

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA  
SALA ÚNICA DECISIÓN



Magistrada Ponente:  
**LAURA JULIANA TAFURT RICO**

|                  |                                           |
|------------------|-------------------------------------------|
| PROCESO          | ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA     |
| SENTENCIA        | GENERAL N° 157 – SEGUNDA INSTANCIA N° 117 |
| ACCIONANTE       | LILIA ALEJANDRA BEDOYA DURÁN              |
| ACCIONADO        | ICBF                                      |
| RADICADO         | 81-001-31-04-002-2023-00151-01            |
| RADICADO INTERNO | 2023-00415                                |

Aprobado por Acta de Sala **No. 633**

Arauca (Arauca), treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

**I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Procede la Sala a resolver la *impugnación* interpuesta por el apoderado de la accionante **LILIA ALEJANDRA BEDOYA DURÁN, quien actúa en nombre propio y en representación de sus menores hijos A.S.A.B., I.R.M.B. y M.S.P.B.,** frente al fallo proferido el 19 de septiembre de 2023 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Arauca, dentro de la acción de tutela que instauró contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF).**

**II. ANTECEDENTES**

**2.1. La tutela en lo relevante<sup>1</sup>**

Refirió el apoderado de la accionante que mediante Resolución No. 8744 de 12 de noviembre de 2021 el ICBF nombró en provisionalidad a la

<sup>1</sup> 01PrimeraInstancia. 005EscritoTutela.

señora Lilia Alejandra Bedoya Durán para ejercer el cargo de profesional universitario código 2044, grado 07, perfil trabajo social en la regional Arauca, a partir del 4 de enero de 2022.

Señaló que en noviembre de 2022 Bedoya Durán quedó en estado de embarazo lo cual fue informado el 12 de mayo de 2023 a la líder del Grupo Administrativo – Regional Arauca, a través de correo remitido a la dirección electrónica [Yaquelin.Melgarejo@icbf.gov.co](mailto:Yaquelin.Melgarejo@icbf.gov.co).

El 29 de junio de 2023, el Director Técnico de la Dirección de Gestión Humana del ICBF envió un correo electrónico a la accionante con copia al Director Regional de Arauca, mediante el cual le informó sobre la terminación de su nombramiento provisional por Resolución No. 4016 de 2023 a partir del 10 de agosto de 2023, ante la provisión en carrera con la persona de la lista de elegibles.

El 30 de junio de 2023, el director de la Regional Arauca del ICBF comunicó al Director Técnico de la Dirección de Gestión Humana del ICBF que *«teniendo en cuenta el correo que antecede, donde se notifica la terminación del nombramiento provisional de la servidora pública LILIA ALEJANDRA BEDOYA DURAN, me permito comunicar que dicha funcionaria goza de estabilidad laboral reforzada derivada de su ESTADO DE GESTACIÓN (soporte adjunto). Lo anterior, con el ánimo de no menoscabar la estabilidad laboral y verificar si existe margen de maniobra que permita garantizar la continuidad en el empleo y garantías constitucionales, máxime su estado de gravidez»*.

El 3 de julio de 2023, la accionante pidió al ICBF se le garantizara el derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada derivada del fuero de maternidad como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico y como garantía de los derechos del recién nacido y el 4 de agosto de 2023, informó que la fecha del parto por cesaría se había fijado para el 9 de agosto de 2023, lo que en efecto ocurrió, expidiéndose incapacidad médica por un lapso de 126 días desde el 9 de agosto hasta el 12 de diciembre de 2023.

El 9 de agosto de 2023, la señor Bedoya Durán recibió un correo del ICBF por el cual le indicaron que *«en el caso concreto, las listas de elegibles resultados de la convocatoria 2149 de 2.021, son en efecto una causal objetiva de la terminación de la vinculación y por ende del retiro de los servidores vinculados mediante nombramiento provisional (...) en razón a que la cantidad de elegibles supera el número de vacantes ofertadas, la entidad se encuentra en imposibilidad de garantizar su continuidad en el empleo en tanto no cuenta con margen de maniobra para proceder de conformidad con las pautas señaladas por la jurisprudencia en las situaciones de especial protección antes mencionadas, requisito sine qua non para dar aplicación a lo señalado parágrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2»*, y que en todo caso *«para las mujeres en estado de gestación, se harán los respectivos aportes a salud con el fin de que pueda ser reconocida la licencia de maternidad»*.

El 10 de agosto de 2023, la profesional universitario del Grupo Financiero y Grupo Administrativo y Gestión Humana ICBF Sede Regional Arauca, mediante correo electrónico puso en conocimiento de Bedoya Durán respuesta a la garantía de estabilidad laboral reforzada, en los siguientes términos: *«revisados los registros de la entidad se evidencia que a la señora Lilia Alejandra Bedoya Duran, le han sido realizado los pagos de aportes a seguridad social en salud durante su embarazo. Motivo por el cual se le ha garantizado su licencia de maternidad. Así las cosas, su terminación de provisionalidad será a partir del 10 de agosto de 2023»*.

