



* 2 0 2 2 6 0 0 2 5 8 0 9 1 *

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000258091

Fecha: 18/07/2022 02:10:34 p.m.

Bogotá D.C.

Señores

JUZGADO CUARENTA Y OCHO (48) PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ

Correo Electrónico: j48pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Ref.:	Expediente No.:	2022-00173
	Acción:	Tutela
	Actor:	HUGO ALFONSO LEGUIZAMÓN CASTELLANOS
	Accionadas:	MINISTERIO DE DEFENSA, DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD "DIGSA"
	Vinculadas:	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA "DAFP" COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC"
	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 **HUGO ALFONSO LEGUIZAMÓN CASTELLANOS**, solicita la protección de sus derechos fundamentales, que considera vulnerados por las entidades accionadas, manifiesta que presentó petición demostrando condiciones para que se ampare reten social a su favor y a la fecha de radicación de esta tutela no ha recibido respuesta.

Solicita se declare su estabilidad laboral reforzada, ya que en su núcleo familiar no hay otra persona que haga aporte económico que subsane todas las obligaciones que únicamente dependen el salario que devenga como funcionario público perteneciente al Ministerio de Defensa – Dirección General de Sanidad – DIGSA.

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, del señor **HUGO ALFONSO LEGUIZAMÓN CASTELLANOS**, debemos señalar que el Departamento Administrativo de la Función Pública no tiene injerencia alguna sobre los hechos argüidos en el contexto de la demanda.

De otra parte, no se vislumbra la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el cual, en este caso, gira en torno al mínimo vital del accionante, sobre lo cual este no arrió prueba sumaría al

respecto, es decir que el amparo es improcedente, como mecanismo transitorio, debido a que el tutelante no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, máxime cuando se advierte que el accionante se encuentra actualmente vinculado a la planta del Ministerio de Defensa – Dirección General de Sanidad, devengando sus salarios y demás prestaciones legales, sin que sea posible establecer una afectación grave e inminente de sus derechos fundamentales que requieran una protección urgente en sede de tutela.

En el marco de lo anterior, al no existir ninguna violación o amenaza real y actual de los derechos constitucionales fundamentales del 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.

No obstante, lo anterior, y teniendo en cuenta la vinculación del Despacho Judicial la Dirección Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública se pronunció de la siguiente manera:

En relación con la solicitud de protección por parte de un empleado público nombrado en provisionalidad que manifiesta contar con la condición de padre cabeza de familia, y por consiguiente solicita protección laboral en caso de concurso de méritos, de acuerdo con lo previsto en la Ley 790 de 2002, denominado reten social, así como solicita igualmente la inscripción extraordinaria en carrera administrativa, le manifiesto lo siguiente:

1.- Forma de acceder a la carrera administrativa.

En relación con el tema objeto de solicitud, se considera importante tener en cuenta que el artículo 125 de la Constitución Política dispone que por regla general los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa, y su titularidad se obtendrá a través de la demostración del mérito al superar un concurso de méritos y el correspondiente período de prueba. Este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, es especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.

En este orden de ideas, quienes cumplan con los requisitos de ley y los requisitos establecidos en el manual específico de funciones y requisitos que tenga adoptado la entidad, podrán ser designados en empleos clasificados como de carrera administrativa, previa superación del concurso de méritos y la correspondiente superación del respectivo período de prueba.

Para el caso de los civiles no uniformados vinculados en las entidades públicas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa, el Decreto Ley 091 de 2007¹ determina lo siguiente:

“Artículo 15. Del sistema especial de carrera del sector defensa. El Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa es un sistema técnico de administración del personal a su servicio, que tiene por objeto alcanzar dentro del marco de seguridad requerido, la eficiencia, la tecnificación, la profesionalización y la excelencia de sus empleados, con el fin de cumplir su misión y objetivos, ofreciendo igualdad de oportunidades para el acceso a ella, la estabilidad en los empleos y la posibilidad de ascender, como también establecer la forma de retiro de la misma.

