El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante : Martha Edith Yepes López

Accionados : ICBF y otros

Litisconsorte : Secretario General del ICBF

Radicación : 66170-31-03-001-2021-00079-02

Despacho de origen : Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas

Mg. Sustanciador : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 387 de 20-08-2021

**TEMAS: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA / PREPENSIONADA / CARGO PÚBLICO / ACTOS ADMINISTRATIVOS / IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA / SUBSIDIARIEDAD / ACCIÓN DE NULIDAD / SUSTRACCIÓN DE MATERIA / RESOLUCIÓN DE NOMBRAMIENTO FUE DEROGADA.**

La Corte enseña que el juez de tutela no puede sustituir al administrativo en la definición de la validez de las decisiones de las autoridades; en efecto, tiene explicado que, por regla general, es improcedente la acción de tutela frente a actos administrativos…

Hay tres (3) excepciones que guardan en común la existencia de la herramienta judicial: (1) La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; (2) La falta de legitimación para impugnarlos ante el juez competente; y, (3) Cuando la cuestión debatida es eminentemente constitucional.

En el sub lite, la interesada cuenta con otro mecanismo judicial para la defensa de sus derechos, habida cuenta de que la Resolución 1872 del 13-04-2021… es susceptible de control ante la justicia administrativa.

Restaría examinar si probó un perjuicio irremediable, como situación exceptiva para auscultar en esta sede su juridicidad, si no fuera porque en la acción natural de nulidad y restablecimiento del derecho… puede solicitar el decreto de la medida previa de suspensión provisional…

En todo caso… si se superase el juicio de procedencia, habría lugar a declarar la carencia actual de objeto del amparo, por sustracción de materia. Nótese que durante su trámite el Secretario General del ICBF derogó la Resolución 1872 del 13-04-2021, mediante la Resolución 2832 del 26-05-2021, porque el señor Carlos A. Loaiza T. no aceptó el nombramiento…



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0261-2021**

***Veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2021).***

1. **El asunto a decidir**

La impugnación en este trámite constitucional, luego de agotada la actuación de primer grado.

1. **La síntesis fáctica**

Se informó que la accionante desempeña en el ICBF, Regional Risaralda, el cargo de Defensora de Familia. Se ofertó en concurso por la CNSC (Convocatoria 433/2016) y cuenta con lista de elegibles. En dos oportunidades, fue reubicada en el Centro Zonal de Dosquebradas, por *“mi estabilidad laboral reforzada”*; empero, la autoridad, con la Resolución No.1872 del 13-04-2021, nombró al doctor Carlos Alberto Loaiza Toro en propiedad y la instó a entregar el cargo, pese a la inexistencia de vacante en esa dependencia, su edad (66 años) y que está próxima a cumplir el requisito de las semanas para pensionarse. Agregó que el salario es su única fuente de ingresos (Cuaderno No.1, documento No.9).

1. **Los derechos invocados y la petición de protección**

El mínimo vital, el trabajo, la seguridad social, la vida en condiciones dignas, la salud y la estabilidad laboral reforzada. Solicitó ordenar a la autoridad: **(i)** Reintegrarla al cargo de Defensora de Familia Código 2125 Grado 17 en el Centro Zonal de Dosquebradas, hasta obtener la resolución de reconocimiento pensional e inclusión en nómina; en su defecto, **(ii)** Reubicarla en un cargo con iguales condiciones en la Regional Risaralda (Cuaderno No.1, documento No.9).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

El juez el día 05-05-2021 requirió complementar la tutela (Cuaderno No.1, documento No.7); el 06-05-2021 la admitió (Cuaderno No.1, documento No.11); el 13-05-2021 profirió la sentencia (Cuaderno No.1, documento No.20); y, el 20-05-2021 concedió la impugnación (Cuaderno No.1, documento No.25). Esta Corporación con auto del 01-07-2021 anuló lo actuado y retornó el expediente (Cuaderno No.2, carpeta No.1, documento No.06).

El funcionario, el día 02-07-2021 rehízo la actuación (Cuaderno No.1, documento No.28); el 12-07-2021 nuevamente profirió el fallo (Cuaderno No.1, documento No.32); y, el 19-07-2021, concedió la impugnación (Cuaderno No.1, documento No.37)

El fallo amparó el derecho a la estabilidad laboral reforzada y ordenó al ICBF preservar en el cargo en provisionalidad a la actora, hasta que cumpla los requisitos para acceder a la pensión. Indicó que amerita un trato diferenciado por su avanzada edad, estado de salud, carencia de otros ingresos y ser prepensionada; explicó que la falta de aceptación del cargo por el nombrado, que alega la accionada, no garantiza sus derechos, porque hay más personas en la lista de elegibles que debe agotar (Cuaderno No.1, documento No.14).