Reprocha que en el ICBF Regional Arauca existen cuatro cargos del perfil trabajo social con la nomenclatura Profesional Universitario Código 2044 Grado 07, no obstante, el primer cargo en ser provisto con la lista de elegibles fue el de ella, vulnerando con ello la regla establecida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que reza: *«Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada (Sentencia SU-070 de 2013)»*.

Indicó que no ha podido hacer entrega del cargo debido al estado de incapacidad médica en el que se encuentra por la cesaría que le practicada; sin embargo, ha recibido constantes llamadas para ello *«al punto de*

*amenazar con iniciarle proceso disciplinario si no se dirige a las instalaciones del ICBF Regional Arauca para la entrega formal del cargo, siendo ello desproporcionado desconociendo su actual estado de lactancia e incapacidad».*

Expuso que de dicho trabajo derivaba los ingresos para su subsistencia y la de sus tres hijos y si bien es cierto convive con el padre de su hija recién nacida, también lo es que la responsabilidad de éste no da alcance para sus otros dos hijos, debiendo como cabeza de familia generar los ingresos necesarios para sus necesidades básicas.

Con base en lo anterior, pidió la protección de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada derivada del fuero de maternidad, dignidad humana, salud, mínimo vital y *derecho de los niños* y, en consecuencia:

(i) *«(...) se suspendan los efectos del artículo cuarto y parágrafo de la Resolución N°. 4016 del 12 de mayo de 2.023, proferida por la Secretaria General del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Cecilia de la Fuente de Lleras –ICBF- Dirección General, a través de la cual se dio por terminado el nombramiento provisional de la señora LILIA ALEJANDRA BEDOYA DURAN, surtiendo efectos a partir del 10 de agosto de 2.023.*

(ii) *se ordene al ente accionado INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Cecilia de la Fuente de Lleras –ICBF- Dirección General, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, realice de forma coordinada el reintegro al cargo de la señora la señora LILIA ALEJANDRA BEDOYA DURAN y/o reubicación en uno de igual denominación y/o equivalencia, hasta tanto sean provistos la totalidad de los cargos equivalentes, siendo la prenombrada la última en ser desvinculada.*

(iii) *Se ordene al ente accionado INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Cecilia de la Fuente de Lleras –ICBF- Dirección General, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, realice de forma efectiva el pago de las remuneraciones dejadas de percibir por la señora la señora LILIA ALEJANDRA BEDOYA DURAN desde la desvinculación del cargo, hasta el momento de su reintegro.*

(iv) *Se ordene al ente accionado INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Cecilia de la Fuente de Lleras –ICBF- Dirección General, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, efectúe el pago de la indemnización de 180 días de salario que reconoce la Ley 361 de 1997 por despido discriminatorio, a favor de la señora LILIA ALEJANDRA BEDOYA DURAN.*

(v) Subsidiaria: De estimarse improcedente la anterior solicitud, de forma subsidiaria a la presente pretensión, solicito se ordene al ente accionado INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Cecilia de la Fuente de Lleras –ICBF- Dirección General, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, el pago de la indemnización correspondiente al pago de 60 días de trabajo en los términos del numeral 3 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, a favor de la señora LILIA ALEJANDRA BEDOYA DURAN».

Como medida provisional que, «se suspendan los efectos del artículo cuarto y parágrafo de la Resolución N°. 4016 del 12 de mayo de 2.023, proferida por la Secretaria General del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Cecilia de la Fuente de Lleras –ICBF- Dirección General, a través de la cual se dio por terminado el nombramiento provisional de la señora LILIA ALEJANDRA BEDOYA DURAN, surtiendo efectos a partir del 10 de agosto de 2.023. Y como consecuencia de ello, se ordene el reintegro al cargo Profesional Universitario Código 2044 Grado 07 y/o reubicación en uno de igual denominación y/o equivalencia, hasta tanto sean provistos la totalidad de los cargos equivalentes, siendo la prenombrada la última en ser desvinculada» (sic).

