**DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / PETICIÓN PREVIA AL ACCIONADO**

De entrada, destaca la Sala que no se evidencia en el expediente, ni sobre eso se dijo nada en la demanda, que la accionante hubiere acudido de forma previa al ejercicio de la acción de tutela, a su ex empleador para solicitar lo que aquí es objeto de debate. Tal omisión constituye por sí sola, una causal de improcedencia del amparo por ausencia de petición, pues esa autoridad ha debido tener la oportunidad de pronunciarse de forma directa sobre las pretensiones de la demandante, antes de acudir a la tutela.

**TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / SUBSIDIARIEDAD / EXISTENCIA DE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / ACCIÓN DE NULIDAD**

Al margen de lo anterior, debe reiterar la instancia que los debates sobre la legalidad de esos actos administrativos exceden, en principio, la órbita de competencia del juez constitucional quien, aun cuando la acción o la omisión de la autoridad pueda afectar o amenazar derechos fundamentales como lo pregona la accionante, solo está llamado a intervenir si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz… Para el caso concreto la controversia cuenta en el medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, con el espacio propicio para adelantar el debate que acá se plantea, mecanismo que además cuenta con un robusto régimen de medidas cautelares…

**DESVINCULACIÓN EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD / IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA / INEXISTENCIA PERJUICIO IRREMEDIABLE**

… la jurisprudencia, que de manera generalizada ha sentado posición sobre la improcedencia de la acción de amparo para atacar decisiones o actuaciones de las entidades encargadas respecto al estatus laboral de los funcionarios nombrados en provisionalidad… Y, para el caso concreto, no se observan razones que lleven a inferir la ineficacia de ese mecanismo de defensa judicial. Tampoco se aprecia la ocurrencia de un perjuicio irremediable al que se vea enfrentado la actora. Lo anterior porque no se evidencia elemento alguno que de manera inequívoca señale la existencia de un menoscabo inmediato de tal magnitud o gravedad…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA**

Magistrado Ponente: **CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**Sentencia: ST2-0421-2023**

|  |  |
| --- | --- |
| Asunto | Acción de tutela – Segunda instancia |
| Accionante | Beatriz Eugenia Santa Corral |
| Accionados | Instituto Colombiano de Bienestar Familia ICBF y Comisión Nacional del Servicio Civil |
| Vinculados  Procedencia  Radicación | Directora y Secretaria General del ICBF y Daniela Ospina Osorio  Juzgado de Familia de Dosquebradas  66001311000120230052301 |
| Temas | Tutela contra acto administrativo laboral. Improcedente por existencia de otro mecanismo de defensa judicial. Inexistencia de condiciones especiales que habiliten la procedencia de la tutela. |
| Acta número | 528 del 03-10-23 |

**Pereira, tres (03) de octubre de dos mil veintitrés (2023)**

**ASUNTO**

Procede la Sala a resolver la impugnación formulada por la parte actora contra la sentencia proferida el 28 de agosto pasado, dentro de la acción de tutela de la referencia.

**ANTECEDENTES**

**1.** Se expuso en la demanda que el 28 de junio del presente año, la demandante fue notificada del acto administrativo de terminación del vínculo laboral respecto del cargo de profesional universitario código 2044, grado 7, que desempeñaba en el ICBF.

La citada señora tiene bajo su cuidado a su progenitora, quien cuenta con 76 años y fue diagnosticada con osteoporosis crónica, hipoacusia y desnutrición proteico-calórica modera, patologías para las cuales requiere manejo médico de por vida.

Debido a ello la demandante se vio en la necesidad de afiliarse como independiente al sistema de general de salud, pese a que carece de los recursos económicos necesarios, a efecto de impedir la suspensión de los servicios clínicos que requiere su progenitora. Adicionalmente, a favor de la actora se programó cirugía para el día 21 de agosto de este año, cuya práctica se puede ver afectada por su desvinculación laboral. Fue diagnosticada, además, con trastorno mixto de ansiedad y depresión, patologías que se han visto agravadas por la situación de pérdida del trabajo y que también requieren de tratamiento constante.

Para obtener el amparo de sus derechos al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital, a la salud y a la vida, solicita la actora ordenar reconocer su fuero de estabilidad laboral reforzada por su condición de cabeza de familia y reubicarla en la planta de personal de la regional Risaralda, “*preferiblemente en el centro zonal de Dos Quebradas (sic), por ser el domicilio familiar”*[[1]](#footnote-2).

