



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20226000031881
Fecha: 21/01/2022 03:29:50 p.m.

Bogotá D.C.

Doctora

KAREN CRISTINA VILLAMIZAR SIERRA

Juez

JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL PIVIJAY – MAGDALENA

Correo electrónico: j02pmpalpivijay@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Radicación No.:	2020-00010
Acción:	Tutela
Actor:	MAYRA ALEJANDRA CASTRO BRITTO
Accionados:	GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA
Vinculados:	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, SUPERINTENDENCIA DE SALUD, SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL MAGDALENA, OFICINA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA, JUNTA DIRECTIVA DEL E.S.E HOSPITAL SANTANDER HERRERA DE PIVIJAY, OFICINA JURÍDICA DEL E.S.E HOSPITAL SANTANDER HERRERA DE PIVIJAY, PERSONERÍA MUNICIPAL DE PIVIJAY y a la PROCURADURÍA REGIONAL DEL MAGDALENA
Asunto:	Contestación acción de tutela

ARMANDO LÓPEZ CORTES, colombiano, mayor de edad, con domicilio en esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.440.982 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 61948 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de Director Jurídico del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**, por medio del presente escrito y dentro del término legal, me permito dar **CONTESTACIÓN A LA ACCIÓN DE TUTELA** de la referencia, en los siguientes términos:

PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO POR LA PARTE ACCIONANTE

Solicita la accionante **MAYRA ALEJANDRA CASTRO BRITTO**, la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y prevalencia de la Ley sustancial, presuntamente vulnerados por la entidad accionada, manifiesta que el Gobernador de Magdalena, procedió a ordenar de

manera oficiosa el disfrute de quince (15) días hábiles de vacaciones a partir del once (11) al treinta y uno (31) de enero del año 2.022 sin que se hubiese causado el derecho al disfrute de las mismas.

Por lo anterior solicita se ordene al señor Gobernador del Departamento del Magdalena, doctor CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, o quien haga sus veces, para que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas hábiles proceda a REVOCAR SU PROPIO DECRETO DEPARTAMENTAL No. 004 DEL 7 DE ENERO DEL AÑO 2.022, por FALSA MOTIVACIÓN que genera un VICIO DE NULIDAD ABSOLUTA e INSUBSANABLE, tal como lo señala el CPACA y se se exhorte al señor Gobernador del Departamento del Magdalena, para que en adelante se ABSTENGA de seguir con ese tipo de prácticas nocivas que atentan contra el buen funcionamiento y el mejoramiento de la ESE – HOSPITAL SANTANDER HERRERA DE PIVIJAY – MAGDALENA, con la prestación del servicio a los usuarios y alrededores del Municipio de Pivijay, con programas de prevención y atención a los mismos.

EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

ME OPONGO a la prosperidad de la presente acción de tutela frente al Departamento Administrativo de la Función Pública, toda vez que esta entidad no tiene injerencia alguna en los hechos que motivaron la presente acción, lo cual es competencia exclusiva de la Gobernación del Magdalena.

De acuerdo con lo anterior y de conformidad con los mismos hechos y pretensiones expuestos por la accionante, NO ha tenido este Departamento Administrativo intervención alguna en los hechos que motivaron la presente acción, razón por la cual solicito se desvincule totalmente de esta acción de Tutela por configurarse la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

No obstante, lo anterior y en atención a la vinculación de este Departamento Administrativo en la acción de tutela de la referencia, en la cual se discute sobre la supuesta falta motivación del Acto Administrativo que ordeno el disfrute de las vacaciones de la accionante, me permito enviar concepto emitido por la Dirección Jurídica de la siguiente manera:

Sea lo primero señalar que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación, por lo tanto no somos competentes para pronunciarnos sobre la legalidad de actos administrativos

¹ “Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”.

expedidos por las entidades públicas, ni establecer si los mismos se encuentran falsamente motivados, estas declaraciones le corresponden a los Jueces de la República.

No obstante lo anterior, de manera general y con el fin de ofrecer elementos de juicio que puedan llevar al despacho a proferir una decisión, es procedente tener en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1045 de 1978², que establece lo siguiente frente a las vacaciones:

"ARTÍCULO 8. *De las vacaciones. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, salvo lo que se disponga en normas o estipulaciones especiales.*

En los organismos cuya jornada semanal se desarrolle entre lunes y viernes, el sábado no se computará como día hábil para efecto de vacaciones.