Aportó las siguientes pruebas<sup>2</sup>: **i)** poder especial otorgado por la accionante al abogado Manuel Segundo Unda García, para que interponga esta tutela; **(ii)** Resolución 8744 de 12 de noviembre de 2021; **(iii)** email enviado por la accionante el 12 de mayo de 2023 a Yaqueline Melgarejo Riva, Grupo Administrativo ICBF, informando sobre su estado de embarazo; **(iv)** email de 29 de junio de 2023 por el cual el ICBF comunica a la accionante sobre la terminación de su nombramiento provisional mediante Resolución No. 4016 de 2023 y a partir del 10 de agosto de 2023; **(v)** Resolución No. 4016 de 12 de mayo de 2023; **(vi)** email de 30 de junio de 2023, suscrito por la Directora de la Regional Arauca del ICBF y dirigido al Director Técnico de la Dirección de Gestión Humana del ICBF, donde informó sobre la estabilidad laboral reforzada de la accionante por su estado de gestación; **(vii)** email de 3 y 31 de julio de 2023, por el cual el ICBF se pronunció sobre la garantía de estabilidad laboral reforzada reclamada por la accionante; **(viii)** email de 4 de agosto de 2023, por el cual la accionante informó al ICBF

---

<sup>2</sup> Cuaderno del Juzgado. 004AnexosTutela.

sobre la fecha de programación de la cesaría junto con historia clínica; **(ix)** email de 10 de agosto de 2023, donde ICBF informó sobre la imposibilidad de su reintegro y ante su estado de gestación la acción positiva de pago de todos los aportes a salud para garantizar el reconocimiento de la licencia de maternidad; y **(v)** email de 14 de agosto de 2023, por el cual la tutelante informó al ICBF sobre la imposibilidad de entrega del cargo, al encontrarse en incapacidad debido al parto.

## **2.2. Sinopsis procesal**

La acción constitucional fue presentada el 6 de septiembre de 2023<sup>3</sup> y asignada por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Arauca, autoridad judicial que por auto del 7 de septiembre de 2023<sup>4</sup> la admitió contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), vinculó a la Dirección Regional Arauca del ICBF, Dirección Técnica de la Dirección General del ICBF, Grupo Registro y Control de la Dirección de Gestión Humana del ICBF Dirección General, Secretaría General ICBF, Coordinación Grupo Financiero, Coordinación Grupo Administrativo y Gestión Humana ICBF – Regional Arauca, Coordinación de Talento Humano Regional Arauca y Comisión Nacional del Servicio Civil; y denegó la medida provisional por no contar con los elementos de juicio suficientes para resolver lo pedido.

Mediante auto del 11 de septiembre de 2023<sup>5</sup>, el *A quo* vinculó a la Nueva EPS y requirió a la Dirección Técnica – Dirección Gestión Humana del ICBF, Grupo Registro y Control de la Dirección de Gestión Humana del ICBF Sede Dirección General y a la Coordinadora de Talento Humano del ICBF Regional Arauca para que informaran si han continuado haciendo los aportes a la seguridad social en salud en favor de la accionante.

Notificada la admisión, los llamados al proceso se pronunciaron en los siguientes términos:

---

<sup>3</sup> Cuaderno del Juzgado. 003CorreoAsignacionReparto.

<sup>4</sup> Cuaderno del Juzgado. 006AutoAdmisorio.

<sup>5</sup> Cuaderno del Juzgado. 012AutoVincula.

### **2.2.1. Comisión Nacional de Servicio Civil<sup>6</sup>**

Informó que la accionante no se inscribió en el Proceso de Selección No. 2149 de 2021 – ICBF *«Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Proceso de Selección ICBF 2021»*, para proveer en carrera administrativa las vacantes definitivas de la planta de personal de dicha entidad; que una vez aplicadas las pruebas y agotadas las respectivas etapas de reclamaciones y en firme los resultados de cada una de ellas, la CNSC expidió las Listas de Elegibles de los empleos frente a las cuales los resultados definitivos se encuentran en firme. Para lo cual, el día 16 de febrero de 2023, se publicó el aviso informativo en el cual se comunicó sobre la expedición de las Listas de Elegibles en la modalidad de Ascenso y mediante aviso del día 3 de marzo de 2023, informó respecto de la publicación de las Listas de Elegibles en la modalidad Abierto y finalmente, mediante aviso informativo del 19 de mayo de 2023, la CNSC informó que ya se habían publicado la totalidad de las listas de elegibles del Proceso de Selección.

Solicitó ser desvinculada de la presente acción de tutela, dado que no es la autoridad competente para obligar al ICBF a realizar un nombramiento o mantener a una persona en su cargo, ni mucho menos a señalarle como debe ser el manejo de su personal, por lo tanto es el empleador el llamado a resolver las solicitudes de la accionante, teniendo en cuenta que el nominador es quien tiene la competencia para realizar nombramientos y posesiones de conformidad con lo señalado en el artículo 2.2.5.1.1 del Decreto 1083 de 2015.

### **2.2.2. ICBF Regional Arauca<sup>7</sup>**

---

<sup>6</sup> Cuaderno del Juzgado. 015RtaCNSC.

<sup>7</sup> Cuaderno del Juzgado. 018RtaICBF Arauca.

