

REPÚBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada ponente

Aprobado mediante Acta de Sala No.0672

Proceso:	ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
Radicación:	81001310300120230031001 Enlace link
Accionante:	Leonardo Fabio Rojas Vera
Accionados y vinculados:	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- Comisión Nacional del Servicio Civil – Sindicato de Trabajadores del ICBF, SINTRABIENESTAR
Derechos invocados:	Derecho al debido proceso administrativo, derecho al trabajo, estabilidad laboral relativo – fuero sindical.
Asunto:	Sentencia

Sent. No.0156

Arauca (A), veintidós (22) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

1. Objeto de la decisión

Decidir la impugnación presentada por el señor LEONARDO FABIO ROJAS VERA contra la sentencia que el 6 de septiembre de 2023 profirió el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE ARAUCA¹

2. Antecedentes

2.1. Del escrito de tutela²

El señor LEONARDO FABIO ROJAS VERA, quien desempeñó provisionalmente el cargo de profesional universitario código 2044, grado 07 de la planta global del ICBF-Regional Arauca, durante el periodo comprendido entre el 5 de septiembre de 2017 y el 21 de abril de 2023, demanda en acción de tutela al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, porque la entidad lo retiró del servicio para efectuar el nombramiento

¹ Jaime Poveda Ortigoza _Juez

² 19 de septiembre de 2023

de la persona que superó el concurso “Proceso de Selección ICBF 2021-Convocatoria 2149 de 2021”³, sin tener en cuenta que desde el 19 de noviembre de 2021 detentaba fuero sindical⁴ por su calidad de tesorero en el Sindicato de Trabajadores del ICBF – SINTRABIENESTAR.

Sostiene que a pesar de la estabilidad laboral relativa o intermedia que ostentaba, la entidad no adoptó ninguna medida afirmativa con el fin de prevenir una grave afectación de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, debido proceso, igualdad, desconociendo así las disposiciones jurisprudenciales y constitucionales que regulan la materia; y en tal sentido, al existir cargos vacantes similares o equivalentes, antes de efectuar los respectivos nombramientos en propiedad y retirar del servicio a los provisionales, debió ajustarse al orden de prelación y protección generado en favor de quienes detentan situaciones de especial vulnerabilidad (i) enfermedades catastróficas (ii) jefatura de hogar (iii) prepensionados (iv) amparo por fuero sindical.

Afirma que el empleo representaba el único ingreso económico para atender las necesidades que demanda su núcleo familiar conformado con su esposa y dos hijas⁵, motivo por el cual “se vio en la obligación” de mudarse a la ciudad de Medellín en busca de oportunidades laborales.

Pretensiones:

1. *Que se le ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, en protección de mis Derechos Fundamentales vulnerados, me vinculen en Provisionalidad en un cargo vacante definitivo de la misma jerarquía o equivalencia al que venía ocupando de ser posible en la ciudad de Medellín - es de anotar que en la regional Antioquia si hay puesto en vacancia definitiva el cual cumplo con los requisitos del perfil profesional universitario cargo 2044 grado 07 área 05-40100 GRUPO DE GESTIÓN HUMANA, en el cual le pido de la manera más respetuosa sede mi nombramiento, en aras de garantizar mi unidad familiar.*
2. *Que en su defecto de no existir vacante definitiva se le ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR en garantía de mis*

³ Convocado mediante acuerdo No. CNSC-2021202002816 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 en el ICBF” con el objeto de adelantar la convocatoria pública de concurso de méritos para proveer 3792 empleos vacantes que pertenecen al Sistema General de Carrera Administrativa.

⁴ Condición reconocida por su antiguo empleador desde el 28/04/23, mediante respuesta con radicado 20231210000097421

⁵ Manifiesta que su esposa padece una enfermedad crónica de columna que le impide laburar; costea los estudios de su hija menor en la Universidad Nacional de Medellín, y su hija mayor se encuentra en estado de gestación y padece una depresión que pone en riesgo su salud y la del nasciturus.

derechos fundamentales vulnerados se me vincule en un cargo de Profesional universitario – perfil Contador Público que a futuro el ICBF crea en la planta de personal de la misma jerarquía o equivalencia donde venía ejerciendo mis funciones en el área financiera o en un Municipio de Medellín, Regional Antioquia, donde hoy se encuentra mi unidad familiar.

