los que tienen regímenes especiales exceptuados en la Constitución⁵⁸. Sus facultades incluyen la elaboración de la convocatoria para el concurso y de sus eventuales modificaciones⁵⁹. Por lo tanto, es parte de la discusión que se estudia en este

⁵³ La legitimación por activa “se refiere a la capacidad para actuar en la acción de tutela. Esta es particularmente amplia en la acción de tutela, pues la Constitución la concibe como un derecho fundamental de todas las personas. La acción de tutela puede ser presentada, entre otros, por cualquier persona afectada en sus derechos, en nombre propio o a través de apoderado judicial”. Según los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, este requisito se satisface cuando la acción es ejercida (i) directamente, esto es, por el titular del derecho fundamental que se alega vulnerado; (ii) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos y las personas jurídicas; (iii) mediante apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe tener la condición de abogado titulado, debiendo anexarse a la demanda el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo (en el que debe constar expresamente la facultad de presentar acciones de tutela); (iv) por medio de agente oficioso; o (v) por parte del Defensor del Pueblo y los personeros municipales. Sentencias T-493 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; SU-055 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa y T-073 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera. AV. Alejandro Linares Cantillo.

⁵⁴ El accionante aportó copia del registro civil de nacimiento de su hija, donde se acredita la facultad para representarla que se deriva de su patria potestad (ver documento digital “002Anexo01.pdf”, p. 4).

⁵⁵ Cfr. Sentencia T-586 de 2023. M.P. Diana Fajardo Rivera, f.j. 28. En el trámite se acreditó y manifestó en la acción de tutela que no está en condición de defender sus derechos: tiene una discapacidad mental y cognitiva severa causada por hipoxia cerebral al momento de su nacimiento.

⁵⁶ La legitimación en la causa por pasiva corresponde a “la aptitud legal (...) de ser llamado efectivamente a responder por la vulneración o amenaza [de los derechos fundamentales cuya protección se reclama]”. Sentencia T-1015 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁵⁷ Es decir, se trata de una entidad pública susceptible de ser accionada en sede de tutela conforme al artículo 5 del Decreto 2591 de 1991.

⁵⁸ Cfr. Artículo 130 de la Constitución y sentencias C-172 de 2021. MM.PP. Diana Fajardo Rivera y Jorge Enrique Ibáñez Najjar, f.j. 149; y C-647 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera, f.j. 42-45, entre varias otras.

⁵⁹ Sentencia C-183 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, f.j. 4.5.3.

caso. Por el contrario, los jueces de instancia que le concedieron el reintegro en 2018, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la EPS Sanitas y la Procuraduría no tienen legitimación en la causa por pasiva, al no estar llamadas a responder por los hechos alegados por el accionante.

§41. El requisito de *inmediatez*⁶⁰ se cumple, al haber transcurrido un plazo razonable entre los hechos que dieron origen a la acción de tutela y su presentación ante los Jueces de la República: *Rafael* fue desvinculado el 14 de febrero de 2023 e interpuso la demanda un mes y medio después, el 31 de marzo siguiente.

§42. La Sala considera que la *subsidiariedad*⁶¹ también se supera, dado que el accionante no cuenta con otro mecanismo judicial idóneo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales. Los hechos expuestos en la demanda muestran que está en una situación de vulnerabilidad que lo hace titular de una especial protección constitucional y que habilita la intervención del juez de tutela para pronunciarse sobre lo pretendido: (i) el accionante tiene 62 años y no tiene ninguna fuente de ingresos. Lleva casi un año y medio sin trabajar, y su edad limita la posibilidad de encontrar un nuevo empleo; (ii) es padre cabeza de hogar, por lo que sus dificultades económicas afectan a todo su núcleo familiar; (iii) sus dos hijos tienen condiciones graves de salud y dependen económicamente de él; y (vi) su esposa, quien también tiene problemas de salud, está en incapacidad de trabajar.

§43. Aunque la situación de vulnerabilidad del accionante sería suficiente para darle acceso a la acción de tutela como mecanismo preferente para la protección de los derechos invocados, la Sala también destaca que no cuenta con mecanismos idóneos ni efectivos para su garantía. La mera existencia de un medio de defensa judicial no significa la improcedencia automática o absoluta del amparo constitucional⁶². Por lo tanto, la Sala se referirá a los dos mecanismos que, a primera vista, el accionante podría haber utilizado para obtener lo pretendido.

§44. En principio parecería que el accionante pudo haber acudido a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para cuestionar la resolución que lo separó de su cargo. Sin embargo, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no resulta idónea ni eficaz para el amparo pretendido, tanto por las

⁶⁰ El requisito de *inmediatez* alude a la presentación de la acción de tutela dentro de un término razonable, a partir de la acción u omisión que habría generado la violación de un derecho fundamental. La razonabilidad se debe analizar con base en criterios como “la complejidad del asunto, la diligencia del peticionario en defensa de sus derechos, o el impacto que la intervención del juez de tutela pueda tener en terceros y en la seguridad jurídica”. Sentencia T-452 de 2002. M.P. Diana Fajardo Rivera.

⁶¹ El requisito de *subsidiariedad* implica que la acción de tutela es una vía a la que solamente puede acudir cuando (i) el afectado no cuenta con otro medio de defensa judicial; (ii) cuando, pese a que ese mecanismo existe, no es idóneo o eficaz en las circunstancias del caso concreto; o (iii) cuando se utiliza como recurso transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por lo tanto, no es un medio alternativo, adicional, complementario o facultativo respecto de las demás acciones judiciales ordinarias, sino un procedimiento urgente e inmediato para la protección de los derechos fundamentales. Cfr. Sentencias T-108 de 2024. M.P. Diana Fajardo Rivera, §30; SU-067 de 2022. M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera; f.j. 91; T-332 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera, f.j. 3.1.4; y C-132 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos, f.j. 4.6 y 4.7, entre varias otras.