Indicó que notificada a la accionante sobre la terminación de su nombramiento, el 04 de julio la profesional del grupo administrativo de la regional Arauca dio traslado a la Dirección de Gestión Humana de la sede Nacional, respecto del comunicado de la señora LILIANA junto con la ecografía. Por otro lado, la directora Regional una vez conoció de dicha situación, comunicó el día 30 de junio a los enlaces de la dirección de gestión humana sobre la situación que presentaba la regional con la señora LILIANA ALEJANDRA BEDOYA DURAN, sin obtener respuesta.

Adujo que no corresponde a esta regional la decisión de reconocer y/o suprimir derechos con relación al ámbito laboral, por cuanto, quien es llamado a responder es la Dirección de Gestión Humana de la sede Nacional, con fundamento en el decreto 0987 de 2012,

### **2.2.3. Nueva EPS<sup>8</sup>**

Informó que la accionante se encuentra afiliada a esa entidad en el régimen contributivo, en calidad de cotizante *«con aportes a la fecha y empleador actual Instituto Colombiano de Bienestar Familiar»*.

Alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, porque no es la encargada de satisfacer las peticiones de la accionante, *«por no ser de nuestro resorte el cumplimiento directo de la misma, pues de acuerdo a lo relatado en los hechos, se observa que el caso corresponde a un asunto de carácter laboral»*.

### **2.2.4. ICBF – Oficina Asesora Jurídica<sup>9</sup>**

Explicó que la desvinculación de la accionante obedeció a una causal objetiva como es la provisión del empleo en carrera administrativa amparada por el artículo 125 de la Constitución Política y los servidores vinculados en

---

<sup>8</sup> Cuaderno del Juzgado. 020RtaNuevaEps.

<sup>9</sup> Cuaderno del Juzgado. 023RtaICBFDirGral.

provisionalidad gozan de una estabilidad relativa o transitoria que depende de la provisión del empleo precisamente en carrera administrativa.

El empleo que desempeñaba la accionante en provisionalidad se encontraba sujeto a que se realizara su provisión con la persona que ocupara la respectiva posición de mérito en la lista de elegibles que se generó por parte de la CNSC, tras superar las etapas del concurso de méritos de que trata la Convocatoria 2149 de 2021, conforme a los postulados constitucionales y jurisprudenciales de provisión del empleo en carrera administrativa.

El párrafo segundo del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015 establece un orden de protección, que indica i) quienes hacen parte del grupo de personas que ostentan una condición que las hace merecedoras de medidas afirmativas y ii) su orden de prioridad; ahora, a quienes sea reconocida una condición especial con fundamento en enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad serán los últimos servidores en ser desvinculados y tienen prioridad frente a quienes acreditaron su condición de madre o padre cabeza de hogar; a su vez éstos últimos se encuentran priorizados frente a quienes acreditan condición de pre pensionados y; de igual manera éstos últimos tienen prelación respecto de aforados sindicales.

Y si bien la accionante pudiera eventualmente acreditar una de las condiciones de debilidad manifiesta previstas en la norma, la entidad no cuenta con margen de maniobra para mantener su nombramiento en provisionalidad, en la medida que todos los empleos de la planta de personal deben ser provistos con las listas de elegibles conformadas en relación con la Convocatoria 2149 de 2021 y las listas de elegibles superan la cantidad de vacantes ofertadas; en efecto, mientras el total de empleos a proveer de la planta de personal mediante la Convocatoria asciende a 3.792, cuentan con un total de elegibles, que sumando las 256 OPEC o listas existentes, es 11.682 ELEGIBLES, conforme gráfica adjunta.

No obstante, ante el fuero de maternidad algunos empleados en provisionalidad, el ICBF en atención de los postulados jurisprudenciales, en especial lo señalado en sentencia SU-070 de 2013, y ante la inexistencia de

vacantes que permitan reubicar a las servidoras provisionales, expidió acto administrativo por medio del cual ordena el pago de prestaciones que permitan garantizar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, una vez se presente la causal objetiva de desvinculación, esto es, cuando se realiza la provisión del cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos.

Agregó que la tutela no cumple el presupuesto de la subsidiariedad, porque la accionante tiene a su alcance las acciones ordinarias ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controvertir la legalidad del acto administrativo que dispuso su desvinculación de la entidad.

El 15 de septiembre de 2023<sup>10</sup>, el ICBF aportó certificación emitida por la Nueva EPS sobre el reingreso de Lilia Alejandra Bedoya Durán al sistema de salud, con el fin de garantizarle el cubrimiento de las prestaciones económicas y asistenciales del sistema.