La accionada alega que derogó la Resolución No.1872 del 13-04-2021, por cuanto la persona designada no aceptó el nombramiento; entonces, es inexistente la vulneración de los derechos, pues la actora aún desempeña su cargo. Pide desestimar las pretensiones (Cuaderno No.1, documento No.36).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
   1. La competencia funcional: La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
   2. El problema jurídico a resolver: ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas, según la impugnación de la accionante?
   3. Los presupuestos generales de procedencia
      1. La legitimación en la causa. Por activa, la tiene la promotora porque ocupa el cargo objeto de designación por concurso de méritos. En el extremo pasivo, el **(1)** Secretario General y el **(2)** Jefe de Gestión Humana del ICBF, en su orden, por expedir la Resolución rebatida y ser el encargado de su ejecución (Cuaderno No.1, documentos Nos.4 y 5) (Resolución No.3605 del 27-05-2020)

De otro lado, la **(1)** Directora del ICBF carece de legitimación por pasiva, por ser incompetente para realizar nombramientos en propiedad (Resolución No.3605 del 27-05-2020). Se adicionará el fallo para declarar improcedente el amparo en su contra.

* + 1. La inmediatez.El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección **inmediata** de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o un particular.

Este requisito: *“(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”*, por lo tanto, *“(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”* (2020)[[1]](#footnote-1). Aquello porque: *“(…) el transcurso de un lapso importante entre la presunta violación de derechos fundamentales y la presentación de la acción de tutela «es indicativo de la menor gravedad de la vulneración alegada o de la poca importancia que tendría el perjuicio que ella causa (…)”* (2021)[[2]](#footnote-2).

Se satisface porque la acción se formuló (05-05-2021) (Cuaderno No.1, documento No.01), aproximadamente, un (1) mes después proferido el acto administrativo cuestionado (13-04-2021) (Cuaderno No.1, documento No.4); es decir, dentro del plazo general, fijado por la doctrina constitucional.

* + 1. La subsidiariedad. La Corte[[3]](#footnote-3) enseña que el juez de tutela no puede sustituir al administrativo en la definición de la validez de las decisiones de las autoridades; en efecto, tiene explicado que, por regla general, es improcedente la acción de tutela frente a actos administrativos[[4]](#footnote-4)-[[5]](#footnote-5); entonces, quien pretenda controvertirlos, debe ejercitar al mecanismo ordinario procesal dispuesto por el legislador.

Hay tres (3) excepciones que guardan en común la existencia de la herramienta judicial: **(1)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable[[6]](#footnote-6); **(2)** La falta de legitimación para impugnarlos ante el juez competente[[7]](#footnote-7); y, **(3)** Cuandola cuestión debatida es eminentemente constitucional[[8]](#footnote-8).

Importante precisar que la Sala de Casación Civil de la CSJ (2019)[[9]](#footnote-9), órgano de cierre de esta Corporación, ha sido reiterativa en cuanto a la marcada improcedencia de la tutela, por falta de residualidad:

… puede concluirse que «no se cumplen los elementos determinantes del perjuicio irremediable y, por tanto, no puede tenerse en cuenta dicho perjuicio para admitir la presente acción como mecanismo transitorio», ya que «dentro de un eventual proceso contencioso- administrativo, (…) [se] tiene la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto que presuntamente vulnera [los] derechos, con lo cual se desvirtúa también la inminencia del perjuicio» (CSJ STC, 24 ene. 2007, rad. 2006-00227-01; criterio reiterado en STC7077-2014 y STC16698-2015). (STC4676-2016, 15 abr. 2016, rad. 2016-00039-01).

Criterio iterado en recientes decisiones (2021)[[10]](#footnote-10) y que comparte la Sala de Decisión Civil - Familia de esta Corporación (2021)[[11]](#footnote-11). Igual tesis emplea la Alta Colegiatura Constitucional (2020)[[12]](#footnote-12):

1. **El caso concreto analizado**

De acuerdo con las premisas jurídicas anotadas y teniendo en cuenta el petitorio de amparo junto con las pruebas allegadas, la sentencia se revocará, por preterir el examen de subsidiariedad, incumplido, según se explicará a continuación. En cualquier caso, la tutela fracasaría, por carencia actual de objeto, dado que hay sustracción de materia.

