



*República de Colombia*

*Rama Judicial del Poder Público*

*Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja*

Tunja, 10 de julio de 2023

**ASUNTO:** ACCIÓN DE TUTELA  
**ACCIONANTE:** ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ  
**ACCIONADA:** INSTITUCO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR  
**RADICACIÓN:** 150013333002202300112 00

### **I. OBJETO DE DECISIÓN**

Resuelve el despacho la acción de tutela presentada por la señora Adriana María Rodríguez Martínez contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, estabilidad laboral reforzada, dignidad humana, seguridad social, salud, vida, mínimo vital, debido proceso, igualdad.

### **II. IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS DE LA ACCIÓN**

**La accionante:** corresponde a Adriana María Rodríguez Martínez identificada con cédula de ciudadanía No. 30.304.837.

**Entidad accionada:** la acción se dirige contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

**Vinculada:** Erika Sánchez Gómez identificada con cédula de ciudadanía No. 52.186.931, nombrada en periodo de prueba en el empleo que ocupaba la accionante.

### **III. ANTECEDENTES**

La pretensión: la accionante solicita i) que se protejan los derechos fundamentales al trabajo, estabilidad laboral reforzada, dignidad humana, seguridad social, salud, vida, mínimo vital, debido proceso, igualdad; ii) se determine que es beneficiaria de estabilidad laboral reforzada por fuero sindical y; iii) se ordene al ICBF mantener su vínculo laboral en provisionalidad teniendo en cuenta su calidad de aforada sindical o en su defecto, se ordene el reintegro laboral en el Centro Zonal Tunja 2 en un cargo de la planta global como profesional universitario grado 7 código 2044, o a otro cargo de igual o mejores condiciones.

Fundamentos fácticos y jurídicos: la accionante manifiesta que fue vinculada en provisionalidad en el ICBF desde el 11 de septiembre de 2017 en el cargo profesional universitario grado 7 código 2044 de la Regional Boyacá Centro Zonal Tunja 2. Que el 19 de agosto de 2019 se creó la Subdirectiva Boyacá del Sindicato

de Trabajadores de la Familia del ICBF – Sintrafamiliar de la que es miembro fundador. El 28 de julio de 2022 se restauró la subdirectiva del sindicato y fue elegida dentro de la misma con permiso sindical de 1 día quincenal, por lo que adquirió fuero sindical.

Expone que el 15 de marzo de 2023 la presidente de la Subdirectiva Boyacá de Sintrafamiliar solicitó a la directora nacional del sindicato la inclusión de los compañeros de la nómina sindical de la Subdirectiva Boyacá en el depósito sindical vigente ante el Ministerio de Trabajo. La administración del ICBF, a pesar de conocer su situación de aforada sindical y la estabilidad laboral reforzada con que cuenta, le comunicó la Resolución 3222 de 12 de mayo de 2023 por la cual se terminó su nombramiento en provisionalidad en el cargo de profesional universitario grado 7 código 2044 del Centro Zonal Tunja 2.

Dice que para su desvinculación la entidad accionada debía solicitar autorización judicial, sin embargo, no realizó dicha acción a la que la ley le obliga previa terminación de la relación laboral.

#### La contestación:

**Instituto Colombiano de Bienestar Familiar:** el apoderado del ICBF señala que la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Resolución 5596 de 17 de abril de 2023, conformó y adoptó la lista de elegibles para proveer 989 vacantes definitivas del empleo profesional universitario código 2044 grado 7 identificado con el OPEC 166313, modalidad abierta del Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del ICBF, proceso de selección 2149 de 2021. Aunque la lista se encuentra conformada por 642 posiciones como se observa en la resolución, existen múltiples empates en muchas posiciones que la conforman, por lo que la cantidad de elegibles supera el número de vacantes ofertadas.

Indica que la accionante está vinculada en provisionalidad y su permanencia en el empleo depende de la provisión del cargo con la persona que ocupe la respectiva posición de mérito en la lista de elegibles, por lo que su estabilidad es relativa y la desvinculación es por causal objetiva. Que realizó acciones tendientes a tomar medidas afirmativas de protección de estabilidad laboral reforzada que se podrán desplegar solamente cuando ocurra la desvinculación del empleo, para el caso de la accionante la desvinculación no ha ocurrido, por lo que es inexistente la vulneración de los derechos invocados. Dice que la entidad se encuentra en imposibilidad jurídica de garantizar el vínculo de la accionante porque la lista de elegibles para el cargo que ocupa supera el número de vacantes ofertadas además de que, de existir margen de maniobra para garantizar estabilidad laboral reforzada se debe dar prelación en estricto orden prioritario a quienes tengan especial condición de salud, padres o madres cabeza de familia, pre pensionados y fuero sindical (artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083/15), para el caso la accionante se encuentra en el último lugar del orden de protección reforzada por tener fuero sindical.