**2. Trámite:** Por auto del 17 de agosto último, el juzgado de primera instancia admitió la acción constitucional.

La CNSC refirió: (i) esa entidad carece de legitimación en la causa por pasiva ya que el llamado a resolver las pretensiones de la demanda es el ICBF; (ii) la acción constitucional es improcedente, al concurrir otros medios de defensa para alegar la supuesta ilegalidad del acto administrativo que ordenó la desvinculación laboral de la actora; (iii) aunque la demandante participó en el concurso de méritos abiertos para cubrir vacantes en el ICBF el resultado de su prueba escrita fue inferior al puntaje mínimo exigido, producto de lo cual no pudo continuar con el proceso de selección, y (iv) *"su intención de mantenerse en el empleo que desempeña, lo cual no tiene ningún tipo de justificación, pues el fin de los procesos de selección es la expedición de las Listas de Elegibles, con la cual la persona que por mérito obtuvo el mayor puntaje en el concurso de méritos será nombrada en el cargo que este ocupa, tal y como lo prevé el artículo 125 de la Constitución Política”*[[2]](#footnote-3).

El ICBF no se pronunció en forma oportuna. Solo lo hizo luego de proferida la sentencia, para indicar que se da una causal objetiva para desvincular a la actora, quien como provisional goza de estabilidad laboral relativa. Lo anterior por la aplicación de la lista de elegibles conformada con ocasión del concurso de mérito. Narró las acciones afirmativas realizadas para tratar de mantener vinculadas a las personas que han alegado estabilidad laboral reforzada, pero concluyó que carece de margen de maniobra, por lo que no puede ser obligada a lo imposible.

**3. Sentencia impugnada:** El juzgado de primera instancia declaró improcedente el amparo invocado tras considerar que la terminación del vínculo laboral de la actora, obedeció a causa legítima como lo fue que el cargo que ocupaba en provisionalidad fue provisto con la persona que superó el concurso de méritos correspondiente.

Además, aunque se invoca la calidad de cabeza de familia, no se aportaron elementos probatorios que acrediten tal condición y al contrario en la declaración extrajuicio que rindió la actora señala que su estado civil es “unión libre”, luego no se cumplen los requisitos jurisprudenciales correspondientes, concretamente el de la falta de colaboración de otros miembros de la familia, pues no se acreditó que su compañero permanente se haya sustraído de sus obligaciones o no las asuma por motivos como la incapacidad física o mental.

De igual manera la desvinculación laboral no implica la suspensión de los servicios de salud a que se hacen referencia en los hechos de la demanda, en virtud del principio de continuidad, que obliga a la EPS a continuar con su prestación, al margen de la aludida situación administrativa.

En consecuencia, al no existir condiciones especiales de procedibilidad de la tutela, la demandante debe acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa para plantear la controversia que formula por este subsidiario medio de protección[[3]](#footnote-4).

**4. Impugnación:** La parte actora planteó inconformidad con el fallo de primer nivel, sin sustentar las razones de ese disenso[[4]](#footnote-5).

**CONSIDERACIONES**

**1.** Es claro que la actora promueve acción de tutela, al amparo del artículo 86 de la Constitución Política, para formular queja respecto de la decisión por medio de la cual el ICBF culminó su vínculo de trabajo, en calidad de provisional, a pesar de que alega tener condiciones para garantizar una estabilidad laboral reforzada.

De conformidad con lo anterior, el problema jurídico que debe resolver esta Sala es si la acción de tutela resulta procedente para definir tal debate y, de serlo, si con aquella decisión se incurrió en lesión alguna de derechos de la actora.

**2.** Como primera medida es preciso señalar que la demandante se encuentra legitimada en la causa por activa como quiera que, efectivamente, su vínculo laboral con la entidad demandada fue culminado, por provisión en carrera administrativa del cargo que ocupaba, en el acto administrativo que se cuestiona.

Por pasiva se encuentra legitimada la Secretaria General del I.C.B.F., funcionaria que adoptó la referida decisión de decretar el término del vínculo laboral objeto de debate.

**3.** De entrada, destaca la Sala que no se evidencia en el expediente, ni sobre eso se dijo nada en la demanda, que la accionante hubiere acudido de forma previa al ejercicio de la acción de tutela, a su ex empleador para solicitar lo que aquí es objeto de debate. Tal omisión constituye por sí sola, una causal de improcedencia del amparo por ausencia de petición, pues esa autoridad ha debido tener la oportunidad de pronunciarse de forma directa sobre las pretensiones de la demandante, antes de acudir a la tutela.

**4.-** Al margen de lo anterior, debe reiterar la instancia que los debates sobre la legalidad de esos actos administrativos exceden, en principio, la órbita de competencia del juez constitucional quien, aun cuando la acción o la omisión de la autoridad pueda afectar o amenazar derechos fundamentales como lo pregona la accionante, solo está llamado a intervenir si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, o si lo hace como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Para el caso concreto la controversia cuenta en el medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, con el espacio propicio para adelantar el debate que acá se plantea, mecanismo que además cuenta con un robusto régimen de medidas cautelares (artículos 229 y ss CPACA) al que se puede acceder desde la presentación de la demanda y que permite, a su vez, inferir su eficacia para el asunto concreto. Lo anterior hace improcedente la intervención de la justicia constitucional.

