



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Familia

MAGISTRADA PONENTE: GLORIA MONTOYA ECHEVERRI

Impugnación: 050013110002 2023 00421 01

Radicado Interno (2023-171)

Sentencia Nro. 112 de 2023.

Medellín, ocho de septiembre de dos mil veintitrés.

Discutida y aprobada mediante acta Nro. 137 del 8 de septiembre de 2023.

Se resolverá la impugnación presentada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- en contra de la sentencia del 26 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Medellín, dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Yira Andrea Lozano Acevedo en contra suya, a la que se vinculó a la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-, a la señora Claudia Patricia Upegui y a *“todas las personas que se puedan ver afectadas con las decisiones a tomar en esta acción de tutela, en la lista de elegibles para desempeñar el cargo que ostentaba la señora YIRA ANDREA LOZANO ACEVEDO”*.

ANTECEDENTES

La promotora es trabajadora social y en el 2017 fue nombrada en provisionalidad como Profesional Universitaria de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-.

Se inscribió para el empleo denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 7 identificado con el código OPEC Nro. 166313, ofertado en la modalidad de concurso abierto por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el Proceso de Selección Nro. 2149 de 2021¹, pero no aprobó la prueba escrita. Entre los meses

¹ Acuerdo Nro. CNSC – 20212020020816 del 21 de septiembre de 2021 “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”.

de febrero y mayo envió a Gestión Humana del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- la documentación pertinente para ser tenida en cuenta como servidora pública con estabilidad laboral reforzada, por ser madre cabeza de familia y en tanto tiene a su cargo dos hijos menores de edad y a su madre adulta mayor enferma en el Régimen Subsidiado en Salud, enfatizando que el único sustento económico de su hogar es el salario devengado en dicho cargo. No obstante, el 5 de junio de la presente anualidad se le negó su solicitud con fundamento en que: *“NO se acredita el requisito (v) de la sentencia SU-388 de 2005, ya que no existe manifestación expresa, que se entiende bajo la gravedad de juramento, en relación con que haya deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo que implica una responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”*² y a pesar de que allegó al día siguiente la declaración auténtica y la evidencia que sustentaba su condición, fue excluida nuevamente mediante correo electrónico del 11 de julio.

Asimismo, el 23 de junio del año en curso se le notificó el nombramiento de la señora Claudia Patricia Upequi, ganadora del concurso en la posición 275³ y el día 29 de la terminación en el cargo en provisional.

Por lo expuesto consideró que se le vulneran sus derechos al debido proceso, igualdad, defensa, protección, estabilidad laboral reforzada, trabajo en condiciones dignas, transparencia, imparcialidad, confianza legítima y seguridad jurídica, solicitando lo siguiente:

“PRIMERO: Que se declare mi CONDICION de madre cabeza de familia y en consecuencia se me otorguen los derechos fundamentales a la aplicación de las medidas afirmativas establecidas en las SENTENCIAS SU — 389 de 2005 – SU-446 DE 2011 [sic] en virtud de la protección especial dentro de los concursos de carrera administrativa y, por tanto, el cargo que ocupaba en provisionalidad sea proveído o entregado al elegible dentro de los últimos cargos de la convocatoria 2149 de 2021. En el mismo sentido se emita concepto y resolución mediante la cual se indique la validación de fuero por estabilidad laboral reforzada como madre cabeza de hogar.

SEGUNDO: teniendo en cuenta lo anterior solicito de la manera más respetuosa ordene a la accionada Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que por medio de su representante legal y/o quien haga sus veces disponga de una vacante igual o similar a la ocupada por mi durante la vigencia de la vinculación en provisionalidad como Profesional en Trabajo Social en la ciudad de Medellín o

² Conforme a lo indicado en el oficio Nro. 202312100000138521 con fecha del 31 de mayo de 2023 por medio del correo electrónico.

³ Resolución Nro. 5596 del 17 de abril de 2023, se conformó y adopto la lista de Elegibles para proveer novecientos ochenta y nueve (989) vacantes definitivas del empleo denominado Profesional Universitario, Código 2044 Grado 07, identificado con OPEC 166313, Modalidad Abierto del Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF, Proceso de Selección Nro. 2149 de 2021. Folio 69 del archivo 13.

adonde [sic] este la vacante, en lo posible, (por las condiciones de mis hijos y de mi madre expuestas con antelación) ello con el fin de garantizar el derecho al trabajo y la estabilidad laboral reforzada como madre cabeza de familia, ello como consecuencia del nombramiento en propiedad de la vacante OPEC No. 166313 proceso de selección No. 2149, lo anterior sin superar las 48 horas siguientes a la notificación de la validación de fuero por condición de madre cabeza de hogar”.⁴

El auto del 14 de julio de los corrientes que admitió esta acción constitucional en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, vinculó a la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC-, a la señora Claudia Patricia Upegui y a: “*todas las personas que se puedan ver afectadas con las decisiones a tomar en esta acción de tutela, en la lista de elegibles para desempeñar el cargo que ostentaba la señora YIRA ANDREA LOZANO ACEVEDO*”⁵.

POSICIÓN DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS

La señora **Claudia Patricia Upegui Ortiz**⁶ indicó que el día 26 de junio del corriente año se le notificó su nombramiento en período de prueba en el cargo de carrera administrativa de la planta global del personal del ICBF, identificado con el Código Opec 166313, tomando posesión el día 6 de julio, en virtud de su posición en el concurso de méritos; por lo que no se le podían vulnerar sus derechos adquiridos por mérito propio ni desconocer la posición en la lista de elegibles ocupada a lo largo del proceso.

El representante legal del **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF-** explicó⁷ que los nombramientos en cargos públicos se efectúan por regla general, en virtud del examen de las capacidades y aptitudes de una persona a través de un concurso público, como mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito y en ese caso, no se ha incurrido en ninguna actuación que vulnere los derechos fundamentales de la actora, además de que cuenta con otro medio para ejercer la defensa de sus derechos, no configurándose ningún perjuicio irremediable en su contra, pues inclusive la enfermedad de diabetes que registra su historia clínica, no es considerada como catastrófica o de alto costo, lo que implica que no ostenta condición alguna de debilidad manifiesta que le permita hacer uso del presente trámite constitucional.

⁴ Folio 21 del escrito tutelar.

⁵ Comunicado que fue publicado por ambas entidades accionadas en su portal web, conforme a los archivos 17 y 18 del cuaderno principal.

⁶ Archivos 8 del cuaderno de primera instancia.

⁷ Archivo 10 del cuaderno de primera instancia.

Por demás, consideró que media una causal objetiva de desvinculación como es la provisión del empleo en carrera administrativa amparada por el artículo 125 de la Constitución Política y que los servidores vinculados en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa o transitoria que depende de la provisión del empleo en carrera administrativa.

También informó que mediante la Resolución 5596 del 17 de abril de 2023⁸, se conformó y adoptó la lista de elegibles para proveer 989 vacantes definitivas del empleo denominado Profesional Universitario, Código 2044 Grado 07, identificado con el OPEC 166313, Modalidad Abierto del Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, Proceso de Selección Nro. 2149 de 2021; con todo, la cantidad de elegibles (1118⁹) supera el número de vacantes ofertadas (989) y en consecuencia, no cuenta con un margen de maniobra para: *“garantizar la estabilidad laboral reforzada, adicionalmente porque este mismo proceso se está adelantando de forma simultánea con todos los empleos de la planta de personal del ICBF, para su provisión definitiva, con sus respectivas listas de elegibles.”*, muy a pesar de que la accionante acredite una de las condiciones de debilidad manifiesta prevista en el Decreto 1083 de 2015, y es por ello que envió oficio a 32 las entidades del orden nacional para consultar la viabilidad de algún tipo de vinculación de aquellas personas en provisionalidad.

La **Comisión Nacional del Servicio Civil** manifestó¹⁰ que la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa idóneo para controvertir el acto administrativo, atinente al acuerdo rector del concurso de méritos que regula el nombramiento de elegibles y la consecuente terminación de su nombramiento en provisionalidad. Aunado a que en un proceso administrativo judicial puede solicitar las medidas cautelares del caso.

Frente a la provisionalidad dice que es obligación del nominador y en este caso el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, evaluar cada caso para proteger los

⁸ Folios 55 a 84 del archivo 13 del cuaderno principal.