Señala que en este caso no se cumplen los requisitos de legitimación en la causa por pasiva respecto de esa entidad y subsidiariedad por cuanto i) es la CNSC la responsable de la convocatoria pública de concurso de méritos para proveer los empleos vacantes del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF y ii) la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa distintos de la acción de tutela para ejercer sus derechos sin que haya demostrado que estos resultan insuficientes. Tampoco acreditó que de acudir a las vías judiciales ordinarias se configure un perjuicio irremediable, por lo que el acto administrativo de desvinculación debe ser controvertido ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

**Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC):** señala que la accionante se inscribió en el proceso de selección 2149 de 2021 para el empleo profesional universitario código 2044, grado 7 y no obtuvo el puntaje mínimo en la etapa eliminatoria de pruebas escrita. Que la vinculación en provisionalidad de la accionante en un empleo de carrera no le otorga derecho a desempeñarlo definitivamente, sino que ese nombramiento es de carácter temporal, por lo que la accionante pretende infringir una norma superior para mantenerse en el empleo que ocupa.

Argumenta que carece de legitimación en la causa por pasiva en cuanto no es competente para obligar al ICBF a realizar un nombramiento o mantener a una persona en un cargo, tampoco para el manejo de personal de esa entidad. Es el empleador el llamado a resolver la solicitud de la accionante conforme al artículo 2.2.5.1.1. del Decreto 1083/15.

Finalmente, dice que no se cumple con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela toda vez que no es el mecanismo jurídico para cuestionar los actos administrativos de nombramiento del ICBF, sino que la legalidad de estos debe ventilarse en un juicio procesal administrativo cuyo juez natural es el contencioso administrativo (medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho) en el cual pueden solicitar medidas cautelares. Refiere que no existe un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela en cuanto la accionante no demostró la inminencia, urgencia, gravedad y carácter impostergable del amparo reclamado.

Intervención de integrantes de lista de elegibles para proveer el empleo profesional universitario código 2044 grado 7 - Resolución 5596 de 17 de abril de 2023: en auto de 5 de julio de los corrientes se ordenó comunicar la admisión de esta acción de tutela a las personas que conforman la lista de elegibles para proveer el empleo profesional universitario código 2044 grado 7 (Convocatoria 2149 de 2021), contenida en la Resolución 5596 de 17 de abril de 2023, para que, si era su interés, se hicieran parte en este proceso. La comunicación se surtió mediante la publicación del auto admisorio y copia de la demanda y sus anexos en el portal de la CNSC según constancia suscrita por la Dirección de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (índice 14 Samai). Los integrantes de la lista de elegibles

guardaron silencio a excepción de Erika Sánchez Gómez, nombrada en periodo de prueba en el empleo ocupado por la accionante.

**Vinculada Erika Sánchez Gómez:** expone que, aunque se reconoció fuero sindical a la accionante por parte del ICBF, no debe atenderse su solicitud en cuanto su nombramiento es en provisionalidad y el fuero sindical no opera frente al mérito como forma de ingreso al empleo público. Dice que fue nombrada porque superó el concurso de mérito y tiene el derecho constitucional y legal a posesionarse en el cargo que ahora ocupa la accionante. Solicita que la decisión de fondo que se adopte no afecte sus derechos adquiridos a través del concurso de méritos, se cumpla lo dispuesto en la Resolución 3222 de 12 de mayo de 2023 por la cual fue nombrada en periodo de prueba y se pueda realizar su posesión; de no ser así se le causarían perjuicios irremediables a ella y a sus hijos.

#### IV. CONSIDERACIONES

**Problema Jurídico:** corresponde determinar si la acción de tutela, como mecanismo judicial excepcional, resulta procedente para controvertir la terminación de un nombramiento en provisionalidad. Para el caso concreto se analizará si la condición de aforada sindical que alega la accionante es condición habilita la procedencia de este mecanismo de carácter subsidiario.