El ingreso, la permanencia y el ascenso, en los empleos del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, se hará considerando el mérito, sin que para ello la filiación política, raza, sexo, religión, o razones de otra índole diferentes a la seguridad, puedan incidir de manera alguna.

¹ “Por el cual se regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración de personal”.

El Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa regula la capacitación, los estímulos, y la evaluación del desempeño de los empleados públicos civiles y no uniformados al servicio del Sector Defensa.

Por virtud del principio de Especialidad, la atención, desarrollo, control, administración y vigilancia del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa estará a cargo del Ministerio de Defensa Nacional.

De acuerdo con la norma, el ingreso al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa se debe realizar teniendo como eje fundamental el mérito, para el efecto, la atención, desarrollo, control, administración y vigilancia del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa estará a cargo del Ministerio de Defensa Nacional.

2.- Nombramiento en provisionalidad.

Ahora bien, en cuanto a la forma de proveer empleos de carrera administrativa con vacancia temporal o definitiva en entidades adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa, es necesario precisar que de acuerdo con lo señalado en el artículo 56 del citado Decreto Ley 91 de 2007, contempla que, “teniendo en cuenta la especialidad de la misión de defensa y seguridad nacional del Sector Defensa, en caso de vacancia temporal o definitiva de un empleo del Sector Defensa, el nominador o quien este haya delegado, con el único requisito de haberse realizado previamente un estudio de seguridad al candidato, podrá nombrar en cargos pertenecientes al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa por el término de seis (6) meses, a personas o servidores públicos que no pertenezcan a ella, mientras se surte el proceso de selección por mérito. Igualmente, en desarrollo del mismo principio, estos funcionarios podrán ser removidos en cualquier tiempo.”

En ese sentido, en caso de vacancia temporal o definitiva de un empleo de carrera del Sector Defensa, el director de la entidad o quien este haya delegado, podrá nombrar en provisionalidad cargos pertenecientes al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa por el término de seis (6) meses.

En ese sentido, se precisa que los nombramientos provisionales se constituyen en un mecanismo de carácter excepcional y transitorio que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito (concurso).

3.- Retiro provisionales:

Ahora bien, en relación con la terminación del nombramiento en provisionalidad, el mencionado Decreto Ley 91 de 2007 dispone lo siguiente:

“Artículo 57. Causales de retiro. Además de las causales de retiro previstas en la Constitución Política y en las disposiciones legales aplicables al personal civil y no uniformado de las entidades del Sector Defensa, los funcionarios del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, serán retirados de la Carrera y por lo tanto del servicio, cuando obtuvieren una evaluación y/o calificación definitiva insatisfactoria.

No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados civiles no uniformados del Sector Defensa amparados con fuero sindical, en los siguientes casos:

1. Cuando no superen el período de prueba.
2. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.
3. Cuando los empleos provistos en provisionalidad, sean convocados a concurso y el empleado no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.”

De acuerdo con lo previsto en la norma, es procedente el retiro del servicio, entre otros, cuando los empleos provistos en provisionalidad, sean convocados a concurso y el empleado no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.

Esta norma se encuentra en sujeción a la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, que en pronunciamiento², consideró que para los funcionarios nombrados en provisionalidad existe “un cierto grado de protección”, que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P); y el derecho que le asiste al empleado provisional de conocer las razones por las cuales se retira del servicio, para efectos de que ejerza su derecho de contradicción.

La Corte Constitucional frente al deber de motivar el acto administrativo por el cual se retira del servicio a un empleado nombrado en provisional consideró lo siguiente mediante sentencia³:

“3.4. El deber de motivación de los actos administrativos

3.4.1. Como manifestación del Estado de Derecho, el principio general es que los actos de la administración han de tener una motivación acorde con los fines de la función pública, de manera que se eviten arbitrariedades y se permita su control efectivo. Dentro de ese propósito, esta Corporación ha establecido que la Administración debe dar cuenta de las razones que justifican sus decisiones, salvo en los casos exceptuados por la Constitución y la ley.