En el *sub lite*, la interesada cuenta con otro mecanismo judicial para la defensa de sus derechos, habida cuenta de que la Resolución 1872 del 13-04-2021 (Cuaderno No.1, documento No.4) es susceptible de control ante la justicia administrativa.

Restaría examinar si probó un perjuicio irremediable, como situación exceptiva para auscultar en esta sede su juridicidad, si no fuera porque en la acción natural de nulidad y restablecimiento del derecho[[13]](#footnote-13) (Art.138, CPACA) puede solicitar el decreto de la medida previa de suspensión provisional (Arts.229 y 230-3º, CPACA)[[14]](#footnote-14)-[[15]](#footnote-15); entonces, el medio de control es apto y eficaz para proteger sus derechos.

La existencia de la cautela desvirtúa la inminencia de un posible daño irreparable. Tesis unánime expuesta en precedente horizontal de esta Sala del Tribunal[[16]](#footnote-16) fundada en jurisprudencia de la CSJ[[17]](#footnote-17) (2021). Del mismo criterio es la Alta Colegiatura Constitucional (2020)[[18]](#footnote-18):

… en ejercicio de este medio de control, los accionantes tienen la posibilidad de solicitar, ante el juez natural, las medidas cautelares respectivas, como la suspensión provisional del acto administrativo demandado, “que es un mecanismo no menos importante y efectivo que la acción de tutela, el cual se concibe (…) cuando una Entidad vulnera en forma manifiesta los derechos del administrado”. De hecho, estas medidas cautelares también están diseñadas para evitar la consumación de un posible perjuicio irremediable, de modo que a los actores les era exigible acreditar su previo agotamiento…

Entonces, se descarta la procedencia transitoria de la tutela, en razón a que, se itera, la autoridad judicial ordinaria, previa solicitud de la actora, puede decretar de urgencia, como *medida de protección*, la suspensión provisional de los efectos de la decisión administrativa: *“(…) Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior (…) La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente (…)”* (Art.234, CPACA).

Lo expuesto es suficiente para desestimar el amparo. En todo caso, la calidad especial de prepensionada, aun cuando flexibiliza el análisis de procedencia, deviene insuficiente para que en este caso en particular se concluya superada la subsidiariedad, como quiera que no probó la afectación del mínimo vital[[19]](#footnote-19): *“(…) se ha establecido que las personas próximas a pensionarse pueden ser sujetos de especial protección constitucional cuando en los hechos presentados al juez de tutela se hace evidente que están en riesgo de sufrir una afectación a su mínimo vital o de causarse un perjuicio irremediable (…)”*.

Alegó que el salario es su única fuente de ingresos, sin embargo, es afirmación insuficiente para concluir la afectación de su mínimo vital, por la potísima razón de que para el día en que promovió la tutela, aún prestaba sus servicios en la entidad accionada; la Resolución 1872 del 13-04-2021 (Cuaderno No.1, documento No.4), no se había ejecutado íntegramente, apenas se había comunicado la designación (03-05-2021) y estaba pendiente la aceptación (Diez días hábiles) y posesión subsiguiente (Cuaderno No.1, documento No.13, folio 9, y documento No.29, folios 2-3).

Incluso, la autoridad, con memorando del 26-04-2021, le informó: *“(…) La fecha de efectividad de la terminación de su nombramiento provisional* ***es a partir de la fecha en que toma posesión*** *la persona nombrada (…)”* (Cuaderno No.1, documento No.6). Sin duda, para la época en que promovió el amparo (05-05-2021), recibía su salario; por ende, pudo acudir ante el juez administrativo, en vez de agotar esta vía excepcional.

En todo caso, como se anticipó, si se superase el juicio de procedencia, habría lugar a declarar la carencia actual de objeto del amparo, por sustracción de materia[[20]](#footnote-20). Nótese que durante su trámite el Secretario General del ICBF derogó la Resolución 1872 del 13-04-2021, mediante la Resolución 2832 del 26-05-2021, porque el señor Carlos A. Loaiza T. no aceptó el nombramiento, además, expresamente decidió: *“(…) Derogar la parte pertinente del artículo segundo (…) mediante el cual se dispuso a terminar el nombramiento provisional de la servidora pública* ***MARTHA EDITH YEPES LÓPEZ*** *(…)”* (Cuaderno No1, documento No.35)*.*

Claro es que se modificaron los hechos rebatidos y, por ende, desapareció el objeto de la pretensión. La actora aún trabaja al servicio de la autoridad, entonces, inane sería impartir orden tutelar alguna.

