

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA.

Veinte (20) de Junio de dos mil diecinueve (2019).

RADICACIÓN 47-31-05-005-2019-00171-00
ACCIÓN TUTELA
ACCIONANTE JOSÉ DOLORES VAN LEEDEN
SALCEDO.
ACCIONADO NACIÓN-MINISTERIO DE TRABAJO
Y COMISIÓN NACIONAL DE
SERVICIO CIVIL.

Evacuadas las etapas procesales dispuestas en el Decreto 2591 de 1991, y al no observarse causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, esta Judicatura procede a dictar sentencia en primera instancia, para decidir las pretensiones de la acción de tutela incoada motu proprio por **JOSÉ DOLORES VAN LEEDEN SALCEDO**, contra **NACIÓN-MINISTERIO DE TRABAJO Y COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL**.

I. ANTECEDENTES

A. TRÁMITE.

La demanda tutelar fue recibida de la oficina judicial en calenda seis (06) de junio de 2019 (Fl. 115), siendo admitida por auto del día siete (07) del mismo mes y año (Fl.116). La parte accionada fue notificada en debida forma conforme lo dispone el artículo 16° del Decreto 2591 de 1991, otorgándosele el término de dos (02) días para que con destino al presente proceso de tutela, allegara un informe detallado acerca de los hechos y pretensiones aducidos por el extremo accionante. Asimismo, se ordenó la notificación del Ministerio Público.

B. LA DEMANDA.

1. FUNDAMENTOS FÁCTICOS (Fl. 1-9).

Manifiesta el convocante, que fue nombrado en provisionalidad el día 05 de junio de 1992, como Inspector de Trabajo y Seguridad Social Código 2003 Grado 14 en la Dirección Territorial de Trabajo del Magdalena, adscrita al Ministerio de Trabajo, devengando como último salario la suma de \$3.596.463.

Que laboró de forma ininterrumpida hasta el 23 de mayo de 2019, fecha en que se le notificó la Resolución N° 0948 del 11 de abril de 2019, por medio de la cual la subdirección de Gestión de Talento humano del Ministerio de Trabajo, ordenó nombramientos en periodo de prueba de las personas que superaron el Concurso de Méritos y adicionalmente terminó los nombramientos en provisionalidad.

Asegura que se encuentra cobijado por estabilidad laboral reforzada al ostentar el carácter de prepensionado, pues tiene en la actualidad 61 años de edad y

1233.86 semanas cotizadas al sistema de pensiones, por lo cual solo le quedan pendientes 66.14 semanas, las cuales puede alcanzar antes de cumplir la edad exigida para acceder a la pensión de vejez.

Dice que la entidad accionada tenía pleno conocimiento de su calidad de prepensionado, garantía que se encuentra amparada por la Ley 790 de 2002, el Decreto 190 de 2003, Circular N° 0053 del 30 de octubre de 2018 y el acuerdo o acta de cierre de negociación colectiva del año 2019 del Ministerio de Trabajo.

También indica que padece desde hace más de tres (03) años de "HIPERTENSIÓN ARTERIAL" y "DIABETES TIPO 2", su esposa se encuentra desempleada, por lo cual le corresponde asumir todas las obligaciones del hogar.

Refiere que la remuneración que percibía como Inspector de Trabajo, constituía su único ingreso, y considera que con su decisión, el Ministerio accionado le ha lesionado sus derechos fundamentales.

2. PRETENSIONES.

Solicita el accionante, el amparo de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, igualdad, debido proceso y seguridad social, y en consecuencia pretende se ordene al Ministerio de Trabajo, lo siguiente:

1. Excluirlo de la lista de funcionarios a quienes dan por terminados los nombramientos en provisionalidad.
2. Se ordene su reintegro a la plata global del Ministerio de Trabajo-Dirección Territorial Magdalena como Inspector de Trabajo Grado 14 Código 2003 a un cargo vacante equivalente al que venía desempeñando.
3. Cancele los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la declaratoria de insubsistencia hasta el reintegro.
4. Se abstenga de realizar su desvinculación del sistema general de seguridad social integral, debido a los padecimientos de salud que presenta y su calidad de prepensionado.

C. INTERVENCIÓN DE LAS DEMANDADAS.

➤ MINISTERIO DE TRABAJO (FI. 126-135).

Narra el vocero de la accionada que:

El Ministerio de Trabajo ante la expedición de las listas de elegibles publicadas por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC-, procedió a realizar los nombramientos de quienes habían sido elegidos por periodo de prueba.

Refiere que la acción de tutela no es procedente para declarar la nulidad de un acto proferido dentro de un concurso de méritos, máxime cuando no se está ante la presencia de un perjuicio irremediable.