⁹ Advierte la accionada que *“aunque dicha lista se encuentra conformada por 642 posiciones el número de elegibles asciende a 1118 tal y como se evidencia en la Resolución N° 5596 del 17 de abril de 2023, pues existen múltiples empates en muchas de las posiciones que la conforman; verbigracia, en la posición 74, existen 4 elegibles en condición de empate, lo que implicará para ellos la modificación de sus posiciones una vez aplicado el procedimiento de desempate, que se traduce en que esos 4 elegibles, pasarán de ocupar al unísono la posición 74, a ocupar las posiciones 74, 75, 76 y 77 y así sucesivamente con todos los empates existentes en cada posición de la lista. Así las cosas, para el caso concreto, se proyecta proveer las 989 vacantes ofertadas con los elegibles que se encuentran hasta la posición 508 de lista, que suman un total de 989 elegibles, lo que evidencia que la cantidad de elegibles supera el número de vacantes ofertadas (989)”*.

¹⁰ Archivo 12 del cuaderno de primera instancia.

derechos del pre-pensionado, madre o padre cabeza de familia o persona con discapacidad, estableciendo una escala de sujetos de especial protección bajo el parámetro de la lista de elegibles para que esté conformada por un número menor de aspirantes al de vacantes a proveer, escala que debe ser tenida en cuenta a la hora de efectuar un nombramiento en período de prueba.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El fallo de primera instancia del 26 de julio de 2023, resolvió:

“PRIMERO: CONCEDER la acción de tutela promovida por la señora YIRA ANDREA LOZANO ACEVEDO, identificada con C.C. 26.367.491, frente a la Directora del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF- y/o quien haga las veces, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la Licenciada ASTRID ELIANA CÁCERES CÁRDENAS, en su calidad de Directora del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF- y/o quien haga las veces, reubicar a la señora YIRA ANDREA LOZANO ACEVEDO, en un cargo de iguales condiciones al que ella ostentaba, siempre y cuando se encuentre disponible la vacante.

TERCERO. - DESVINCULAR de la presente acción de tutela al Dr. MAURICIO LIEVANO BERNAL, en su calidad de Presidente de la “COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-” y/o quien haga sus veces, y NEGARLA frente a la señora CLAUDIA PATRICIA UPEGUI ORTIZ con C.C. 43.163.313, por lo indicado en la parte considerativa de esta decisión.

CUARTO. - NOTIFICAR esta providencia por el medio más expedito a las partes intervinientes, advirtiéndoles que contra la misma procede el recurso de impugnación, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

QUINTO.- ORDENAR a la “COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-” y al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-”, para que a través de sus páginas, publiquen el presente fallo, con el fin de que, eventualmente, todos los participantes del acuerdo Nro. 2081 del 21 de septiembre de 2021 y los integrantes de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución Nro. 5596 del 17 de abril de 2023, puedan ejercer su derecho de defensa y contradicción y evitar una posible nulidad de este trámite constitucional, confiriéndoles el término de un (3) días, para que impugnen la decisión, si lo consideran pertinente, al correo j02fctomed@cendoj.ramajudicial.gov.co, para lo cual dicha entidad allegará las respectivas constancias de la susodicha publicación.

SEXTO. - REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada la presente decisión.”¹¹.

¹¹ Archivo 21 del cuaderno de primera instancia.

Con este menester consideró que estaba acreditada la calidad de madre cabeza de familia de la accionante con su registro civil de nacimiento y el de los niños y la historia clínica de su enferma progenitora, teniendo en cuenta que la entidad accionada y vinculada no rebatieron dichas pruebas. Y, por otro lado, está claro que la institución accionada, para la cual laboraba la accionante, no cuenta con margen de maniobra para garantizar la estabilidad laboral reforzada, pues proyecta proveer las 989 vacantes con los elegibles hasta la posición 508, rebasando por mucho la cantidad de plazas ofertadas y en virtud de ello remitió comunicaciones a distintas entidades del orden nacional con el objetivo de que en lo posible, sean vinculados los servidores públicos afectados con la aplicación de las reglas del concurso de méritos.

Citó las sentencias C-306 de 1995, T-389 de 2015 y T- 373 de 2017 estimando que, para el caso, en virtud de la condición de debilidad manifiesta de la actora y con la finalidad de garantizar su estabilidad laboral reforzada por ser madre cabeza de familia, ordenaría su reubicación en un cargo de iguales condiciones al que ostentaba, siempre y cuando esté disponible la vacante.