De resultar procedente la acción de tutela, el despacho establecerá si el ICBF y la CNSC amenazan o vulneran los derechos fundamentales al trabajo, estabilidad laboral reforzada, dignidad humana, seguridad social, salud, vida, mínimo vital, debido proceso e igualdad invocados por la accionante, con la decisión de terminar su nombramiento en provisionalidad y nombrar en periodo de prueba en el cargo que ocupa, profesional universitario código 2044 grado 7, a quien superó el concurso de méritos dentro de la Convocatoria 2149 de 2021 adelantada por la CNSC.

**Requisitos de procedencia de la acción de tutela:** la acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991. A través de este amparo, toda persona puede reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela es una herramienta procesal preferente, informal, sumaria y expedita que pretende el amparo de los derechos fundamentales de una persona que se ven vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o particular. Son requisitos mínimos de

procedencia de la acción de tutela: (i) legitimación en la causa por activa, (ii) trascendencia iusfundamental del asunto, (iii) subsidiariedad e (iv) inmediatez<sup>1</sup>.

**Legitimación en la causa:** en el presente caso, conforme a lo manifestado en los hechos de la tutela, está acreditado que la titular de los derechos al trabajo, estabilidad laboral reforzada, dignidad humana, seguridad social, salud, vida, mínimo vital, debido proceso e igualdad presuntamente amenazados y vulnerados es la señora Adriana María Rodríguez Martínez, quien acudió al presente trámite en nombre propio. Así, está legitimada por activa para solicitar la protección de los derechos fundamentales invocados.

Igualmente, está legitimado por pasiva el ICBF de conformidad con el artículo 13 del Decreto 2591/91, por ser la entidad respecto de la que la accionante refiere la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales.

Con respecto a la legitimación en la causa por pasiva de la CNSC el despacho se pronunciará en la resolución del caso concreto, en el evento que resulte procedente la presente acción de tutela.

**Trascendencia iusfundamental del asunto:** en el presente asunto se invocan los derechos fundamentales al trabajo, estabilidad laboral reforzada, dignidad humana, seguridad social, salud, vida, mínimo vital, debido proceso e igualdad, para cuya protección el ordenamiento jurídico ha establecido a favor de las personas herramientas como la acción de tutela, mecanismo al que en principio se puede acudir cuando se está ante una eventual vulneración de derechos fundamentales, con el fin de solicitar su protección.

**Inmediatez:** este requisito tiene que ver con que la tutela se interponga en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la supuesta vulneración y corresponde al juez en el caso concreto determinar si la interposición de dicha acción fue oportuna y justa (sobre el tema ver entre otras, sentencia de la Corte Constitucional SU – 339 de 2011). La accionante refiere que sus derechos se ven afectados a partir de la expedición de la Resolución 3222 de 12 de mayo de 2023 por la cual se terminó su nombramiento en provisionalidad en el cargo profesional universitario código 2044 grado 7 del Centro Zonal Tunja 2 de ICBF. El tiempo transcurrido desde la expedición de la citada resolución hasta la radicación de la acción de tutela el 26 de junio de 2023 resulta razonable. Por tanto, se considera satisfecha el requisito de inmediatez.

**Subsidiariedad:** el requisito de subsidiariedad<sup>2</sup>, conforme lo predica el artículo 86 constitucional, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, **salvo que se utilice como**

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-291 de 2016, M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos

<sup>2</sup> "(...) **En cuanto a la subsidiariedad**, es de anotar que la acción de tutela se encuentra consagrada como un mecanismo residual o subsidiario, por virtud del cual sólo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial. No obstante, aun existiendo otros instrumentos a los cuales puede acudir el accionante, la jurisprudencia de la Corte ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando se acredita que los mismos (i) no son lo suficientemente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual se otorgará un amparo transitorio[8]; o (ii) no son lo suficientemente idóneos para brindar un amparo integral, caso en el cual la tutela procederá como mecanismo definitivo de protección[9].(...)" (T-268 de 2017).

**mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.** En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

Este principio encuentra su justificación en la necesidad de salvaguardar las competencias atribuidas por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades jurisdiccionales, el deber de garantizar la independencia judicial y la obligación de preservar uno de los fundamentos del debido proceso, como lo es la aplicación de los procedimientos idóneos a cada caso. El carácter subsidiario de la tutela impone la obligación de acudir, de manera principal, a los medios ordinarios de defensa consagrados en el ordenamiento jurídico (T-523/17). Al respecto ver también la sentencia T-871/2011.

En este asunto la accionante acude al amparo constitucional solicitando la protección de los derechos fundamentales al trabajo, estabilidad laboral reforzada, dignidad humana, seguridad social, salud, vida, mínimo vital, debido proceso e igualdad y se ordene mantener su vinculación laboral o su reintegro. Considera vulnerados sus derechos por la terminación de su nombramiento en provisionalidad en el cargo profesional universitario código 2044 grado 7 del Centro Zonal Tunja 2 Regional Boyacá del ICBF, el cual se dio mediante la Resolución 3222 de 12 de mayo de 2023, pese a tener fuero sindical, y porque para su desvinculación la accionada no solicitó la autorización judicial a la que dice estaba obligada por ley previa terminación de la relación laboral. Es decir, el asunto se orienta a discutir la legalidad de un acto particular y concreto consistente en la desvinculación laboral de la accionante, evento para el que el ordenamiento jurídico ha dispuesto un mecanismo ordinario ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que corresponde al ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Teniendo en cuenta lo expuesto en cuanto a la jurisdicción y medio de control procedente para atacar la decisión de desvinculación laboral de la accionante, el despacho hará la siguiente precisión: ante la desvinculación laboral de empleados con fuero sindical (servidores públicos o no) sin agotarse el trámite de la autorización judicial para la terminación de la relación laboral, procede la acción de reintegro contemplada en el artículo 118 del Código Procesal del Trabajo ante el juez laboral para exigir dicha garantía (fuero sindical), como mecanismo idóneo y eficaz que hace improcedente la acción de tutela (Al respecto ver sentencia SU-036/99). Sin embargo, en este caso, aunque la accionante tiene fuero sindical, por disposición legal no era obligatorio que el ICBF solicitara autorización judicial para la terminación del nombramiento como se sugiere en el escrito de tutela, razón por la que no resultaría procedente el ejercicio de la acción de reintegro ya referida.

El artículo 24 del Decreto Ley 760/05 «por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones», prevé que no será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical cuando i) no superen el periodo de prueba, ii) cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en este o iii) cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito. Al respecto, la Corte Constitucional señaló en sentencia de constitucionalidad C-1119/05 lo siguiente:

«En el artículo 24 cuestionado se dispuso por el legislador habilitado que quien se encuentre desempeñando un empleo de carrera en carácter provisional, pueda ser retirado del servicio a pesar de estar amparado con la garantía del fuero sindical, sin que tenga que mediar para ello autorización judicial en los eventos contemplados en la norma acusada, esto es, cuando no sea superado el período de prueba por obtener calificación insatisfactoria, según lo previsto por el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, como ya se vio; cuando el empleado no participe en el concurso público de méritos para proveer los empleos que estén siendo desempeñados en provisionalidad; o cuando a pesar de haber participado en el concurso, no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de méritos. Existe pues una relación directa entre el retiro del servicio en estos casos, con el proceso de selección para cargos de carrera administrativa cuya competencia es del resorte de la Comisión Nacional del Servicio Civil. En efecto, se trata de situaciones objetivas previamente establecidas por la ley como causal de retiro del empleo las que dan lugar a ello. De ahí que no sea necesaria la autorización judicial que se echa de menos por los demandantes, pues no se trata de verificar la existencia o no de justas causas del despido de trabajadores amparados con fuero como una medida tuitiva del derecho de asociación sindical, sino de dar cumplimiento a los procesos de selección para el ingreso a la función pública, fundados en el mérito y la igualdad de oportunidades de todos los aspirantes. Recuérdese que los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad y de excepción que encuentra su justificación en la continuidad del servicio, de suerte que se pueda dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado. En tal virtud gozan solamente de una estabilidad relativa hasta tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos.»

Claro lo anterior, el medio para atacar la legalidad de la decisión que se discute sería el de nulidad y restablecimiento del derecho en la que se impugne el acto administrativo de desvinculación. Esto en cuanto la acción de reintegro no tendría fundamento si se tiene en cuenta que por disposición legal la entidad accionada no estaba en la obligación de solicitar autorización judicial para desvincular a la accionante.