#### **2.2.5. Informe accionante<sup>11</sup>**

Puso en conocimiento el correo electrónico de 18 de agosto de 2023, remitido por la Coordinadora del Grupo Financiero del ICBF a la señora BEDOYA DURAN, a través del cual informó la imposibilidad del pago de la licencia de maternidad, por tratarse de un trámite de competencia de la Nueva EPS, por lo cual se realizaron los trámites pertinentes ante esta entidad, resultando infructuosos los mismos, bajo el argumento de que el pago de la licencia de maternidad lo realiza directamente el ICBF, situación que fue comunicada al ICBF mediante mensaje de datos remitido el 7 de septiembre de 2023.

#### **2.3. La decisión recurrida<sup>12</sup>**

Mediante providencia del 19 de septiembre de 2023, el *A quo* resolvió:

---

<sup>10</sup> Cuaderno del Juzgado. 025AlcanceRtaICBFDirGral.

<sup>11</sup> Cuaderno del Juzgado. 021AnexosInformeActe.

<sup>12</sup> Cuaderno del Juzgado. 026FalloTutela.

*«PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada derivada del fuero de maternidad y a la salud, invocados por la señora LILIA ALEJANDRA BEDOYA DURÁN, conforme las razones expuestas.*

*SEGUNDO: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR “Cecilia de la Fuente de Lleras”, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, si aún no lo ha hecho, realice las cotizaciones en materia de Seguridad Social en Salud en favor de la señora LILIA ALEJANDRA BEDOYA DURÁN, correspondiente al periodo comprendido entre el día después de la terminación del vínculo laboral, esto es, desde el 9 de agosto de 2023 y hasta que se haga efectivo el pago de la licencia de maternidad a la accionante.*

*TERCERO: NEGAR las demás pretensiones ventiladas en este trámite constitucional. (...).*

Para adoptar la anterior decisión, comenzó por referirse a la jurisprudencia sobre la estabilidad laboral reforzada por razones de embarazo y el nombramiento en provisionalidad de un servidor público; seguidamente, analizó el acervo probatorio del cual extrajo que si bien es cierto a la accionante le es aplicable el fuero de maternidad, también lo es que la terminación de su vínculo laboral obedeció a una causa objetiva, general y legítima, como lo fue el nombramiento de un empleado en carrera judicial en el cargo de profesional universitario código 2044, grado 7, 25474 que se encontraba ocupado en provisionalidad por la actora.

De tal manera, que la actuación de la entidad accionado se encuentra conforme con la ley y la jurisprudencia, pues es innegable el derecho constitucional a la carrera administrativa de quien ha superado todas las etapas de un concurso de méritos, y cuya materialización ocurre con el respectivo nombramiento.

No obstante, la Corte Constitucional ha señalado que en los eventos en los que no pueda exigirse a la entidad nominadora acciones positivas como el reintegro o reubicación de la mujer embarazada o en estado de lactancia en otro cargo igual o de superior jerarquía, por tonarse fácticamente imposible, como lo ha informado la aquí accionada, se ha contemplado la posibilidad de garantizar medidas sustitutivas.

Por lo que concluyó que *«la medida a impartirse es la sustituta, atinente al pago de las cotizaciones respectivas a seguridad social, después de la cesación de la relación laboral y hasta el momento en que la mujer acceda a la prestación económica de la licencia de maternidad, conforme a lo expresado en la sentencia SU-070 de 2013»*.

Lo anterior, dado que si bien el ICBF acreditó la afiliación de la accionante a la Nueva EPS, *«ello no es óbice para pregonar el cumplimiento de la totalidad de la medida sustitutiva, como quiera que, el reconocimiento de los aportes a salud se deben garantizar hasta que se reconozca la licencia de maternidad a la accionante, prestación que no se advierte otorgada a la fecha, lo que conduce a procurar la protección de amparo aquí invocada»*.

#### **2.4. La impugnación<sup>13</sup>**

Inconforme con la decisión, el apoderado de la accionante la impugnó *«parcialmente»* bajo los siguientes argumentos:

**(i)** No es de recibo el argumento según el cual la entidad carecía de margen de maniobra para disponer el reintegro o la reubicación de la tutelante, dado que en la planta global de personal del ICBF – Regional Arauca, para la fecha de la comunicación de la terminación del nombramiento en provisionalidad existían 4 cargos del perfil trabajador social con la nomenclatura profesional universitario código 2044 grado 07.

**(ii)** No se verificó ni se indagó por el Juzgado sobre la existencia de otros cargos iguales o equivalentes en el ICBF en los que podía ser nombrada la accionante.

**(iii)** Debido al estado de gestación de la señora Bedoya Durán, debió ser la última en ser desvinculada de la entidad, conforme con la regla jurisprudencial sobre el fuero de maternidad.

### **III. CONSIDERACIONES**

---

<sup>13</sup> Cuaderno del Juzgado. 029ImpugnacionActe.

### 3.1. Competencia

Es competente este Tribunal para desatar la *impugnación* formulada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86 de la Carta Política.