SUSTENTO DE LA IMPUGNACIÓN

El **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF-** impugnó¹² oportunamente el fallo de primer grado indicando que media una causal objetiva para la desvinculación de la actora, relativa a la provisión del empleo en carrera administrativa, además de la inexistencia de un margen de maniobra para postergar el nombramiento en la medida en que las listas de elegibles exceden la cantidad de vacantes y que en caso de que existiera una, debería ser agotado, en primer lugar, con los 496 servidores públicos que se les ha reconocido una especial condición de salud.

En últimas estimó estar ante una imposibilidad jurídica de garantizar el vínculo legal y reglamentario, pues para el empleo de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 07 (perfil Trabajo Social) por la falta de margen de maniobra, pues no puede mantener a todas las personas vinculadas mediante nombramiento provisional con debilidad manifiesta y que fueron vinculadas en los empleos de denominación Profesional Universitario Código 2044 Grado 07 Trabajo Social en las cuales las

¹² Archivo 26 del cuaderno de primera instancia.

listas de elegibles están conformadas por un número inferior a las vacantes ofertadas.

ALEGACIONES

La accionante expuso que, mediante acuerdo colectivo entre las organizaciones sindicales y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, esta última se comprometió a ampliar su planta de personal global y si bien hay compañeros suyos que tienen un aforo por su estado de salud, a ella también se le deben garantizar sus derechos, por ser mujer cabeza de familia. Además, en la lista de elegibles hay personas que no aceptaron el cargo, por lo que el número se reduce significativamente, resultando imperioso conocer cuántas personas realmente están en espera de ser nombradas y recalcó la negligencia del Instituto accionado para acreditarla como mujer cabeza de familia, a pesar de las reiteradas ocasiones en las que se envió la documentación pertinente para ser incluida en el Acuerdo Colectivo 2023 como margen de maniobra¹³.

CONSIDERACIONES

Esta Sala es competente para conocer de esta impugnación, de conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, por su carácter de superior funcional del Juzgado Segundo de Familia de Medellín que resolvió en primera instancia este asunto constitucional en virtud de lo estipulado en el Decreto 333 de 2021, que en el numeral 2° de su artículo 1° modificó el canon 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015 y establece que: *“Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces del Circuito o con igual categoría.”*

La acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales constitucionales, cuando se presenta una vulneración o amenaza inminente de uno de ellos por cualquier particular o autoridad pública, que se caracteriza por su naturaleza residual, subsidiaria e inmediata, que resulta procedente cuando el afectado no goza de otro mecanismo efectivo para su protección y que debe ser formulada dentro de un término razonable. Y, de acuerdo con el artículo 86 de la

¹³ Archivo 8 del cuaderno de segunda instancia.

Constitución Política y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, toda persona que encuentre la existencia de una agresión a sus derechos fundamentales tiene vía libre para acudir a la acción de tutela y se consagra la posibilidad de agenciar los derechos de terceros, cuando estos no están en condiciones de procurar su propia defensa.

Sobre el carácter subsidiario que reviste esta acción y que deriva al mismo tiempo en excepcional, la Corte Constitucional ha sostenido que:

“... El ya citado artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esto significa que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”. El carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial.

No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o no son lo adecuadamente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

(...) Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de este Tribunal, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes, tanto por brindar una solución adecuada frente a la proximidad del daño, como por armonizar con las particularidades del caso; (iii) el perjuicio debe ser grave, es decir, susceptible de generar un detrimento trascendente en el haber jurídico de una persona; y la (iv) respuesta requerida por vía judicial debe ser impostergable, o lo que es lo mismo, fundada en criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable. En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008, se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de “presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela”.

Finalmente, reitera la Sala que, en atención a la naturaleza eminentemente subsidiaria de la acción de tutela, esta Corporación también ha establecido que la misma no está llamada a prosperar cuando a través de ella se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial. Al respecto, la Corte ha señalado que: “no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su

consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”.

4.5.4. Ahora bien, tratándose de actos administrativos particulares, esta regla general de improcedencia se mantiene, por cuanto, en principio, ellos pueden ser controlados por el juez contencioso. Al respecto, este Tribunal ha sido enfático en señalar que contra estos actos no procede la acción de tutela, por cuanto el ordenamiento jurídico establece distintos instrumentos que permiten controvertirlos, bien sea dentro de una actuación administrativa, como es el caso de las nulidades y los recursos dentro del proceso –cuando ellos son procedentes–, o por fuera de este ante la jurisdicción contencioso administrativa.”¹⁴. – Negrita ajena al texto -.