- 3. Se protejan mis derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la dignidad humana, a la seguridad social, al mínimo vital, al debido proceso, derecho al trabajo, vida en condiciones dignas a la estabilidad laboral reforzada como sujeto de especial protección constitucional en conexidad con los demás derechos que usted señor juez considere vulnerados y/o amenazados por ser sujeto de especial protección constitucional debido a la calidad de Fuero o calidad estabilidad laboral reforzada que ostento y que ha sido reconocida por la administración (fuero sindical), como se puede evidenciar en la relación de reconocimiento que emitió la Administración del ICBF (Excel).
- 4. Se determine por el señor juez de tutela, que como profesional universitario grado 7 código 2044 soy beneficiario de la aplicación del principio de estabilidad laboral reforzada por medio del cual se establecen criterios objetivos para la reubicación o reintegro laboral.
- 5. Sírvase señor juez se decrete por su despacho el amparo constitucional de protección de REINTEGRO LABORAL por FUERO SINDICAL - SINTRABIENESTAR, ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

6.
Adjunta:

- ✚ Sindicato de trabajadores del ICBF – SINTRABIENESTAR- Subdirectiva Seccional Arauca; copia del Acta No. 10 del 19 de noviembre de 2021: elección de la Asamblea seccional de Arauca:

Principales		
CARGO	NOMBRE Y APELLIDOS	CÉDULA
Presidente	Medardo Moncada Duarte	13492993
Vicepresidente	John Alexander Peña Hernández	17596844
Secretaria	Elizabeth Estupiñán Salazar	60267789
Tesorero	Leonardo Fabio Rojas Vera	96191701
Fiscal	Jahir Ricardo Ortiz Tafur	1098605138

- ✚ Solicitud de depósito del cambio de Junta Directiva, suscrita por el presidente de SINTRABIENESTAR, dirigida al Inspector de Trabajo del domicilio de la organización, del 16 de diciembre de 2021.
- ✚ Copia de la Resolución 1846 del 21 de abril de 2023 “por la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se termina nombramiento provisional:

NOMBRES Y APELLIDOS	CÉDULA	CARGO	REGIONAL - DEPENDENCIA
CARLOS ALBERTO MARTINEZ BUELVAS	92542357	PROFESIONAL UNIVERSITARIO 2044-7 REF. 25488	ARAUCA GRUPO FINANCIERO

ARTÍCULO CUARTO: Terminar el siguiente nombramiento provisional:

CEDULA	APELLIDOS Y NOMBRES	CARGO	REGIONAL - DEPENDENCIA
98191701	ROJAS VERA LEONARDO FABIO	PROFESIONAL UNIVERSITARIO 2044-7 REF. 25488	ARAUCA GRUPO FINANCIERO

- Copia de derecho de petición elevado el 1 de junio de 2023 ante SINTRABIENESTAR, por el cual solicita explicación frente a su situación laboral, tras el nombramiento del empleado de carrera.
- Copia de correo electrónico recibido el 30 de mayo de 2023; por el cual informa al señor CARLOS ALBERTO MARTINEZ BUELVAS el nombramiento en periodo de prueba – posesión.
- Solicitud de estabilidad laboral reforzada, presentada el 22 de junio de 2023., para ocupar un puesto equivalente, tras la expedición de la Resolución 1846 del 21 de abril de 2021, por la cual se nombró en periodo de prueba al señor CARLOS ALBERTO MARTINEZ BUELVAS:
- I.C.B.F. – Comunicación Rad. 202312100000097421 por la cual “explica la dinámica de respuesta a las solicitudes masivas de ELR radicadas a partir del 13 de febrero de 2023 en la Dirección de Gestión Humana”
- Copia de Resolución 0208 del 30 de enero de 2023 “por medio de la cual se concede permiso general miembros de SINTRABIENESTAR”, otorgado para el cumplimiento de la gestión sindical.
- Copia de la Resolución 0803 del 2 de febrero de 2022 “por medio del cual se concede permiso sindical general a los miembros de SINTRABIENESTAR”
- I.C.B.F. – comunicación No. 202312100000138521 “Respuesta masiva a solicitudes de E.L.R radicadas a partir del 16 de febrero de 2023 en la Dirección de Gestión Humana”
- I.C.B.F. – Certificado de información laboral del señor ROJAS VERA, en relación al cargo Profesional Universitario Código 2044 Grado 07 de la Planta Global de Personal del ICBF, asignado a la regional de Arauca, ubicado en el Grupo Financiero.
- Copia cédula de ciudadanía del señor LEONARDO FABIO ROJAS VERA.
- Universidad Nacional – Sede Medellín, certifica que YULIETH FABIANA ROJAS (hija menor del accionante) se encuentra matriculada en el Plan de Estudios INGENIERIA QUÍMICA en el primer periodo académico del 2023 que finaliza el 7 de agosto de 2023.
- Historia Clínica de M.F.C.G. (esposa del accionante); **diagnóstico:** (i) escisión de disco intervertebral en segmento lumbar vía posterior abierta. (ii) exploración y descompresión del canal raquídeo y raíces espinales hasta dos segmentos

por laminectomía vía abierta; “tiene dolor con la movilización de las extremidades.

