

ACCION DE TUTELA - Procedibilidad excepcional contra actos administrativos generales

La razón de ser de esta causal de improcedencia se explica en el hecho que, en principio, los actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, no afectan los derechos fundamentales de los asociados, precisamente porque tratan situaciones inasibles por sus mismas características; también se explica en el hecho que la eventual oposición que pueda existir entre un acto de esa naturaleza y el ordenamiento jurídico puede llevarse al conocimiento de la jurisdicción, mediante la interposición de las respectivas acciones. Con todo, la causal en estudio no puede acogerse de manera absoluta, ya que en ocasiones el acto general puede conducir a la violación o amenaza de derechos fundamentales, si de su **aplicación** se sigue una afectación de esa naturaleza y siempre que la no intervención oportuna del juez constitucional conduzca a la realización de un perjuicio irremediable. Para la Sala la posibilidad de que la tutela proceda contra actos generales puede igualmente sustentarse en la salvaguarda de la supremacía normativa de la Constitución, cuando se logre advertir que el contenido de las prescripciones del acto general se oponen a los dictados de la Constitución, sin que sea suficiente esa sola circunstancia porque a ella deberá adicionarse la efectiva violación o amenaza de los derechos fundamentales del tutelante, así como la inminencia de un perjuicio irremediable para el mismo de no darse la urgente intervención del juez constitucional, como igual se contempla en la anterior jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos de carácter general, Corte Constitucional, sentencia T-384 de 1994 y sentencia T-435 de 2005.

ACCION DE TUTELA - No se demostró perjuicio irremediable

El tutelante en la solicitud de amparo alegó la posible configuración de un perjuicio irremediable consistente en perder la condición de prepensionado por el hecho de ser incorporado en la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo, no demostró, ni esta Sala encuentra acreditado que la supresión del DAS y de su cargo, para luego ser incorporado en otro de igual categoría y bajo las mismas condiciones en la Fiscalía General de la Nación, le signifique un perjuicio irremediable, que haga necesaria la intervención del juez de tutela. Contrario a lo alegado por el tutelante, esta Sala considera, como ya lo hizo en un pronunciamiento anterior sobre el mismo tema, que la solicitud de amparo se fundamentó en apreciaciones subjetivas a futuro sobre la vulneración de derechos fundamentales que tampoco acredita, pues la pensión que el tutelante aspira obtener es apenas una expectativa, y porque la misma entidad tutelada procuró su estabilidad laboral en las mismas condiciones al incorporarlo en la Fiscalía General de la Nación, conservado su régimen pensional de alto riesgo y sin solución de continuidad.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 6 NUMERAL 5

NOTA DE RELATORIA: Sobre el perjuicio irremediable, Consejo de estado, Sección Quinta, sentencia de 9 de marzo de 2012, Rad. 2011-01371-01 MP. Susana Buitrago Valencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente (E): Susana Buitrago Valencia

Bogotá D.C., nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-24-000-2011-00796-01(AC)

Actor: GERMAN ADELMO CUADRADO GONZALEZ

Demandados: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD Y OTROS

Conoce la Sala la impugnación interpuesta por el Departamento Administrativo de Seguridad - en Supresión contra la sentencia de 23 de enero de 2012, dictada por la Subsección "A" de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto a que considera que no existe un perjuicio irremediable ni vulneración de los derechos fundamentales alegados por el tutelante.

I. ANTECEDENTES

1.- La petición de amparo

Con escrito radicado el 2 de diciembre de 2011, en la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 1-19), el señor Germán Adelmo Cuadrado González, mediante apoderada, interpuso tutela como mecanismo transitorio para conjurar un perjuicio irremediable, contra el Departamento Administrativo de Seguridad - en Supresión, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de la Función Pública, a fin de que se protejan sus derechos fundamentales a la igualdad, "*los mínimos laborales y de la seguridad social*".

Considera vulnerados sus derechos fundamentales por parte de esas entidades, porque en virtud del Decreto 4057 de 2011 "*Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones*" fue trasladado a la Fiscalía General de la Nación, y por ello perderá su derecho a pensionarse bajo el régimen de transición especial

establecido en el artículo 4° del Decreto 1835 de 1994¹ *“Por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo de los servidores públicos”*.

En consecuencia, solicita:

“1. Que se declare que (...) en su calidad de Detective del DAS vinculado antes del 3 de agosto de 1994, tiene en su haber el derecho adquirido al régimen de transición especial pensional establecido en el Art. 4 del Decreto 1835 de 1994.

2. Que se declare que (...) es objeto de fuero de Protección Laboral Reforzado que refiere el artículo 12 de la Ley 790 de 2002² y por consiguiente, es sujeto de protección por el Estado.