### 3.2. Problema jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar si es procedente ratificar la orden del *a quo* que concedió parcialmente el amparo de los derechos deprecados por la señora Lilia Alejandra Bedoya Durán, o si, por el contrario, como lo sostiene la accionante, se debe modificar la decisión en el sentido de ordenar su reintegro al cargo que venía desempeñando en provisionalidad en el ICBF por gozar de estabilidad laboral reforzada por maternidad.

### 3.3. Examen de los requisitos de procedibilidad general

De manera preliminar verificará esta Sala si la acción de tutela cumple con los requisitos de procedibilidad.

Sin necesidad de ahondar en mayores consideraciones, ha de señalarse que esta corporación encuentra cumplidos los presupuestos generales para la procedencia de la acción de tutela, pues, se encuentran acreditados la legitimación en la causa por *activa*<sup>14</sup> y *pasiva*<sup>15</sup>, la *relevancia constitucional*<sup>16</sup> e *inmediatez*<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Por cuanto la señora LILIA ALEJANDRA BEDOYA DURÁN actúa, a través de apoderado, en defensa de sus derechos, conforme poder especial que obra en el expediente.

<sup>15</sup> El ICBF, entidad contra la cual se suscita la controversia, por haber terminado la vinculación provisional de la accionante ante la provisión de su cargo en carrera.

<sup>16</sup> Al alegarse la presunta trasgresión de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada por maternidad, dignidad humana y mínimo vital.

<sup>17</sup> Por cuanto fue interpuesta en un término razonable, oportuno y proporcional a la fecha de terminación del vínculo laboral, 10 de agosto 2023.

Ahora bien, respecto a la *subsidiariedad* como requisito de procedencia de la acción de tutela, la Corte Constitucional<sup>18</sup> ha advertido de manera insistente, que la protección constitucional es un mecanismo *residual* y *subsidiario* empleado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no se cuente con mecanismos legales de defensa, salvo que se esté en presencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual podrá estudiarse su viabilidad como mecanismo transitorio. La tutela reconoce la validez y viabilidad de los recursos ordinarios creados en defensa de los derechos de las personas, de allí la preeminencia legal de su empleo y el carácter suplementario del amparo constitucional.

En el *sub examine*, al controvertirse actos administrativos de naturaleza particular y concreta, las quejas o reproches legales que surjan en su contra deben, *prima facie*, zanjarse a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme a lo previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

No obstante, frente a los asuntos en los cuales se solicita la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo o lactante, la Corte Constitucional ha sido consistente en señalar que el desconocimiento de dicho postulado conlleva un riesgo contra la seguridad material y emocional de la madre y del menor que, razón por la cual flexibiliza dicho presupuesto, porque entiende que la tutela es el mecanismo idóneo para obtener su protección, en ese orden, la referida Corporación ha expresado que:

*«la acción de tutela pierde su carácter subsidiario y se convierte en el mecanismo de protección preferente». Ello, por cuanto «(...) si bien en la jurisdicción ordinaria existe un mecanismo para resolver las pretensiones de reintegro, este no tiene un carácter sumario para restablecer los derechos de sujetos de especial protección constitucional que, amparados por la estabilidad laboral reforzada, requieren una medida urgente de protección y un remedio integral»<sup>19</sup>.*

---

<sup>18</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-682 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla - T-580 de julio 26 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda

<sup>19</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-070 de 2018, reiterada en la T-418 de 2022, entre otras.

Así pues, sin necesidad de más consideraciones, la Sala encuentra demostrado el requisito de subsidiariedad, porque se considera a la accionante un sujeto de especial protección

### **3.4. Supuestos jurídicos**

#### **3.4.1. De los cargos de carrera administrativa.**

El artículo 125 de la Constitución Política compila los principios básicos sobre los cuales se apoya el sistema de administración del personal que presta sus servicios a los órganos y entidades que componen el Estado colombiano. Con el objetivo de alcanzar los fines constitucionales que más adelante se reseñan, la disposición superior establece como principio general de provisión de empleos públicos el sistema de carrera administrativa.

De conformidad con la Ley 909 de 2004, la cual desarrolla los postulados contenidos en la disposición constitucional en comento, la carrera administrativa *«es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer, estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar ese objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna»*.

Según el modelo descrito en el artículo constitucional, las precisas excepciones a este principio general sólo pueden ser establecidas por la Constitución y la Ley. El mismo artículo 125 enlista un conjunto de empleos que, por su naturaleza, no deben ser proveídos por medio del sistema de carrera administrativa. Así, los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley, tienen, cada uno, un sistema diferente de acceso, permanencia y retiro.