Así lo ha entendido la jurisprudencia, que de manera generalizada ha sentado posición sobre la improcedencia de la acción de amparo para atacar decisiones o actuaciones de las entidades encargadas respecto al estatus laboral de los funcionarios nombrados en provisionalidad. (Ver entre otras Sentencia ST2-0261-2021 de este Tribunal). Y, para el caso concreto, no se observan razones que lleven a inferir la ineficacia de ese mecanismo de defensa judicial.

**5.** Tampoco se aprecia la ocurrencia de un perjuicio irremediable al que se vea enfrentado la actora. Lo anterior porque no se evidencia elemento alguno que de manera inequívoca señale la existencia de un menoscabo inmediato de tal magnitud o gravedad, que permita inferir la necesidad o urgencia de intervención impostergable del juez de tutela. Ello por las siguientes razones:

**5.1.** Aunque la actora pretende hacer ver que carece de otras fuentes de ingresos distintas al salario que devengaba en el cargo que desempeñaba en condición de provisionalidad, lo cierto es que tal afirmación quedó huérfana de probanza pues la declaración extra proceso aportada se dirige a acreditar una supuesta calidad de cabeza de hogar, pero sin señalar en forma expresa, que la citada señora esté en situación de debilidad económica[[5]](#footnote-6).

Además, considera la Sala que la actora es una profesional liberal (psicóloga), y enfrentarse a la pérdida de salario por la desvinculación laboral, sin más circunstancias fácticas, es el perjuicio normal a que se enfrenta cualquier persona que pasa por la misma situación, sin que por sí solo deba calificarse como un perjuicio irremediable.

**5.2.** La demandante también alega que producto de su desvinculación laboral, se interrumpirán los tratamientos médicos a que vienen siendo sometidas ella y su progenitora, sin embargo sobre ello tampoco existe certidumbre, máxime que en aplicación del principio de continuidad del servicio de salud, la EPS a que se encuentran afiliadas y en la cual se le vienen suministrando tales atenciones clínicas, no puede suspenderlas por cuestiones administrativas, tales como el estado cesante del cotizante, solo hasta que se alcance la recuperación del paciente o se afilie a otra entidad de salud que le preste tales servicios (C.C. Sentencia T-505 de 2015).

**5.3.** Ahora bien, a pesar de que lo hasta aquí considerado resulta ser suficiente para confirmar la sentencia que declaró la improcedencia de la acción de tutela, la Sala estima pertinente adicionar lo siguiente:

Para la instancia tampoco se cumplen los presupuestos para acreditar la condición de cabeza de familia, alegada por la demandante, toda vez que, aunque la prueba documental incorporada con la demanda, a la que ya se hizo referencia, podría demostrar que la actora tiene bajo cuidado a su progenitora, de todas formas, esa misma declaración contiene la afirmación según la cual ella tiene por estado civil “unión libre” y en tal medida, tal como lo infirió la primera sede, se incumple uno de los presupuestos jurisprudenciales de aquella calidad, el de no contar “*con la ayuda de otros miembros de la familia”*[[6]](#footnote-7)*,* ya que si la demandante posee un compañero permanente y frente al mismo no se demostró que estuviera en imposibilidad de aportar económicamente al hogar, se puede presumir que la actora tiene en él apoyo para garantizar sus necesidades básicas y la de su progenitora.

Además, en la misma declaración se guardó total mutismo sobre el núcleo familiar de la progenitora, pues puede suceder que viva con la accionante, pero tengo otros hijos o familiares que, en observancia del principio de solidaridad, también velan pueden velar por ello.

**6.** En suma, el amparo, resulta improcedente al incumplir el presupuesto de la subsidiariedad y no haberse acreditado la existencia de un perjuicio irremediable. Razón por la cual el fallo impugnado debe ser avalado.

Por lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO:** Se CONFIRMA la sentencia impugnada de fecha y procedencia ya indicadas.

**SEGUNDO:** Notificar a las partes lo aquí resuelto en la forma más expedita y eficaz posible. Comuníquese de igual forma al Juzgado de primera instancia.

**TERCERO:** Enviar oportunamente, el presente expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**Notifíquese y cúmplase**

Los Magistrados,

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

1. Archivo 01 de la subcarpeta 02 de la carpeta 01 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-2)
2. Archivo 06 de la carpeta 01 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-3)
3. Archivo 08 de la carpeta 01 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-4)
4. Archivo 01 de la carpeta 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-5)
5. Archivo 04 de la subcarpeta 02 de la carpeta 01 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-6)
6. Al que se hace referencia en la sentencia T-003 de 2018, reiterada en la sentencia T-330 de 2023 [↑](#footnote-ref-7)