ARTÍCULO 9º. *De la competencia para conceder vacaciones. Salvo disposición en contrario, las vacaciones serán concedidas por resolución del jefe del organismo o de los funcionarios en quienes él delegue tal atribución.*

ARTÍCULO 10. *Del tiempo de servicios para adquirir el derecho a vacaciones. Para el reconocimiento y pago de vacaciones se computará el tiempo servido en todos los organismos a que se refiere el artículo 2º. de este Decreto, siempre que no haya solución de continuidad. Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad. (...)*

ARTÍCULO 12º. *Del goce de vacaciones. Las vacaciones deben concederse por quien corresponde, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho a disfrutarlas". (...)*

ARTÍCULO 18. *Del pago de las vacaciones que se disfruten. El valor correspondiente a las vacaciones que se disfruten será pagado, en su cuantía total, por lo menos con cinco (5) días de antelación a la fecha señalada para iniciar el goce del descanso remunerado. (...)*

De conformidad con la norma citada, la facultad de otorgar el disfrute de las vacaciones radica en cabeza del Jefe de organismo o de los funcionarios en que éste delegue, podrán concederse de oficio o por solicitud del interesado, dentro del año siguiente a su causación.

Adicionalmente, mediante sentencia No. C-710 de 1996, la Corte Constitucional expresó:

"Es cierto que el trabajador tiene derecho a gozar de un período de tiempo durante cada año laboral, para descansar y emplear ese tiempo en lo que él considere apropiado. Pero también es lógico que el empleador pueda decidir que, por razón de la labor que desempeña el trabajador o por intereses de

² "Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional."

la empresa, como el aumento de la productividad durante determinada época del año, el trabajador disfrute sus vacaciones en un período del año en que empleador y sus intereses no se vean afectados. Por ello no se desconoce el derecho que tiene todo trabajador a gozar de vacaciones anuales. En este caso, se hace necesario establecer un equilibrio entre los derechos del trabajador y los del empleador, de tal forma, que unos y otros no se vean afectados. (Subrayado por fuera del texto original).

Por otra parte, frente a la necesidad de que las vacaciones sean reconocidas económicamente antes de ser disfrutadas, la Corte Constitucional mediante sentencia³ se pronunció en los siguientes términos: *"En nuestra legislación las vacaciones se erigen como el derecho a un descanso remunerado por las labores desarrolladas al servicio del empleador, quien a su vez tiene el deber de causarlas contablemente, al igual que la obligación de pagarlas al empleado dentro de los términos de ley. Es decir, el empleado tiene derecho al disfrute de un tiempo libre a título de vacaciones, durante el lapso legalmente causado y con el pago previo de ese derecho, pues no sería justo ni razonable el que un trabajador saliera a "disfrutar" sus vacaciones desprovisto del correspondiente ingreso económico. Claro es que unas vacaciones carentes de recursos se tornarían en un hecho contraproducente a los intereses y derechos del titular y su familia, ante la permanencia del gasto que implica su existencia y desarrollo."*

De conformidad con los elementos de juicio expuestos, reiteramos que las vacaciones pueden ser otorgadas oficiosamente por la autoridad competente o a solicitud del empleado, dentro del año inmediatamente siguiente a la fecha en que se cause el derecho a disfrutarlas, estando supeditado su disfrute a la respectiva causación, puesto que tal como considero la Corte, no sería justo ni razonable el que un trabajador saliera a disfrutar de sus vacaciones desprovisto del correspondiente ingreso económico; lo que quiere decir, que para otorgar el disfrute es necesario tener en cuenta las necesidades del servicio y el derecho que tiene el empleado de gozar de esta prestación.

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica, las vacaciones deberán concederse por quien corresponde, oficiosamente o a petición del interesado, las cuales se decretarán para su disfrute reconocimiento y pago por la administración en los términos dispuestos en el artículo 18 del Decreto 1045 de 1978, esto es, por lo menos con cinco (5) días de antelación a la fecha señalada para iniciar el goce del descanso remunerado.