Sobre el ejercicio de la acción de tutela para controvertir actos administrativos, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han señalado que por regla general la acción no procede ya que existen otros medios judiciales alternativos como el medio de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho en lo contencioso administrativo<sup>3</sup>. No obstante, se ha precisado que la acción de tutela procede excepcionalmente i) como mecanismo directo cuando el mecanismo alternativo se torna ineficaz o no idóneo para proteger los derechos del accionante, o ii) como mecanismo transitorio cuando exista la amenaza de un perjuicio irremediable que sea inminente, grave y que exija medidas urgentes e impostergables<sup>4</sup> y cuando el titular de los derechos fundamentales es sujeto de especial protección<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Ver sentencias de la Corte Constitucional T-359 de 2006 y T-747 de 2010. Ver también sentencia del Consejo de Estado del 8 de mayo de 2012, expediente 54001-23-31-000-2012-00058-01

<sup>4</sup> Ibidem, sentencia T-360 de 2017

<sup>5</sup> T – 647 de 2015

Conforme a lo anterior, el despacho analizará si en este caso se cumple con los requisitos para que la acción de tutela resulte procedente por cumplirse el requisito de subsidiariedad, esto es, i) que el mecanismo ordinario (nulidad y restablecimiento del derecho) no sea suficiente, idóneo y eficaz para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados, ii) que se requiera de amparo transitorio en cuanto, de no ser así, se causaría a la accionante un perjuicio irremediable, iii) que la accionante sea sujeto de especial protección constitucional.

**El caso concreto:** la accionante pretende que se ordene a la accionada mantener su vinculación laboral en provisionalidad en el cargo profesional universitario código 2044 grado 7 del Centro Zonal Tunja 2 del ICBF o su reintegro laboral a un cargo de la misma o mejor condición, en atención a que dice es sujeto de especial protección en razón a su condición de aforada sindical, razón por la que dice ser beneficiaria de estabilidad laboral reforzada.

El ICBF argumenta que: i) la estabilidad laboral de la accionante es relativa, dada su vinculación en provisionalidad, y está sujeta a la provisión del empleo con la persona que superó el concurso de méritos que integra la lista de elegibles; ii) el número de vacantes ofertadas del cargo profesional universitario código 2044 grado 7 es inferior al de personas que integran la lista de elegibles; iii) no hay lugar a garantizar estabilidad laboral reforzada, en todo caso se debe dar prelación en estricto orden a quienes tengan especial condición de salud, padres o madres cabeza de familia, pre pensionados y fuero sindical, la accionante se encuentra en el último lugar del orden de protección reforzada; iv) no se cumple el requisito de subsidiariedad para que proceda la acción de tutela.

La CNSC señala que la vinculación en provisionalidad de la accionante en un empleo de carrera no le otorga derecho a desempeñarlo definitivamente, sino que ese nombramiento es de carácter temporal. Argumenta que no se cumple con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela. Alega falta de legitimación en la causa por pasiva en cuanto dice no es responsable del manejo de personal del ICBF.

La vinculada Erika Sánchez Gómez expone que, aunque se reconoció fuero sindical a la accionante, su nombramiento es en provisionalidad y el fuero no opera frente al mérito como forma de ingreso al empleo público. Dice que tiene derecho constitucional y legal a posesionarse en el cargo en que fue nombrada y solicita que la decisión de fondo que se adopte no afecte los derechos que adquirió a través del concurso de méritos.

Dentro del proceso se probaron entre otros, los siguientes enunciados de hechos relevantes para resolver sobre el asunto:

- La accionante Adriana María Rodríguez Martínez está vinculada en provisionalidad en el empleo profesional universitario código 2044 grado 7 asignado al Centro Zonal Tunja 2 de la Regional Boyacá del ICBF desde el 5 de septiembre de 2017 (índice 3 Samai).

- A la accionante se le reconoció estabilidad laboral reforzada por fuero sindical mediante oficio 202312100000082501 de 52 de abril de 2023, que fue comunicada a la trabajadora el 9 de mayo de 2023, como miembro de la Subdirectiva o Comité Seccional Boyacá del sindicato Sintrafamiliar (índice 3 y 7 Samai).
- Mediante Resolución 5596 de 17 de abril de 2023 se conformó y adoptó la lista de elegibles para proveer 989 vacantes definitivas del empleo profesional universitario código 2044, grado 7 del Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del ICBF. En la lista se encuentra la señora Erika Sánchez Gómez (índice 14 Samai).
- Mediante Resolución 3222 de 12 de mayo de 2023 la Secretaría General del ICBF nombró en periodo de prueba en el cargo profesional universitario código 2044 grado 7 adscrito a la Regional Boyacá, Centro Zonal Tunja 2, a la señora Erika Sánchez Gómez. El mismo acto administrativo terminó el nombramiento en provisionalidad de la señora Adriana María Rodríguez Martínez quien ocupaba el cargo ya señalado. La fecha de terminación del nombramiento en provisionalidad, de acuerdo a la resolución, será a partir de la posesión de la persona nombrada (índice 3, 7, 9 y 10 Samai).

Conforme a los hechos probados y el marco jurídico reseñado se analizará si se cumple el requisito de subsidiariedad, así:

**1. El mecanismo ordinario no es suficiente, idóneo y eficaz para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados:** como se señaló en párrafo precedente, por tratarse este asunto del reproche de la decisión contenida en un acto administrativo de carácter particular y concreto, Resolución 3222 de 12 de mayo de 2023, por la cual se terminó el nombramiento en provisionalidad de la señora Adriana María Rodríguez Martínez, el medio de control procedente es el de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

La Corte Constitucional en sentencia T-393/21 expresó que dicho mecanismo es el principal y definitivo, de naturaleza objetiva e individual, que tienen las personas para solicitar la nulidad de actos administrativos por su inconstitucionalidad o ilegalidad y consecuentemente el restablecimiento de sus derechos, ya que es un asunto que corresponde por ley a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para el que no está facultado el juez de tutela. Consideró que la idoneidad y eficacia se refuerzan con la posibilidad que tiene el demandante de solicitar, desde la formulación de la demanda y en cualquier estado del proceso, la adopción de medidas cautelares como la suspensión del acto administrativo o actuaciones administrativas que se consideren necesarias, que garanticen la efectividad de los derechos mientras se emite la sentencia correspondiente, las cuales están

previstas en el artículo 229 y siguientes del CPACA. Al respecto ver también sentencias T-146/19 y T149/23.

Revisado el escrito de tutela así como las pruebas obrantes en el expediente, no se encuentran elementos probatorios ni argumentos de la accionante a partir de los cuales se pueda determinar que el medio de defensa judicial a su alcance para refutar la decisión de la entidad accionada en relación a la terminación de su nombramiento resulte insuficiente e ineficaz para garantizar los derechos laborales que asegura le fueron transgredidos.

Aunado a lo anterior, como lo señala la Corte Constitucional, presentada la demanda ante el juez de lo contencioso administrativo la accionante puede solicitar la aplicación de una herramienta preventiva y provisional como es la medida cautelar con el fin de evitar la configuración o prolongación de la vulneración de los derechos que considera afectados durante el tiempo que pueda tardar el proceso ordinario. Herramienta jurídica «destinadas a salvaguardar los derechos subjetivos en disputa y, principalmente, a garantizar la efectividad y eficacia de la administración de justicia»<sup>6</sup>. Al respecto ver sentencias SU691/17.

**2. Se requiera de amparo transitorio en cuanto, de no ser así, se causaría a la accionante un perjuicio irremediable:** este requisito tiene que ver con que el accionante demuestre la inminente afectación de sus derechos fundamentales y que sin la intervención inmediata del juez de tutela sería difícil restablecerlos. El accionante tiene la carga de probar el perjuicio que se causaría de no intervenir el juez constitucional, de esta manera no es suficiente que solo se enuncie que la expedición de un acto administrativo implica un perjuicio irremediable (al respecto ver las sentencias T-393/21).

Este requisito de procedencia de la acción de tutela (perjuicio irremediable) se caracteriza por cumplir con cuatro elementos determinantes, así, el perjuicio debe ser (i) actual o inminente, es decir, no basta con que exista una mera posibilidad de que se produzca el daño; (ii) catalogado como grave, lo que implica un daño de gran intensidad sobre la persona afectada y debe requerir (iii) medidas urgentes e (iv) impostergables (ver sentencias SU-691/17, T221/14, T-647/15, T-003/22).