Exposición que guarda concordancia con el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, al tenor del cual la acción de tutela no procederá: *“Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.*

En el caso concreto la señora Yira Andrea Lozano Acevedo, quien alega su calidad de madre cabeza de familia, fue desvinculada de su empleo como Profesional Universitario Código 2044, Grado 07 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF- en virtud de una causal del retiro del servicio por la provisión del empleo de las personas que ganaron el concurso de méritos para ostentar el mentado cargo, nombrando a la vinculada señora Claudia Patricia Upegui. Empero, el ente nominador aduce no contar con un margen de maniobra en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la lista de elegibles determinada en la Resolución Nro. 5596 del 17 de abril de 2023.

Así pues, la queja de la actora versa en que se le ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, en razón a su remoción en el cargo de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 7 identificado con el código OPEC Nro. 166313 por el nombramiento en carrera administrativa de una persona que ganó el concurso de méritos, se le reubique en una vacante igual o similar a la que ocupaba en provisionalidad, por su calidad de madre cabeza de familia.

Frente a este tema, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho constituye un mecanismo judicial

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-405 del 2018 con ponencia del magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez.

idóneo para garantizar la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados en situaciones muy similares al caso objeto de estudio. En la sentencia STC7288 de 2023 con ponencia del magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo se explicó que:

“2.1. Wendy Janjery Perdomo Ramírez ingresó a laborar a la Contraloría General de la República, en provisionalidad, desde el 6 de noviembre de 2020, en el cargo de «profesional universitario – grado 01» en el grupo de responsabilidad fiscal de Antioquia, empleo que ha desempeñado por designaciones sucesivas, la última de las cuales se realizó, a través de resolución ORD-81117-000-05934-2022 del 8 de noviembre de 2022, acto mediante el que fue nombrada «por el término de cuatro... meses».

2.2. Con resolución ORD-81117-05129-2023 del 17 de marzo de 2023, el Contralor General de la República dio por terminado el nombramiento provisional de Wendy Janjery Perdomo Ramírez, «a partir del 29 de marzo de 2023», «por vencimiento del término señalado en la resolución... 05934 del 8 de noviembre de 2022».

2.3. En síntesis, expresó la gestora del resguardo que, «desde el 23 de diciembre de 2021 [le] iniciaron una serie de exámenes que dieron como resultado [el diagnóstico de] tumor maligno de la glándula tiroides», por lo que ha «sido intervenida quirúrgicamente donde se confirma compromiso por microcarcinoma papilar de tiroides 2 ganglios linfáticos positivos para tumor, e incapacitada en numerables oportunidades debido a terapias de radioyodo...», situación que puso en conocimiento de su empleador.

2.4. Agregó que es «madre cabeza de familia» de una niña de nueve años, de quien ha «sido responsable de su manutención durante toda su vida», toda vez que su «padre nunca respondió por ella y solo hasta el 13 de marzo de 2023 se acordó una cuota alimentaria..., que corresponde a tan solo trescientos mil pesos..., valor insuficiente... para la manutención... de [su] hija».

2.5. También esgrimió que, «a pesar de tener una enfermedad de alto costo como la diabetes, una enfermedad catastrófica como se considera el cáncer, ambas de conocimiento de la entidad y ser madre cabeza de familia», fue desvinculada de la entidad accionada, acto que resulta «inconstitucional», habida cuenta que la «Corte Constitucional ha establecido que el solo vencimiento del término no es razón suficiente para dar por terminado un nombramiento en provisionalidad, solo lo será cuando se vaya a ocupar el empleo por una persona con derechos de carrera que haya superado el concurso público de méritos», supuesto fáctico que «no ocurrió, pues se vinculó a otra persona a través de nombramiento en provisionalidad y no a una persona con derechos de carrera».

(...) de entrada advierte la Corte que, como lo indicó el a quo, la gestora, al momento de promover el resguardo, contaba con otro mecanismo de defensa para cuestionar la legalidad del acto administrativo que dio por terminada su designación en la Contraloría General de la República, esto es, la resolución ORD-81117-05129-2023 del 17 de marzo de 2023, específicamente, el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, ante la jurisdicción contenciosa administrativa dispuesto en el artículo 138¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, lo que configura

la causal de improcedencia contemplada en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

3. Aunado a lo anterior, es de recordarse que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad y acierto, por lo que las controversias que ellos susciten deben ser expuestas ante la autoridad competente, escenario en el que es posible reclamar la suspensión provisional de la resolución criticada, según lo establece el artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, medida sobre la cual, desde su consagración en la codificación precedente, se tiene establecido que «de hallarse fundada es suficiente para frenar una eventual ilegalidad manifiesta de la administración, mientras se decide el asunto, lo cual descarta la posibilidad de conceder el amparo solicitado».