Finalmente, discrepa la Colegiatura del razonamiento de primera sede porque, en primer término, la accionante no amerita un trato diferenciado ni era necesaria la intervención urgente del juez constitucional; y, en segundo término, los eventuales nombramientos que la autoridad realice, por sí mismos, no implicarían la eventual trasgresión de su derecho a la *“estabilidad laboral* ***relativa o reforzada****”*, en razón a que este juicio implica verificar puntuales presupuestos jurisprudenciales, por tratarse de una empleada en provisionalidad[[21]](#footnote-21), comoquiera que:

… pueden llegar a ser desvinculado (Sic) con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público…

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil – Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. REVOCAR la sentencia proferida el 12-07-2021 por el Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas; en su lugar, DECLARAR improcedente el amparo contra al **(1)** Secretario General y el **(2)** Jefe de Gestión Humana del ICBF, por falta de subsidiariedad, y frente a la **(3)** Directora de ese instituto, por carecer de legitimación.
2. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese,

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. T-075 de 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-131 de 2021. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-137 de 2020, T-236 de 2019 y T-572 de 2016 y T-203 de 1993. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-315 de 1998. En esta oportunidad la Corte, luego de examinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo judicial transitorio, encontró que no era posible inscribir al actor en la carrera judicial por cuanto el proceso de selección utilizado en su caso no constituía un concurso de méritos como el ordenado por la Ley 270 de 1996. En el mismo sentido ver las sentencias SU-458 de 1993 y T-1998 de 2001. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-722 de 2014, T-247 de 2015 y T-572 de 2015 y T-425 de 2019, entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-225 de 1993, T-082 de 2016, T-095 de 2016, T-019 de 2018 y T-323 de 2019, según estas sentencias el perjuicio irremediable se caracteriza i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-046 de 1995 referida en las T-722 de 2014 yT-572 de 2015. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-100 de 1994, T-256 de 1995, T-325 de 1995, T-455 de 1996, T-459 de 1996, T-083 de 1997, SU-133 de 1998 y T-247 de 2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ. STC11836-2019, STC1390-2018, STC6880-2016,STC7686-2016,STC8200-2016 y STC8324-2016. [↑](#footnote-ref-9)
10. CSJ. STC2658-2021 y STC2842-2021, entre muchas. [↑](#footnote-ref-10)
11. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencias del (ii) 18-01-2021, MP: Grisales H., No.2020-00263-01; (iii) 09-10-2019, MP: Grisales H., No.2019-00366-01; (ii) 17-09-2020, MP: Grisales H., No.2020-00042-01; (iii) 09-10-2019, MP: Grisales H., No.2019-00366-01; (iv) 04-10-2019, Mo. Grisales H., No.2019-00144-01; y, (v) 30-09-2019, MP: Grisales H., No.2019-00142-01. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-137 de 2020, T-236 de 2019, T-572 de 2016 y T-733 de 2014. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-548 de 2010 y T-738 de 2014. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-610 de 2017, SU-553 de 2015, T-748 de 2015 y T-329 de 2009, entre otras. [↑](#footnote-ref-14)
15. CSJ. STC11836-2019, STC1390-2018, STC6880-2016,STC7686-2016,STC8200-2016 y STC8324-2016. [↑](#footnote-ref-15)
16. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencias del (i) 17-09-2020, MP: Grisales H., No.2020-00042-01; (ii) 23-08-2019; MP: Arcila R, No.2019-00038-01; (iii) 02-09-2019; MP: Saraza N., No.2015-00465-01; (iv) 13-09-2019, MP: Sánchez C., No.2019-00251-01. [↑](#footnote-ref-16)
17. CSJ. STC8090-2021 y STC1422-2019, entre otras. [↑](#footnote-ref-17)
18. CC. T-137 de 2020, T-236 de 2019, T-572 de 2016 y T-733 de 2014. [↑](#footnote-ref-18)
19. CC. T-325 de 2018, SU-049 de 2017, T-357 de 2016 y T-385 de 2020. [↑](#footnote-ref-19)
20. CC. T-376 de 2020, T-044 de 2019, T-499 de 2018, T-419 de 2017, T-011 de 2016, T-414 de 2005, T-1038 de 2005 y T-539 de 2003. [↑](#footnote-ref-20)
21. CC. T-464 de 2019, T-373 de 2017 y SU-446 de 2011: Indispensable que: (i) El accionante sea una persona de especial protección constitucional; y, (ii) la autoridad, antes de proferir el acto administrativo, no haya otorgado el trato preferencial respectivo, consistente en que: *“(…) los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando (…)”.*  [↑](#footnote-ref-21)