2.2. Trámite procesal

El 21 de septiembre de 2023, el JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN⁶ rechaza la acción de tutela por falta de competencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Decreto 1382 de 2000⁷, y remite el expediente a la Oficina de Apoyo Judicial de Arauca.

Admitida la acción⁸, el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO integra al contradictorio al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ARAUCA), al SINDICATO DE TRABAJADORES DEL ICBF – CINTRABIENESTAR, Directora de Gestión Humana (E) del ICBF, concede el término de dos (2) días para que accionadas y vinculadas ejerzan su derecho de defensa y contradicción de conformidad con lo establecido en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, y decreta como **prueba de oficio:**

“DECRETA PRUEBA DE OFICIO al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC, relación de los cargos de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, contador grado 7, 8 y 9 de manera detallada con ubicaciones geográficas que se encuentren en vacancia definitiva a nivel Nacional.”

2.3. Respuestas

A través de apoderada especial, solicita declarar la improcedencia de la acción, por incumplimiento del requisito de subsidiariedad y la inexistencia de un perjuicio irremediable; asegura que el accionante debe controvertir los actos administrativos ante la jurisdicción contencioso administrativa, a través de los medios de control previstos en la Ley 1437 de 2011, que se presumen idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados y están dotados con medidas cautelares como la suspensión provisional del acto demandado.

Informa que, adelantó la Convocatoria No. 2149 de 2021 en las modalidades “ascenso” y “abierto”, con el objetivo de proveer 3792

⁶ Jorge Iván Hoyos Gaviria-Juez

⁷ **Artículo 1:** para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

⁸ 25 de septiembre de 2023.

empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa; obteniendo como resultado el supuesto de hecho descrito en el *parágrafo 3 del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015*, esto es, la existencia de más personas elegibles que vacantes a proveer, lo cual “se puede evidenciar más claramente en la siguiente gráfica:

NIVEL JERÁRQUICO	MODALIDAD				TOTAL DE ELEGIBLES
	ASCENSO		ABIERTO		
	OPEC	TOTAL VACANTES	OPEC	TOTAL VACANTES	
Asistencial	11	51	9	71	1306
Profesional	140	415	84	3.131	9392
Técnico	13	100	6	24	984
TOTAL OFERTA PÚBLICA	164	566	99	3.226	11682

CARGO	CODIGO	GRADO	MODALIDAD		TOTAL CARGOS VACANTES OFERTADAS	TOTAL ELEGIBLES
			ABIERTO	ASCENSO		
Auxiliar Administrativo	4044	9	5		5	28
		11	20		20	354
		13	9	6	15	173
		14	3	2	5	74
		15	2	8	10	73
		17	4	7	11	45
TOTAL AUXILIAR ADMINISTRATIVO			43	24	67	747
Profesional Especializado	2028	13	7	48	55	189
		14	6		6	96
		15	3	21	24	118
		16		12	12	38

CARGO	CODIGO	GRADO	MODALIDAD		TOTAL CARGOS VACANTES OFERTADAS	TOTAL ELEGIBLES
			ABIERTO	ASCENSO		
		17		34	34	93
		19		10	10	74
		21		2	2	31
		24		6	6	167
TOTAL PROFESIONAL ESPECIALIZADO			16	133	149	806
Profesional Universitario	2044	1	348	25	373	2938
		7	2602	101	2703	4917
		8	110	55	165	369
		9	45	57	102	200
		11	10	44	54	162
TOTAL PROFESIONAL UNIVERSITARIO			3115	282	3.397	8.586
Secretario	4178	12	6	1	7	168
		14	19	4	23	338
TOTAL CARGOS SECRETARIO			25	5	30	506
Secretario Ejecutivo	4210	16	3	15	18	39
		19		5	5*	1
		22		1	1	2
		24		1	1	11
TOTAL SECRETARIO EJECUTIVO			3	22	25	53
Técnico Administrativo	3124	10	14	17	31	460
		11	3	33	36	60
		12	4	15	19	101
		13		9	9	9
		14		1	1	0
		15		18	18	54
		16		3	3	13
		17	3		3	280
		18		4	4	7
TOTAL CARGOS TÉCNICO ADMINISTRATIVO			24	100	124	984
TOTAL VACANTES OFERTADAS EN CONVOCATORIA			3.226	566	3.792	11.682

*Las 4 vacantes restantes se encuentran en situación administrativa de encargo, con servidores públicos con derechos de carrera administrativa.