La Corte Constitucional también precisó que a fin de determinar la existencia del perjuicio irremediable se deben observar criterios como: «(i) la edad de la persona, por ser sujeto de especial protección en el caso de las personas de la tercera edad; (ii) el estado de salud del solicitante y su familia; y (iii) las condiciones económicas del peticionario del amparo o de las personas obligadas a acudir a su auxilio»<sup>7</sup>.

---

6 C – 925 de 18 de noviembre de 1999

7 SU – 691 de 2017

Perjuicio actual e inminente: se refiere esta característica a que el accionante este sufriendo un daño al momento de presentación de la acción de tutela o que existen circunstancias fácticas verificables que den cuenta que pronto ese daño se va a producir, por lo que se requieren medidas oportunas para evitar el perjuicio.

La accionante refiere en el escrito de tutela su vinculación en provisionalidad con el ICBF y la terminación de su nombramiento mediante la Resolución 3222 de 12 de mayo de 2023 respecto de la que pretende cesen sus efectos por su condición de aforada sindical. Aunque indica como vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, dignidad humana, vida, seguridad social, mínimo vital, debido proceso e igualdad, no hace alguna argumentación concreta tendiente a justificar de qué manera la expedición del acto administrativo que la desvinculó laboralmente afecta dichos derechos o los de su núcleo familiar y cuál sería la inminencia del perjuicio irremediable a partir de la desvinculación laboral.

Revisado el expediente, tampoco se encontraron elementos probatorios a partir de los cuales inferir que la terminación del nombramiento en provisionalidad de la accionante puede causarle un perjuicio de tal entidad que requiera la intervención urgente del juez de tutela. Esto en cuanto no obra prueba que permita inferir que la accionante o su núcleo familiar se encuentre en un inminente estado de vulnerabilidad por afectación de su mínimo vital una vez termine el nombramiento, ya sea por la condición de edad, salud, pérdida de capacidad laboral, entre otras circunstancias. No se tiene conocimiento si la accionante tiene personas a cargo y si estas tienen alguna condición especial por la que se puedan ver afectados ante su desvinculación laboral.

Así las cosas, el único argumento con el que la accionante pretende que se protejan los derechos fundamentales que invocó, acreditado en el curso del proceso, consiste en que está cobijada por fuero sindical.

Gravedad del perjuicio: este requisito se refiere a la intensidad del daño o menoscabo material o moral del bien jurídico protegido; «no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona (...) por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente» (Ver sentencia T – 647 de 2015).

Teniendo en cuenta el análisis del acápite anterior, si no se acreditó el perjuicio actual e inminente, fuerza concluir que tampoco existen elementos probatorios a partir de los cuales inferir la gravedad de la afectación sufrida ante la desvinculación de la accionante y que esta es tal que el juez de tutela debe proteger los derechos que se invocan ante la urgencia y carácter impostergable de acciones para su protección.

Así las cosas, la accionante no cumplió con la carga que tenía de demostrar el perjuicio que se le causaría ante la terminación de su nombramiento en provisionalidad, de no intervenir el juez constitucional.

**3. Condición de especial protección de la accionante:** de acuerdo a lo probado en el proceso, la accionante es servidora pública vinculada en provisionalidad al ICBF en el cargo profesional universitaria código 2044 grado 7, quien presta sus servicios en la Regional Boyacá Centro Zonal Tunja 2. Así mismo está acreditado que tiene fuero sindical en cuanto hace parte de la Subdirectiva Regional Boyacá del sindiado Sintrafamiliar, así fue reconocido por la entidad accionada. Así, la señora Adriana María Rodríguez Martínez es sujeto de especial protección como trabajadora con fuero sindical.

Lo anterior en cuanto el fuero sindical es una garantía constitucional que ampara los derechos laborales del trabajador aforado a través del reforzamiento de la estabilidad laboral, con el objetivo primordial de proteger la libertad y el derecho de asociación sindical. Aunque el principal objetivo del fuero es la estabilidad de la organización sindical, indirectamente comparte una garantía en las relaciones laborales individuales del sujeto aforado (ver sentencia C-033/21). La estabilidad laboral reforzada protege a quienes son susceptibles de ser discriminados en el ámbito laboral y se concreta en el permanecer en el empleo, a menos que exista una justa causa de desvinculación no relacionada con su condición (SU 087/22).