(...) En este orden de ideas, sin desconocer las circunstancias especiales que aduce la quejosa (relacionadas con su estado de salud y su supuesta condición de madre cabeza de familia), lo cierto es que, dentro del proceso judicial ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, puede reclamar la suspensión provisional del acto que pregona irregular, mecanismo idóneo para hacer cesar la afectación de sus garantías fundamentales.”.

Pues bien, la accionante posee otro medio o recurso de defensa judicial para alcanzar la protección de sus derechos y específicamente, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que, de acuerdo con el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011¹⁵, puede instaurar en contra del acto administrativo particular y concreto que considera fue expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse y que analizados sus ruegos estaría dirigido en contra de la resolución que dio por terminada su designación como Profesional Universitaria de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-.

Es preciso advertir que el artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo trae la posibilidad de solicitar las medidas cautelares, que revisten la naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión que deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda y respecto de las cuales el 29 de agosto de 2013, la Sección Segunda –Subsección A- del Consejo de Estado sostuvo que:

“En relación con la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo el nuevo ordenamiento contencioso administrativo señala que ésta puede ser solicitada en la demanda o en cualquier estado del proceso, por escrito o en audiencia, y que procederá “por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.

¹⁵ “Por medio de la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Además, en el caso concreto no se conjura el perjuicio irremediable alegado por la interesada, en virtud de la remoción del cargo que venía desempeñando como provisional y que afirmó ser el único sustento económico de su hogar, pues su desempleo no implica sin más la afectación a su mínimo vital que necesariamente la ubique en una condición de indefensión, ya que: *“para establecer si frente a un determinado caso se ha visto vulnerado el derecho fundamental al mínimo vital, el juez constitucional deberá verificar cuáles son aquellas necesidades básicas o gastos mínimos elementales en cabeza del individuo que son indispensables para garantizar sus derechos fundamentales. Además, deberá evaluar si la persona está en capacidad de satisfacerlos por sí mismo, o por medio de sus familiares”*¹⁶, lo que en este caso no está probado.

En la Sentencia de la Corte Constitucional T-260 de 2018 se indicó que:

“Concordante con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos con la Administración y proteger los derechos de las personas. En este sentido, la Corte manifestó en la Sentencia T – 030 de 2015: “[q]ue conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable [...]”.

38. En este sentido, esta Corte ha determinado que, excepcionalmente, será posible reclamar mediante la acción de tutela la protección de los derechos fundamentales vulnerados por la expedición de un acto administrativo, no sólo cuando se acude a la tutela como medio transitorio de amparo, evento en el cual será necesario acreditar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando se constata que el medio de control preferente carece de idoneidad y/o eficacia para garantizar la protección oportuna e inmediata sobre los derechos fundamentales vulnerados.

(...) 40. Por lo tanto, el juez constitucional debe examinar si se configuran en el caso concreto las características del perjuicio irremediable establecidas en los reiterados pronunciamientos de esta corporación, a fin de determinar: (i) que el perjuicio sea inminente, lo que implica que amenace o esté por suceder (ii) que se requiera de medidas urgentes para conjurarlo, que implican la precisión y urgencia de las acciones en respuesta a la inminencia del perjuicio, (iii) que se trate de un perjuicio grave, que se determina por la importancia que el Estado concede a los diferentes bienes jurídicos bajo su protección, y (iv) que solo pueda

¹⁶ Sentencia de la Corte Constitucional T-045/22.

ser evitado a través de acciones impostergables, lo que implica que se requiere una acción ante la inminencia de la vulneración, no cuando se haya producido un desenlace con efectos antijurídicos; por lo que no puede pretenderse entonces, vaciar de competencia la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa en busca de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito sobre los procedimientos ordinarios.”¹⁷.