Ahora bien, en la medida que las necesidades del servicio lo permitan, de acuerdo con las funciones del servidor público de que se trate, las entidades podrán elaborar junto con sus servidores planes de vacaciones, con el fin de que la Administración programe los respectivos descansos sin que se afecte la prestación del servicio público y para que el trabajador programe con anticipación su plan de descanso.

Así las cosas, frente al caso puntualmente consultado, es necesario establecer si el empleado efectivamente ya contaba con el tiempo de servicios que le permita disfrutar del descanso

³ Corte Constitucional, Sala Plena, 20 de enero de 2004, Referencia: expediente D-4689, Consejero Ponente: Dr. Jaime Araújo R.

remunerado, lo cual será establecido de acuerdo con la documentación aportada; en segundo lugar, determinar si las necesidades del servicio indicaban si era necesario el disfrute de vacaciones de la Gerente de la ESE en cuestión, esto teniendo en cuenta que se constituye como la cabeza orientadora de la entidad y en tercer lugar, respetando el derecho a percibir su pago por lo menos cinco días antes de iniciar el disfrute.

Por último, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid – 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS:

En cumplimiento de las previsiones consagradas en el Auto Admisorio por el cual comunica que fue admitida la acción de tutela promovida por la señora **MAYRA ALEJANDRA CASTRO BRITTO** y en tal consideración, corre traslado a esta entidad pública para que se pronuncie me permito expresarle lo siguiente:

Es necesario señalar, en primer término, que la acción de tutela se origina por la presunta violación de derechos al debido proceso y prevalencia de la Ley sustancial, presuntamente vulnerados por la entidad accionada, situación esta sobre la cual el Departamento Administrativo de la Función Pública no tiene injerencia alguna, lo cual permite colegir la falta de legitimación en la causa por pasiva de esta entidad, máxime si se advierte que en el escrito de la demanda de tutela no existe ninguna acción u omisión que pueda ser atribuida a este Departamento como violatoria de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados, en razón de las funciones y competencias de esta entidad.

En efecto, me permito manifestar en relación con cada uno de los hechos expuestos, por la accionante, que no le consta en absoluto a esta entidad, pues como se manifestó anteriormente se trata de unos hechos al interior de la Gobernación del Magdalena, sobre los cuales el DAFP, no tiene injerencia alguna.

Es decir, se trata de hechos y pretensiones que no tienen intervención alguna de este Departamento Administrativo, situación que le impide a mi representada pronunciarse materialmente y con algún grado de certeza sobre las circunstancias específicas o pormenores que generan, en este caso, la inconformidad de la tutelante.

CONSIDERACIONES DE ORDEN LEGAL

La Constitución de 1991 consagró en forma novedosa, varios mecanismos para obtener el acceso rápido a la justicia, y un pronunciamiento oportuno sobre la protección incoada.

La Acción de Tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, permite a toda persona reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales que se encuentran amenazados, siempre y cuando no disponga de otro medio de defensa judicial para protegerlos, o que teniéndolo, se ejerza con el fin de evitar un daño irremediable

La Acción de Tutela como instrumento constitucional que faculta a la persona para que en cualquier momento o lugar pueda acudir ante los Jueces en búsqueda de la protección de un derecho constitucional fundamental, que se encuentre amenazado por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de particulares, en este último evento, sólo en casos que determine la ley, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y la reglamentación contenida en el decreto 2591 de 1991.

Cabe destacar, que en el caso que se examina no se dan los presupuestos fácticos y jurídicos que conlleven a evidenciar la existencia de un perjuicio irremediable para la parte actora que le permita aplicar la tutela como mecanismo transitorio, lo cual corresponde al Juez de tutela determinar, su existencia o no.

Es necesario destacar que el ejercicio de la acción de tutela, está condicionada entre otras razones, por la presentación ante el Juez de una situación concreta y específica de violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales, además el peticionario debe tener un interés jurídico y pedir su protección también específica, siempre en ausencia de otro medio judicial de protección.

Esta regla es legal, y fue declarada exequible por la Corte (Sentencia C-018 de 1993), dice textualmente el Decreto 2591 de 1991, *"por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política"* en lo pertinente:

"ART 6º.-Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: "1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella 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. "

De conformidad con el artículo 6º. del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no procederá:

"Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales salvo que aquella 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 encuentra el solicitante.

Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”.