Que ante la obligación de nombrar en período de prueba a quienes por mérito obtuvieron el derecho a ocupar un empleo público, adelantó las siguientes acciones afirmativas:

- (i) Expidió Memorando 2023-121-014713 del 10 de febrero de 2023, con el fin de aclarar las situaciones de especial protección de servidores vinculados en provisionalidad, de cara a la inminente

provisión de empleos con base en la lista de elegibles de la Convocatoria 2149 de 2021.

- (ii) Atendió 1707 solicitudes de estabilidad laboral reforzada elevadas por los servidores públicos que consideraron ostentar alguna de las condiciones señaladas por la Ley.
- (iii) Como resultado, identificó condiciones de especial protección de 496 servidores y estructuró una base de datos con el fin de estudiar cada caso concreto y establecer las acciones afirmativas correspondientes.
- (iv) Ante la imposibilidad de dar continuidad a todos los nombramientos de los servidores públicos provisionales con condiciones de especial protección constitucional, remitió oficio a 32 entidades⁹ del orden nacional *“poniendo en conocimiento y consideración de éstas, la viabilidad de efectuar algún tipo de vinculación que permita garantizar los derechos fundamentales de los servidores”*
- (v) Como resultado, identificó y gestionó 16 vacantes que permitieron adelantar reubicaciones para nombramientos provisionales, y expidió las respectivas resoluciones, *“precisando que dichas vacantes definitivas son objeto de reporte ante la CNCS para ser provistas mediante el uso de lista de elegibles”*

Conforme a las anteriores precisiones, señala que se encuentra en imposibilidad jurídica y material de garantizar la continuidad del señor ROJAS VERA, pues a la fecha cuenta con 9 plazas vacantes a nivel nacional de condiciones iguales o equivalentes, no obstante, se encuentran ocupados provisionalmente por (1) persona con enfermedad catastrófica, (7) prepensionados y (2) madres cabeza de familia, para una totalidad de 10 personas que ostentan una condición, que según la normatividad vigente, gozan de prelación frente al fuero sindical.

⁹Prosperidad Social; U.A.R.I.V; Centro Nacional de Memoria Histórica; Unidad Administrativa Especial del Servicio Público de Empleo; SENA; DAPRE; Ministerio de Hacienda y Crédito Público; Ministerios de Interior, de Transporte, de Justicia y Derecho, de las TIC's, de Minas y Energía, entre otros.

REGIONAL	CEDULA	APELLIDOS Y NOMBRES	DEPENDENCIA	CARGO	CÓDIGO	GRADO	OBSERVACIÓN
BOLIVAR	45.522.604	QUINTANA RODRIGUEZ LILIANA DEL CARMEN	GRUPO FINANCIERO	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	8	ENCARGO
CAUCA	VACANTE		GRUPO FINANCIERO	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	8	VACANTE DEFINITIVA
META	VACANTE		GRUPO FINANCIERO	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	9	VACANTE DEFINITIVA
META	17.335.698	GONZALEZ VILLALOBOS LEONARDO	GRUPO FINANCIERO	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	9	ENCARGO
RISARALDA	VACANTE		GRUPO FINANCIERO	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	7	VACANTE DEFINITIVA
RISARALDA	42.060.205	CAICEDO CASTRO MARINA	GRUPO FINANCIERO	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	7	PROVISIONAL
RISARALDA	42.053.773	DELGADO SEPULVEDA MARIA DEL PILAR	GRUPO FINANCIERO	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	7	PROVISIONAL
RISARALDA	VACANTE		GRUPO FINANCIERO	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	7	VACANTE DEFINITIVA
RISARALDA	22.457.525	RUIZ FONTAL MARIA EUGENIA	GRUPO FINANCIERO	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	7	PROVISIONAL

De conformidad con lo expuesto, pide no acceder a las pretensiones de la acción tutelar interpuesta por el señor ROJAS VERA ante la inexistencia de una vulneración a sus derechos fundamentales y el incumplimiento del requisito de subsidiariedad.

LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC⁴

Informa que, una vez finalizadas todas las etapas previstas dentro del proceso de selección No. 2149 de 2021, conformó y adoptó mediante Resolución 3717 del 28 de marzo de 2023 <<publicada el 29 de marzo de 2022¹⁰>> la Lista de Elegibles para proveer en carrera administrativa las vacantes definitivas de la planta de personal de dicha entidad; en la cual el señor LEONARDO FABIO ROJAS VERA no ocupa una posición, pues no superó el puntaje aprobatorio de 65.00 <<obtuvo 53.33>>; resultados que, una vez finalizada la etapa de reclamaciones, se encuentran en firme y de gozan presunción de legalidad¹¹.

