

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TREINTA Y UNO DE FAMILIA
BOGOTÁ D. C.

Bogotá D.C, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO: TUTELA

RADICADO: 31-2022-00853

ACCIONANTE: ANGELA BIBIANA ROSALES GARCIA

ACCIONADO: LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC) Y LA DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR.

A N T E C E D E N T E S:

Procede el despacho a desatar la acción de tutela instaurada por la señora **ANGELA BIBIANA ROSALES GARCIA** en contra de la **LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC) Y LA DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR**, a fin de que se le ampare sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al acceso a cargos públicos por concursos de méritos, principio de confianza legítima, a la dignidad humana, al trabajo y de petición.

Entre otros se citaron los siguientes hechos:

- Manifiestan la tutelante que, mediante Resolución 12815 del 23 de noviembre de 2021, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, se conformó y adoptó la Lista de Elegibles para proveer una (1) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado TECNICO DE SERVICIOS, DE INTELIGENCIA O DE POLICIA JUDICIAL O TECNICO PARA APOYO DE SEGURIDAD Y DEFENSA, Código 5-1, Grado 31, identificado con el Código OPEC No. 46305, SECTOR DEFENSA - DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR, del Sistema Especial de Carrera Administrativa del sector Defensa; en donde ocupó el primer lugar.
- Afirma la actora que, la mencionada Resolución quedó en firme el día siete (7) de diciembre de 2021.
- Asevera la quejosa que, el 13 de enero de 2022, la señora Sandra Patricia Coba Anzola, adscrita a la Dirección de Sanidad Militar, a través del correo electrónico, le solicitó diligenciar el formato de estudio de seguridad, el cual remitió inmediatamente, según instrucciones, a sus instalaciones físicas.
- Indica la accionante que, el veintitrés (23) de febrero de 2022, mediante correo electrónico procedente de la misma dirección antes citada, le informaron que aun debía enviar dos formatos más, los cuales remitió.
- Aduce la tutelante que, el 11 de abril de 2022, a través del aplicativo dispuesto en www.pqr.mil.co, radicó la solicitud sobre información del proceso de estudio de seguridad, habiendo recibido el día cuatro (4) de mayo de 2022, en los

siguientes términos: " DISAN EJC, no realizó el concurso y todos los resultados son informados de manera personal al correo que usted suministró si continua en el proceso o no."

- Expone la actora que, el 21 de junio de 2022, nuevamente la señora Sandra Patricia Coba Anzola, le solicitó radicar en medio físico y en sobre cerrado, documentos personales para su nombramiento en periodo de prueba, los cuales remitió según instrucciones a sus instalaciones físicas. Adicionalmente, le indican que los exámenes médicos se llevarían a cabo entre la semana del 28 de junio al 11 de julio de 2022. Sin embargo, no le programaron, y el 12 de julio de 2022, dieron aviso mediante correo electrónico que aún le hacían falta los exámenes, así que los exámenes médicos fueron reprogramados y llevados a cabo el 14 de julio de 2022.
- Narra la señora ANGELA BIBIANA ROSALES GARCIA que, el 21 de julio de 2022, la señora Myriam Claritza Moyano Silva , le comunicó el oficio No. 0122007023202 del 14 de julio de 2022, donde se le indica que el empleo denominado TECNICO DE SERVICIOS, DE INTELIGENCIA O DE POLICIA JUDICIAL O TECNICO PARA APOYO DE SEGURIDAD Y DEFENSA, Código 5-1, Grado 31 está a la fecha ocupado por un prepensionado a quien le falta menos de un año para acceder a la pensión de jubilación, y que como acción afirmativa, la entidad ha tomado la decisión de retirarlo antes del vencimiento de la lista de elegibles, de manera que la posesión será el 1 de diciembre de 2022, ya que la lista se vence el 10 de diciembre de 2022. En este mismo oficio le confirman que cuentan con el estudio de concepto de favorabilidad del estudio de seguridad y la documentación completa.
- Manifiesta la accionante que, el 23 de agosto de 2022, T ASD. Sandra Viviana Flórez Puentes , funcionaria de la Dirección de Sanidad Militar, a través de oficio de agosto 18 de 2022, le comunicó la Resolución No. 1351 del 17 de agosto de 2022, mediante la cual se le nombra en periodo de prueba en la Dirección General de Sanidad Militar, en el empleo TECNICO DE SERVICIOS, DE INTELIGENCIA O DE POLICIA JUDICIAL O TECNICO PARA APOYO DE SEGURIDAD Y DEFENSA, Código 5-1, Grado 31, de acuerdo al Concurso Público de Méritos Convocatoria 981-218 del Sector Defensa, indicándole además que la posesión se llevaría a cabo el 1 de diciembre de 2022 desde las 8:30 am y así mismo, desde el día 23 de agosto de 2022 remitió a Sandra Viviana Flórez Puentes y a Sandra Patricia Coba Anzola sandra.coba@sanidad.mil.co, adscritas a la Dirección de Sanidad Militar, la aceptación al nombramiento en periodo de prueba mediante correo electrónico.
- Asegura la ciudadana que, el 25 de agosto de 2022 mediante correo electrónico consultó a Sandra Viviana Florez Puentes y a Sandra Patricia Coba Anzola sandra.coba@sanidad.mil.co, adscritas a la Dirección de Sanidad Militar, por qué el artículo tercero de la Resolución No. 1351 del 17 de agosto de 2022 refiere que la posesión será el 1 de diciembre de 2022 y aun así el artículo tercero infiere que debe tomar posesión dentro de los 10 días hábiles siguientes a la posesión.
- Expone la accionante que, 26 de agosto de 2022 le indicaron en respuesta al hecho anterior que "En atención a su inquietud respecto del término establecido para tomar posesión en el cargo que ganó usted mediante concurso de méritos, se le