3. Como consecuencia de todo lo anterior, se disponga como mecanismo transitorio para evitar[le] un daño irreparable (...), que se inaplique el Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011, al igual que la orden de incorporación contenida en el Oficio No. SEGE 1030896 de fecha 11 de noviembre de 2011 y por consiguiente, se ordene a las accionadas que adelanten las gestiones y actuaciones pertinentes y correspondientes para que (...) [él] permanezca en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en Supresión, bajo las mismas condiciones laborales y prestacionales y hasta tanto se le reconozca su estatus de jubilado o pensionado con fundamento en el régimen de transición especial pensional establecido en el Art. 4 del Decreto 1835 de 1994”. (fls. 1-2)

2.- Hechos

La petición de amparo se fundamenta en las siguientes razones:

¹**Artículo 4°. Régimen de transición.** Los funcionarios de las Entidades señaladas en este capítulo, que laboren en las actividades descritas en los numerales 1° y 5° del artículo 2°, de este Decreto, que estuviesen vinculados a ellas con anterioridad a su vigencia, no tendrán condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o jubilación, el tiempo de servicio requerido o el número de semanas cotizadas y el monto de ésta (sic) pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Para los demás servidores las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, particularmente en lo relacionado al monto de las cotizaciones a cargo del respectivo empleador.

²“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”.

El señor Cuadrado González laboró en el DAS 19 años, 9 meses y 17 días, desde el 3 de febrero de 1992 hasta el 30 de noviembre de 2011, y el último cargo que ocupó fue el de Detective Profesional 207-11.

Mediante Decreto No. 4057 de 31 octubre de 2011 se suprimió el DAS y, en consecuencia, con oficio No. 1030896 del 17 de noviembre del mismo año, se le informó:

“...que el Decreto 4070 de 31 de octubre de 2011, suprimió su cargo de la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad DAS. El mismo decreto ordena su incorporación en los empleos creados para tal efecto, en la planta global de la Fiscalía General de la Nación.

Por otra parte, el Decreto 4057 de 31 de octubre de 2011 *“Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad Das (sic), reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones”*, establece que la función que se traslada a la **Fiscalía General de la Nación** deberá ser asumida el 1° de enero de 2012 y sólo a partir de esa fecha se procederá a su incorporación...” (fl. 21) (Cursivas y negrillas del texto original).

Alegó la apoderada que conforme al inciso 4°, del artículo 6° del Decreto 4057 de 2011³, y en virtud a su estatus de prepensionado, el señor Cuadrado González, tiene derecho a formar parte de la planta del DAS - en Supresión.

Sostuvo que el estatus de prepensionado del señor Cuadrado González desaparece al momento de posesionarse en la Fiscalía General de la Nación, ya que conforme a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 4057 de 2011⁴, adquiere el régimen prestacional aplicable a esa entidad.

³**Artículo 6°. Supresión de Empleos y Proceso de Incorporación. (...)**

Los servidores que no sean incorporados a los empleos de las entidades receptoras permanecerán en la planta de empleos del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión hasta el cierre de la misma si acreditan las condición de padre o madre cabeza de familia, discapacitado o próximos a pensionarse señaladas en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

⁴**Artículo 7°. Régimen de Personal.** El régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que sean incorporados será el que rija en la entidad u organismo receptor, con excepción del personal que se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional cuyo régimen salarial y prestacional lo fijará el Presidente de la República en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales.

Trajo a colación disposiciones contenidas en los artículos 1° del Decreto 1047 de 1978⁵; 10 del Decreto 1933 de 1989⁶; 2° del Decreto 1835 de 1994⁷; y, 11 del Decreto 2090 de 2003⁸. Con fundamento en tales normas, señaló que el señor

Para todos los efectos legales y de la aplicación de las equivalencias que se establezcan para los fines de la incorporación, la asignación básica de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) comprenderá la asignación básica y la prima de riesgo correspondientes al cargo del cual el empleado incorporado sea titular en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) a la vigencia del presente decreto. En consecuencia, a partir de la incorporación, la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo.

Los servidores que sean incorporados en un empleo al cual corresponde una asignación básica inferior al valor de la asignación básica y la prima de riesgo que vienen percibiendo, la diferencia se reconocerá con una bonificación mensual individual por compensación que se entiende integrada a la asignación básica y por lo tanto constituye factor salarial para todos los efectos legales.

Los servidores públicos del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) que ostenten derechos de carrera administrativa que sean incorporados en las entidades que asuman las funciones de que trata el presente decreto, conservarán sus derechos y se actualizará su inscripción en el correspondiente registro por parte de la autoridad competente. A partir de la incorporación su régimen de carrera será el que rige en la entidad receptora.

La incorporación de los servidores con derecho de carrera administrativa se hará teniendo como referencia el empleo en el cual ostentan tales derechos.

Parágrafo 1°. Para la actualización en el registro de carrera de los servidores que sean incorporados en la Fiscalía General de la Nación, el DAS enviará la certificación que emita la Comisión Nacional del Servicio Civil que acredite la condición de empleados con derechos de carrera.

Parágrafo 2°. A los empleados que sean incorporados en la Fiscalía General de la Nación o en las demás entidades receptoras, el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión deberá reconocer y pagar los beneficios salariales y prestacionales causados o su proporcionalidad a la fecha de incorporación.