La entidad argumentó que, las listas elegibles generan derechos subjetivos que no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, por lo que, al designar la administración un cargo ofertado mediante concurso público a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desconoce los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo de los aspirantes que anteceden por haber obtenido un mejor desempeño. Igualmente, establece que la provisionalidad es un mecanismo de provisión transitoria de los empleos, por lo tanto, cuando un servidor público ostenta el cargo en dicha modalidad el empleo se encuentra en vacancia definitiva y, por ende, debe ser ofertado en el marco de un proceso de selección, toda vez

¹⁰ En la página web de la CNSC y en el Banco Nacional de Listas de Elegibles.
¹¹ Resultados definitivos fueron publicados en la página web de la CNSC el 29 de julio de 2022.

que no existe una norma legal o reglamentaria que los excluya del concurso, en el cual prevalece el mérito ante situaciones de discapacidad.

En tal sentido, precisó que los empleados vinculados mediante un nombramiento provisional gozan de una estabilidad relativa o intermedia y, por lo tanto, están sujetos a una posible desvinculación producto de un concurso de méritos, en el que una persona gane el derecho a proveer el empleo ofertado; en concordancia con lo anterior, trae a colación el precepto constitucional establecido en la Sentencia SU – 446 de 2016, que precisa lo siguiente: “(...) *Los servidores en provisionalidad, tal como lo ha reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación gozan de estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, **cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.*** (...)”.

En virtud de lo expuesto, invoca la ausencia de legitimación en la causa por pasiva y pide declarar la improcedencia de la acción tutelar, por contar con otros medios jurídicos para solicitar la expedición de un acto administrativo por medio del cual sea reubicada en otro cargo, como lo es el medio de control nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sindicato de Trabajadores del I.C.B.F. - SINTRABIENESTAR¹²

Sostiene que, concierne al I.C.B.F. buscar alternativas de vinculación en un empleo igual o equivalente e ir más allá del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada, por ejemplo, a través de un contrato por prestación de servicios, pues “*solo de esa manera se podría contemplar una verdadera protección constitucional a quien ha demostrado estar en una situación de debilidad manifiesta.*”

Pide “*conceder lo que en derecho corresponda, de conformidad con las pruebas aportadas por el accionante*”. (sic)

¹² 24 de septiembre de 2023.

2.4. Decisión de primera instancia⁶

El 6 de octubre de 2023, el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE ARAUCA dispuso:

“PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo constitucional solicitado por el señor LEONARDO FABIO ROJAS VERA en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-, conforme lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE el presente fallo a las partes por el medio más expedito y eficaz.”

Para fundamentar la improcedencia como mecanismo definitivo señaló:

“Tomando en cuenta que una de las pretensiones del actor es que se reubique laboralmente, cabe anotar que existe otro medio de defensa judicial, cual es la Acción Ordinaria Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del derecho, mediante la cual es posible impugnar el acto que lo desvinculó de las labores; dicha acción se adelanta ante esta Jurisdicción y a la autoridad judicial respectiva le competente definir la legalidad del acto administrativo que en tal sentido disponga.”

En cuanto a la ausencia de un perjuicio irremediable que habilite el amparo como medio transitorio, destacó:

“En relación con la carga probatoria referida, surge evidente en este caso que el peticionario no solo no determinó sino que tampoco presentó elemento probatorio alguno y del contenido de las normas superiores precitadas y señaladas en el escrito introductorio (arts. 103 y 107 C.N.), no es posible establecer la existencia del perjuicio irremediable que aduce el tutelante, lo cual constituiría razón suficiente para determinar la improcedencia de la Acción de Tutela en el subirte, pues, como se verá posteriormente, existen otros mecanismos de defensa judicial en los cuales el accionante bien pudo controvertir los hechos que expone en la petición.”

2.5. De la impugnación⁷

El señor LEONARDO FABIO ROJAS VERA impugna y pide revocar la decisión, porque el A-quo desconoció la situación de vulnerabilidad socioeconómica y el riesgo inminente para él y su núcleo familiar de sufrir un perjuicio irremediable, emanado de la condición de padre cabeza de familia y la impostergabilidad de asumir los costos de

manutención de su esposa y dos hijas, incluido en estos **a)** el costo del tratamiento médico de la enfermedad crónica de su cónyuge que le impide laborar **b)** los estudios de pregrado de su hija menor en la Universidad Nacional **c)** el acompañamiento a su hija mayor, quien se encuentra en estado de gestación y atraviesa una depresión “*que pone en alto riesgo la salud y la del feto*”.

Considera que los medios de control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se tornan ineficientes, puesto que “*ningún proceso de nulidad y restablecimiento del derecho culmina con una sentencia ejecutoriada en menos de 3 a 5 años*” y con ello extiende en el tiempo de manera injustificada una vulneración que requiere de protección inmediata.