3.4.2. La necesidad de motivación de los actos administrativos es una manifestación de principios que conforman el núcleo de la Constitución de 1991, entre los cuales se debe resaltar la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad, y el derecho al debido proceso. En esos términos, el deber de motivar supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los administrados de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, permitiéndoles, por lo tanto, controvertir las razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación de su derecho de contradicción. (...)

3.4.4. En conclusión, “en primer lugar, (...) la motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. En segundo lugar, porque pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y, por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, en tercer lugar, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la C. P. en la parte que consagra: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales” y del artículo 123 en la parte que indica: “Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad”. En otras palabras, la comunidad tiene derecho a estar informada, la sociedad no es indiferente al conocimiento de las resoluciones que le puedan interesar (...)”. (Subrayado fuera del texto original)

En la misma sentencia, esta vez sobre la estabilidad laboral relativa de los empleados nombrados en provisionalidad, concluyó lo siguiente:

“3.5.6. Así las cosas, entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia. Como se estableció arriba, el nombramiento en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, y, por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto. Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, dicha estabilidad relativa se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. En ese sentido, debe “atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo”^[38] ^[39] En

² Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 17 de enero de 2008, Sentencia T-007/08, [MP Dr. Manuel José Cepeda Espinosa]

³ Corte Constitucional, Sala Plena, 24 de julio de 2014, Referencia: expedientes T-3.275.956, T-3.319.445 y T-3.347.236, Consejero Ponente: Luis Guillermo Guerrero López.

concordancia con lo anterior, el acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico; por lo cual, no son válidas las apreciaciones generales y abstractas. (...)

3.5.10. En síntesis, a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho de estabilidad típico de quien accede a la función pública por medio del concurso de méritos, pero de ello no se desprende una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, pues la vacancia no cambia la naturaleza del cargo. De allí que, en concordancia con el precedente de la Corporación, al declarar insubsistente a uno de dichos funcionarios, deben darse a conocer las razones específicas que lleven a su desvinculación, las cuales han de responder a situaciones relacionadas con el servicio prestado o al nombramiento en propiedad del cargo, de manera que no se incurra en una violación del derecho a la estabilidad laboral del servidor público en provisionalidad y, en consecuencia, de su derecho al debido proceso.” (Subrayado fuera del texto original)

En los términos de la Corte Constitucional, la administración en el desarrollo de sus actos deberán estar en concordancia con los fines de la función pública, esto con el fin de que se eviten arbitrariedades y se permita el control efectivo sobre los mismos, en tal sentido, los actos administrativos que se expidan deberán encontrarse justificados con las razones que lo acompañan, con el único fin de que los administrados controviertan estas razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación al derecho de contradicción.

Para este Alto Tribunal, los empleados en provisionalidad tienen una expectativa de permanencia en el cargo (estabilidad intermedia) hasta que este sea provisto mediante concurso, y no goza de la estabilidad reforzada en dicho cargo, toda vez que no ha superado el concurso de méritos. Entonces esta estabilidad que acompaña a los empleados provisionales, se enmarca en la taxatividad de las causales para ser removidos del empleo en el cual se encuentran nombrados en tal calidad, resaltando que la razón principal por la cual podrán ser retirados es aquella que consiste en que el cargo va a ser ocupado por un aspirante que ha participado en un concurso de méritos y ha ocupado primer lugar en la lista de elegibles para emprender su periodo de prueba.

Bajo estos criterios, y atendiendo su tema objeto de consulta, esta Dirección Jurídica considera que el empleado provisional en condición de padre cabeza de familia, deberá ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de méritos que se adelantó para proveer el empleo que ocupa en provisionalidad, puesto que como lo advierte esta corporación, su situación especial no lo exime de demostrar su capacidad y mérito en igualdad de condiciones.

4.- Reten Social.

Ahora bien, respecto a la figura del retén social que el solicitante invoca en el escrito de acción de tutela, es pertinente abordar la Ley 790 de 2002⁴, que consagra lo siguiente:

“Artículo 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.” (Artículo declarado exequible por las sentencias C-174 de 2004, C-044 de 2004 y C-1039 de 2003).”