Los servidores públicos que se encuentren en periodo de prueba a la fecha de publicación del presente decreto permanecerán en la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS); una vez se produzca la evaluación satisfactoria de dicho período serán incorporados a los empleos que se hayan creado para el efecto en las entidades receptoras.

Hasta tanto se produzca dicha calificación serán comisionados a prestar sus servicios en las entidades receptoras.

Para los efectos del acto legislativo 04 del 7 de julio de 2011, entiéndase que la fecha de ingreso de los empleados provisionales que sean incorporados en las entidades receptoras de funciones, será la de su vinculación en esta condición en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

⁵**Decreto 1047 de 1978** “*Régimen de pensión vitalicia de jubilación para las personas que desempeñen funciones de dactiloscopistas en el Departamento Administrativo de Seguridad*”.

Artículo 1°: Los empleados públicos que ejerzan por veinte años continuos o discontinuos las funciones de las dactiloscopistas en el Departamento Administrativo de Seguridad, y que hayan aprobado el curso de formación en dactiloscopia impartido por el instituto correspondiente de dicho Departamento, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación cualquiera sea su edad”.

⁶**Decreto 1933 de 1989** “*Por medio del cual se expidió el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad*”.

Artículo 10°. Pensión de Jubilación. Las normas generales sobre pensión de jubilación previstas para los empleados de la administración pública del orden nacional se aplicarán a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad. Los empleados que cumplan funciones de dactiloscopistas en los cargos Detective Agente, Profesional o Especializado, se regirán por lo establecido en cuanto a régimen de pensión vitalicia de jubilación, por el Decreto – ley 1047 de 1978, cuyas normas serán igualmente aplicables al personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones.

⁷**Decreto 1835 de 1994** “*Por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo de los servidores públicos*”

Artículo 2°. Actividades de Alto Riesgo. En desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993, solo se consideran actividades de alto riesgo las siguientes:

1. En el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS: Personal de detectives en distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente.

⁸**Decreto 2090 de 2003** “*Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades*”

Germán Adelmo Cuadrado González tiene derecho a la pensión de alto riesgo, porque ingresó al DAS - en Supresión, antes del 3 de agosto de 1994, por ende lo cobija el régimen de transición, es decir, le *“asiste la expectativa”* a pensionarse si cumple con el requisito de 20 años de servicio a cualquier edad.

Afirmó que conforme al artículo 12 de la Ley 790 de 2002⁹, *“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”*, el señor Cuadrado González se encuentra inmerso en el estatus de prepensionado.

Agregó que la Corte Constitucional en Sentencia C-789 de 2002, ha protegido el régimen especial de los funcionarios del DAS *“que con anterioridad al 3 de agosto de 1994 acrediten 20 años de servicios a la institución, por tener derecho al régimen de transición especial (...) y por lo tanto no estaban sujetos al régimen general de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como lo quería disponer la Ley 896 de 2003”* (fl. 3).

Manifestó que con posterioridad al Decreto 2090 de 2003, se han dictado otras disposiciones que han menoscabado el derecho al régimen especial de pensiones de funcionarios del DAS como lo es la Ley 860 de 2003 *“Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones”*.

Concluyó que la tutela se presenta como mecanismo transitorio, porque si bien es cierto existe un medio ordinario de defensa para la protección de los derechos fundamentales de su poderdante, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, aquella se convierte en un mecanismo de protección

Artículo 11. Vigencias y Derogatorias. El presente decreto regirá a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias, en particular, el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, los Decretos 1281, 1835, 1837 y el artículo 5o del Decreto 691 de 1994, el Decreto 1388 y el artículo 117 del Decreto 2150 de 1995 y el Decreto 1548 de 1998.

⁹**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.

inmediata de los derechos que están próximos a materializarse, y si no se toma una medida se le causará un daño inminente pues al ser incorporado a la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación adquiere el régimen pensional de esa entidad.

3. Trámite e intervención de las autoridades demandadas

Con auto de 7 de diciembre de 2011, la Subsección "A" de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, admitió la tutela y ordenó notificar al DAS - en Supresión, al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y al Departamento Administrativo de la Función Pública.

El tutelante a través de su apoderada, presentó el 7 diciembre de 2011 (fls. 48-49), solicitud de suspensión provisional del acto administrativo contenido en el oficio No. SEGE 1030896 de 11 de noviembre de 2011.

La Subsección "A" de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con auto de 15 de diciembre de 2011, negó la solicitud de suspensión provisional *"hasta tanto se defina en esta acción si cumple o no con los requisitos de necesidad y urgencia para la protección de los derechos que el señor Germán Adelmo Cuadrado González aduce como vulnerados"* (fl. 80).