⁶² Cfr. Sentencias T-253 de 2023. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, f.j. 56; T-443 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera, f.j. 31; T-246 de 2022. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, f.j. 52-53; y SU-691 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo, f.j. 20.

circunstancias de vulnerabilidad del accionante, como por las particularidades de aquel medio de control.

§45. El accionante es una persona de la tercera edad, que está desempleado y es el responsable del sostenimiento de su núcleo familiar, integrado por dos hijos con graves patologías y una esposa en incapacidad de trabajar originada en padecimientos de salud. Por lo tanto, someterlo a un proceso judicial de nulidad y restablecimiento del derecho sería una carga desproporcionada, debido a los costos de asesoría jurídica que debería asumir para la presentación de la demanda y el agotamiento de las distintas etapas del proceso, y el tiempo de espera para obtener una decisión en ambas instancias⁶³. Existe un riesgo de un perjuicio irremediable, porque es un caso que involucra las necesidades básicas e inmediatas del accionante y de quienes dependen económicamente de él. Por lo tanto, la acción de tutela procede como el mecanismo definitivo para el amparo de los derechos.

§46. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho también carece de idoneidad, debido a que la cuestión que se analiza trasciende la órbita del estudio de legalidad del acto administrativo que lo desvinculó⁶⁴. *Rafael* no pretende su anulación, ni alega la existencia de alguna irregularidad en su expedición, motivación ni las finalidades que persigue. Tampoco controvierte el resultado del concurso de méritos. Por el contrario, su reproche tiene un fundamento constitucional: la omisión por parte del ICA de concederle la protección especial que ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Corporación para los padres y madres cabeza de hogar nombrados en provisionalidad⁶⁵. Solicita un cargo equivalente, sin que implique dejar sin efectos la decisión del ICA de separarlo del que antes ocupaba.

§47. En consecuencia, lo pretendido por *Rafael* tiene a la acción de tutela como su escenario natural de discusión. El análisis que podría realizar un juez administrativo en la nulidad y restablecimiento del derecho está delimitado por las causales establecidas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011⁶⁶, por lo que no responde a lo alegado por el accionante, que se centra en un asunto por fuera del acto administrativo que podría cuestionarse por aquel medio de control.

§48. El incidente de desacato y la solicitud de cumplimiento⁶⁷ tampoco son mecanismos idóneos para garantizar los derechos reclamados por el accionante.

⁶³ Cfr. Sentencia T-373 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger, f.j. 3.

⁶⁴ Cfr. Sentencia T-253 de 2023. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, f.j. 55-59; y T-246 de 2022. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, f.j. 55.

⁶⁵ Cfr. Documento digital “01DEMANDA.pdf”, pp. 4-5.

⁶⁶ La nulidad “[p]rocederá cuando [los actos administrativos] hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”.

⁶⁷ Son dos instrumentos procesales para garantizar la efectividad de los fallos que satisfacen el goce pleno de los derechos fundamentales. La jurisprudencia ha sintetizado sus diferencias de la siguiente manera: “(i) la competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se rigen por lo dispuesto en los artículos 27 y 23 del Decreto 2591 de 1991, mientras que la base legal del desacato se encuentra en sus artículos 52 y 27; (ii) el trámite de cumplimiento es obligatorio, en tanto hace parte de la garantía constitucional, mientras que el desacato es incidental, porque se trata de un instrumento disciplinario de creación legal; (iii) la responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva, la exigida para el desacato es subjetiva; (iv) la verificación del cumplimiento es oficiosa -

La protección requerida no es posible a través de ellas, porque se orientarían a hacer efectiva una sentencia proferida en un caso en el que no hay identidad de hechos ni pretensiones⁶⁸ (ver §§28-§32 *supra*). Aunque el accionante hubiera podido hacer uso de dichos instrumentos procesales para oponerse a una eventual desvinculación, en el presente caso media una causal objetiva que lo hace imposible: la realización de un nuevo concurso de méritos, en virtud del que se requiere un nuevo análisis para determinar si el amparo solicitado es procedente.

§49. En consecuencia, las circunstancias que rodean la presente acción de tutela deben ser tenidas en cuenta para el análisis de fondo del caso. Lo pretendido por el accionante, consistente en el trato laboral preferencial que se deriva de la condición de padre cabeza de hogar, (i) no implica un derecho a permanecer de forma indefinida en un cargo provisional y (ii) requiere la demostración de alguna cuestión que implique especial protección constitucional al momento de su desvinculación y en la época del posible nombramiento (ver §63 *infra*). Por lo tanto, hace necesario un pronunciamiento en el que se valore su situación y se determine si se concede o no el amparo solicitado, sin que sea posible pretender el cumplimiento de una decisión previa y que tuvo en cuenta las condiciones del momento en el que fue proferida.

5.4. Problema jurídico y estructura de la decisión

§50. A la Sala le corresponde estudiar el siguiente problema jurídico: ¿el ICA vulneró los derechos a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana de un trabajador padre cabeza de familia, al no haberlo vinculado en un cargo igual o equivalente al que tenía al momento de ser desvinculado en virtud de la lista de elegibles conformada en el proceso de selección, pese a haberle ofrecido una vacante en otro municipio?