Por su parte, y para el caso de las entidades que se rigen por el sistema general de carrera, se considera importante tener en cuenta a manera de simple orientación lo previsto en el Decreto 1083 de 2015 que, en relación con los destinatarios de la protección especial contemplada en la ley citada de precedencia, así como lo referente al orden para la provisión de empleos de carrera respectivamente, cita lo siguiente:

“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 del presente decreto.

⁴ “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”

Artículo 2.2.12.1.2.2. 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 aprobada 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. La garantía para los servidores próximos a pensionarse deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

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

De acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 y el artículo 2.2.12.1.2.1 y siguientes del Decreto 1083 de 2015, se tiene entonces que la ley ha dispuesto para aquellos empleados públicos que se encuentren en situación de protección un amparo especial, no siendo absoluto, toda vez que se dará su aplicación en la medida que, para efectos de acceder al beneficio, se requiere que la entidad se encuentre en procesos de reestructuración administrativa, que el servidor público demuestre su condición, y que la entidad verifique la misma.

Estas condiciones dispuestas en la Ley 790 de 2002, y el Decreto 1083 de 2015, se entiende que es para aquel empleado público 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; 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, sin que dicha protección se haya hecho extensiva en los casos de concursos de méritos, como es el caso planteado en el escrito de tutela.

Para dar claridad a la situación en concreto, es pertinente traer a su conocimiento sentencia⁵ 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 social” consideró mediante sentencia⁶ 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 entonces, 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 naturaleza de carrera administrativa por quien ocupó el primer puesto de la lista de elegibles previo concurso de méritos.

5.- Conclusiones.

De acuerdo con lo expuesto, se considera importante concluir:

a). - La Constitución Política dispone que por regla general los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa, y su titularidad (derechos de carrera) se obtendrá a través de la demostración del mérito al superar un concurso de méritos y el correspondiente período de prueba.

En este orden de ideas, quienes cumplan con los requisitos de ley y los requisitos establecidos en el manual específico de funciones y requisitos que tenga adoptado la entidad, podrán ser designados en empleos clasificados como de carrera administrativa, previa superación del concurso de méritos y la correspondiente superación del respectivo período de prueba.

⁵ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, 10 de abril de 2012, Referencia: expediente T-3.706.556, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶ Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 05 de marzo de 2018, Referencia: Expediente T-6.351.900., Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

De lo anterior se deduce que solamente es procedente inscribir en el registro Público de carrera administrativa a quien ha superado en el lugar que corresponda el concurso de méritos, de tal manera que acceda al (los) empleo (s) ofertados, sin que sea procedente la inscripción a quien no ha superado el concurso de méritos, y solicite su inscripción por contar con la condición de padre de familia, pues como ya se indicó, solamente quien supere el concurso de méritos y el período de prueba podrá ser inscrito.

b). - En caso de vacancia temporal o definitiva de un empleo de carrera del Sector Defensa, el director de la entidad o quien este haya delegado, podrá nombrar en provisionalidad cargos pertenecientes al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa por el término de seis (6) meses.

En ese sentido, se precisa que los nombramientos provisionales se constituyen en un mecanismo de carácter excepcional y transitorio que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito.

El retiro del servicio se producirá, entre otros, cuando los empleos provistos en provisionalidad, sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.

c).- De acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 se entiende que el denominado “reten social” aplica para aquel empleado público 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; direccionada para aquellas entidades que se encuentren en desarrollo de reestructuración o liquidación.

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, sin que dicha protección se haya hecho extensiva en los casos de concursos de méritos, como es el caso planteado en el escrito de tutela.

En este orden de ideas, no se considera procedente la aplicación de la protección del retén social en caso de retiro del servicio por realización de concurso de méritos, pues, como ya se indicó, la protección del denominado reten social solo ha sido dispuesto para el caso de reestructuración administrativa (supresión de empleos por rediseño, fusión o liquidación de entidades públicas), en los eventos que pueda verse comprometida la vinculación laboral de los empleados públicos, sin que se extienda a casos de concursos de mérito.

EN CUANTO A LOS HECHOS

Sea lo primero señalar que el Departamento Administrativo de la Función Pública no tiene injerencia alguna sobre los hechos que originan la presente acción de tutela, ni ha vulnerado algún derecho fundamental del aquí accionante.

No obstante, se hace el siguiente pronunciamiento:

HECHO No. 1: No nos consta, por cuanto se trata de la vinculación del accionante con el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares (hoy DIRECCIÓN GENERAL DE SANIAD “DIGSA”

HECHO No. 2: No nos consta, por cuanto se trata de la vinculación del accionante con el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares (hoy DIRECCIÓN GENERAL DE SANIAD “DIGSA”

HECHO No. 3: No nos consta.

HECHO No.4: No nos consta.

HECHO No 5: No nos consta.

HECHOS No 6, 7, 8 y 9: Es cierto en cuento a lo señalado en la normativa referida por el accionante.

HECHO No 10: No nos consta, teniendo en cuenta que la petición fue radicada en la DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD – DIGSA asignada a la JEFATURA DE SALUD DE LA FUERZA AÉREA – JEFSA.

HECHO No 11: No nos consta, teniendo en cuenta que la petición fue radicada en la DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD – DIGSA asignada a la JEFATURA DE SALUD DE LA FUERZA AÉREA – JEFSA.

HECHO No 12: No nos consta, teniendo en cuenta que la petición fue radicada en la DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD – DIGSA asignada a la JEFATURA DE SALUD DE LA FUERZA AÉREA – JEFSA.

HECHOS No 13 y 14: No nos constan.

HECHO No 15: Es cierto en cuento a lo señalado en la normativa referida por el accionante.

HECHO No 16: No nos consta.

HECHO No 17: No nos consta.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA DEFENSA:

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 es un mecanismo subsidiario de protección de los derechos y no un instrumento adicional o alternativo de la persona.

La Acción de Tutela como instrumento constitucional 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 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.

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.

De otra parte, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016 este Departamento Administrativo, 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, lo cierto es que esta entidad no tiene la competencia **para tomar decisiones inherentes a la inclusión o alcances para hacer efectiva la protección laboral a los funcionarios que consideran tienen reten social.**

En este orden de ideas, conforme a los presupuestos facticos de la acción impetrada, es claro que el Departamento Administrativo de la Función Pública, no ha propendido en acción u omisión alguna que conlleve a vulneración de algún derecho fundamental y menos la existencia de un perjuicio irremediable, esto es, inminente, grave, que requiera medidas urgentes y que su protección sea impostergable, situación está que debe de ser valorada por el juez Constitucional. En consecuencia, al no existir nexo causal alguno como se ha establecido en el contexto de este escrito, la acción deviene improcedente respecto de esta entidad, por lo que la acción no estaría llamada a prosperar.

EXCEPCIONES

Teniendo en cuenta lo señalado, comedidamente propongo como excepciones las siguientes:

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:

“(…) 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”.⁷

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.

⁷ Sentencia número T-225 de 1993. Cfr. Sentencia T-223, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía. Junio 15 de 1993.

En efecto y para el caso no se evidenció prueba alguna sobre algún perjuicio irremediable, bajo los presupuestos previamente señalados, inminente que requiera medidas urgentes y que su protección sea impostergable, situación esta que debe ser valorada por el Juez Constitucional, amén de ser probado al menos sumariamente por el accionante, situación que en el presente caso no se ha dado.

En este orden de idea, 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 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 amén de los argumentos establecidos a lo largo de este prontuario y se deniegue de contera la acción de tutela declarando su improcedencia.

PETICIÓN

Por las razones anotadas, respetuosamente solicito al Honorable Juez de la causa declarar improcedente la acción de tutela promovida por el señor **HUGO ALFONSO LEGUIZAMÓN CASTELLANOS** por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos admisibles o, en su defecto, declarar su **IMPROCEDENCIA**.

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