Surtidas las respectivas comunicaciones, las entidades tuteladas ejercieron su derecho de defensa en los siguientes términos:

3.1 Respuesta del Departamento Administrativo de Seguridad - en Supresión

Con escrito de 13 de diciembre de 2011 (fls. 51-79), el DAS - en Supresión, a través de apoderado, contestó la tutela en los siguientes términos:

Aludió a las normas que regulan el régimen de los detectives del DAS y las de supresión de la entidad. Y, con fundamento en éstas indicó que si bien el cargo del señor Cuadrado González fue suprimido, se ordenó su vinculación a la Fiscalía General de la Nación *“sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera que ostentaba en el DAS”* (fl.65).

Manifestó que los derechos fundamentales del tutelante *“de retén social, a la seguridad social en este caso pensión y a la dignidad humana [no] han [sido] vulnerados, en la medida en que los aportes para la pensión del señor GERMAN ADELMO CUADRADO GONZALEZ se han continuado haciendo por la entidad en la misma forma en que se realizaban antes de que fueran emitidos los decretos de supresión y que una vez incorporado a la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación se continuará realizando por esta entidad, indiferente al hecho que los requisitos para poder acceder al derecho a la pensión puedan ser variados por el fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado de conformidad con las normas vigentes”* (fl.65).

Adujo que el señor Germán Adelmo Cuadrado González no puede catalogarse como prepensionado en los términos de la Ley 790 de 2002 porque no se trata de un empleado con derecho a pensión de vejez dentro de los 3 años anteriores a la liquidación de la entidad, sino que se trata de un servidor público a quien por su actividad de alto riesgo se le aplica un régimen especial que ya desapareció del mundo jurídico por ministerio de la Ley 1444 de 2011 y del Decreto 4057 de la misma anualidad.

Sostuvo que el DAS - en Supresión, acató lo establecido en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, teniendo en cuenta que todos los servidores de la entidad, incluidos: (i) los provisionales y de libre nombramiento y remoción; (ii) madres cabeza de familia sin alternativa económica; (iii) personas con limitación física, mental, visual o auditiva; y, iv) los que cumplan con los requisitos de edad y tiempo de servicio para pensión en término de 3 años, no están siendo retirados del servicio y se les garantiza su estabilidad laboral, ya sea a través de la incorporación a nuevas entidades sin solución de continuidad o por su permanencia en el DAS, respetando sus derechos adquiridos a la fecha.

Señaló que el tutelante no está reclamando la protección que le otorga el retén social sino la posibilidad de pensionarse bajo un régimen especial, situación que hace improcedente la tutela conforme a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2561 de 1991¹⁰, en razón a que la competencia para conocer de pretensiones derivadas de una relación laboral, corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral o a la de lo contencioso administrativo, según sea el caso.

Aclaró que si bien el Decreto 4057 de 2011 dispuso que el régimen prestacional, de carrera y de administración de las personas que sean incorporadas será el de la entidad u organismo receptor, ello no incluye el régimen pensional porque este pertenece al Sistema de Seguridad Social Integral y está regido por leyes especiales.

Indicó que los derechos pensionales que el tutelante afirma tener, deben ser definidos por el Sistema General de Pensiones y no por el DAS - en Supresión o la Fiscalía General de la Nación.

3.2 Respuesta del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

Con escrito de 13 de diciembre de 2011 (fls. 51-53) el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, a través de apoderado, solicitó ser *“excluido de los efectos del fallo, más aún cuando es notificada a través del Señor Presidente de la República quien no es el representante legal de la Nación ni del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, y tampoco tiene competencia en el manejo del personal del Departamento Administrativo de Seguridad DAS - en proceso de supresión...”* (fl. 52).

¹⁰Artículo 6°. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

3.3 Respuesta del Departamento Administrativo de la Función Pública

Con escrito de 15 de diciembre de 2011 (fls. 82-90), el Departamento Administrativo de la Función Pública, a través de apoderado, contesto la tutela en los siguientes términos:

Manifestó que como el señor Germán Adelmo Cuadrado González no ha consolidado aún el derecho de pensión, es decir, al momento solo acredita una simple expectativa, no existe violación a sus derechos fundamentales por el traslado que en cumplimiento del Decreto 4057 de 2011 se le hizo a la Fiscalía General de la Nación, en el mismo cargo que detentaba en el DAS.

Resaltó que mediante Acto Legislativo 001 de 2005, fueron abolidos los regímenes pensionales especiales, con excepción del atinente al Presidente de la República y las Fuerzas Armadas.

4.- Sentencia de primera instancia

La Subsección "A" de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca con sentencia de 23 de enero de 2012, resolvió:

"PRIMERO: DECLARASE la falta de legitimación por pasiva del Departamento Administrativo de la Función Pública y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

SEGUNDO: TUTELANSE los derechos fundamentales deprecados por el señor Germán Adelmo Cuadrado González.

TERCERO: En consecuencia **ORDENASE** al Departamento Administrativo de Seguridad en procesos de supresión DAS la reincorporación del actor, con efectos a partir del 1 de enero de 2012

(fecha desde la cual sería vinculado a la Fiscalía General de la Nación, según el oficio visible a folio 21), por lo que dentro de las 48 horas siguientes a la ejecutoria de esta decisión debe iniciar los trámites de reingreso del accionante al cargo que venía desempeñando en esa entidad, reintegro que deberá efectuarse dentro de los (10) días siguientes a la notificación de esta decisión, e **INAPLICASE** el Decreto 4070 de 2011 en relación con la supresión del cargo que ostentaba el señor Germán Adelmo Cuadrado González hasta cuando cumpla con los requisitos para obtener su pensión de jubilación según el régimen especial como detective del DAS” (fls. 121-122).

La anterior decisión se fundamentó en los siguientes argumentos:

En relación con la falta de legitimación de la causa por pasiva del Departamento Administrativo de la Función Pública y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, la consideró fundada en razón a que *“los hechos y las pretensiones de la tutela están dirigidos a que el Departamento Administrativo de Seguridad en proceso de supresión DAS adelante las gestiones y actuaciones pertinentes y correspondientes para que el actor permanezca en éste, bajo las mismas condiciones laborales y prestacionales, hasta tanto no se le reconozca su estatus de jubilado o pensionado con fundamento en el régimen de transición especial pensional, establecido en el artículo 4 del Decreto 1835 de 1994”* (fl. 110).

Indicó que en el decreto de supresión del DAS no se previeron garantías para mantener los regímenes y los derechos prestacionales de aquellas personas que, como el accionante, tenían una expectativa probable y muy cercana de adquirir su estatus pensional en virtud de las normas que lo cobijaban en dicha entidad.

Señaló que mediante el Decreto 4070 de 2011 *“se suprimió el cargo que el actor ocupaba en el DAS, lo que implica su retiro del servicio de esta entidad, impidiéndole cumplir con el requisito previsto en el régimen especial que hasta entonces lo cobijaba para consolidar el derecho a la pensión establecida en dicho régimen* (fl. 119).

Manifestó que como el señor Cuadrado González acreditó en el proceso que ingresó al DAS - en Supresión el día 3 de febrero de 1992, tiene derecho a acceder a la pensión con 20 años de servicio y cualquier edad, por lo tanto goza de la calidad de prepensionado.

Adujo que el traslado o incorporación del señor Cuadrado González en otra entidad con otro régimen, viola flagrantemente sus derechos fundamentales, ya que lo priva de obtener los beneficios del régimen establecido para el DAS - en Supresión.

Finalmente, dispuso la inaplicación del Decreto 4070 de 2011, con relación a la supresión del cargo del tutelante, hasta tanto no cumpla con los requisitos para obtener su pensión de jubilación conforme al régimen especial por ser detective del DAS.

5.- La impugnación

Con escrito de 2 de febrero de 2012 (fls. 128-133), el DAS - en Supresión, a través de apoderado judicial, impugnó el fallo de tutela proferido por la Subsección "A" de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en los siguientes términos:

Señaló que la Ley 1444 de 2011¹¹ concedió como protección subsidiaria para aquellos empleados a los cuales no se les reubicó o incorporó en otras entidades, los beneficios consagrados en la Ley 790 de 2002, como lo es el mencionado Retén Social, el cual permite que el servidor continúe vinculado a la entidad suprimida en forma temporal hasta que finalice el proceso de supresión.

¹¹"Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones".

En ese sentido, aclaró que al señor Cuadrado González no se le brindó la protección subsidiaria del Retén Social, en razón a que se le incorporó en la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación.

Sostuvo que el régimen pensional de alto riesgo ampara no la entidad que representa sino a la actividad que desempeña¹², bajo ese entendido, permanecer en la planta de personal del DAS - en Supresión no garantiza que complete con los requisitos de pensión ya que se suprimió la función de alto riesgo de los detectives y sólo desempeñaría funciones administrativas propias de la supresión.

Explicó que conforme al artículo 26 del Decreto 4057 de 2011, el DAS - en Supresión ejerció la función de policía judicial de manera transitoria hasta el 1° de enero de 2012, fecha en la que la Fiscalía General de la Nación asumió dicha función y *“a partir de la cual tuvo efectos fiscales la incorporación de los funcionarios...”* (fl. 132).

Finalmente, afirmó que la Ley 1223 de 2008¹³ le otorgó al personal del CTI de la Fiscalía General de la Nación, que cumplen funciones permanentes de policía judicial, escoltas y conductores, régimen pensional de alto riesgo. De modo que *“quienes fueron incorporados a estos cargos, como sucedió con el actor, conservaron el régimen pensional de alto riesgo y por ello pueden completar en la Fiscalía los requisitos que le hacen falta para obtener la pensión de este régimen o del régimen de transición en el evento de que tengan derecho a él”* (fl.133).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

¹²La entidad tutelada hace referencia al **Decreto 2090 de 2003** el cual define la actividad de alto riesgo en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1o. Definición y campo de aplicación. El presente decreto se aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendiendo por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo.

¹³*“Por la cual se adiciona el Régimen de Pensión de Vejez por Exposición a Alto Riesgo a que se refiere la Ley 860 de 2003, para algunos Servidores Públicos del Cuerpo Técnico de investigación de la Fiscalía General de la Nación”.*

1. Panorama general de la tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la tutela como un mecanismo judicial encaminado a la protección de los derechos fundamentales constitucionales cuando éstos se vulneren o amenacen por la acción o la omisión de las autoridades públicas o por particulares en algunos casos especiales, instrumento de defensa que se caracteriza por su trámite preferente, su residualidad y subsidiariedad.

A las voces de la propia norma superior y reiterado en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, el ejercicio de la tutela no es absoluto, pues está limitado por las causales de improcedencia, en especial la relacionada con la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa. No obstante, de manera excepcional aún siendo el reclamo de amparo susceptible de poder tramitarse por la vía judicial ordinaria, la tutela procede siempre que se interponga como mecanismo transitorio porque el accionante pueda padecer un perjuicio irremediable, situación que debe estar acreditada.

2. De la causa a la cual se atribuyen las transgresiones de los derechos fundamentales

La presente tutela se dirige a que “*se **inaplique** el Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011, al igual que la orden de incorporación contenida en el Oficio No. SEGE 1030896 de fecha 11 de noviembre de 2011...*” (fl. 1-2) (Negrillas de la Sala), actos administrativos que considera el accionante vulneran sus derechos fundamentales toda vez que cree tener derecho a ser incluido en el Retén Social del DAS - en Supresión, para conservar su condición de prepensionado.

No obstante lo anterior, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en fallo de primera instancia ordenó la inaplicación del Decreto 4070 de 2011 “*Por el cual se modifica la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad*

DAS"¹⁴, ya que fue éste y no el Decreto 4057, el que suprimió el cargo que ocupaba el señor Germán Adelmo Cuadrado González en la entidad tutelada.

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que tanto la pretensión del tutelante, como la orden que efectivamente dio el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, censuran e inaplican actos administrativos proferidos por la administración, como los son los Decretos 4057 y 4070 de 2011 proferidos por el Presidente de la República, actos de carácter general, sin embargo, el primero de ellos es impersonal y abstracto, ya que con ese se suprimió el DAS, pero el segundo, tiene efectos particulares, por cuanto modificó la planta de personal de esa entidad y afecta a personas determinadas, es decir, a quienes les fue suprimido el cargo en el DAS y fueron incorporados en un empleo equivalente en otra entidad.

Además, el oficio No. SEGE.1030896 de 11 de noviembre de 2011, acto de carácter particular y concreto, por el cual la Secretaría General del DAS comunicó al tutelante la supresión de su cargo y su incorporación a un empleo equivalente en la Fiscalía General de la Nación a partir del 1° de enero de 2012.

Así las cosas, previo al análisis por parte de esta Sala para determinar si el DAS vulneró los derechos fundamentales del señor Germán Adelmo Cuadrado González como lo afirmó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se estudiará la procedibilidad de la tutela contra actos administrativos generales y particulares, puesto que para ambos casos existe, *prima facie*, una causal de improcedencia.

2.1 De la procedencia de la tutela frente actos administrativos de contenido general

Por regla general, la solicitud de amparo no es el mecanismo para cuestionar la legalidad de actos administrativos, no sólo porque existe otro medio defensa judicial, sino también porque entratándose de aquellos de carácter general existe

¹⁴Es importante señalar que en el Oficio No. SEGE 1030896 de fecha 11 de noviembre de 2011, se informa la decisión de supresión conforme a lo dispuesto en este acto administrativo.

como causal expresa de improcedencia de la tutela, la prevista en el numeral 5 del artículo 6 del Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991, que dice:

“Artículo 6º.- Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.”

La razón de ser de esta causal de improcedencia se explica en el hecho que, en principio, los actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, no afectan los derechos fundamentales de los asociados, precisamente porque tratan situaciones inasibles por sus mismas características; también se explica en el hecho que la eventual oposición que pueda existir entre un acto de esa naturaleza y el ordenamiento jurídico puede llevarse al conocimiento de la jurisdicción, mediante la interposición de las respectivas acciones.

Con todo, la causal en estudio no puede acogerse de manera absoluta, ya que en ocasiones el acto general puede conducir a la violación o amenaza de derechos fundamentales, si de su **aplicación** se sigue una afectación de esa naturaleza y siempre que la no intervención oportuna del juez constitucional conduzca a la realización de un perjuicio irremediable. Así lo precisó la Corte Constitucional al señalar al efecto:

“De este modo, la acción de tutela no procede para controvertir actos de carácter general, aun cuando su contenido pueda ser contrario a normas sobre derechos fundamentales, porque para ello se han previsto otras vías procesales. **Pero cuando el contenido lesivo de un acto de carácter general, impersonal y abstracto, se materializa en una situación concreta y afecta derechos fundamentales de una persona, la acción de tutela es, sin olvidar su carácter subsidiario, la vía adecuada para promover ante los jueces la defensa de esos derechos.**

Es claro, por otra parte que, de acuerdo con la Constitución, la acción de tutela procede frente a la vulneración o la amenaza de los derechos fundamentales. **De ordinario, un acto de carácter general, impersonal y abstracto, no produce una lesión actual e inmediata de los derechos, la cual sólo se materializaría en el momento de su aplicación a los casos concretos. Sin embargo, de un acto de carácter general, sí puede derivarse, sin necesidad de un previo acto aplicativo, una amenaza cierta para los derechos fundamentales de determinadas personas, evento que abriría la vía de la acción de tutela.**

En efecto, **cuando una persona acude a la acción de tutela para cuestionar un acto de carácter general, impersonal y abstracto, pero no con la pretensión de obtener un pronunciamiento de esas mismas características sobre la conformidad o no del acto con la Constitución, sino para, dado que se encuentra entre sus destinatarios, prevenir que le sea aplicado, nos encontramos en una hipótesis distinta a la prevista en la ley sobre la improcedencia de la acción de tutela.** La actuación del particular afectado se dirige, en este caso, no a obtener la declaratoria de inconstitucionalidad del acto general, sino a prevenir que el mismo sea aplicado en su caso, evitando, de esta manera, que en relación con ese particular, se materialicen sus efectos lesivos de derechos fundamentales. Sobre el particular la Corte ha expresado que, en tal eventualidad, "... no se trata de anular, por la vía de la tutela, una norma de carácter general e impersonal, (...) sino de dejar sin efecto su aplicación, en un caso particular y concreto, cuando de ella se siga la violación de un derecho fundamental."¹⁵

Con todo, en este último escenario, también operaría el carácter subsidiario de la acción de tutela, por modo que, en principio la misma resultaría improcedente, no ya por dirigirse contra un acto de carácter general, impersonal y abstracto -porque, como se ha visto, lo que se pretende es enervar la aplicación del mismo a un caso concreto- sino por la existencia de mecanismos alternativos de defensa judicial. En efecto, **el particular que tema que la aplicación de una ley o de un acto administrativo de carácter general se derive una concreta afectación de sus derechos fundamentales, puede acudir a los mecanismos que el ordenamiento ha previsto para la controversia de tales actos, bien sea la acción pública de inconstitucionalidad o la acción de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según el caso.**

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-384 de 1994.

No obstante lo anterior, la Constitución establece que, aún existiendo mecanismos alternativos de defensa judicial, la acción de tutela procederá como mecanismo transitorio cuando se trate de evitar un perjuicio irremediable.

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia T-435 de 2005¹⁶, a partir de las normas que regulan la materia, concluyó “ (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (T-514 de 2003).”

De este modo, en casos como los presentes, en los que se está ante un cuestionamiento que se dirige contra un acto de carácter general, impersonal y abstracto, en los cuales, sin embargo, la pretensión no considera el acto cuestionado en abstracto, sino que se orienta a enervar sus eventuales efectos lesivos de derechos fundamentales en un caso concreto, para determinar la procedencia de la acción de tutela es necesario establecer, por un lado, que se está ante una amenaza cierta que de la aplicación de un acto de carácter general, impersonal y abstracto, se derive una afectación de los derechos fundamentales de una persona y que, en tal eventualidad, el acudir a las vías ordinarias podría comportar la ocurrencia de un perjuicio irremediable”¹⁷

Para la Sala la posibilidad de que la tutela proceda contra actos generales puede igualmente sustentarse en la salvaguarda de la supremacía normativa de la Constitución (Art. 4), cuando se logre advertir que el contenido de las prescripciones del acto general se oponen a los dictados de la Constitución, sin que sea suficiente esa sola circunstancia porque a ella deberá adicionarse la efectiva violación o amenaza de los derechos fundamentales del tutelante, así

¹⁶ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1073 de 12 de diciembre de 2007.

como la inminencia de un perjuicio irremediable para el mismo de no darse la urgente intervención del juez constitucional, como igual se contempla en la anterior jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Entonces, aunque para la Sala no hay lugar, por regla general, a estudiar la conformidad que un acto administrativo pueda tener o no frente al ordenamiento jurídico, por existir para ello un mecanismo de defensa judicial como lo es la acción de nulidad dispuesta en el artículo 84 del C.C.A.¹⁸, respecto al Decreto 4057 de 2011 encuentra que no están dados los presupuestos especiales y muy excepcionales para brindarle al tutelante el amparo que reclama, porque al analizar el contenido del acto con el cual se ordena la supresión de DAS y se determinan las reglas para llevar a cabo dicho proceso, con el escrito de tutela, y las pruebas que obran en el expediente, no se establece una amenaza cierta que de su aplicación se derive una afectación de los derechos fundamentales del Señor Germán Adelmo Cuadrado González.

Respecto a la configuración del perjuicio irremediable que haga procedente el estudio frente al Decreto 4057 de 2011, la Sala se pronunciará en el numeral 2.3.

2.2 De la procedencia de la tutela frente actos administrativos de carácter particular

En principio la tutela es improcedente frente a los actos administrativos de carácter particular y concreto, ya que estos son susceptibles de ser controvertidos ante la

¹⁸**Artículo 84. Acción de nulidad.** Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dispuesta en el artículo 85 del C.C.A¹⁹.

No obstante lo anterior, si bien existe otro mecanismo de defensa judicial, la tutela procede “... de *manera excepcional* (...) *cuando éstos vulneran derechos fundamentales y existe la posibilidad de ocurrencia de un perjuicio irremediable, de tal manera que se haga necesaria la protección urgente de los mismos.*”²⁰

Reitera la Sala que la solicitud de amparo va dirigida a que se inaplique el oficio No. SEGE.1030896, por medio del cual el DAS comunicó al tutelante la supresión de su cargo y su incorporación a un empleo equivalente en la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenó la inaplicación del Decreto 4070 de 2011, que suprimió el cargo del señor Cuadro González de la planta de personal del DAS - en Supresión.

Respecto a dichos actos administrativos de carácter particular y concreto, la tutela resulta improcedente a menos que se verifique la existencia de un perjuicio irremediable, que imponga la intervención del juez constitucional.

Con relación a la configuración del perjuicio irremediable, que haga procedente el estudio frente al oficio No. SEGE.1030896 y el Decreto 4070, ambos de 2011, la Sala se pronunciará en el numeral siguiente.

2.3. Del perjuicio irremediable

¹⁹**Artículo 85. Acción de nulidad y restablecimiento.** Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente.

²⁰**CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia T-012 del 19 de enero de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Establecida la procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos generales y particulares ante la existencia de un perjuicio irremediable, la Sala analizará su configuración en el caso en concreto.

La Sección Quinta en sentencia de 9 de marzo de 2012²¹, reiteró la línea jurisprudencial de la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio por la posible existencia de un perjuicio irremediable, se sujeta a la valoración de criterios tales como la **inminencia** de la amenaza o lesión del derecho fundamental, la **urgencia** de implementar medida correctivas, la **gravedad** o gran intensidad del daño que se cierre sobre los bienes jurídicos tutelados y la **impostergabilidad** de la intervención del juez constitucional, la cual ha sido compartida por la Corte Constitucional²².

El tutelante en la solicitud de amparo alegó la posible configuración de un perjuicio irremediable consistente en perder la condición de prepensionado por el hecho de ser incorporado en la Fiscalía General de la Nación.

Sin embargo, no demostró, ni esta Sala encuentra acreditado que la supresión del DAS y de su cargo, para luego ser incorporado en otro de igual categoría y bajo las mismas condiciones en la Fiscalía General de la Nación, le signifique un perjuicio irremediable, que haga necesaria la intervención del juez de tutela.

Contrario a lo alegado por el tutelante, esta Sala considera, como ya lo hizo en un pronunciamiento anterior sobre el mismo tema²³, que la solicitud de amparo se

²¹ Radicado 2011-01371-01 M.P. Susana Buitrago Valencia

²² Sobre tales criterios puede consultar la sentencia T-225 de 1993.

²³ **CONSEJO DE ESTADO**. Sección Quinta, sentencia de 9 de febrero de 2012, M.P. Mauricio Torres Cuervo:

(...)

“Es de anotar que el actor al momento de cumplir con los requisitos para obtener su pensión deberá hacer la respectiva solicitud ante el fondo de pensiones al cual esté cotizando y demostrar el cumplimiento de dichos requisitos para acceder a la mencionada pensión pues la vulneración que él considera se le está ocasionando es una apreciación subjetiva la cual no está materializada, es decir, el reconocimiento o no de su pensión es una mera expectativa.

Por otro lado, se tiene que el accionado no ha contrariado lo establecido en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 que establece que 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, pues el DAS no ha retirado del servicio al actor, sino que

fundamentó en apreciaciones subjetivas a futuro sobre la vulneración de derechos fundamentales que tampoco acredita, pues la pensión que el tutelante aspira obtener es apenas una expectativa, y porque la misma entidad tutelada procuró su estabilidad laboral en las mismas condiciones al incorporarlo en la Fiscalía General de la Nación, conservado su régimen pensional de alto riesgo y sin solución de continuidad.

En conclusión, al existir otros mecanismos de defensa judicial para controvertir la legalidad de los Decretos 4057 y 4070 de 2011, y del oficio No. SEGE.1030896 de la misma anualidad, pues este último al contener la decisión de incorporarlo a un empleo equivalente en la Fiscalía General de la Nación le crea una situación jurídica particular y tiene por tanto la connotación de ser acto administrativo, y al no haberse demostrado la existencia de alguna situación constitutiva de perjuicio irremediable, la decisión del *a quo* se revocará y será rechazada por improcedente la presente tutela.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- Revocar la sentencia de 23 de enero de 2012, proferida por la Subsección “A” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO.- Rechazar por improcedente la tutela interpuesta por Germán Adelmo Cuadrado González.

por el contrario, ha propendido por su estabilidad laboral al incorporarlo a la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación”

TERCERO.- Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Presidente

MAURICIO TORRES CUERVO

ALBERTO YEPES BARREIRO