A su vez, sobre la improcedencia de la acción de tutela para controvertir decisiones adoptadas por los entes administrativos, la Sala de Casación Civil Corte Suprema de Justicia en la sentencia STC-195 del 23 enero de 2015 con ponencia del magistrado Luis Armando Tolosa Villabona señaló que:

“(...) dicho objetivo, mal lo puede alcanzar el gestor a través de este instrumento excepcional, que no es el camino idóneo para tal efecto y, por ende, ha de colegirse, como se anticipó, que la protección deviene improcedente por el incumplimiento del presupuesto de subsidiaridad, porque el accionante tiene la posibilidad de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, establecido en la regla 138 de la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos:

“(...) Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior (...).

“(...) Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel (...).”

Por consiguiente, la salvaguarda desemboca en la hipótesis de improcedencia estipulada en el inciso 3º del artículo 86 de la Carta Política en armonía con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, porque frente a los actos administrativos censurados debe agotarse el instrumento judicial reseñado, por cuanto este mecanismo excepcional, no es vía paralela ni sustitutiva de los medios ordinarios o extraordinarios de defensa.

“No se accederá al resguardo por ausencia del principio de subsidiariedad, por cuanto, (...) la jurisprudencia de la Sala en asuntos que guardan simetría con el que en este momento es materia de análisis, ha reiterado que es (...) en el escenario de la respectiva acción contencioso administrativa que la actora puede invocar las razones aquí planteadas, con miras a que el juez natural de la actividad de la administración pública tome la decisión que en derecho corresponda (...).”

¹⁷ Ponencia del magistrado Alejandro Linares Cantillo.

3. Debe añadirse, que en el eventual decurso del proceso contencioso administrativo, se puede implorar la suspensión de los pronunciamientos reprochados, a fin de conjurar un eventual perjuicio.

Al respecto, esta Corporación ha dicho:

“(...) [E]n esa instancia se puede solicitar y obtener la suspensión provisional de ciertos actos administrativos desde el momento mismo de la admisión de la demanda (...).

“(...) [Q]ue la suspensión provisional es un mecanismo no menos importante y efectivo que la acción de tutela, el cual se concibe como medida cautelar cuando una entidad vulnera en forma manifiesta los derechos del administrado “(...) [L]o que ha querido el legislador al reglamentar el mecanismo de la suspensión provisional, ha sido ofrecer a los particulares un medio eficaz y oportuno, que se materialice desde la admisión misma de la demanda, para evitar que sus derechos sean vulnerados de manera flagrante por la administración.”.

En este estado de cosas, lo solicitado por la actora no es predicable en este debate constitucional, porque no puede afirmarse que el medio judicial ordinario no sea idóneo o eficiente para controvertir las actuaciones que realizó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al dar por terminado su cargo como provisional.

Lo que da pie a que la sentencia impugnada sea **revocada**, para en su lugar, **declarar la improcedencia** del amparo, todo porque no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción tutelar en tanto la interesada cuenta con la respectiva acción ante la jurisdicción contencioso administrativo en aras de defender sus derechos, inclusive fundamentales y con la posibilidad de solicitar las medidas cautelares pertinentes.

Por último, una vez se notifique esta providencia, se deberá enviar el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en la forma prevenida en el Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020, por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, **la Sala Primera de Familia del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato constitucional,

FALLA

PRIMERO.- Revocar la sentencia del 26 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Medellín, dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Yira Andrea Lozano Acevedo en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, a la que se vinculó a la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC a la señora Claudia Patricia Upegui y a: *“todas las personas que se puedan ver afectadas con las decisiones a tomar en esta acción de tutela, en la lista de elegibles para desempeñar el cargo que ostentaba la señora YIRA ANDREA LOZANO ACEVEDO”*, para en su lugar, **declarar la improcedencia del amparo**, conforme a las consideraciones apuntaladas en el cuerpo de esta decisión.

SEGUNDO.- Notificar a los interesados en la forma más expedita y enviar el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión en la forma prevenida en el Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020, por el Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE



GLORIA MONTOYA ECHEVERRI
Magistrada



EDINSON ANTONIO MÚNERA GARCÍA
Magistrado



DARÍO HERNÁN NANCLARES VÉLEZ
Magistrado

Gloria Montoya Echeverri

Firmado Por:

Magistrado
Sala 001 De Familia
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8818caacb7f8565f64bd2d591688c44bd36d08231e4f4d35316ecd74800da1f8**

Documento generado en 08/09/2023 04:54:10 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>