En consecuencia, resalta la obligación presuntamente pretermitida por la Administración, en el sentido de adelantar acciones afirmativas tendientes a proteger efectivamente el especial contexto del accionante, traducido esto en que antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, las personas con una situación especial han de ser los últimos en removerse, y en la medida de las posibilidades, ser vinculados nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia.

3.Consideraciones.

3.1. Competencia

En virtud de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación es competente para resolver la impugnación propuesta al ser el superior funcional del Juez que profirió la decisión controvertida.

3.2. Requisitos de procedibilidad en la acción de tutela

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela son: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) inmediatez; y, (iv) subsidiariedad.⁸

Legitimación en la causa por activa y por pasiva

Tanto el demandante LEONARDO FABIO ROJAS VERA, quien instauró la acción en nombre propio y es titular de los derechos fundamentales cuya tutela reclama, como el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, señalado de transgredirlos se encuentran legitimados en la causa por activa y pasiva.

No obstante, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL carece de competencia para adoptar acciones frente a las pretensiones planteadas en el caso concreto, por tanto, será desvinculada del trámite por carecer de legitimación en la causa por pasiva.

Inmediatez

Se cumple al existir un plazo razonable, entre la expedición del acto administrativo <<Resolución 1846 del 2023>> que retiró del servicio al accionante el 21 de abril de 2023, y la formulación de la acción de tutela presentada el 19 de septiembre del mismo año.

Subsidiaridad

De conformidad con los artículos 86 superior y 6 del del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial con carácter residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio de defensa de lo pretendido, o existiéndolo, no resulte eficaz e idóneo, o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La Alta Corporación ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, antes la existencia de un medio de defensa judicial propio, específico, idóneo y eficaz dentro del ordenamiento jurídico, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No obstante, la Corporación ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el reintegro de los servidores públicos cuando se advierta la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En ese sentido, ha señalado que para la comprobación de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la tutela se deben observar una serie de requisitos tales como: **(i) la a edad de la**

persona; (ii) su estado de salud y el de su familia; (iii) sus condiciones económicas y la de las personas obligadas a acudir su auxilio.

Concomitante con esta línea de pensamiento, la Corte ha señalado que, *“cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, en aplicación del denominado “reten social” respecto de la desvinculación de madres o madres cabeza de familia en el marco de ajustes institucionales de la administración, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis mas amplios, pero menos rigurosos”*

De acuerdo con lo anterior, se abordará el estudio de fondo con fundamento en las particularidades del núcleo familiar reveladas por el señor LEONARDO FABIO ROJAS VERA quien afirma que el salario devengado hasta el 23 de abril de 2023, constituía el único ingreso para atender las necesidades económicas de su familia que se encuentra en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable, ya que la condición de salud de su esposa le impide ejercer labores u oficios; también debe sufragar los gastos generados por los estudios universitarios¹³ de su hija menor en la Universidad Nacional sede Medellín; y los costos de manutención de su hija mayor en estado de gestación, quien atraviesa por un episodio depresivo; circunstancias apremiantes frente a las cuales los medios ordinarios dispuestos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa resultan ineficaces.

3.3. Problema jurídico

Determinar si el ICBF cumplió con su obligación de proteger la estabilidad laboral relativa del señor LEONARDO FABIO ROJAS VERA, profesional universitario código 2044, grado 07 de la planta global del ICBF-Regional Arauca -en provisionalidad-, en consonancia con las acciones afirmativas previstas por la jurisprudencia y la Ley para personas en situaciones especiales, o si, por el contrario, su remoción del cargo fue desproporcionada y no tuvo en cuenta su condición de aforado.

3.4. Naturaleza de la acción de tutela

Conforme lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, toda persona puede acudir a la acción de tutela para propender por la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular

¹³Programa de Ingeniería química

encargado de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

De igual modo, el artículo 6 del Decreto 306 de 1992⁹, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015¹⁰ señala que en el fallo de tutela el Juez deberá señalar el derecho constitucional fundamental tutelado, citar el precepto constitucional que lo consagra, y precisar en qué consiste, la violación o amenaza del derecho frente a los hechos del caso concreto.

3.5. Supuestos jurídicos

3.5.1. La estabilidad laboral de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa¹⁴

El artículo 53 de la Constitución Política establece que uno de los principios mínimos de las relaciones laborales es el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en su empleo, a menos de que exista una justa causa para su desvinculación o despido. Por su parte, la jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido el “*derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada*”, que se deriva del principio de derecho a la igualdad de trabajo y que se materializa con medidas diferenciales en favor de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.¹⁵

Así las cosas, la Corte Constitucional ha manifestado que la estabilidad laboral se trata de: *“una garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts. 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo, sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales”*.

¹⁴ Sentencia T - 464 de 2019.

