



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000136871

Fecha: 05/04/2022 04:00:56 p.m.

Bogotá D.C.

Doctor

**EDGAR ALEXANDER APONTE LÓPEZ**

JUEZ

**JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL DE NUEVA GRANADA- MAGDALENA**

Correo Electrónico: [jmpalngran@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:jmpalngran@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**E. S. D.**

**Ref.:** Expediente No.: 2022-00034  
Acción: Tutela  
Actor: JOSÉ LUÍS ARRIETA CAPELA  
Accionada: ALCALDÍA MUNICIPAL DE GRANADA MAGDALENA,  
Vinculadas: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN  
PÚBLICA Y OTROS.  
Asunto: **Contestación Tutela**

**ARMANDO LÓPEZ CORTES**, 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:

#### **FUNDAMENTO DE LA TUTELA**

El señor **JOSÉ LUÍS ARRIETA CAPELA**, manifiesta que la accionada le vulnera los derechos fundamentales a la dignidad, mínimo vital, trabajo, igualdad y debido proceso, como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia del cargo de Inspector de Policía Rural, Código 306, Grado 01, cargo que fungía en provisionalidad, realizada mediante el Decreto 101.15.02.009 de enero 13 del 2022, en consecuencia, solicita se declare la ilegalidad de dicho acto administrativo y se ordene su reintegro. De igual manera como medida provisional solicita la inaplicabilidad del referido Decreto.

#### **PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES:**

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones formuladas por el accionante, en tanto que el Departamento Administrativo de la Función Pública no ha violado ni amenazado derecho fundamental alguno, amén de no tener injerencia alguna sobre los hechos argüidos en el contexto de la acción de tutela.

De otro lado y para el caso que nos ocupa, el accionante cuenta con otros mecanismos de defensa para cuestionar la legalidad del Decreto No 101.15.02.009 de enero 13 del 2022, por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento provisional que fungía el accionante, en consecuencia, la acción de tutela instaurada por el señor **JOSÉ LUÍS ARRIETA CAPELA** no cumple con el requisito de subsidiariedad, toda vez que no concurren los presupuestos para que

proceda esta acción, ni siquiera de forma excepcional pues no se vislumbra la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el cual, en este caso, gira en torno del derecho al mínimo vital, sobre lo cual el accionante no arrimó prueba sumaría al respecto.

De acuerdo con lo anterior y de conformidad con los mismos hechos y pretensiones expuestos por el 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**, en cuanto se trata de unos hechos que solo tienen una relación directa con la entidad Territorial Municipio de Nueva Granada- Magdalena.

De conformidad con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, el Departamento Administrativo de la Función Pública, tiene como funciones, 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, ello no lo hace responsable de la desvinculación del accionante, por tanto al no tener injerencia ni participación alguna en su desvinculación, situación está que corresponde única y exclusivamente al Municipio de de Granada- Magdalena, lo que comporta la exclusión del Departamento Administrativo de la Función Pública del presente trámite tutelar por carecer de legitimación material en la causa por pasiva, en tanto aquella entidad es la legítima contradictoria.

En cuanto a la medida provisional solicitada, desde luego no habría lugar a la misma como en efecto lo resolvió el Juez de tutela, en cuanto no cumple con los requisitos establecidos en el art. 7 del Decreto 2591 de 1991.

Con el mismo propósito y de cara al caso que nos ocupa, es importante señalar que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016<sup>1</sup>, 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, razón por la cual no es competente para señalar si las actuaciones adelantadas por las entidades públicas se encuentran ajustadas a derecho, competencia atribuida a los jueces de la república; de esta manera la resolución de los casos particulares le corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Aclarado lo anterior, se hace necesario revisar de forma general lo que establece la normativa vigente en relación con la provisión de los empleos públicos y el retiro de los servidores que cuenten con nombramiento provisional, así:

El Artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, consagra:

*"ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

---

<sup>1</sup> Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

*El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.*

*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”.*

Por lo tanto, los empleos públicos de carrera administrativa deberán proveerse de forma definitiva mediante el sistema de mérito, considerado como un instrumento óptimo basado en la meritocracia y constituye uno de los ejes determinantes de la Constitución Política, relacionada con el acceso a los cargos públicos de acuerdo con las capacidades y competencias de las personas en virtud de la igualdad, estabilidad y demás garantías dispuestas en el artículo 53 de la Constitución Política.