Retomando el análisis del artículo 125 superior, el ingreso a los cargos por sistema de carrera y el ascenso dentro de la estructura jerarquizada del personal, propio del modelo de carrera administrativa, se encuentra sometido al *«cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes»*. Tales requisitos y condiciones están orientados a asegurar que la provisión de cargos y el ascenso se debe al cumplimiento de un conjunto de exigencias de idoneidad y capacidad de los servidores. En el mismo sentido, dado que el objetivo primordial que pretende el sistema es el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se vale del establecimiento de reglas que promueven parámetros de calidad y eficiencia, la separación del cargo del empleado de carrera deberá ser realizada 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»*.

En conclusión, el diseño del sistema de carrera administrativa pretende alcanzar dos fines de notable importancia: en primer término, se encamina a asegurar el camino más expedito a la consecución de los objetivos esenciales del Estado (artículo 2° superior) por medio de la selección de las personas más calificadas a la hora de elegir los servidores públicos que han de ofrecer sus servicios a los órganos y entidades del Estado. En segundo lugar, permite el acceso a dichos cargos en igualdad de condiciones y oportunidades ((Arts. 40 numeral 7, 99 C.P.).

#### **3.4.2. Protección laboral reforzada de la mujer embarazada.**

El artículo 43 de la Constitución Política es el sustento constitucional del cual se deriva la protección especial a las mujeres en embarazo por parte del Estado y de sus instituciones. Existen otros artículos como el 13 y el 53 superiores, de los cuales también la jurisprudencia constitucional deduce un tratamiento preferencial a este grupo específico de la población, ya que tratan de la igualdad de trato y protección que deben recibir todas las personas de las autoridades, y de los principios que rigen las relaciones de trabajo y de la seguridad social, respectivamente; por tanto, se puede

afirmar que el Estado tiene dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada.

A su vez, las normas que componen el bloque de constitucionalidad robustecen este propósito de brindar especial protección a la mujer, objetivo que adquiere especial importancia en aquellos eventos en los cuales se encuentra en una posición de mayor vulnerabilidad, tal como ocurre cuando se encuentra en estado de embarazo. En tal sentido, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la obligación en cabeza de los Estados de *«conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social»*.

Así, entonces, se tiene que las disposiciones constitucionales y las normas internacionales establecen una garantía reforzada a la estabilidad en el empleo de las mujeres que se encuentran en el periodo de embarazo y lactancia. En este sentido, la Corte Constitucional ha indicado que *«en desarrollo del principio de igualdad y en aras de garantizar el derecho al trabajo de la mujer embarazada (...) tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobre costos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas»*<sup>20</sup>.

Ahora, aunque el fuero de maternidad es una garantía esencial del Estado Social de Derecho y es aplicable en los sectores público y privado con independencia de la modalidad de contratación, lo cierto es que *«la protección no opera de forma absoluta en todos los eventos»*, por cuanto debe

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional, sentencia T-005 de 2009.

atenderse el contexto en que se origina la presunta vulneración que da lugar a la petición de amparo.

Para tal fin, en la sentencia SU-070 del 13 de febrero de 2013, la Corte Constitucional unificó criterio en lo que se refiere a la protección laboral reforzada de la mujer embarazada frente a cualquier forma de vinculación existente tanto en el sector público como privado, y las medidas sustitutivas de protección del fuero de maternidad en los casos que no sea factible ordenar el reintegro, por haber operado causas objetivas, generales y legítimas que ponen fin a la relación laboral.

De manera puntual se refirió al tratamiento de una empleada embarazada que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera que es provisto en carrera o es suprimido:

*«Cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido, se aplicarán las siguientes reglas: (i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. **Cuando deba surtir el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad;** (ii) si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia»* (Negrilla fuera de texto).

### **3.5. Solución del caso.**

Descendiendo al caso que nos ocupa, es claro entonces que mediante Resolución No. 8744 de 12 de noviembre de 2021, el ICBF nombró en provisionalidad a Lilia Alejandra Bedoya Durán para ejercer el cargo de profesional universitaria código 2044, grado 7, el cual, según Resolución No. 4016 de 12 de mayo de 2023, se proveyó en propiedad por la persona incluida en la lista de elegibles que aprobó el concurso de méritos, quien tomó posesión el 10 de agosto de 2023.

Bajo ese panorama, conforme a lo relatado, es indiscutible que la desvinculación de la accionante no obedece a un trato discriminatorio por su condición de embarazada, sino que se debe a una causa objetiva, legítima y razonable, como lo es el nombramiento en propiedad de dicho cargo.