§51. Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala (i) se referirá a la importancia de los concursos de méritos para el acceso a empleos públicos; (ii) abordará el tratamiento jurisprudencial de la estabilidad laboral para madres y padres cabezas de familia nombrados en provisionalidad; y, finalmente, (iii) analizará si los derechos fundamentales reclamados fueron vulnerados en el caso concreto⁶⁹.

aunque puede ser impulsada por el interesado o por el Ministerio Público-, mientras que el desacato es a petición de la parte interesada; y (v) el trámite del cumplimiento no es un prerrequisito para el desacato, ni el trámite del desacato es la vía para reclamar el cumplimiento, puesto que son dos mecanismos procesales distintos, ya que puede ocurrir que a través del trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la tutela no cumplida solo tenga como posibilidad el incidente de desacato”. Auto 662 de 2023. M.P. Diana Fajardo Rivera, f.j. 18. Reitera las Sentencias T-254 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-367 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; T-271 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y T-280 de 2017. M.P. (E) José Antonio Cepeda Amarís.

⁶⁸ La sentencia del 20 de mayo de 2018 del Tribunal Superior de Santa Marta, que confirma el amparo concedido el 5 de febrero de 2018 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Santa Marta.

⁶⁹ En ejercicio de sus competencias para delimitar el asunto a resolver, la Sala no abordará el desarrollo jurisprudencial sobre la dignidad humana, la seguridad social y el mínimo vital en las consideraciones. La posición de la Corte sobre la íntima relación entre estos derechos es clara, reiterada y pacífica, y su vulneración se analiza como consecuencia de la omisión de otorgar la protección especial que le corresponde a los padres y madres cabeza de hogar nombrados en provisionalidad en el caso concreto. Por lo tanto, y con el propósito de reducir la extensión de las providencias judiciales para una mejor comprensión, se abordarán solo en el caso concreto.

5.5. Los concursos de méritos para el acceso a empleos públicos

§52. La carrera administrativa basada en el mérito tiene una especial importancia en nuestro sistema, al tratarse de un instrumento para la materialización de las finalidades institucionales y la garantía de derechos fundamentales⁷⁰. Como lo establece el artículo 125 de la Constitución, es el mecanismo general y preferente de acceso a la función pública⁷¹ y para asegurar la selección de servidores cuyas capacidades, experiencia, conocimiento y dedicación permitan atender las finalidades del Estado Social de Derecho.

§53. La carrera promueve la igualdad, la imparcialidad y los principios que orientan la función administrativa, al buscar que las personas mejor calificadas integralmente se vinculen al Estado en igualdad de oportunidades y bajo parámetros objetivos, no discriminatorios, transparentes y claros. Además, permite la participación en el ejercicio del poder público⁷², y establece garantías laborales como la estabilidad y la capacitación profesional⁷³. Esto hace del mérito “el principio transversal y la piedra angular sobre la cual se instituye el servicio público”⁷⁴, y lo erige como una herramienta que busca erradicar el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo⁷⁵.

§54. La jurisprudencia ha reconocido el carácter de principio constitucional de la carrera administrativa basada en el mérito y, como tal, de norma jurídica superior de aplicación inmediata, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional⁷⁶ y “podría acarrear la sustitución de la Constitución”⁷⁷. Es uno de los criterios con los que se construye el Estado Social de Derecho⁷⁸.

§55. Por tal razón, la Corte ha señalado desde sus primeras decisiones que la autoridad nominadora debe respetar el orden en la lista de elegibles que se conforman de acuerdo con los puntajes obtenidos luego de haberse superado las etapas del concurso⁷⁹. Una vez que quedan en firme son inmodificables, y su desconocimiento constituye una flagrante violación de los derechos a la

⁷⁰ Cfr. Sentencias T-443 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera, f.j. 61-63; C-102 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera, f.j. 71-74; C-288 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-250 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-040 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz; y C-356 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz; y C-479 de 1992. MM.PP. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, f.j. 5.

⁷¹ No se aplica a los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción y a los trabajadores oficiales.

⁷² Artículo 70 de la Constitución: Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (...).”

⁷³ Cfr. Sentencia C-102 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera, f.j. 76.

⁷⁴ Sentencia C-102 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera, f.j. 99.

⁷⁵ Cfr. Sentencias C-102 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera, f.j. 73; C-503 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo; SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, f.j. 6.1.1.1.4.

⁷⁶ Cfr. Sentencias C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, f.j. 6.1.1.1.4; y C-563 de 2000. M. P. Fabio Morón Díaz.

⁷⁷ Sentencia C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, f.j. 6.1.1.3.

⁷⁸ Cfr. Sentencia C-102 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera, f.j. 73.

⁷⁹ Cfr. Sentencia T-443 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera, f.j. 67-68. Reitera las Sentencias SU-133 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-086 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-961 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-102 de 2001. M.P. Fabio Morón; y T-156 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a cargos públicos de quienes hayan ocupado los primeros lugares en el concurso.

§56. Aunque la carrera administrativa debe ser siempre la regla general para el acceso a cargos en el Estado⁸⁰, se ha admitido la validez de los nombramientos provisionales de personas que no han superado concursos de méritos en eventos excepcionales, con el propósito de que las entidades públicas garanticen la continuidad en la prestación del servicio⁸¹. Sin embargo, no se puede desnaturalizar su carácter transitorio, y su duración está condicionada a la selección de funcionarios a través de la evaluación de sus méritos en un concurso público. Sus implicaciones en la estabilidad laboral de dichos funcionarios se analizan a continuación.

5.6. La estabilidad laboral relativa de los servidores nombrados en provisionalidad

§57. La estabilidad laboral es un principio mínimo de las relaciones de trabajo previsto en el artículo 53 de la Constitución, que corresponde al derecho de los trabajadores a permanecer en sus empleos, salvo que exista una justa causa para su desvinculación⁸². En armonía con los principios de igualdad, prohibición de la discriminación, solidaridad e integración social, la jurisprudencia de esta corporación desarrolló el derecho a la estabilidad laboral reforzada, que se concreta en la adopción de medidas especiales de protección para personas en situación de vulnerabilidad⁸³. El grado de estabilidad laboral que se le confiere a los funcionarios públicos varía según la forma de vinculación⁸⁴.