Sin embargo, como se señaló en párrafos precedentes, la condición de aforado sindical por sí sola no da la garantía absoluta de la estabilidad laboral reforzada cuando se trata de empleados en provisionalidad, ante el nombramiento de quienes han superado el concurso de méritos para la provisión del empleo público. En tal caso la desvinculación laboral es objetiva y no se trata de una decisión fundada en la condición del trabajador sino del cumplimiento de los principios de la función pública fundados en el mérito y la igualdad de oportunidades de quienes aspiran al servicio público.

Así las cosas, si bien está acreditada la condición especial que protege a la accionante en razón del fuero sindical, lo cierto es que la misma no es suficiente para superar el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela en cuanto tratándose de aspectos relacionados con la provisión de empleos por el mérito, su estabilidad laboral no es absoluta. Se reitera que conforme al artículo 24 del Decreto Ley 760/05 quien se encuentre desempeñando un cargo en provisionalidad puede ser retirado del servicio aun cuando esté amparado por fuero sindical, sin que se deba obtener autorización judicial, pues no se trata de verificar la existencia de una justa causa del despido, sino de una decisión objetiva fundada en el mérito.

Conforme a lo expuesto, el presente asunto no cumple con las reglas de procedencia de la acción de tutela previstos por la Corte Constitucional que actualicen el requisito de subsidiariedad, razón por la que se declarará improcedente. Lo anterior, sin perjuicio de que la accionante pueda reclamar el reconocimiento de los derechos laborales que invoca a través del mecanismo judicial ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, mecanismo idóneo y eficaz para el efecto.

Se reconocerá personería para actuar como apoderado del ICBF al abogado Juan Carlos Montenegro Duque identificado profesionalmente con la tarjeta No. 199.898 del CSJ, de conformidad con el poder allegado con la contestación de la demanda (índice 7 Samai).

Se deberá notificar esta providencia en forma personal a las partes accionante y accionada por el medio más eficaz, lo mismo que al defensor del pueblo por intermedio de la Defensoría del Pueblo Regional Boyacá y a la delegada del Ministerio Público ante este despacho al buzón de notificaciones judiciales que reposa en la Secretaría, conforme lo determina el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **F A L L A:**

**PRIMERO:** Declarar improcedente la acción de tutela instaurada por la señora Adriana María Rodríguez Martínez contra del ICBF, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Reconocer personería para actuar como apoderado del ICBF al abogado Juan Carlos Montenegro Duque identificado profesionalmente con la tarjeta No. 199.898 del CSJ, de conformidad con el poder allegado con la contestación de la demanda (índice 7 Samai).

**TERCERO:** Notifíquese esta decisión a las partes y vinculadas por el medio más eficaz, lo mismo que al defensor del pueblo por intermedio de la Defensoría del Pueblo Regional Boyacá y a la delegada del Ministerio Público ante este despacho al buzón de notificaciones judiciales que reposa en la Secretaría, conforme lo determina el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Comunicar esta providencia a quienes conforman la lista de elegibles para proveer el empleo profesional universitario código 2044 grado 7 (Convocatoria 2149 de 2021), contenida en la Resolución 5596 de 17 de abril de 2023. Por Secretaría, oficiar al ICBF y a la CNSC para que la publiquen en su página web. Dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de esta providencia, el ICBF y la CNSC deberán acreditar ante este juzgado el cumplimiento de lo ordenado.

**CUARTO:** En el evento de no ser objeto de impugnación esta decisión, remítase ante la Corte Constitucional para su eventual revisión, dejándose las correspondientes constancias. Una vez regrese el proceso de la Corte Constitucional, archívese el expediente previo las anotaciones a que haya lugar.

**QUINTO:** Los memoriales con destino a este proceso deberán ser enviados a través de la ventanilla virtual del aplicativo web SAMAI link: <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8087/>. Advertir a las partes que los

memoriales que se presenten con destino a este proceso deberán enviarse al correo electrónico de las demás partes e intervinientes en el proceso del asunto en cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 2213/22 y acreditarse a este despacho con la radicación del respectivo memorial.

Las partes podrán acceder al expediente en el aplicativo web SAMAI. En caso de no tener acceso a la totalidad del expediente deberán solicitar el acceso al mismo a través de la ventanilla de atención virtual de SAMAI – acceso a expedientes. Para el efecto, en el micrositio del juzgado se encuentra el instructivo para solicitar dicho acceso.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

(Firmada electrónicamente en SAMAI)  
**LAURA PATRICIA ALBA CALIXTO**  
Juez