En efecto, la Corte Constitucional recientemente determinó que en la tensión entre el derecho de acceso a cargos públicos de los aspirantes que ganaron el concurso de méritos y el derecho a la igualdad de los sujetos de especial protección constitucional por razones de salud, embarazo o maternidad y pre-pensión que ocupan cargos en provisionalidad, prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, porque:

**«(...) la condición de sujeto de especial protección constitucional no otorga a quienes ocupan el cargo en provisionalidad estabilidad laboral reforzada strictu sensu -dada la naturaleza temporal del vínculo-. Así mismo, ha señalado que su situación de vulnerabilidad no les confiere un “derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera”. En tales términos, la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles tiene derecho a ser nombrado en propiedad y el sujeto de especial protección constitucional debe ser desvinculado del cargo. Sin embargo, este tribunal ha enfatizado que, en estos casos, la Constitución otorga a los servidores que ocupaban el cargo en provisionalidad y tienen la condición de sujeto de especial protección constitucional una protección constitucional cualificada frente al acto de desvinculación. Esta protección exige que, con el objeto de garantizar sus derechos fundamentales, el empleador o nominador les otorgue un “trato preferente” antes de desvincularlos y efectuar el nombramiento del sujeto que ganó el concurso»<sup>21</sup>.** (Negrilla fuera de texto).

Ahora, ese trato preferente respecto de las mujeres embarazadas, el citado Alto Tribunal lo ha materializado así: **«Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse entre quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando deba surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad. Si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se**

---

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencia T-405 de 2022.

*configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiriera el derecho a gozar de la licencia»<sup>22</sup>. (Negrilla fuera de texto).*

Lo expuesto permite afirmar, que en el caso de la accionante la Juez de primera instancia aplicó como medida sustitutiva de protección *«pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad»*, en atención a que era fácticamente imposible el reintegro porque la separación del cargo fue por una *«causa objetiva, general y legítima»*.

No obstante, insiste la accionante que lo procedente era que su cargo fuera el último a proveerse por quienes lo ganaron en el concurso, por existir más plazas vacantes en la entidad, siendo, por tanto, admisible su reintegro laboral.

Para resolver dicho cuestionamiento, la Corte Constitucional también estableció los casos en los que el reintegro de la mujer gestante se torna improcedente, a saber:

- 1) *Cuando la empresa se ha liquidado o está en proceso de extinción la persona jurídica que la sustenta.*
- 2) **Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba, ha sido provisto por concurso de méritos.**
- 3) *Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba fue creado por la administración pública, para el desempeño puntual de funciones transitorias relativas a la eficacia, celeridad y mejoramiento de la función pública, como por ejemplo los cargos denominados de descongestión y,*
- 4) *Cuando la existencia de la relación laboral entre la mujer gestante y empleador, dependía íntimamente de la subsistencia de un contrato previo celebrado por el empleador.*

(...)

***Entonces, la Corte ha señalado que cuando sea fácticamente imposible la protección reforzada de la mujer embarazada mediante el reintegro o la renovación, porque han operado causas objetivas, generales y legítimas que ponen fin a la relación laboral, corresponde al juez constitucional***

---

<sup>22</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-075 de 2018.

**aplicar medidas de protección sustitutivas como el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud,** la licencia de maternidad, y el pago de los salarios dejados de cancelar desde el momento en que dejó de trabajar hasta después de tres meses del parto y además, que se realicen las cotizaciones correspondiente al Sistema de Salud, desde el momento de su retiro hasta cuando el bebé cumpla un año de vida»<sup>23</sup>. (Negrilla y subraya fuera del texto).

De lo anterior se colige que si bien, en principio, la presunta violación al derecho a la estabilidad laboral reforzada para la mujer en gestación y lactancia se puede predicar cuando ocurre la desvinculación, lo cierto es que ante la existencia de una causa legítima no es dable ordenar el reintegro, pero sí la imposición de medidas de protección.

Destacado todo lo anterior, la Sala acompasa lo decidido por el *a quo*, comoquiera que para el caso no cabe duda que el nombramiento en provisionalidad de la tutelante pese a la condición de madre lactante que ostenta, debe ceder ante un derecho de carrera. En otras palabras, en el caso concreto no es dable acceder al reintegro de la señora Bedoya Durán al cargo que desempeñó en provisionalidad, puesto que ya fue provisto en carrera. Luego, lo procedente en estos casos es garantizar su afiliación al sistema de salud en aras de proteger su derecho a la salud.

En este orden de ideas y sin que se hagan necesarias otras precisiones, se habrá de confirmar el fallo de tutela impugnado.

#### **IV. DECISIÓN**

Por lo expuesto, la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia impugnada, por las razones expuestas en precedencia.

---

<sup>23</sup> Corte Constitucional, sentencia T-353 de 2016.

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** esta decisión a las partes y al juzgado de conocimiento de la manera más expedita y **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión; de ser excluida, archívese.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**



**LAURA JULIANA TAFURT RICO**  
Magistrada Ponente



**MATILDE LEMOS SANMARTÍN**  
Magistrada

**ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ**  
Magistrada  
(En comisión de servicios)