§58. Quienes acceden a un cargo en virtud de un concurso público de méritos tienen el mayor nivel de protección: una estabilidad *reforzada*, que implica que el retiro sólo se podrá hacer por una por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. Su propósito es garantizar que las razones ajenas al servicio puedan determinar el nombramiento, ascenso o remoción de las personas que ocupan dichos cargos⁸⁵. La superación del concurso implica un derecho adquirido sobre el cargo al que están vinculados, y esto impide que sean retirados a partir de criterios meramente discrecionales.

⁸⁰ Sentencia C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, f.j. 6.1.1.1.2.

⁸¹ Sentencia C-102 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera

⁸² Cfr. Sentencia T-443 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera, f.j. 72.

⁸³ “La Corte ha protegido a diversos grupos de trabajadores que se encuentran en circunstancias específicas como las mujeres embarazadas, las madres cabeza de familia, los trabajadores en situación de discapacidad o de debilidad manifiesta por razones de salud, personas próximas a pensionarse, empleados con fuero sindical, entre otros. Se pueden consultar las sentencias C-200 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y SU-380 de 2021. M.P. Diana Fajardo Rivera. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre muchas otras.”. *Ibid.*, pie de página 75.

⁸⁴ Cfr. Sentencias T-443 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera, f.j. 74; T-063 de 2022. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-464 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; T-373 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; SU-556 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; SU-446 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y T-245 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸⁵ Sentencia SU-556 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, f.j. 3.5.3.

§59. Los cargos de libre nombramiento y remoción no gozan de dicha protección⁸⁶. Son servidores cuya vinculación y retiro depende de la discrecionalidad del nominador y de un asunto que no es posible medir de manera objetiva: la confianza que este deposita en ellos.

§60. Los servidores nombrados en provisionalidad tienen una protección intermedia: gozan de una estabilidad relativa, en virtud de la cual solo pueden ser desvinculados por causales legales, como la calificación de desempeño para esta modalidad de servidores, la comisión de faltas disciplinarias, la cesación de la situación que generó la vacancia o la provisión del cargo en propiedad por concurso de méritos.

§61. Es decir, los servidores nombrados mediante un concurso público de méritos tienen un mejor derecho, por lo que la terminación del vínculo en provisionalidad como consecuencia de aquella forma de provisión de empleos no desconoce los derechos de quienes acceden al cargo de forma transitoria⁸⁷. En dichas circunstancias solo hay una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso y al principio de publicidad: el acto administrativo que los retira del cargo debe estar motivado y contener las razones de la decisión⁸⁸.

§62. Sin perjuicio de esto, la Corte ha reconocido un trato preferencial para sujetos de especial protección constitucional que ocupan un cargo en provisionalidad, como las madres y padres cabeza de familia⁸⁹, las personas próximas a pensionarse, o a quienes estén en una situación de discapacidad o debilidad manifiesta por causa de una enfermedad⁹⁰.

§63. A continuación, se sintetizan las reglas jurisprudenciales que se han establecido para armonizar la importancia que nuestro sistema constitucional le atribuye a la carrera administrativa basada en el mérito, los derechos de los funcionarios que acceden al empleo público por esta vía, y el mandato constitucional de adoptar medidas especiales de protección para los nombrados en provisionalidad que están en una especial situación de vulnerabilidad⁹¹:

- (i) El mérito es el criterio que prevalece para la asignación de empleos en la carrera administrativa.

⁸⁶ Cfr. Sentencias SU-003 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido; f.j. 43; y SU-556 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, f.j. 3.5.3.

⁸⁷ Cfr. Sentencias T-443 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera, f.j. 75; T-342 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger, f.j. 7.2-7.4; SU-691 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo; SU-446 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸⁸ Cfr. Sentencias T-443 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera, f.j. 75; C-102 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera, f.j. 107-109; T-464 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; T-373 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; y SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre varias otras.

⁸⁹ Ver §§64-66 *infra*.

⁹⁰ Cfr. Sentencias T-063 de 2022. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-342 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger, f.j. 8.1; T-464 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; SU-691 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo T-373 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; C-640 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa; y SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹¹ Cfr. Sentencias T-443 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera, f.j. 77; T-063 de 2022. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-342 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger, f.j. 8.1-8.2 y 8.5; T-464 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; SU-691 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-373 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; C-640 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa; y SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

- (ii) El trato preferencial no implica un derecho a permanecer de forma indefinida en un cargo provisional. Su vinculación se prolonga hasta que los cargos sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional.
- (iii) La entidad nominadora debe adoptar medidas afirmativas para los sujetos de especial protección constitucional, consistentes en (a) que sean los últimos en ser removidos de sus cargos; (b) y, en lo posible, vincularlos de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando.
- (iv) La vinculación provisional en un nuevo cargo vacante requiere que se demuestre alguna circunstancia que implique especial protección constitucional al momento de su desvinculación y en la época del posible nombramiento.
- (v) Si la vinculación a un nuevo cargo vacante no es posible por la existencia de una persona con mejor derecho al haber ganado un concurso público, la entidad nominadora debe hacer el nombramiento si se abren vacantes en el futuro⁹².

5.7. Los requisitos jurisprudenciales para ser considerado madre o padre cabeza de hogar⁹³

§64. Aunque el artículo 43 de la Constitución reconoce la igualdad de derechos y oportunidades entre las mujeres y los hombres, también establece una protección especial para la mujer cabeza de familia. Los desarrollos legislativos⁹⁴ le atribuyen esta calidad a quienes de forma permanente tienen a su cargo, económica o socialmente, hijos menores u otras personas en incapacidad de trabajar, y no tienen otra forma de generar ingresos. Esta situación se da sin importar si la mujer es soltera o casada, ante la ausencia o incapacidad del cónyuge o compañero permanente para asumir dicho rol, o por la deficiencia sustancial de ayuda por parte de los demás miembros del núcleo familiar. Por lo tanto, el solo hecho de que la dirección del hogar esté a cargo de una mujer no la hace *cabeza de familia*⁹⁵, sino que dicha calidad se deriva de las obligaciones y responsabilidades de cuidado asumidas en una situación de falta de alternativas económicas.

§65. La Corte ha resaltado que la protección de la mujer cabeza de familia se diferencia de las acciones afirmativas reconocidas en el artículo 13 de la Constitución a las mujeres en general. Es una garantía relacionada con el amparo de los hijos menores de edad o de las personas en situación de discapacidad, y que busca el beneficio de toda la familia y no de uno de sus

⁹² Cfr. Sentencia T-342 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger, f.j. 8.5. La Corte resaltó que “[e]n la sentencia T-464 de 2019, la Sala Quinta de Revisión estudió el caso de una mujer nombrada en provisionalidad en el ICBF, quien fue desvinculada debido al nombramiento de la persona que ganó el concurso de méritos, cuando se encontraba enferma y estaba en curso una incapacidad médica. En esa oportunidad se determinó que no era posible ordenar el reintegro de la actora, pues ello vulneraría derechos de la persona que ganó el concurso; sin embargo, consideró que en el evento de que hubiese vacantes disponibles en el momento de notificación de la providencia o en el caso de vacantes futuras en provisionalidad, el ICBF debía nombrar a la actora en un cargo igual o equivalente al que ocupaba antes de su retiro”.

⁹³ Cfr. Sentencia T-003 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger, f.j. 5.

⁹⁴ Por ejemplo, el art. 2 de la Ley 82 de 1993 y el art. 12 de la Ley 790 de 2002.

⁹⁵ Cfr. Sentencia SU-388 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

miembros en particular⁹⁶. Por lo tanto, también su titularidad se reconoció respecto de los hombres que asumen el rol de cabeza de hogar⁹⁷.

§66. De acuerdo con lo señalado, a continuación se reiteran los requisitos jurisprudenciales para que una persona pueda ser considerada madre o padre cabeza de hogar, en el marco de la protección especial que se les concede cuando están vinculados en provisionalidad⁹⁸:

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

6. Análisis del caso concreto

§67. La Sala considera que el accionante tiene derecho a ser reintegrado a un cargo equivalente al que desempeñaba al momento de su desvinculación, porque (i) tiene la calidad de padre cabeza de hogar y (ii) cumple con los requisitos para obtener la protección especial que se le otorga a quienes ocupan cargos provisionales. Después de este análisis, (iii) se expondrán los remedios que se adoptan.

6.1. El accionante tiene la calidad de padre cabeza de hogar

§68. Durante el trámite de la acción de tutela quedó demostrado que *Rafael* era el único integrante de su núcleo familiar que tenía un empleo remunerado, y que su hogar dependía económicamente de él. Su hija *Ana* es menor de edad y nació con problemas renales graves, que han implicado diálisis, un trasplante, y distintos viajes a Medellín para su tratamiento por especialistas. Su hijo *Felipe* sufrió hipoxia cerebral al nacer, y esto le dejó secuelas motoras y cognitivas⁹⁹. Es evidente que están en situación de vulnerabilidad, que necesitan un acompañamiento cotidiano, y que sus cuidados implican un esfuerzo importante de tiempo y recursos, que no puede adelantar la esposa del accionante.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Cfr. Sentencias T-003 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger, f.j. 5.15.2; SU-446 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SU-388 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-044 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería; y C-1039 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, entre otras. Vale la pena resaltar que la sentencia C-1039 de 2003 se pronunció sobre la constitucionalidad del art. 12 de la Ley 790 de 2002, que solo reconoce una protección especial expresamente para las madres cabeza de familia. La Corte declaró su exequibilidad condicionada y le extendió el beneficio a los padres, no porque supusiera una discriminación directa o indirecta contra los hombres, sino porque el propósito de la norma era la protección de los niños y de la familia como institución.

⁹⁸ Cfr. Sentencias T-003 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger, f.j. 5.5; SU-691 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo; y SU-388 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹⁹ Según su historia clínica, quedó con trastornos del lenguaje, déficit cognitivo y retraso mental (ver documento digital "002Anexo01.pdf", p. 91).

§69. La Sala toma en consideración lo manifestado por el accionante durante el trámite de la tutela, donde se indicó que los quebrantos de salud de su esposa le han impedido hacerse cargo del cuidado de sus hijos¹⁰⁰, pese a que tuvo que dedicarse principalmente a esta actividad desde el nacimiento de *Ana*. En el expediente consta que también ha requerido atención médica y que ha sufrido dolores, edemas y entumecimiento de sus extremidades¹⁰¹. Es razonable que esto implicara mayor tiempo del accionante para cuidar a la familia, además de las labores remuneradas que adelantaba y con las que proveía lo necesario, atendiendo que esas múltiples afectaciones de salud del grupo familiar implican mayores gastos económicos. De allí se puede colegir la existencia de responsabilidades compartidas frente al cuidado de sus hijos, que se hicieron más pesadas para el accionante cuando su esposa enfermó.

§70. También debe tenerse en cuenta que la esposa, *Patricia*, tiene 55 años y que no trabaja desde que nació *Ana*, en 2007. Es decir, existe un *motivo verdaderamente poderoso*¹⁰² que le impide a *Patricia* asumir la manutención de quienes integran su hogar: el cumplimiento de sus obligaciones como madre dada la situación de vulnerabilidad por la salud del entorno familiar y de ella misma.

§71. El accionante, en consecuencia, tiene el carácter de padre cabeza de hogar por ser el responsable *solitario* del sostenimiento de su núcleo familiar. Él era quien asumía las cargas económicas para la subsistencia de tres personas sin la capacidad de realizar una actividad remunerada, al punto que tuvo que retirar sus ahorros pensionales y obtener préstamos para la satisfacción de sus necesidades básicas y las atenciones médicas que requieren sus hijos. Los elementos de este caso evidencian el carácter dinámico de la familia y de cómo calificar al cabeza de hogar y dan cuenta de la importancia e interdependencia de las responsabilidades que ambos asumieron, el impacto que tienen el bienestar de todos, y la especial protección constitucional a la que tienen derecho.

§72. Aunque *Rafael* manifestó durante el trámite de revisión que ha recibido apoyo económico de su familia para poder sobrevivir¹⁰³, son sumas que no son suficientes para asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas y de los cuidados requeridos por la situación de salud de sus hijos. Aclaró que más del 80% de los recursos que ha obtenido desde que quedó desempleado han provenido de préstamos con personas naturales. Por lo tanto, no cambia el hecho de que el accionante es quien carga con la responsabilidad solitaria de mantener a su núcleo familiar, en incapacidad de trabajar. Por lo tanto, resulta claro que

¹⁰⁰ En los documentos aportados por el accionante consta que en mayo de 2022 le encontraron en una ecografía miomatosis uterina intramural y subserosa, y cérvix con quiste de Naboth. Durante abril de 2024 se le ordenó la realización de dos ecografías Doppler de vasos venosos de miembros inferiores, un electrocardiograma, valoraciones por urología y gastroenterología. Se aporta una epicrisis de urgencias, del mismo mes, en la que fue atendida por dolor, edema y entumecimiento de una pierna, y donde se resalta que en su familia hay antecedentes de trombosis. Ver documento digital “MATERIAL PROBATORIO SOLICITADO POR LA MAGISTRADA DIANA FAJARDO RIVERA, EXPEDIENTE T-10.027”, pp. 17-24.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 21.

¹⁰² Para utilizar la misma terminología que la Corte al referirse a los requisitos para considerar que una persona es cabeza de hogar (ver §66(iii) *supra*).

¹⁰³ Ver §20 *supra*.

no pueden depender de los demás miembros de su familia para que sufraguen los gastos de su vida cotidiana.

§73. Finalmente, debe resaltarse que dicha calidad de padre cabeza de hogar no es objeto de discusión. La entidad demandada lo reconoce en este expediente, y ya existe un proceso judicial anterior en el que se llegó a la misma conclusión, y se tomó en consideración la situación del núcleo familiar de *Rafael* y el rol que tuvo asumir para asegurar la subsistencia de sus integrantes. La Sala no encuentra elementos de juicio que la lleven a establecer lo contrario.

6.2. Los derechos del accionante deben ser amparados

§74. La Sala concluye que el ICA vulneró la estabilidad laboral relativa¹⁰⁴ y afectó el mínimo vital, la seguridad social y la dignidad humana del accionante. Sin embargo, el impacto en sus derechos fundamentales no se deriva de la decisión de separarlo de su cargo. La conformación de la lista de elegibles del proceso de selección 1506 de 2020 es una razón objetiva y suficiente para desvincular a *Rafael*. El ICA respetó el mejor derecho que tienen quienes ocuparon los primeros puestos en el concurso de méritos frente a los nombrados en provisionalidad y expidió un acto debidamente motivado en el que se exponen con claridad las razones que lo justifican. El reproche constitucional se origina en la falta de medidas de protección adecuadas para un padre cabeza de hogar.

§75. El accionante fue separado de su empleo sin que se evidenciara ninguna actividad orientada (i) a que fuera de los últimos en ser removido de su cargo, pese a que su situación familiar era plenamente conocida por el ICA, ni (ii) para vincularlo en uno equivalente o de superior jerarquía al que ocupaba. Si bien es cierto que el ICA realizó un estudio de personal y le ofreció un puesto en Buenaventura, dichas gestiones no fueron el resultado de una labor diligente y consciente de las circunstancias particulares del accionante, ni parecen haber tenido el propósito real de materializarse. El tutelante pidió en julio y septiembre de 2022 y en enero de 2023 la aplicación de acciones afirmativas para garantizar la continuidad en su trabajo. Sin embargo, solo obtuvo respuesta en marzo de 2023, tras presentar una acción de tutela por violación del derecho de petición en relación con dichas solicitudes¹⁰⁵.

§76. Aunque en dicha oportunidad el ICA reconoció su calidad de padre cabeza de hogar, no hizo nada para materializar el nombramiento en el cargo que le había ofrecido¹⁰⁶. El accionante lleva casi un año y medio sin trabajar, y sin que el ICA se pronuncie sobre el puesto que había ofertado al accionante y que este había aceptado incluso en un lugar distante de su núcleo familiar, como

¹⁰⁴ Aunque el accionante solicitó la protección de su “estabilidad laboral reforzada” en el escrito de tutela, debe precisarse que, al haber ocupado un cargo en provisionalidad, no resulta aplicable (ver §§60-62 *supra*).

¹⁰⁵ Durante el trámite, el ICA le ofreció el cargo en Buenaventura, por lo que el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta declaró la carencia de objeto por hecho superado el 13 de marzo de 2023 al considerar que era una respuesta de fondo. Ver documento digital “037RespuetaFalloTutelaJuzgadoCuartoLaboral.pdf”.

¹⁰⁶ La Sala considera que la oferta de un cargo en Buenaventura es una respuesta de fondo a su derecho de petición, por lo que no se considera vulnerada esta garantía constitucional. Sin embargo, las omisiones posteriores del ICA para materializar su nombramiento son violatorias de sus derechos, pero se analizan desde la estabilidad laboral relativa a la que tiene derecho el accionante.

lo es Buenaventura, para poder satisfacer las necesidades de su esposa e hijos¹⁰⁷. A esto se le suma que el ICA tampoco tiene información sobre cuáles de sus funcionarios son madres o padres cabeza de hogar, lo que pone en duda que haya cumplido con su deber de adoptar acciones afirmativas adecuadas para los sujetos de especial protección constitucional en cargos provisionales¹⁰⁸. Todas estas circunstancias analizadas en conjunto muestran que el ICA incumplió su deber de darle estabilidad laboral relativa a un padre cabeza de hogar.

§77. Dicha omisión de se tradujo en la vulneración del mínimo vital de una familia, pues perdieron su única fuente de ingresos, y ninguno de sus otros miembros está en capacidad de trabajar. Su desprotección por parte del ICA puso en riesgo su derecho a la seguridad social, porque a sus 62 años tuvo que retirar la totalidad de sus ahorros pensionales para atender las necesidades básicas de su hogar¹⁰⁹; y el de sus hijos, que pueden perder su acceso a los cuidados médicos que requieren si *Rafael* deja de realizar los aportes a salud para mantenerlos afiliados. Todo esto implica una afectación de su dignidad, debido a que están en una condición en la que cada vez les es más difícil la satisfacción de sus necesidades básicas, con un riesgo de que se torne imposible.

§78. En consecuencia, y a diferencia de lo concluido por el juez de primera instancia, el hecho de que esté afiliado al régimen contributivo no puede interpretarse como una prueba de que cuenta con medios económicos suficientes para su subsistencia. Es, por el contrario, una muestra de los esfuerzos que ha tenido que hacer para que su familia pueda tener una vida digna, y para que sus hijos reciban todas las atenciones médicas que requieren, pese a su ausencia de ingresos¹¹⁰.

§79. Todo lo anterior deja claro que se deben adoptar medidas para garantizar los derechos del accionante. Sin embargo, existe una tensión constitucional con la carrera administrativa basada en el mérito, donde los concursos públicos deben ser la regla general de vinculación y los cargos en provisionalidad deben tener un carácter excepcional. La Sala armonizará ambas perspectivas en los remedios ordenados en esta decisión.

6.3. Remedios que se adoptan

¹⁰⁷ Aunque inicialmente manifestó la dificultad de tomar el cargo por la distancia que impondría entre él y su familia, el 4 de marzo reiteró su solicitud de un cargo en La Guajira. El ICA le ratificó que la oferta seguía en pie (ver documento digital “009Anexo1RespuestaICA.pdf”). *Rafael* indica que el 21 de abril siguiente aceptó la opción de irse a trabajar a Buenaventura, para poder atender las necesidades de su hogar, pero no obtuvo ninguna respuesta.

¹⁰⁸ En el estudio de planta aportado (documento digital “ESTUDIO PLANTA MAYO 30 de 2022 RETEN PENSIONAL.xlsx”) tampoco parece haberse tenido en cuenta esta información. En ninguna de sus celdas se hace referencia a la calidad de padre o madre cabeza de hogar, y el nombre de las distintas hojas da a entender que solamente se consideró si se trataba de prepensionados (dado que lo identifican como “retén pensional”). En su oficio de respuesta el ICA no da mayores explicaciones del contenido de las tablas, y se limita, en el punto 7, a decir que sí lo tuvo en cuenta al ofrecer el cargo en Buenaventura.

¹⁰⁹ Ver documento digital “MATERIAL PROBATORIO SOLICITADO POR LA MAGISTRADA DIANA FAJARDO RIVERA, EXPEDIENTE T-10.027”, pp. 1, 3 y 6.

¹¹⁰ El accionante indicó en el trámite de revisión que está desempleado desde que fue desvinculado del ICA, por lo que no recibe ningún ingreso. Informó que tuvo que retirar su aporte individual a pensiones y obtener préstamos para poder atender las necesidades de su familia, como los pagos al sistema de salud para que sus hijos no queden desprotegidos.

§80. En el expediente está acreditado (i) que el accionante y su núcleo familiar estaban en circunstancias que implicaban una especial protección constitucional en la época de su desvinculación, y que han perdurado hasta la fecha; (ii) que el ICA no realizó acciones afirmativas adecuadas para la garantía de sus derechos; y (iii) que en la actualidad hay 74 vacantes definitivas en cargos equivalentes y superiores que coinciden con el perfil del accionante. Por lo tanto, la Sala revocará la decisión de segunda instancia, y ordenará el reintegro del accionante a un cargo equivalente al que tenía. Deberá ser vinculado al que guarde la mayor cercanía geográfica con su domicilio¹¹¹, para que no se rompa la unidad familiar¹¹² y para facilitar las labores de cuidado a su cargo.

§81. Dado que la estabilidad laboral relativa que se le reconoce no implica un derecho a permanecer de forma indefinida en provisionalidad, su vinculación se prolongará hasta que el cargo sea provisto en propiedad mediante concurso de méritos, o se cumplan los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional para su retiro. Así mismo, y con el propósito de no desnaturalizar el carácter transitorio y excepcional de los cargos en provisionalidad, su nombramiento no podrá superar más tiempo del que requeriría para el cumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión de vejez.

§82. La Sala también encuentra necesario dictar órdenes para que la entidad introduzca mecanismos de protección adecuados en relación con las madres y padres cabeza de hogar. En el expediente se acreditó que el ICA (i) no tiene información sobre cuáles de sus funcionarios están en situación de vulnerabilidad y requieren una especial protección¹¹³ y (ii) no cuenta con una política que garantice los derechos de las madres y padres cabeza de hogar que ocupan cargos en provisionalidad¹¹⁴.

§83. En consecuencia, (i) le ordenará al ICA a que mantenga actualizados los datos sociodemográficos de todos sus funcionarios, con el propósito de identificar quienes son titulares de especial protección constitucional; (ii) le

¹¹¹ Según se resalta en la hoja “Punto 3 (74)” del documento digital “ANEXO PUNTOS 2-3-4-5 (2).xlsx”, hay vacantes en Santa Marta, donde el accionante vive con su familia, y en lugares cercanos, como en los departamentos de Magdalena, Córdoba, Cesar, La Guajira, Atlántico y Sucre.

¹¹² El accionante no aceptó inicialmente su nombramiento en Buenaventura porque le implicaría separarse de su núcleo familiar, y para no poner en riesgo la salud física, mental y emocional de sus hijos (ver §8 *supra*). Manifestó que *Ana* había mostrado síntomas depresivos ante la posibilidad de verse separada de él (ver pie de página 15). Para la Corte claro que el envío de *Rafael* a varios kilómetros de distancia del lugar donde convive con su núcleo familiar puede generarles efectos adversos a todos sus integrantes. Implicaría, en primer lugar, una carga mucho mayor para su esposa, que tiene 55 años y está afectada en su salud, dado que le correspondería la responsabilidad exclusiva de cuidar a dos hijos enfermos y atender sus distintas necesidades. Además, es evidente que la separación geográfica puede causar impactos emocionales fuertes al romperse la unidad familiar. Por tal razón, la posición más garantista y coherente con la jurisprudencia de esta Corporación es que se privilegie su nombramiento en un lugar cercano, en atención a las vacantes informadas por el ICA (que incluso están en el mismo municipio en el que vive).

¹¹³ En su respuesta durante el trámite de revisión, el ICA indicó que iba a realizar una encuesta sociodemográfica con dicho propósito en junio de este año. Esta es una información relevante y necesaria para la garantía de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, por lo que resulta necesario mantenerla actualizada.

¹¹⁴ Un instrumento de esta naturaleza permitiría establecer criterios para asegurar un enfoque más garantista frente a los sujetos vulnerables vinculados en provisionalidad, donde se prevean medidas como, por ejemplo, el deber de recolectar y actualizar periódicamente la información sociodemográfica de su planta de personal para identificar a los titulares de especial protección constitucional, y el privilegio que se le debe dar a la vinculación, en caso de ser posible, a cargos que guarden cercanía geográfica con el domicilio de su núcleo familiar.

advertirá al ICA que deberá adoptar acciones afirmativas adecuadas, con conocimiento público, para garantizar los derechos de sujetos de especial protección constitucional como madres y padres cabeza de hogar de acuerdo con lo dispuesto en la presente decisión; y (iii) le ordenará al ICA que implemente una política para la protección de los padres y madres cabeza de hogar nombrados en provisionalidad en los procesos de vinculación y de desvinculación de personal, de acuerdo con los estándares constitucionales aplicables. Para este propósito, contará con el apoyo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en su calidad responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos.

7. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR PARCIALMENTE la Sentencia proferida el 6 de septiembre de 2023 por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Santa Marta, que declaró la improcedencia de la vinculación a un cargo igual o equivalente y, en su lugar, (i) **AMPARAR** los derechos a la estabilidad laboral relativa, al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana de *Rafael*; y (ii) **CONFIRMAR** la carencia actual de objeto por hecho superado respecto del derecho de petición.

SEGUNDO. ORDENAR al Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) que vincule a *Rafael* en un cargo provisional equivalente al que ejercía, dentro de las vacantes definitivas reportadas en el trámite de revisión, y en la sede que guarde la mayor cercanía geográfica con su domicilio actual en la ciudad de Santa Marta. **ADVERTIR** que la vinculación se prolongará hasta que el cargo sea provisto en propiedad mediante concurso de méritos, o se cumplan los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional para su retiro del cargo; y que su nombramiento en provisionalidad no podrá superar más tiempo del que requeriría para el cumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión de vejez.

TERCERO. ORDENAR al Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) que mantenga actualizados los datos sociodemográficos de todos sus funcionarios, con el propósito de identificar quienes son titulares de especial protección constitucional.

CUARTO. ADVERTIR al Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en conductas como la que motivaron la presente sentencia, y que en adelante todas sus actividades de vinculación y desvinculación en cargos provisionales de sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de hogar, deben cumplir con los estándares constitucionales aplicables, que se desarrollan en las consideraciones de esta providencia.

QUINTO. ORDENAR al Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) que, dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta sentencia, implemente una política para la protección de los padres y madres cabeza de

hogar nombrados en provisionalidad en sus procesos de vinculación y de desvinculación de personal, de acuerdo con los estándares constitucionales aplicables.

SEXTO. ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil que, en su calidad de responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, preste todo el apoyo requerido por el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) en la elaboración de la política dispuesta en el resolutivo Quinto de esta providencia.

SÉPTIMO. LIBRAR las comunicaciones –por la secretaría general de la Corte Constitucional–, así como **DISPONER** las notificaciones a las partes –a través del juez de tutela de instancia–, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE
Magistrado

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ
Secretaria General