La Ley 909 de 2004<sup>1</sup>, por su parte, modificada por la Ley 1960 de 2019<sup>2</sup>, en cuanto a los concursos, dispone:

*"ARTÍCULO 2º. El Artículo 29 de la Ley 909 de 2004 quedará así:*

*ARTÍCULO 29. Concursos. La provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función.*

*En los procesos de selección o concursos abiertos para ingresar a la carrera podrán participar las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos.*

*De conformidad con lo anterior los concursos para proveer los empleos públicos serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño y la Comisión Nacional del Servicio Civil es el organismo facultado por la Constitución y la Ley para administrar la carrera administrativa, así como para adelantar los procesos de selección.*

*(...)*

*ARTÍCULO 30. Competencia para adelantar los concursos. Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos. (...)" (Subrayado fuera de texto).*

Al respecto, es importante abordar reiteradas jurisprudencias<sup>3</sup> proferidas por la Corte Constitucional en la cual se ha pronunciado sobre la garantía al derecho de participación de todas aquellas personas que se postulan para concursar por mérito la titularidad de los empleos de carrera administrativa pertenecientes a la administración pública, considerando lo siguiente: "No se requiere un profundo análisis de los términos usados por el Constituyente para concluir, entonces, que, salvo los casos expresamente definidos por el legislador o por la propia Carta, cuando alguien aspire a desempeñar un cargo al servicio del Estado, debe concursar; que los resultados del concurso son determinantes para los fines del nombramiento; que, por supuesto, la calificación obtenida dentro de aquél obliga al nominador, quien no podrá desatenderla para dar un trato inmerecido -a favor o en contra- a quienes han participado en el proceso de selección; y que, correlativamente, esos resultados generan derechos en cabeza de los concursantes que obtienen los más altos puntajes." (Subrayado fuera del texto original)

A partir de la normativa expuesta, el concurso es el proceso que emprende la administración para garantizar **una selección objetiva y transparente del aspirante a ocupar un cargo público de carrera administrativa**. Su finalidad es identificar destrezas, aptitud, experiencia, idoneidad moral y condiciones de personalidad de los aspirantes al cargo con un fin específico: determinar su inclusión en la lista de aspirantes, al igual que fijar su ubicación en la misma, de

manera que, una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, el aspirante que resulte en el primer puesto de la lista de elegibles adquiera el derecho a ocupar el cargo, para que una vez superado el periodo de prueba por seis (6) meses sea inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa.

Así entonces, es necesario que las personas vinculadas con el Estado mediante **nombramiento provisional** que deseen acceder a un empleo público de carrera administrativa en propiedad participen en los concursos de méritos abiertos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, toda vez que en virtud del principio de meritocracia, podrán participar todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño, y de esa forma garantizar los criterios meritocráticos que constituyen uno de los pilares fundamentales del Estado Colombiano.

En relación con el retiro de servicio de empleados provisionales, se hace necesario revisar lo concerniente a la terminación del nombramiento provisional, señalando que el Decreto 1083 de 2015<sup>2</sup> dispone:

*"Artículo 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. 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".*

De acuerdo con lo señalado este Departamento Administrativo ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. Del mismo modo la normativa citada está ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerza su derecho de contradicción.

De acuerdo con lo señalado tenemos, entre otras, la sentencia SU-917 de 2010 de la Corte Constitucional, que sobre el retiro de los empleados vinculados en provisionalidad expresa:

*"En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas.*

*(...) En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.*

*(...) En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto"*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.

<sup>2</sup> "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública".

Ahora bien, el mismo Decreto 1083 de 2015, respecto del retiro de las madres y padres cabeza de familia con nombramiento provisional, dispuso:

*"ARTÍCULO 2.2.12.1.2.1 Destinatarios. **No podrán ser retirados del servicio las madres o padres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años,** según las definiciones establecidas en el artículo 2.2.11.3.1.1, (sic)debe entenderse que la referencia correcta es el artículo 2.2.12.1.1.1 del presente decreto."*

(...)

*ARTÍCULO 2.2.12.1.1.1 Definiciones. Para los efectos de la protección especial en caso de supresión del empleo como consecuencia de una reforma de planta de personal, se entiende por:*

*1. **Madre o padre cabeza de familia sin alternativa económica: Entiéndase por madre o padre cabeza de familia, quien siendo soltera(o) o casada(o), tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañera(o) permanente o deficiencia sustancial de los demás miembros del núcleo familiar.** (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).*

En desarrollo de la Ley 2040 de 2020<sup>3</sup>, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1415 del 04 de noviembre de 2021<sup>4</sup>, mediante el cual se modificó el artículo 2.2.12.1.2.2 del Decreto 1083 de 2015, en lo relacionado con la protección laboral a favor de entre otros, las madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, disponiendo:

*"Artículo 2.2.12.1.2.2. Trámite. Para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo anterior, los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal permanente o temporal respetarán las siguientes reglas:*

*1. Acreditación de la causal de protección:*

*a) Madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica: Los jefes de personal, o quienes hagan sus veces, verificarán en las hojas de vida de los servidores públicos, que pretendan beneficiarse de la protección especial y en el sistema de información de la respectiva Entidad Promotora de Salud, EPS, y en las Cajas de Compensación Familiar, que se cumplan las condiciones señaladas en el presente decreto y que en el grupo familiar de la solicitante no existe otra persona con capacidad económica que aporte al sistema de seguridad social.*

*Así mismo, la condición de invalidez de los hijos, siempre que dependan económica y exclusivamente de quien pretenda ser beneficiaria de la protección especial, deberá ser probada por la servidora pública con un dictamen de la respectiva Junta de Calificación de Invalidez.*

*2. Aplicación de la protección especial:*

***Con base en las certificaciones expedidas por los jefes de talento humano o quienes hagan sus veces y en las valoraciones del tipo de limitación previstas en el numeral anterior, el secretario general de la respectiva entidad analizará, dentro del estudio técnico correspondiente a la modificación de la planta de personal permanente o temporal y teniendo en cuenta la misión y los objetivos del organismo o entidad, el cargo del cual es titular el servidor público que se encuentra en alguno de los grupos de la protección especial y comunicará a los jefes de la entidad respectiva los cargos que de manera definitiva no podrán ser suprimidos o las personas a quienes se les deberá respetar la estabilidad laboral.***

***En caso de supresión del organismo o entidad, la estabilidad laboral de los servidores públicos que demuestren pertenecer al grupo de protección especial de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se mantendrá hasta la culminación del proceso de supresión o liquidación.** (...)*

*Parágrafo. En el caso de los organismos y entidades que cuenten con plantas temporales, aplicarán las reglas establecidas en el presente artículo, hasta el término de duración señalado en el acto administrativo por la cual*

<sup>3</sup> Por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones.

<sup>4</sup> "Por medio del cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015 en lo relacionado a la Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos para el personal que ostenten la condición de pensionados".

*se creó o prorrogó la planta temporal. La protección especial de que trata este artículo aplicará solamente mientras la vigencia de la planta temporal. (...)"*

Así las cosas, se colige que de acuerdo con la protección especial establecida en el Decreto 1083 de 2015, no pueden ser retirados del servicio entre otros, quienes ostenten la calidad de Madre o padre cabeza de familia sin alternativa económica, en caso de modificación de plantas de personal o cuando las listas de elegibles cuenten con un número menor de los cargos a proveer.

De la normativa transcrita, se tiene entonces que la ley ha dispuesto para aquellos empleados públicos que se encuentren en situación de protección especial un amparo especial, no siendo absoluto, toda vez que se dará su aplicación en la medida que, para efectos de acceder al beneficio, el servidor público demuestre su condición, y la entidad, verifique la misma.

Estas condiciones dispuestas en el Decreto 1083 de 2015 y también en la Ley 790 de 2002<sup>5</sup>, se entienden que son para aquellos empleadas (os) públicas (os) en debilidad manifiesta por acreditar ser madre o padre cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, se encuentra direccionada para aquellas entidades que se encuentren en desarrollo de reestructuración o liquidación, procesos en los que eventualmente se pueda ver comprometida la estabilidad laboral de los servidores públicos, debiendo asegurar y mantener en su cargo a quien se encuentre en dicha situación de debilidad manifiesta inclusive, cuando la naturaleza de su vinculación laboral no corresponda a la de empleado de carrera administrativa.

Es importante advertir que la protección especial del Retén Social se aplica a todos los programas de renovación de la Administración Pública del Estado Colombiano, a las entidades en liquidación o reestructuración.

Bajo ese entendido, y conforme a lo dispuesto en el párrafo 2º del Artículo 2.2.5.3.2, una vez se conozca la lista de elegibles de los que han superado el concurso de méritos **con un número menor de aspirantes a los cargos ofertados**, y el cargo del empleado nombrado en provisionalidad tenga que ser provisto definitivamente, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirarlo del servicio, se tendrá que tener en cuenta el orden de protección.

No obstante, es pertinente advertir que la norma condiciona dicha **protección a que la lista de elegibles cuente con un número menor de aspirantes a los cargos ofertados**, si es lo contrario el empleado nombrado en provisionalidad será declarado insubsistente.

En este sentido es pertinente traer a su conocimiento sentencia<sup>8</sup> de tutela proferida por la Corte Constitucional en la cual se consideró lo siguiente en lo que respecta a la figura de retén social, a saber:

*"El aspecto central de este tópico consiste en que para determinados grupos de funcionarios, como madres y padres cabeza de familia, discapacitados o prepensionados, concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa."*

A su vez, la misma corporación, esta vez frente a la estabilidad laboral que se deriva del "retén

<sup>5</sup> "Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República".

social" consideró mediante sentencia<sup>9</sup> que cuenta con las siguientes restricciones, a saber:

*"(i) Por una parte, los servidores públicos que se encuentran cobijados por la garantía de estabilidad laboral como consecuencia del denominado "retén social" pueden ser desvinculados siempre que exista una **justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada**; y*

*(ii) Por otra parte, la estabilidad laboral reforzada de los servidores públicos derivada del "retén social" se extiende hasta la terminación definitiva del proceso liquidatorio de la entidad respectiva o hasta que cesen las condiciones que originan la especial protección.*

*En consecuencia, ha dicho la Corte, "la estabilidad laboral reforzada derivada del llamado retén social, no es de carácter absoluto, pues no existe un derecho fundamental a la conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en el mismo". De esta manera, se armoniza la garantía de la igualdad material de los trabajadores cobijados por el "retén social" y los principios de la función administrativa que justifican los procesos de reestructuración en el sector público...)*

*50. No obstante, la Corte Constitucional también ha reconocido que la protección especial derivada del "retén social" **"sólo puede ser extendida hasta que haya posibilidades fácticas y jurídicas de otorgarla"**. Por ende, es indispensable tener en cuenta las limitaciones propias de los procesos de reestructuración, fusión o liquidación de entidades y se deben ponderar los principios constitucionales de la función administrativa con la especial protección de la que son titulares los servidores públicos beneficiarios del "retén social". (Negrilla original, Subrayado fuera del texto original)*

Así, de conformidad a las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional y normativa expuesta, para el presente asunto, es importante tener claro las restricciones con que cuenta la figura del "retén social", puesto que en los términos de esta alta corporación, esta figura no puede entenderse a manera de la conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en un empleo público, puesto que constitucionalmente debe armonizarse con los principios de la función administrativa que justifican como en este caso, la provisión de un empleo de carrera administrativa por quien ocupó el primer puesto de la lista de elegibles previo concurso de méritos.

Es así que la norma contempla la posibilidad de aplicar la estabilidad laboral reforzada para aquellos empleados que ocupen en provisionalidad empleos de carrera administrativa, en la medida de que las posibilidades fácticas y jurídicas permitan otorgarla, esto es, que dicho concurso cuenten con un número menor de aspirantes a los cargos ofertados, caso en el cual la administración podrá reubicarlos en otro empleo, en caso de que no se cumpla con este presupuesto, en mérito de lo expuesto por la Corte, el empleado provisional deberá ser retirado del servicio, toda vez que se debe proteger el derecho al trabajo a quienes superaron concurso de méritos.

Para hacer efectiva la protección, según la modificación que hizo el Decreto 1415 de 2021, el empleado que considere que acredita los requisitos para acceder a la misma, deberá adjuntar los documentos que así lo constaten y aportar solicitud para el efecto; así, los jefes de la unidad de personal o quienes hagan sus veces deben verificar los servidores que tengan la calidad Madre o padre cabeza de familia sin alternativa económica, les corresponderá verificar la validez de la documentación aportada por el solicitante.

Así las cosas, si el retiro del empleado vinculado mediante nombramiento provisional no se hace por existir lista de elegibles vigente, se deberán argumentar las otras causales señaladas inicialmente de manera que la actuación se ajuste a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerza su derecho de contradicción.

Ahora bien, puntualmente frente al caso consultado tenemos que deberá observarse que la Ley [996](#) de 2005<sup>6</sup> consagró lo siguiente:

**"ARTÍCULO 32. Vinculación a la nómina estatal.** *Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del Artículo siguiente.*

**PARÁGRAFO.** *Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos.*

(...)

**ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos.** *A los empleados del Estado les está prohibido:*

(...)

**PARÁGRAFO.**

(...)

*La nómina del respectivo ente territorial o entidad **no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular**, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa." (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).*

Frente al alcance de las prohibiciones y restricciones de provisión de empleos contenidos en la Ley [996](#) de 2005, es importante remitirse a lo expresado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante Concepto No. 1839 de julio 26 de 2007, respecto a la prohibición contenida en el párrafo del Artículo [38](#) de la Ley [996](#) de 2005, que señala:

**"En consecuencia, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, no podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, es decir, incorporar, ni desvincular a persona alguna de la nómina departamental, municipal o de las empresas descentralizadas. Como tampoco, podrá modificarse la nómina de las entidades o empresas en las cuales, éstos participen como miembros de sus juntas directivas." (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).**

De acuerdo con lo anterior, se entiende que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en las entidades de la Rama Ejecutiva, hace referencia a la imposibilidad de desvincular o proveer cargos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte, que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos.

Ahora bien, respecto de algunas dudas relacionadas con las restricciones citadas, tenemos que la Circular conjunta 100-006 del 16 de noviembre de 2021<sup>7</sup> señaló:

**"¿A partir de qué fecha empiezan a regir las restricciones señaladas en la Ley 996 de 2005 para vincular personal o modificar la nómina estatal?"**

<sup>6</sup> "Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo [152](#) literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo [02](#) de 2004, y se dictan otras disposiciones".

<sup>7</sup> <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=173606>



**- A nivel territorial las restricciones empiezan a regir 4 meses antes de las elecciones para elegir miembros del Congreso, es decir, a partir de las 00:00 a.m. del 13 de noviembre de 2021. Esto implica que los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital **no podrán vincular o desvincular personal o modificar la nómina estatal desde el 13 de noviembre de 2021.****

- Valga precisar que la restricción a nivel territorial se mantendrá hasta la fecha en que se elija presidente y vicepresidente.

- A nivel nacional las restricciones empiezan a regir 4 meses antes de las elecciones para elegir Presidente y Vicepresidente de la República, es decir, a partir de las 00:00 horas del 29 de enero de 2022. Esto implica que los nominadores en las entidades de la rama Ejecutiva del poder público en sus órdenes nacional, no podrán vincular o desvincular personal o modificar la nómina estatal desde el 29 de enero de 2022.

(...)

**¿Qué implica la suspensión de vinculación a la nómina y la restricción temporal de modificar la nómina estatal?**

En vigencia de la restricción no se podrán crear nuevos cargos ni proveer las vacantes definitivas<sup>2</sup>, salvo que se trate de vacantes generadas por renuncia, licencia, muerte o expiración del periodo fijo<sup>3</sup> indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa, como los nombramientos que deban hacerse en período de prueba de quienes hayan sido seleccionados en los concursos de méritos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil<sup>4</sup>. **Tampoco podrán incorporar ni desvincular a persona alguna de la planta.**

(...)

**¿Es viable declarar la insubsistencia de un empleado provisional en ley de garantías?**

Resulta improcedente declarar la insubsistencia de un empleado provisional estando en vigencia la Ley de Garantías<sup>15</sup>. **Sin embargo, si se trata de situaciones como la provisión del empleo de manera definitiva luego de un concurso de méritos o como resultado de un proceso disciplinario adelantado contra el empleado, el nominador podrá disponer su retiro del servicio.** (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Teniendo en cuenta lo señalado y puntualmente frente a la situación presentada por el accionante, **desde el 13 de noviembre entraron en vigencia las restricciones de la ley de garantías para las entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, razón por la cual en principio no resulta viable de un empleado con nombramiento provisional, aún cuando el acto administrativo se encuentre motivado, sea retirado del servicio, salvo que se trate de situaciones como la provisión del empleo de manera definitiva luego de un concurso de méritos o como resultado de un proceso disciplinario adelantado contra el empleado.**

En este orden de ideas, se considera que deberá establecerse si la actuación adelantada por la administración se encuadra en las dos hipótesis que permitirían el retiro del empleado con nombramiento provisional en vigencia de la ley de garantías; en caso contrario, podríamos estar en presencia de una violación a las restricciones de la ley de garantías electorales, tema materia de competencia de la Procuraduría General de la Nación.

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.

## **FRENTE A LOS HECHOS Y OMISIONES QUE ORIGINAN LA ACCIÓN**

Sea lo primero señalar, que el Departamento Administrativo de la Función Pública, desconoce cada uno de los supuestos facticos señalados en el contexto de la acción impetrada en cuanto tienen su origen al interior de la entidad territorial Municipio de Nueva Granada- Magdalena, debemos precisar que el Departamento Administrativo de la Función Pública no tuvo ninguna injerencia o participación que posibilite su vinculación en el trámite de la presente tutela. No obstante, la anterior precisión me permito manifestar en relación con la manifestación fáctica argüida, lo siguiente:

No obstante, lo anterior se hace el siguiente pronunciamiento:

**HECHO No 1:** No me consta en cuanto se trata de un asunto al interior de la entidad nominadora.

**HECHO No 2:** No me consta en cuanto se trata de asunto al interior de la entidad nominadora Municipio de Nueva Granada- Magdalena.

**HECHO No 3:** No me consta.

**HECHO No 4:** No me consta se hace necesario conocer el manual de Funciones y competencias laborales.

**HECHO No 5:** No me consta.

**HECHO No 6:** No me consta.

**HECHO No 7:** Constituye una aseveración subjetiva de cara a la desvinculación por parte de la entidad nominadora.

**HECHO No 8:** No me consta en cuanto se trata de un asunto personal del accionante.

**HECHOS No 9 a 12:** No me constan.

**HECHO No 13:** Constituye una aseveración subjetiva de cara a la condición de provisionalidad.

Es de señalar, que los argumentos facticos expuestos en el contexto de la demanda no le constan a este Departamento como quiera que los mismos se sustraen a un actuar propio de la entidad territorial, luego cabe advertir que el Departamento Administrativo de la Función Pública no debe ser vinculado ni intervenir en la presente acción y, en tal consideración, debe ser desvinculado, pues el Municipio de Granada – Magdalena goza de autonomía e independencia para el manejo de sus propios asuntos, para auto determinarse y comparecer al presente proceso sin la autorización de otra autoridad.

## **OTROS ARGUMENTOS DE DEFENSA**

No obstante, lo anterior, y de acuerdo con lo establecido en el escrito de tutela, nos pronunciaremos sobre la desvinculación de los empleados provisionales, de la siguiente manera:

La Constitución Política en su artículo 125 preceptúa:

*"ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

**El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. (...)**. (Subrayado y Negrita fuera del Texto).

Por su parte, la Ley 909 de 2004<sup>8</sup> establece:

*"Artículo 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.*

De acuerdo con lo anterior, tenemos que existe la prohibición constitucional y legal de ingresar a los cargos de carrera administrativa mediante procesos diferentes a los señalados en la Ley.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004 y las demás normas que la reglamentan o adicionan, el nombramiento provisional es de carácter transitorio y procede de manera excepcional, para proveer un empleo de carrera cuando en la respectiva planta de personal no existen empleados de carrera administrativa que cumplan con los requisitos y el perfil para ser nombrados mediante encargo.

En relación con la desvinculación de empleados nombrados en la modalidad provisional en empleos públicos de carrera administrativa, es importante tener en cuenta que el Decreto 1083 de 2015, *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*, señala:

***"ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. 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."***Subraya nuestra"

Ahora bien, este Departamento Administrativo ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. La normatividad citada está ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>9</sup> en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

La Corte Constitucional mediante sentencia T-326 del 3 de junio de dos mil catorce (2014), Magistrada Ponente, MARIA VICTORIA CALLE CORREA, al pronunciarse sobre la estabilidad del empleado vinculado con carácter provisional, señaló:

<sup>8</sup> "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones".

<sup>9</sup> Ver entre otras las sentencias, la SU-250 de mayo 26 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-884 de octubre 17 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1011 de octubre 29 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-951 de octubre 7 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1240 del 9 de diciembre de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil ;T-031 de enero 21 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-257 de marzo 30 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-432 de junio 1º de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

*"Los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad."*

Igualmente, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia SU 917 de 2010, al pronunciarse sobre el retiro de los empleados provisionales, señaló:

*"El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional."*

*Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de "razón suficiente" en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde "deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado". En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, "para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión".*

*En este orden de ideas, **sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria "u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto"**.*

*Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, "la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados". (Subrayas fuera de texto).*

El Ministerio de Trabajo y este Departamento Administrativo, en la Circular Conjunta No. 0032 del 3 de agosto de 2012, sobre el retiro de los empleados provisionales, señala:

*"De conformidad con lo expuesto, y con el fin de evitar reclamaciones a la Administración Pública, se recuerda a los representantes legales de las entidades y organismos del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles nacional y territorial que al*

*momento de expedir los actos administrativos de insubsistencia del personal provisional deben ajustarse a los criterios y a los lineamientos impartidos por la Corte Constitucional en esta materia.*

*Por lo tanto, situaciones como la declaratoria de inexequibilidad de los Actos Legislativos Nos. 01 de 2008 o 04 de 2011, o el vencimiento de duración del término del nombramiento provisional o el de su prórroga no son motivos suficientes para el retiro del personal provisional, en cuanto esta situación no está consagrada como causal de retiro del servicio de estos empleados.*

*Finalmente, es necesario recordar que el nombramiento provisional solo procede una vez agotado el orden de prelación para la provisión definitiva de los empleos de carrera establecidos en la Ley 909 de 2004 y los decretos reglamentarios.”*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, **procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.**

#### **EXCEPCIONES:**

#### **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 tutelante 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 el 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.

### **EXISTENCIA DE MECANISMOS ORDINARIOS DE DEFENSA:**

En tanto que el Decreto por medio de la cual termina el nombramiento en provisionalidad puede ser demandado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o nulidad simple ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con solicitud de suspensión de los efectos jurídicos del acto, lo cual hace improcedente la presente acción de tutela en los términos de numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.

En efecto, esta acción solo es procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe girar en torno al mínimo vital y ser probado por el actor, situación que, en el presente caso, no se ha dado.

Sea oportuno señalar lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia T -433 de 2019 al señalar:

*"(...) "De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la tutela tiene carácter subsidiario, por consiguiente: (i) es improcedente cuando existen otros medios de defensa judiciales idóneos y eficaces y no exista la posibilidad de configuración de un perjuicio irremediable; (ii) procede, de manera transitoria, cuando existen otros medios de defensa judicial, pero se requiere evitar la consumación de un perjuicio irremediable; y (iii) procede, de manera definitiva, cuando no existen mecanismos judiciales idóneos ni eficaces que permitan proteger los derechos fundamentales que se alega vulnerados o amenazado.(...)"*

En contexto de lo anterior, de no ser así se llegaría al absurdo de desconocer que el objetivo de la tutela es precisamente brindar un remedio expedito y eficaz, cuando las acciones u omisiones de la autoridad accionada son manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho.

### **INEXISTENCIA DE PERJUICIO IRREMEDIABLE:**

De conformidad con el artículo 6°.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 la 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:

*"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 lo que hace propiamente a la procedencia de la acción como mecanismo transitorio y con el objeto de evitar un perjuicio irremediable, como lo ha venido acuñando la jurisprudencia de esta Corporación, cuando el ciudadano interpone la acción de tutela, como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, este tiene la carga de probar, aunque sea sumariamente, la existencia de un perjuicio que: (i) sea inminente, es decir que produzca, de manera cierta y evidente, la amenaza de un derecho fundamental; (ii) imponga la adopción de medidas urgentes para conjurarlo; (iii) amenace gravemente un bien jurídico que sea importante en el ordenamiento jurídico y; (iv) dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad, pues, de lo contrario, la acción se torna improcedente.

En efecto y para el caso que nos ocupa no se evidencia prueba alguna sobre algún perjuicio irremediable, inminente, que requiera medidas urgentes y que su protección sea impostergable, situación está que debe ser valorada por el Juez Constitucional.

### **PETICIÓN**

Por las razones anotadas, respetuosamente solicito al señor Juez declarar probadas las excepciones propuestas y fundamentalmente la **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**, dentro de la acción de tutela de la referencia, al estar demostrado que mi representada no tuvo injerencia alguna en los hechos que originan la acción, disponiendo, en lo demás, lo que en derecho corresponda.

## **NOTIFICACIONES**

Las recibiremos en la Carrera 6 No. 12-62 de la ciudad de Bogotá, correo electrónico: [notificacionesjudiciales@funcionpublica.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@funcionpublica.gov.co).

Con toda consideración,



**ARMANDO LÓPEZ CORTES**

Director Jurídico

DSalinas  
11603.38.6