¹⁵ Sentencia T-014 de 2019.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos. Por su parte, aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculado 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 público¹⁶

No obstante, lo anterior, este Tribunal Constitucional ha reiterado que en el caso de sujetos de especial protección constitucional que ejerzan cargos en provisionalidad, las entidades deben otorgar un trato preferencial antes de efectuar el nombramiento de quienes ocupan los primeros puestos en las listas de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el propósito de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales¹⁷

3.5.1.2. Retiro de funcionarios provisionales que gozan de fuero sindical

En efecto, la jurisprudencia ha sostenido que no es necesario acudir a la autorización judicial para retirar a un empleado con fuero sindical, pues las consecuencias jurídicas relacionadas con la relación o vínculo laboral se predicán de una definición legal de carácter general, como lo es el hecho de no haber superado las condiciones objetivas que le permiten acceder a cargos de carrera administrativa mediante la superación del proceso de selección.

Al respecto, en el año 2018 argumentó el Consejo de Estado:

“Tal como sucede cuando se designan a quienes han superado el respectivo concurso de méritos, lo que constituye una justa causa de desvinculación, que difiere claramente de una decisión arbitraria del nominador <<para el nombramiento provisional>>, habida cuenta que opera por mandato legal”¹⁸

¹⁶ Sentencia SU-691 de 2017.

¹⁷ Sentencia SU-691 de 2017 y T-373 de 2017.

¹⁸ CE Sección Segunda, Sentencia 25000232500020090053002 (27962013), May. 18/18.

Fundamentó su postura en razón a la temporalidad o transitoriedad de los nombramientos en provisionalidad en empleos de carrera, y precisó que el solo hecho de gozar de fuero sindical no da lugar a perpetuarse en el ejercicio del cargo, puesto que cuando se cumplan las situaciones objetivas que la ley prevé ese vínculo laboral desaparece.

También la Corte Constitucional, en relación con el retiro de empleados provisionales, ha precisado¹⁹:

*“El nombramiento en provisionalidad procede como un mecanismo de **carácter excepcional y transitorio** que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito, en aquellos casos que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados y no exista lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada para proveer la respectiva vacante.*

“Quien sea nombrado con carácter provisional para desempeñar un empleo de carrera vacante, podrá permanecer en el ejercicio del mismo, sólo hasta el momento en que se produzca la terminación de la causa que originó tal vacancia y, en consecuencia, su titular, con derechos de carrera, asuma su ejercicio.”

En este sentido, para la terminación de encargo y nombramiento provisional de empleado con fuero sindical, es aplicable el contenido del Decreto 1083 de 2015 que dispuso: “Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”; y al respecto, se ha precisado, que la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos es una motivación admisible.

4.Examen del caso

El señor LEONARDO FABIO ROJAS VERA tesorero del sindicato de trabajadores del ICBF – Regional Arauca- SINTRABIENESTAR, impugna la decisión proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Arauca que declaró improcedente la demanda de tutela presentada contra el Instituto porque lo retiró del empleo y en su lugar designó una persona que superó el concurso de méritos No. 2149 de 2021, sin que previamente a la expedición de la Resolución 1846 del 21 de abril de 2023 ‘por la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se termina nombramiento provisional’ adelantara las acciones afirmativas tendientes a proteger su estabilidad laboral relativa que ostentaba en el cargo de

¹⁹ Sentencia de Unificación 917 de 2010, Corte Constitucional de Colombia

profesional universitario código 2044, grado 07 de la planta global del ICBF-Regional Arauca desempeñado durante el período comprendido entre el 5 de septiembre de 2017 al 21 de abril de 2023.

De manera que, corresponde a la Sala determinar si la Entidad, previo al retiro del empleado, cumplió con su obligación de proteger la estabilidad laboral relativa del accionante, en consonancia con las acciones afirmativas previstas por la jurisprudencia y la Ley para personas aforadas, o por el contrario, la remoción fue desproporcionada y no tuvo en cuenta su condición.