aclara que no existe inconveniente alguno con el hecho que la posesión se realice el 01 de diciembre de 2022, toda vez que es esa la fecha establecida en el Acto Administrativo que le fue notificado, lo cual, como ya se le indicó obedece a que el cargo actualmente está ocupado por una persona en condición de especial. Lo verdaderamente relevante del caso es que su aceptación del cargo se realice dentro de los 10 días siguientes a la notificación, tal como usted lo ha realizado de manera expresa.”

- Afirma la actora que, ante la oficialización de su nombramiento y posesión en periodo de prueba en el empleo antes mencionado, Y CON LA CONFIANZA LEGITIMA EN LAS DECISIONES DE LAS ENTIDADES DEL ESTADO, presentó renuncia, a partir del primero (1º) de diciembre de 2022, al empleo que ostentaba en la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACION COLOMBIA, con el cual solventaba el mínimo vital propio y de su progenitora, la cual le fue aceptada mediante Resolución 3560 del 25 de octubre de 2022.
- Informa la tutelante que, como consecuencia de lo anterior ahora se encuentra desempleada pues le fue aceptada la renuncia presentada y quiso entregar todo a conformidad a su empleador con la certeza y esperanza puesta en que según lo notificado a partir del 1 de diciembre, ella ya estaría posesionada en la Dirección General de Sanidad Militar devengando salario digno desde el primer día de inducción en el cargo de TECNICO DE SERVICIOS, DE INTELIGENCIA O DE POLICIA JUDICIAL O TECNICO PARA APOYO DE SEGURIDAD Y DEFENSA, Código 5-1, Grado 31.
- Manifiesta la señora ANGELA BIBIANA ROSALES GARCIA que, el día veinticinco (25) de noviembre de 2022, recibió nueva comunicación de la señora Sandra Patricia Coba Anzola sandra.coba@sanidad.mil.co, adscrita a la Dirección de Sanidad Militar, informándome el contenido del Radicado No. 0122013619102 y de la Resolución 1927 del 23 de noviembre de 2022, expedida por la Dirección General de Sanidad Militar, mediante la cual se modifica el artículo 1º de la Resolución 1351 del 17 de agosto de 2022, aclarando que su nueva fecha de posesión es el 1 de diciembre de 2023 y no como anteriormente se le había comunicado, es decir, el 1 de diciembre de 2022, con el argumento de que se debían garantizar los derechos fundamentales al mínimo vital del funcionario que actualmente ostenta el empleo al que accedió por mérito, y, además, la toma de decisión de acción afirmativa. Adicionalmente en dicha comunicación le informan que dadas las circunstancias no será tenido en cuenta el plazo del vencimiento de la lista de elegibles, con el fin de proteger su derecho a la carrera administrativa, y así sin más, modifica únicamente su fecha de posesión, y se le indica sin consideración humana alguna que su fecha de posesión sería solo hasta 1 de diciembre de 2023, con lo que el mínimo vital propio y de su familia queda en el limbo, porque como ya lo informó, está desempleada desde el primero de diciembre de 2022, debido a que renunció a su empleo por la confianza legítima que depositó aun y con toda dilación en lo definido y debidamente notificado en la Resolución 1351 del 17 de agosto de 2022.
- Aduce la quejosa que, teniendo en cuenta que la lista de elegibles mencionada anteriormente, tiene una vigencia de un

(1) año, contado a partir de la fecha de su firmeza (7diciembre de 2021), es decir hasta el 6 de diciembre de 2022, se le ubica en un escenario de perjuicio irremediable, toda vez que si no se realiza su nombramiento y posesión antes de esa fecha, la Dirección de Sanidad Militar puede argumentar que la lista ya perdió vigencia por el transcurso del tiempo y abstenerse de hacer en el futuro lo pertinente y que en derecho corresponde.

PRETENSION DE LOS ACCIONANTES

“Primera: Con fundamento en los hechos, pruebas aportadas, solicito se ordene a las entidades accionadas, tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, al acceso al empleo público tras concurso de mérito, principio de la confianza legítima, a la dignidad humana y derecho al trabajo y de petición, mi derecho al mínimo vital, principio de la confianza legítima previstos en la Constitución Política de Colombia.

Segunda: Ordenar a la Dirección General de Sanidad Militar, vincular al prepensionado en un cargo vacante de la misma jerarquía o equivalencia del que venía ocupando, apoyada en el Concepto 059401 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública donde la entidad concluye que “...se tiene que el empleado provisional al que le faltan menos de tres años para cumplir los requisitos para acceder a la pensión (edad y/o tiempo de servicios), 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, ya que su situación no lo exime de demostrar su capacidad y mérito en igualdad de condiciones y el mérito debe ser el factor que determine el ingreso o la permanencia en el sector público.”

Tercera: Ordenar a la Dirección General de Sanidad Militar posesionarme inmediatamente en periodo de prueba en el empleo TECNICO DE SERVICIOS, DE INTELIGENCIA O DE POLICIA JUDICIAL O TECNICO PARA APOYO DE SEGURIDAD Y DEFENSA, Código 5- 1, Grado 31, respetando la vigencia de la lista de elegible y mi derecho al acceso al empleo público tras concurso de mérito, a la dignidad humana, derecho al trabajo y al mínimo vital”.

CONTESTACION AL AMPARO

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACION COLOMBIA
- **UAEMC**, conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descorrer el traslado de la presente acción, a través de **CARLOS JULIO AVILA CORONEL**, obrando en calidad de jefe de la Oficina Asesora Jurídica, quien manifiesta que:

Teniendo en cuenta las funciones y competencias de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, una vez analizado los anexos del escrito de tutela, la Oficina Asesora Jurídica pudo evidenciar que la accionante, estuvo vinculada a la entidad, y mediante Resolución 3560 del 25 de octubre de 2022 se aceptó a partir del 01 de diciembre de 2022, la renuncia presentada por la señora ANGELA BIBIANA ROSALES GARCIA identificada con Cédula de Ciudadanía Número 1.014.250.173, para separarse del empleo PROFESIONAL DE MIGRACIÓN, Código 2020, Grado 01, perteneciente a la Planta Global de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, adscrita a la Subdirección de Talento Humano.

Se hace necesario señalar, que, respecto a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, deberá decretarse la EXISTENCIA DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, teniendo en cuenta que: i) Esta entidad carece de competencia para atender las pretensiones incoadas por la accionante. ii) Esta Unidad NO ha vulnerado de manera alguna los derechos fundamentales del accionante.

Entonces, la LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA es un presupuesto procesal que debe tener el sujeto pasivo de la actuación procesal, que le permite al juez natural establecer en cabeza del accionado la responsabilidad y la capacidad de acceder a las pretensiones del demandante, en el caso en particular que nos atiende, la de reconocer los derechos fundamentales alegados por la accionante.

Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad sustantiva o procesal, no puede el respectivo Juez o Tribunal adoptar una decisión de mérito que comprometa a quien no goza de tal atributo y de manera consecuente, debe declararse inhibido para pronunciarse de fondo respecto del sujeto procesal que no ostenta la legitimación en la causa por pasiva o, en su defecto, excluirlo necesariamente de la contienda litigiosa en la sentencia respectiva.

Finalmente, solicita DESVINCULAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA de la presente acción de tutela, toda vez que se configura la Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva y no existen fundamentos facticos o jurídicos atendibles que permita establecer responsabilidad en cabeza de la Entidad que represento.

COMISIÒN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-, conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descorrer el traslado de la presente acción, a través de **JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SANCHEZ MURCIA**, obrando en calidad de jefe de la Oficina Asesora Jurídica, quien manifiesta que:

Esta acción es improcedente, en virtud del principio de subsidiaridad previsto en los artículos 86 inciso 3º, de la Constitución Política, según la cual la acción de tutela «solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial». En el mismo sentido, dispone el numeral 1º. Del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

Esta acción carece de los requisitos constitucionales y legales necesarios para ser procedente, pues la inconformidad del accionante frente al concurso de méritos que a la fecha se adelanta y que se encuentra contenida en los acuerdos reglamentarios del concurso, no es excepcional, precisando que en últimas la censura que hace el accionante recae sobre las normas contenidas en el citado acuerdo y las normas que lo regulan, frente a lo cual cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertir el mentado acto administrativo, razón por la cual la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos.

En el presente caso, no sólo el accionante no demuestran la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama en cada caso concreto; sino que no existe perjuicio irremediable² en relación con controvertir la legalidad el proceso de selección, porque para ello bien pudieron y pueden acudir a los mecanismos previstos en la ley.

En consecuencia, es importante tener en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional frente a la situación de personas en condición de propensión y que se encuentren ejerciendo, mediante nombramiento provisional, un empleo de carrera que ha sido ofertado en un concurso público de méritos; enfatizando respecto a la garantía de la estabilidad laboral en favor de la población pre-pensionada.

Es así, que la Corte Constitucional en Sentencia T- 373 de 2017, se refirió a las medidas aplicables tanto a los prepensionados, como a las madres cabeza de familia y discapacitados, así como a la obligación del nominador de efectuar los nombramientos en las listas de elegibles, en los siguientes términos: Esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.

Por lo anterior, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. "La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010"

De lo anterior se colige, que es obligación de la administración evaluar cada caso en concreto, sus circunstancias particulares y normas aplicables para proteger de manera conjunta los derechos del prepensionado, madre o padre cabeza de familia y discapacitado, según el caso, así como garantizar el acceso al empleo público del elegible.

Ahora, en el contexto de los pronunciamientos jurisprudenciales antes reseñados, el parágrafo 2º del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, estableció una medida afirmativa de protección en eventos como el del caso que nos ocupa, de la siguiente manera:

Parágrafo 2. 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:

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

Dicha norma estableció una escala de sujetos de especial protección bajo el parámetro de que la lista de elegibles esté conformada por un número menor de aspirantes al de vacantes a proveer, escala que debe ser tenida en cuenta por la administración a la hora de realizar un nombramiento en período de prueba, siempre y cuando se configure la situación plasmada en la norma en cita.

En este orden de ideas, y bajo los lineamientos dados por la jurisprudencia constitucional y aplicando las normas vigentes en la materia, se considera que en las situaciones consultadas le asiste la obligación al nominador de efectuar los nombramientos en periodo de prueba a quienes ocupan un lugar en las listas de elegibles producto del concurso público de méritos y, en el evento de que dicha provisión deba efectuarse en un empleo ocupado por un servidor en provisionalidad con condición de prepensionado, madre cabeza de familia o discapacitado, la entidad debe adoptar las siguientes medidas:

a) Agotar la escala u orden de provisión de cargos de un mismo empleo, según lo señalado en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, incluyendo a las madres cabeza de familia y discapacitados.

b) De no ser posible lo anterior, nombrar a la persona de especial protección constitucional en otro empleo en provisionalidad, igual o equivalente al que ocupaba.

c) De no ser posible ninguna de las anteriores medidas, debe la entidad adoptar otras que garanticen los derechos fundamentales afectados, según el análisis de los casos concretos, como puede ser asumir el pago de aportes al sistema de seguridad social en salud y/o pensión, entre otras.

En consideración de lo expuesto, a la Comisión Nacional del Servicio Civil no le corresponde excluir de la convocatoria empleos o vacantes en los que puedan encontrarse sujetos de especial protección constitucional, toda vez que el procedimiento a seguir es el indicado en líneas precedentes, en consecuencia, se desvirtúa lo solicitado por la parte accionante en su escrito tutelar.

La acción instaurada, versa en términos generales sobre la presunta vulneración o puesta en riesgo del derecho fundamental, a saber: DEBIDO PROCESO, IGUALDAD. Para efectos de su sustento indica que los hechos vulneradores se concentran en la comunicación con radicado No. 0122013519102/ MDNCOGFM-JEMCO-DIGSA-SUBAF-GRUTH-ARING-29-60, emitida por la dirección de sanidad militar, mediante la cual le informan que como acción afirmativa en la situación de los funcionarios en condición de prepensionados la posesión de la accionante no será el 1 de diciembre de 2022 sino el 1 de diciembre de 2023 y le comunican la Resolución No. 1927 del 23 de noviembre de 2022 acto administrativo mediante el cual se modifica la fecha de posesión en los términos ya expuestos, situación con la cual la señora Bibiana siente vulnerados los derechos que en la presente ruega su protección.

Sobre el particular, es necesario indicar de primera mano que, esta Comisión coadyuva la solicitud de la hoy accionante y solicita la desvinculación de la entidad.

Sobre la pretensión principalmente solicitada, es preciso indicar a su despacho que, esta Comisión Nacional del Servicio Civil, carece de legitimación en la causa por pasiva, con ocasión a que la posesión de servidores públicos en las entidades es una facultad propia y exclusiva del

nominador de cada entidad y en este sentido la CNSC, no tiene injerencia en dicho acto.

Frente al caso particular de la hoy accionante, se precisa al Despacho que esta Comisión tenía conocimiento de que la posesión de la misma se iba a llevar a cabo el día 1 de diciembre de 2022, pero, es solo hasta la notificación de la presente acción Constitucional que se evidenció la modificación en las condiciones que eran de conocimiento.

Una vez esta Dirección fue enterada de la situación particular, desplegó sus funciones de Vigilancia y procedió a requerir con radicado No. 2022RS131095 de fecha 5 de diciembre de 2022 (El cual se anexa a la presente en dos (2) folios útiles y legibles), mediante el cual se puso de presente a la entidad que la disposición contenida en el parágrafo segundo, del artículo 263 del Decreto Ley 1955 de 2019, no resulta aplicable a los sistemas especiales y en consecuencia la entidad no se puede abstener de posesionar a los aspirantes que ocuparon posición meritatoria. Dentro del oficio mencionado, se instó a la Dirección de Sanidad Militar, para que de manera inmediata al recibo de la comunicación procedieran a adelantar las gestiones necesarias para la posesión de la señora Angela Bibiana, so pena de la adopción de las medidas administrativas respectivas.

DIRECCION GENERAL DE SANIDA MILITAR-, conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descorrer el traslado de la presente acción, a través de **HUGO ALEJANDRO LOPEZ BARRETO**, obrando en calidad de director general, quien manifiesta que:

Al respecto, me permito informar que, que la Señora ANGELA BIBIANA ROSALES GARCIA, de acuerdo con el oficio enviado por la entidad el pasado 14 de julio del año en curso, con el radicado N° 0122007023202 donde se le informo que el empleo para el cual usted quedo en lista de elegibles estaba ocupado por un prepensionado y que como acción afirmativa formulada, esta persona que tenía la condición especial sería una de las últimas en ser retirada.

Así mismo se le informó que su nombramiento en periodo de prueba comenzaría a partir del 01 de diciembre de 2022; sin embargo para la Dirección General de Sanidad Militar, es necesario proteger tanto los derechos de los aspirantes que conformaron la lista de elegibles como también poder garantizar el derecho al mínimo vital del funcionario que ocupa actualmente el empleo objeto del concurso que tiene la condición de prepensionado; en ese orden se decide mantener en el cargo al prepensionado hasta que adquiera su pensión de vejez, en su calidad de sujeto de especial protección constitucional.

Todo lo anterior de acuerdo con la Jurisprudencia que ha salido sobre el tema y por el análisis que se hizo de la situación de los funcionarios en condición de prepensionados; es así como a través del acta N° 0122012701602 de fecha 01 de noviembre de 2022, la DIGSA revisó el personal de planta en condición especial de prepensionado frente al concurso de méritos convocatoria pública N° 981- 2018 y el retiro o continuidad de acuerdo con el derecho que tienen al mínimo vital y la situación actual.

Por ello, fue que la Dirección General de Sanidad Militar, consideró viable y necesario **PROTEGER LOS DERECHOS DE LOS ASPIRANTES QUE CONFORMARON LA LISTA DE ELEGIBLES A LA VEZ QUE GARANTIZAR EL DERECHO AL MÍNIMO VITAL AL FUNCIONARIO QUE OCUPA**

ACTUALMENTE EL EMPLEO OBJETO DEL CONCURSO QUE TIENE LA CONDICIÓN DE PREPENSIONADO; en ese orden se decidió mantener en el cargo al prepensionado hasta que adquiriera la pensión de vejez, en su calidad de sujeto de especial protección constitucional.

La Alta Dirección tomo la decisión como acción afirmativa de sostener en el empleo al funcionario que ostenta la calidad de prepensionado y por ende es que se le está comunicando que su posesión e inicio del periodo de prueba no será el 01 de diciembre de 2022, sino que ello solo ocurrirá hasta tanto la persona que ocupa el empleo y tiene la condición de prepensionado pueda acceder a su derecho a la pensión, fijando un plazo máximo por un término de doce (12) meses; por lo que se le comunica que para su caso particular y concreto, dadas las circunstancias ya mencionadas, no será tenido en cuenta el plazo del vencimiento de la lista de elegibles, con lo cual se protege igualmente su derecho a la carrera administrativa.

En ese sentido fue que se modificó el artículo 1º de la Resolución por la cual se le hizo el nombramiento en periodo de prueba, la cual le será comunicada junto con este oficio, en el sentido de aclarar que la fecha de posesión para iniciar su periodo de prueba será a partir del día 01 de septiembre de 2023 y no como allí aparece.

TRAMITE PROCESAL

La mencionada acción fue admitida por auto del dos (2) de diciembre de 2022, en el que se ordenó la notificación a la entidad accionada y se le concedió el termino perentorio de dos (02) días, para que se pronuncie sobre los hechos sustento de la presente tutela.

Se encuentra el presente asunto para decidir y a ello se procede, observándose que no se ha incurrido en causal de nulidad que invalide lo actuado, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES :

1.- La acción de tutela en nuestro sistema jurídico es una innovación del Constituyente de 1991, que la introdujo como mecanismo preferente y sumario para lograr la protección y aplicación de los derechos fundamentales consagrados Constitucionalmente.

De suerte que, por medio de ésta, se faculta a las personas en cualquier momento y lugar para asegurar la eficacia de los derechos denominados fundamentales, que hayan sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de particulares o de entidades públicas.

Sobre el tema la H. Corte Constitucional se ha referido en los siguientes términos:

"La acción de tutela consagrada en el citado artículo 86 de la Carta Política de 1.991, es, en este sentido una clara expresión de las nuevas competencias de la justicia Constitucional con fines concretos enderezada por razones ontológicas y doctrinarias a la protección jurisdiccional de las libertades de origen Constitucional y de rango fundamental, que comprende en determinadas situaciones el conjunto de funciones tradicionales y propias de los jueces de la República para asegurar la vigencia procesal

específica del conjunto de los derechos constitucionales fundamentales.” (Negrillas del Despacho).

2.- En principio, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para debatir y/o resolver las controversias que surgen en desarrollo de las actuaciones de la administración, pues la competencia para ello radica en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa, por ser ésta el juez natural de este tipo de procedimientos y contar con una estructura a partir de la cual se pueda desarrollar un amplio debate legal y probatorio a efectos de comprobar si los llamados a cumplir las funciones del Estado contrariaron el mandato de legalidad.

Sin embargo la Corte Constitucional ha sostenido que, “de manera excepcional, es posible hacer uso de este remedio constitucional para resolver el citado debate, siempre y cuando se acredite la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual cabe el amparo como mecanismo transitorio, o se establezca que el medio de control contemplado en la legislación resulta ineficaz para la protección del derecho a la luz de las circunstancias de cada caso particular, evento en el que opera como medio de defensa definitivo.¹

La citada Corporación tiene dicho, a propósito de alegaciones semejantes a las que aquí se presentan, que el debido proceso constituye una garantía que debe respetarse no solo en los procesos judiciales, sino también en los de índole administrativa que impliquen consecuencias para los administrados, en tal ámbito debe propenderse por un proceso justo, válido y adecuado al procedimiento que particularmente lo regula, así mismo, que cuando se predica el desconocimiento de tal postulado corresponde verificar la trasgresión haciendo “(...) uso de las causales de procedencia de tutela contra decisiones judiciales 2, puesto que si bien se trata de escenarios diferentes, tales supuestos describen las formas más usuales de afectación del derecho...”³ y, de mayor importancia para este asunto en particular, el hecho de ser la solicitud de amparo subsidiaria y residual, lo que “(...) implica que si la persona cuenta con un medio de defensa efectivo a su alcance o, habiendo contado con el mismo, de manera negligente lo ha dejado vencer, la tutela devendrá improcedente”.⁴

3.- Descendiendo al caso en estudio y en concordancia con las razones expuestas y que la accionante solicita la salvaguarda de sus derechos frente a las actuaciones desplegadas por la DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR habrá de analizarse si la acción de tutela es el camino idóneo para reclamar tales derechos, partiendo del problema jurídico consistente en que con la Resolución No. 1351 del 17 de agosto de 2022 se le había notificado a la actora que su posesión sería para el día 1º de diciembre del presente año, pero tres meses después, con Resolución

¹ Véanse, entre muchas otras, las Sentencias T - 830 de 2004 y T - 957 de 2011, cuyas ponencias correspondieron, respectivamente, a los Magistrados Rodrigo Uprimny Yepes y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

² La Guardiania Constitucional ha establecido que la acción de tutela contra providencias judiciales resulta procedente cuando se verifica el cumplimiento de los que han sido denominados requisitos generales y especiales de procedibilidad; los primeros, se concretan en que la discusión tenga relevancia constitucional; que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial; que se cumpla el requisito de inmediatez; que la irregularidad advertida tenga efecto decisivo en la sentencia que finiquite la instancia; que la trasgresión se hubiere alegado en el proceso judicial y; que no se trate de sentencias de tutela, los segundos, se precisan en la existencia de un defecto orgánico, procedimental, fáctico o sustantivo, así como en la presencia de un error inducido, una decisión sin motivación o el desconocimiento del precedente.

³ Corte Constitucional, Sentencia T - 076 de 2011, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴ Op. Cit., Sentencia T - 830 de 2004.

1927 del 23 de noviembre de 2022, la entidad encartada vuelve y le comunica a la actora que su posesión no será para el año 2022 como inicialmente se le había informado, sino que será para el año 2023 por cuanto el cargo para el cual concursó lo ostenta una persona en calidad de prepensionado, situación que indica la actora le genera perjuicios no solo a ella sino a su núcleo familiar, pues producto de la resolución que le habían notificado en agosto presento renuncia al cargo que desempeñaba y además de ello teme que la lista de elegibles de la que hace parte, venza y ella quede por fuera del concurso que con méritos gana.

Claro lo anterior y de entrada ha de decir esta Falladora al revisar este trámite tutelar, se observa que la accionante no ha agotado todos los mecanismos ordinarios existentes para que como último factor hayan tenido que acudir a tan excepcional mecanismo como lo es la acción de tutela, pues este asunto tiene un escenario judicial natural, el cual debe ser debatido y resuelto, como lo es la jurisdicción contencioso administrativa (atendiendo lo previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011), específicamente, a través del mecanismo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, medio idóneo para discutir sobre los quebrantamientos que se atribuyen a las actuaciones administrativas, máxime que *"Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho (...)"*⁵ y adicionalmente, permite la solicitud de suspensión provisional del acto al que se endilga la configuración del perjuicio, petición que puede deprecarse incluso desde la admisión de la demanda, aún más, reunidos los requisitos específicos contemplados en la norma referenciada puede haber lugar a la suspensión del procedimiento administrativo, lo que convierte ese medio (ordinario) en pronto e idóneo para lo pretendido.

Aunado, esta falladora encuentra que DIRECCION DE SANIDAD MILITAR, con su actuar no está vulnerando derecho alguno, pues claro es para esta falladora que si la accionante no estaba de acuerdo con lo contenido en la resolución 1927 del 23 de noviembre de 2022, podía atacar dicho acto administrativo e inclusive podía exigir el cumplimiento de la anterior resolución, pero no lo hizo, optando por acudir de manera directa al trámite que hoy ocupa la atención de este Despacho, pasando por alto el requisito de subsidiariedad que caracteriza este amparo constitucional.

Conforme a lo anterior, brilla con diamantina claridad la falta de agotamiento de estos procedimientos, pues la accionante no probó, que ya hubiera interpuesto, aunque sea recurso o petición alguna contra alguno de los actos administrativos expeditos tanto por DIRECCION DE SANIDAD MILITAR, para que haya optado por activar este mecanismo constitucional que se caracteriza por ser excepcional y preferente.

4.- Ahora frente lo establecido en el Artículo 263, del Decreto Ley 1955 de 2019, establece:

“PARÁGRAFO SEGUNDO. Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema general de carrera, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

⁵ artículo 138, Ley 1437 de 2011.

Surtido lo anterior los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en los decretos reglamentarios. Para el efecto, las listas de elegibles que se conformen en aplicación del presente artículo tendrán una vigencia de tres (3) años.”

No obstante, la norma solo aplica para el sistema general de carrera y no para los sistemas especiales como es el caso de las entidades pertenecientes al Sector Defensa, razón por la cual no es posible que la entidad se abstenga de nombrar dentro de los términos los aspirantes que ocuparon posición meritoria en la lista de elegible, con el argumento de que la vacante se encuentra ocupada por un funcionario en estado de propensión. (...)”

Si bien es cierto, este artículo claramente indica que en caso de concursos que involucren el sector defensa deben ser nombradas las personas que concursaron y aprobaron aún cuando el cargo para el que concursaron este ocupado por alguna persona en estado de propensión, se entendería que la accionante tiene toda la razón al reclamar su derecho adquirido por concurso de méritos, sin embargo al no atacar la Resolución 1927 del 23 de noviembre de 2022, ni siquiera con alguna petición exigiendo ser nombrada no permite que esta Falladora pueda tomar una decisión avante en sede de tutela, pues el requisito de subsidiariedad en este caso no fue agotado y aunado a ello, se encuentra pendiente que se resuelva el requerimiento que le hizo la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)**, el 5 de diciembre del hogaño a la **DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR**, respecto al nombramiento que debe hacer la entidad encartada a la señora **ANGELA BIBIANA**, ya que de no hacerlo puede iniciar de oficio la **CNSC** la vigilancia conforme lo contempla el parágrafo 2 del artículo 12 de la Ley 909 de 2004, razones mas que suficientes para negar el amparo constitucional deprecado.

5.-Finalmente, no se instauro como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues en este caso no se reúnen los presupuestos establecidos para el efecto como son:

“i.- Cierta e inminente, esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos; ii.- Grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado; iii.- De urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación, para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable, sin contar que cuenta con otros mecanismos en sede judicial para atacar su contenido”

Nótese que la actora no lograron demostrar la afectación de derechos fundamentales que justifiquen la protección reclamada por esta vía, ni mucho menos que se conceda como mecanismo transitorio, al no advertirse la inminente gravedad de un perjuicio que afecte de manera irremediable sus garantías fundamentales, pues reiterase la accionante, deben cumplir con unos lineamientos establecidos por la Ley para hacer cumplir sus derechos, los cuales no significan que únicamente tenga que ser activando la acción constitucional de tutela, pues el amparo constitucional no puede reemplazar la jurisdicción ordinaria, máxime si claramente se evidencia que la actora cuenta con más medios para hacer

valer sus derechos, como por ejemplo la vigilancia que puede iniciar la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL para su caso.

En consecuencia, la improcedencia de la presente acción de tutela no solo surge del desconocimiento del principio de subsidiariedad que caracteriza este escenario constitucional de protección de derechos fundamentales, en tanto existen otras vías judiciales, sino también por la ausencia de demostración de la existencia de un perjuicio irremediable que afecte sus derechos fundamentales.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el Juez Constitucional no puede irrumpir en la esfera de los trámites ordinarios para sustraer competencias que ni la Constitución, ni la legislación le han conferido, pues el amparo constitucional solo es dable ante la amenaza inminente de derechos fundamentales, en tanto la acción de tutela no es un medio para sustituir los procedimientos respectivos o alterar competencias de las Entidades, pues es deber de la misma actora iniciar las acciones ordinarias ante el Juez competente, para atacar los actos administrativos de los cuales no está de acuerdo.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Uno de Familia de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. – NEGAR POR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO. - Comuníquesele a las partes, en forma rápida y por el medio más expedito, de conformidad a lo consagrado en el Art.16 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. - Si este fallo no es impugnado envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CUMPLASE Y NOTIFÍQUESE,
LA JUEZ;**

YPEM

Firmado Por:
Maria Emelina Pardo Barbosa
Juez
Juzgado De Circuito
Familia 031 Oral
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 3fb74421ff100aec39120855759ffc2d905c57913c53b4c35df6473df48c55b6

Documento generado en 16/12/2022 12:52:54 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>