Sobre, este tópico es preciso traer a colación lo expuesto por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia No. T-269/93:

"(...)

3. El perjuicio irremediable y razón de ser de la Tutela

Con respecto al perjuicio irremediable, es conveniente reiterar lo que esta Corporación ha considerado sobre el tema:

"Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o se encuentran amenazados. Con respecto al término 'amenaza' es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral”.

Así mismo, es oportuno recordar que la acción de tutela no sustituye en momento alguno los procedimientos establecidos por la vía ordinaria, salvo el caso en que se acuda a ella como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El espíritu del Constituyente con respecto a esta acción no fue el de establecer una vía alterna, sino una vía especial para casos proporcionados a su fin, es decir, cuando un derecho fundamental está siendo o ha sido afectado, o hay inminencia sobre su lesión y no existe otro medio de defensa judicial. Se trata, pues, de un sistema de defensa integral de los derechos fundamentales, que complementa la estructura vigente, pero que jamás tiende a sustituirla, lo cual equivaldría a un desorden, por cuanto alteraría la armonía del sistema judicial, contrario a lo estipulado por la Carta, tanto en el Preámbulo, como en el artículo 2, que señala el orden justo como fundamento y fin, a la vez, del Estado Social de Derecho y de toda la normatividad que a él lo rige.

(...)"

En contexto de lo anterior, forzoso es concluir que el DAFP, no ha incurrido en acción u omisión alguna que constituya la vulneración de algún derecho fundamental a los que alude la accionante, de contera al no existir nexo causal alguno, como se ha establecido en el contexto de este escrito, la acción deviene improcedente respecto de esta entidad.

EXCEPCIÓN

Teniendo en cuenta lo señalado, comedidamente propongo como excepción la siguiente:

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA:

La acción de tutela, no obstante, su informalidad, debe cumplir, como mínimo requisito, que se dirija contra la autoridad que esté causando la omisión que posiblemente vulnera los derechos fundamentales que se busca proteger, pues tanto la Constitución como la Ley exigen que cuando se presenta una acción de tutela ella se dirija contra la persona que está causando la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales. Esta exigencia está contemplada en la propia Constitución, en el artículo 86, al decir en el inciso segundo "*La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo*"; sin embargo, en el sub-examine, la parte accionante no dirige la acción contra el Departamento Administrativo de la Función Pública configurándose de esta manera la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues el Departamento Administrativo de la Función Pública no tiene que cumplir ninguna función, dentro del marco de sus competencias establecidas en el Decreto 430 de 2016, ello le corresponde al accionado que sea condenado.

La Legitimación en la Causa se refiere a la relación sustancial que se pretende que exista entre las partes del proceso y el interés sustancial del Litigio o que es objeto de la decisión reclamada, la legitimación pasiva le pertenece al demandado y a quienes intervengan para controvertir la pretensión del demandante; así el demandado debe ser la persona a quien conforme a la ley le corresponde contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la ley que se declare la relación jurídica sustancial objeto de la demanda.

Por lo anterior, la falta de legitimación en la causa impide desatar el litigio en el fondo, pues, es evidente que si se reclama un derecho frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante.

La Corte Constitucional en sentencia T-117 de 2019 sobre la legitimación por pasiva dijo:

"La legitimación por pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental. Es un presupuesto procesal que exige que la persona contra quien se incoa la tutela sea la autoridad o el particular que efectivamente vulneró o amenaza vulnerar el derecho fundamental."

Dicho lo anterior, forzoso es concluir que no se avizora acción u omisión alguna por parte del DAFP respecto de los hechos argüidos por la accionante como generadores de una eventual vulneración a los derechos fundamentales a que se alude en la presente acción, por tanto reitero a su Despacho tener en cuenta esta situación amen de los argumentos establecidos a lo largo de este prontuario y se deniegue de contera la acción de tutela declarando la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de esta entidad.

PETICIÓN

Por las razones anotadas, respetuosamente solicito al Honorable Juez, declarar probada la excepción propuesta de **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**, dentro de la acción de tutela promovida por la señora

NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Carrera 6 No. 12-62 de la ciudad de Bogotá, teléfono: 7895656. Dirección electrónica: notificacionesjudiciales@funcionpublica.gov.co.

Con toda consideración,



ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

DSalinas

11603.38.6