Frente a tal contexto, al contrastar los fundamentos fácticos y probatorios aportados, se tiene que, el I.C.B.F. **(i)** adelantó todas las fases del proceso de selección No 2149 de 2021 y adoptó la lista de <<11.683>> elegibles para proveer 3792 empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera **(ii)** publicó con antelación el listado final <<a través de la página web de la CNSC y del Banco Nacional de Elegibles>> y avisó mediante *Memorando 2023-121-014713 del 10 de febrero de 2023* la inminente provisión de empleos en virtud de ésta, concediendo a quienes consideraban ostentar una circunstancia de especial protección, la oportunidad para acreditarla ante el empleador **(iii)** como resultado analizó y estudió 1707 solicitudes de estabilidad laboral reforzada, reconoció 496 condiciones de especial protección, incluida la del señor ROJAS VERA, y sin perjuicio de lo anterior, adelantó múltiples acciones afirmativas para garantizar la continuidad o reubicación laboral del mayor número posible de servidores; **(iv)** ofició y puso en consideración de 32 entidades del orden nacional la posibilidad de efectuar algún tipo de vinculación en provisionalidad y logró la reubicación de 16 de sus -ex empleados, **(v)** incluso, dentro de su planta de personal garantizó la estadía de 10 personas, que según la normatividad vigente, gozan de prelación frente al fuero sindical <<enfermedades catastróficas, prepensionados, madres cabeza de hogar>>; y **(vi)** al no existir en la planta de personal un empleo de similares características en el cual pudiese ser nombrado en provisionalidad, procedió a terminar el vínculo con el accionante.

Bajo este escenario, se vislumbra que la actuación desplegada por el I.C.B.F. es razonable y no se evidencia una desvinculación caprichosa o arbitraria de una facultad legal para encubrir un trato discriminatorio, relacionado directamente con la condición de trabajador aforado invocada por el accionante; tampoco le asiste razón cuando afirma que la entidad desconoció su condición especial, o que en virtud de ésta debía a toda costa permanecer vinculado al Instituto,

pues lo cierto es que, los puestos de carrera en provisionalidad gozan de una **estabilidad relativa** y están sujetos a una posible desvinculación en el momento en que una persona gane el derecho de proveer el empleo ofertado en el marco de un concurso público de mérito, al respecto la Corte Constitucional precisado lo siguiente: *“los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una **estabilidad relativa**, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera (...) o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, **cede frente al mejor que tienen las personas que ganaron el concurso público de méritos**”²⁴.*

Además, a partir en los medios allegados al expediente, queda claro que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, efectuó las acciones afirmativas atinentes al garantizar la continuidad de sus servidores en un cargo de la misma jerarquía o equivalencia de acuerdo a la prelación prevista constitucional y jurisprudencialmente, pues tal como informó: *“a la fecha el Instituto cuenta con empleos vacantes en las regionales indicadas, el accionante ostentaba protección por fuero sindical, estando en último orden de priorización, ya que si bien hay 9 vacantes a nivel nacional con el perfil del accionante, a la fecha hay 1 provisional con enfermedad catastrófica, 7 prepensionados, y 2 madres cabeza de familia para una totalidad de 10 personas que ostentan una condición de especial protección que según la normatividad vigente están priorizados por encima del fuero sindical al tenor de:”* (SIC).

En conclusión, de conformidad con los medios probatorios aportados, se constata que (i) previo a la desvinculación el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desplegó las actuaciones tendientes a cumplir sus obligaciones legales frente al señor LEONARDO FABIO ROJAS VERA, a quien nunca se desconoció su estatus de estabilidad laboral relativa; y (ii) los empleos vacantes con las mismas condiciones en los cuales el exfuncionario pueda ser vinculado nuevamente en provisionalidad se encuentran ocupados por sujetos con prelación en la escala de protección constitucional frente al fuero sindical, esto es, personas con enfermedades catastróficas, pre pensionados y madres cabeza de hogar, situación que imposibilita al Juez Constitucional ordenar a la entidad demandada adelantar medidas afirmativas tendientes a la pretensión de reintegro permanente a un cargo de igual o mayor jerarquía al que venía ocupando. Por lo tanto, dicha solicitud resulta improcedente.

En tal virtud, la Sala revocará la sentencia que el 6 de octubre de 2023 declaró la improcedencia de la acción promovida por el señor LEONARDO FABIO ROJAS VERA contra el INSTITUTO COLOMBIANO

DE BIENESTAR FAMILIAR, y en su lugar negará el amparo solicitado, por no existir vulneración a sus derechos fundamentales.

6. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA SALA ÚNICA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

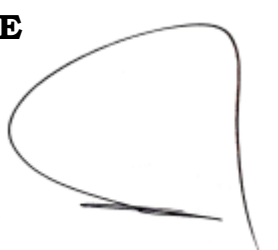
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 6 de octubre de 2023 por el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO, y en su lugar, **NEGAR** el amparo solicitado por el señor LEONARDO FABIO ROJAS VERA.

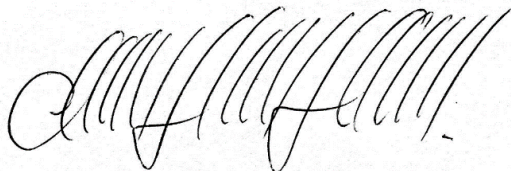
SEGUNDO: DESVINCULAR del presente trámite a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC, por carecer de legitimación en la causa por pasiva.

TERCERO: Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión y de ser excluida, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada