



* 2 0 2 2 6 0 0 1 4 8 5 8 1 *

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000148581

Fecha: 19/04/2022 11:01:41 a.m.

Bogotá D.C.

Doctor

JUAN CARLOS BONETT PEREZ

Juez

JUZGADO PRIMERO PROMISCUO MUNICIPAL DE PIVIJAY - MAGDALENA

Correo Electrónico: j01pmpalpivijay@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Ref.: Expediente No.: 2022-00056
Acción: Tutela
Actor: PATRICIA ELENA POLO CANTILLO
Accionados: ALCALDÍA MUNICIPAL DE PIVIJAY
Vinculados: MINISTERIO DE TRABAJO, ALCALDIA MUNICIPAL DE PIVIJAY, PERSONERO MUNICIPAL, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y UNIDAD DE VICTIMAS.
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

La señora **PATRICIA ELENA POLO CANTILLO**, manifiesta que la Alcaldía de Pivijay vulneró sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, debido proceso, igualdad, seguridad social, seguridad jurídica y mínimo vital, con ocasión Convocatoria 1295 – Boyacá, Cesar y Magdalena, para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Pivijay, manifiesta que se presentó y no obtuvo un buen puntaje que le permitiera acceder al cargo que ocupa actualmente en provisionalidad. En consecuencia solicita la protección de sus derechos y se declare su estabilidad laboral reforzada por ser madre cabeza de familia y la reubiquen en un cargo igual o de mejor categoría al que venia desempeñando.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la accionante, en tanto que el Departamento Administrativo de la Función Pública no ha violado ni amenazado derecho fundamental alguno, de la señora **PATRICIA ELENA POLO CANTILLO**, amén de ser un actuar legítimo de la entidad territorial en lo que corresponde a la realización de la Convocatoria 1295 –



Boyacá, Cesar y Magdalena, para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Pivijay.

Cabe señalar, que la provisión de un cargo de carrera por el sistema del mérito goza de protección constitucional a voces del artículo 125 Superior. Nótese que los cargos provisionales, como su nombre lo indica, **son de carácter transitorio y excepcional** y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad¹.

Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto la Corte Constitucional, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

En efecto la Corte Constitucional en la sentencia T-464 de 2019 sobre empleado nombrado en provisionalidad en cargo de carrera administrativa señala:

"(...) La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos. Por su parte, aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculado con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público. (...)"

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 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.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, el DAFP, 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 eventual desvinculación de la accionante, por tanto al no tener injerencia ni participación alguna en su situación laboral, dado que la misma corresponde única y exclusivamente a la entidad territorial y a la CNSC, lo que comporta la exclusión del DAFP del presente trámite tutelar por carecer de legitimación material en la causa por pasiva, en tanto aquellas entidades son las legítimas contradictorias.

¹ Ibídem. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



De igual manera es menester señalar que la Acción de Tutela es un mecanismo subsidiario de protección de los derechos y no un instrumento adicional o alternativo de la persona, 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.

En efecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-433 de 2019 dijo:

"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".

De otro lado y para el caso que nos ocupa, la acción de tutela instaurada por la señora **PATRICIA ELENA POLO CANTILLO** 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 la accionante no arrió prueba sumaría al respecto.

EN CUANTO A LOS HECHOS

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 Alcaldía de Pivijay, 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 cada uno de los hechos expuestos, lo siguiente:

HECHO No 1: No nos consta en cuanto se trata de la vinculación de la accionante en la Alcaldía de Pivijay.

HECHO No. 2: No nos consta en cuanto se trata de un nombramiento a la accionante en la Alcaldía de Pivijay.

HECHO No 3: No nos consta, debemos señala que el Departamento Administrativo de la Función Pública no tiene participación en la Convocatoria 1295 – Boyacá, Cesar y Magdalena.

HECHO No 4: No nos consta, debemos señala que el Departamento Administrativo de la Función Pública no tiene participación en la Convocatoria 1295 – Boyacá, Cesar y Magdalena.

HECHO No 5: No nos consta, me atengo a lo que resulte probado.

HECHO No 6: No nos consta.

HECHOS 7 al 12: Se trata de apreciaciones subjetivas de la tutelante.



De esta manera 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 la Alcaldía de Pivijay, 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.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA DEFENSA

La Constitución de 1991, en su artículo 125, fue enfática en señalar que los empleos en las entidades y órganos del Estado son de carrera y estableció también las excepciones a esta regla general: los trabajadores oficiales, los de elección popular y los de libre nombramiento y remoción que determine la ley. Dispuso, igualmente, que el mérito, demostrado en los términos y en las condiciones que establezca la ley, constituye el elemento determinante para el ingreso y el ascenso en los empleos de carrera. Así mismo, reiteró la previsión constitucional del artículo 62 de la Carta anterior, según la cual en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para empleos públicos de carrera, su promoción o retiro.

Con el mismo propósito, es preciso señalar que la provisión de un cargo de carrera por el sistema del mérito goza de protección constitucional a voces del artículo 125 Superior. Nótese que los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad².

Ahora bien, el artículo 130 Superior prevé la existencia de la **Comisión Nacional del Servicio Civil** como organismo responsable de la administración y vigilancia de las carreras que no tuvieran el carácter de especial. Según lo ha expresado la H. Corte Constitucional, en reiterados pronunciamientos, tienen este carácter la carrera de la Rama Judicial, de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo, de la Fiscalía General de la Nación, de las Contralorías General de la República y Territoriales, la Diplomática y Consular, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y de las Universidades Oficiales. Todos estos organismos y entidades, salvo las Universidades y las Contralorías Territoriales, cuentan en la actualidad con estatutos de carrera.

En desarrollo de los anteriores mandatos constitucionales, se emitió la ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, ley que se encuentra vigente aplicable tanto al nivel nacional como al territorial.

En consecuencia, a partir del año de 1991, fecha de expedición de nuestra actual Carta Política, los empleados públicos pertenecientes a las instituciones del Estado, como es el caso de la señora **PATRICIA ELENA POLO CANTILLO** están sometidos al sistema general de carrera administrativa regulado en la Ley 909 de 2004, cuya administración y vigilancia corresponde privativamente a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el marco de las funciones consagradas por los artículos 11, 12, 34, 35 y 54 de la Ley 909 de 2004, atrás reseñados, los cuales no dejan duda que el registro público de carrera es administrado, organizado y actualizado por la CNSC.

En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 1º del Decreto 430 de 2016³, el objeto institucional del DAFP se contrae a lo siguiente:

² Ibídem. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³ Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública'



"ARTÍCULO 1o. OBJETO. *El Departamento Administrativo de la Función Pública, consultando los principios constitucionales de la función administrativa y el interés general, 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".*

Así las cosas, resulta claro que en los hechos que originan la acción de tutela promovida por la señora **PATRICIA ELENA POLO CANTILLO** intervino el Departamento Administrativo de la Función Pública, es importante señalar que el Decreto por medio del que es desvinculada fue expedido por la entidad territorial Alcaldía de Pivijay, que es la Entidad que conoce con certeza la situación de la accionante teniendo en cuenta que es la entidad empleadora y es la que conoce con certeza como fue su vinculación y las razones de la misma, razón de más para excluirlo del trámite tutelar y declarar su falta de legitimación material en la causa por pasiva.

No obstante lo anterior, de manera general sobre el tema en estudio, me permito manifestarle que la Dirección Jurídica de este Departamento Administrativo expidió el Concepto marco No. 9 de 2018 "*DESVINCLACIÓN DE PROVISIONALES EN SITUACIONES ESPECIALES PARA PROVEER EL CARGO CON QUIEN GANÓ LA PLAZA MEDIANTE CONCURSO DE MÉRITOS*", el cual puede ser consultado en la siguiente ruta: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=88299> y en el cual se hace un recuento jurisprudencial al respecto y en el cual se concluye:

"1. El concurso es el proceso que emprende la administración para garantizar una selección objetiva y transparente del aspirante a ocupar un cargo público. 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.

2. La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha enfatizado la importancia de garantizar el efecto útil de los concursos de méritos en virtud de que el querer del constituyente fue implantar un sistema que garantice los derechos de los ciudadanos que desean ingresar a la función pública en igualdad de condiciones, de tal forma que su vinculación dependa únicamente de sus cualidades intelectuales y psicotécnicas.

3. Una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, el aspirante que obtiene el primer puesto adquiere el derecho a ocupar el cargo. La conformación de la lista obliga al nominador a seleccionar al mejor de los concursantes.

4. La estabilidad relativa que se le ha reconocido a los empleados provisionales que tienen una condición o protección especial como embarazadas, padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

5. De acuerdo con la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional ha afirmado que cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la Constitución Política (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos.

6. Por ejemplo, de existir cargos vacantes similares o equivalentes a los que venían ocupando podrán ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.¹⁹

7. Otra de las medidas afirmativas en favor de las personas en situación de discapacidad se establece en el Decreto 1083 de 2015, el cual consagra el procedimiento a seguir en los casos en que la lista de

elegibles para la provisión definitiva de empleos públicos de carrera administrativa esté conformada por un número menor de personas que el de vacantes ofertadas.

8. Por tanto, cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

- *Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*
- *Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- *Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- *Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.*

9. Un tratamiento diferente debe darse en el caso de la empleada provisional embarazada, es procedente su retiro motivado, y para el caso que nos ocupar debe fundarse en provisión definitiva del cargo por haberse adelantado el concurso de méritos. En este mismo acto administrativo y con el objeto de dar cumplimiento a lo señalado en la Sentencia SU-070 de 2013, se debe indicar con fundamento en la misma, que a partir de que surta efectos la terminación del nombramiento de la empleada vinculada con carácter provisional, la entidad deberá realizar la provisión de las sumas de dinero de las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad y realizar mes a mes el pago de la afiliación al sistema de seguridad social en salud hasta el momento en que termine el disfrute de la licencia de maternidad”.

De otro lado, es preciso señalar lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia T- 147 de 2013 que dice:

"(...) FUNCIONARIOS PUBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Naturaleza jurídica/CARGO DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD Y CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Diferencias

La vinculación en calidad de provisional constituye un modo de proveer cargos públicos "cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal". Los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad. La naturaleza de los cargos provisionales difiere de la de los cargos de carrera administrativa y de los empleos de libre nombramiento y remoción. Los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no del hecho de pertenecer a un cargo de carrera. Los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba, entre otros. Pero tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución. En consecuencia, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación. (...)"

De conformidad con lo anterior, si bien es cierto las personas que ostentan condiciones de protección especial (***madres y padres cabeza de familia, prepensionados y personas en condición de discapacidad***) requieren que la entidad implemente acciones afirmativas al momento de su desvinculación por razones de un concurso, **lo cierto es que la estabilidad**



relativa de dicha población cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

Sea oportuno señalar, que la acción deviene improcedente por cuanto el actuar de la entidad, es constitutivo de una actuación legítima del ente territorial acorde al ordenamiento jurídico, máxime al tratarse de un cargo de provisionalidad con un derecho laboral relativo, donde el mismo cede ante el derecho de quienes superen el respectivo concurso, por lo que dicha situación no conlleva la vulneración de ningún derecho fundamental.

Con el mismo propósito es de señalar para el caso concreto, que 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.

En ese sentido, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.

En conclusión, los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos.

Por consiguiente, y dada la realización del correspondiente concurso de méritos para la provisión de los empleos de carrera resulta procedente la desvinculación de los empleados provisionales siempre que la misma se efectuó mediante acto administrativo motivado a fin de que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y ejerza su derecho de contradicción.

De todos modos, es preciso reiterar que la provisión de un cargo de carrera por el sistema del mérito goza de protección constitucional a voces del artículo 125 Superior y que los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad.

En el marco de lo anterior, al no existir ninguna violación o amenaza real y actual de los derechos constitucionales fundamentales de la accionante, que viabilice o justifique su protección en sede de tutela, es claro que la presente acción debe ser denegada o, en su defecto, declarada improcedente, en lo que respecta a la parte accionada.

Con base en las anteriores consideraciones me permito presentar las siguientes:

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 Departamento Administrativo de la Función Pública 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 amén 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 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 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 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 y/o declarar improcedente la presente acción, por falta de presupuestos facticos y jurídicos para tal fin.

NOTIFICACIONES

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

Con toda consideración,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

DSalinas

11603.38.6