Explica que mediante Auto 0326 del 23 de Agosto de 2018, el Consejo de Estado ordenó a la Comisión Nacional de Servicio Civil, como medida cautelar, suspender, hasta que se profiera sentencia la actuación administrativa que se encuentra adelantando con ocasión del Concurso de Méritos Abierto - Convocatoria 428 de 2016.

Por lo anterior, arguye que existe una decisión del Consejo de Estado que impide

continuar con el concurso en las fases faltantes, razón por la que no hay lugar a proteger derechos fundamentales, pues hasta el momento no se le ha generado ninguna afectación,

Argumenta que no existe un perjuicio irremediable con ocasión de la expedición de los actos administrativos, dado que la entidad no le ha dado por terminado el nombramiento en provisionalidad al actor.

Asimismo, indica que hay un registro de elegibles vigente que debe proveerse con las vacantes ofertadas dentro del concurso, para el caso particular de la Dirección Territorial Magdalena el total de la oferta de cargos es de 17 vacantes y la lista de elegibles OPEC 34402 se conformó con 17 aspirantes, lo que quiere decir que todos los provisionales deben ser retirados del servicio para lograr proveer el total de cargos ofertados en la convocatoria.

Por todo lo expuesto, solicita se declare improcedente la acción constitucional.

➤ **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (FI. 150-152).**

La Procuradora 27 Judicial II en Asuntos Laborales y de la Seguridad Social, indica que la acción de tutela resulta improcedente por tener el actor un medio idóneo y eficaz que constituye la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a través de la cual puede solicitar medidas cautelares tendientes a suspender los actos que considera vulneratorios de sus derechos fundamentales.

Arribó a la anterior conclusión, luego de citar las sentencias SU-335 de 2015, T-376 de 2016, SU-691 de 2017 y C-101 de 2013 relacionadas con la procedencia de la acción de tutela para solicitar la nulidad de un acto administrativo de desvinculación de un servidor público en el marco de un Concurso de Méritos.

Dice que acorde a lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, cuando existen otros mecanismos ordinarios de defensa judicial, se debe verificar si se encuentra latente un perjuicio de carácter irremediable que mengue la idoneidad y eficacia del proceso natural. Sin embargo, a su criterio, el actor no probó tal perjuicio, por cuanto: 1. Es abogado con amplia experiencia en su profesión y con las condiciones suficientes para acudir a la jurisdicción contenciosa. 2. No acreditó una situación económica apremiante. 3. Tampoco probó la afectación del derecho al mínimo vital, pues el solo hecho de encontrarse desempleado no es suficiente para que la acción de tutela sea procedente. 4. No demostró que estuviera en una condición de salud que limitara el ejercicio de su profesión. 5. La declaratoria de insubsistencia, no fue producto del capricho de la administración, sino de una causal objetiva, como lo fue la lista de elegibles del concurso de méritos.

II. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO.

A. PRESUPUESTOS PROCESALES.

Los presupuestos de competencia (artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el segundo inciso del numeral 1 del Decreto 1382 del 2000), capacidad para ser parte (artículos 1°, 5°, 10° y 13° del Decreto 2591 de 1991), y petición en forma (artículo 14 ídem), se encuentran reunidos debidamente, y no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

B. PRUEBAS.

Aportadas por la parte accionante:

- Copia de la Resolución N° 0948 del 11 de abril de 2019 "Por la cual se efectúan nombramientos en periodo de prueba y se dan por terminados unos nombramientos en provisionalidad (Fl.10-13).
- Copia del correo electrónico por medio del cual se notifica el acto administrativo (Fl.14).
- Copia del memorando del 13 de agosto de 2018 (Fl. 15-16).
- Copia de instrucciones y recomendaciones del taller "Soy productivo" (Fl. 17-20).
- Copia de la Historia laboral de COLPENSIONES (Fl. 21-26).
- Copia de las actas de posesión (Fl. 27-35).
- Copia del acta de cierre de negociación colectiva del Ministerio de trabajo (Fl.36-50).
- Copia de la circular N° 0053 del 30 de octubre de 2018 (Fl. 51-52).
- Copia de la historia clínica (Fl. 53-57).

C. PROBLEMA JURÍDICO.

De acuerdo a los hechos descritos por el demandante, y las pruebas que reposan en el plenario, le corresponde a este operador Judicial determinar en primer lugar, si es procedente la acción de tutela en el presente asunto. En caso afirmativo, se pasará a analizar si es del caso, que las accionadas MINISTERIO DE TRABAJO y COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL se encuentran quebrantando los derechos constitucionales al debido proceso, trabajo y mínimo vital cuya titularidad deprecia el actor.

D. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

La Constitución Nacional de 1991 en su artículo 86 contempla:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública..."

Así mismo la norma indica que sólo procederá esa acción cuando el afectado no disponga de otro medio de acción judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el marco de los procesos de amparo, previo al estudio del fondo del caso planteado, el Juez Constitucional debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, que al tenor del Artículo 86 de la Carta y del Decreto 2591 de 1991, se sintetizan en existencia de legitimación por activa y por pasiva; afectación de derechos fundamentales; instauración del amparo de manera oportuna (inmediatez); y agotamiento de los mecanismos judiciales disponibles, salvo que se configure la ocurrencia de un perjuicio irremediable o que tales vías sean inexistentes o ineficaces (subsidiariedad).

Así, en primer lugar el operador jurídico debe determinar si la persona que interpone el amparo tiene interés jurídico para hacerlo y a su vez si contra quien se dirige es un sujeto demandable a través de la acción de tutela. En ese sentido, el Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala que la demanda podrá ser presentada directamente por la persona que considere vulnerados sus derechos fundamentales o a través de su representante. Asimismo, indica que es posible

agenciar derechos ajenos cuando su titular no esté en condiciones de promover su propia defensa. A la par, según el Artículo 42 del mismo Decreto el recurso de protección podrá interponerse contra el actuar u omisión de cualquier autoridad pública e incluso de los particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

En segundo lugar, el Juez Constitucional debe examinar si existe una afectación de derechos fundamentales, teniendo en cuenta que la acción de tutela tiene como objeto la protección de éstos cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados, por lo cual no resulta viable en los casos en que el amparo (ii) no tenga como pretensión principal la defensa de garantías superiores o (ii) la acción u omisión que atenta contra las mismas no sea existente, es decir, el amparo carezca actualmente de objeto.

En relación con la segunda situación, esta Corporación ha sostenido que cuando hechos sobrevinientes a la instauración de la acción de tutela, alteran de manera significativa el supuesto fáctico sobre el que se estructuró el reclamo constitucional, al punto que desaparece todo o parte principal de su fundamento empírico, decae la necesidad de protección actual e inmediata que subyace a la esencia del amparo. A este fenómeno la Corte lo ha denominado como carencia actual del objeto, el cual se presenta de diferentes maneras, destacándose el hecho superado y el daño consumado.

Así, se presenta un hecho superado cuando los actos que amenazan o vulneran el derecho fundamental desaparecen, al quedar satisfecha la pretensión de la acción de tutela, lo que conlleva a que ya no exista un riesgo; por tanto la orden a impartir por parte del juez constitucional, en principio, pierde su razón de ser, porque no hay perjuicio que evitar.

Bajo esta hipótesis la Corte ha procedido a prevenir al demandado sobre la obligación de proteger el derecho en una próxima oportunidad, de conformidad a lo establecido en el Artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, y a declarar la carencia actual de objeto, absteniéndose de impartir orden alguna. No obstante, según lo dispuesto en el Artículo 26 del mencionado Decreto, el expediente podrá reabrirse en cualquier tiempo, si se demuestra que la satisfacción extraprocesal de los derechos reclamados por el interesado ha resultado incumplida o tardía.

Por otro lado, la carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental.

En tercer lugar, conforme al Artículo 86 de la Constitución Política que dispone que la acción de tutela está prevista para la "*protección inmediata*" de los derechos fundamentales, el funcionario judicial debe verificar que el amparo sea utilizado para atender vulneraciones que requieren de manera urgente la intervención del juez de tutela.

Al respecto, esta Corporación ha reconocido excepciones al presupuesto de inmediatez, cuando se demuestra que la vulneración es permanente en el tiempo y que, aunque el hecho que dio lugar a la misma es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del accionante derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual.

Finalmente, en cuarto lugar, es obligación del juez que estudia la procedencia de la acción de tutela tener en cuenta que ésta es mecanismo sumario y preferente creado para la protección de los derechos fundamentales, que se caracteriza por tener un carácter residual o supletorio, obedeciendo a la necesidad de preservar las competencias atribuidas por el legislador a las diferentes autoridades judiciales a partir de los procedimientos ordinarios o especiales, en los que también se protegen derechos de naturaleza constitucional.

Por lo anterior, el recurso de amparo no puede convertirse en un mecanismo alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de los diversos procedimientos judiciales, salvo que dichas vías sean ineficaces, inexistentes o se configure un perjuicio irremediable. En relación con este último, esta Colegiatura ha determinado que se configura cuando existe el riesgo de que un bien de alta significación objetiva protegido por el orden jurídico o un derecho constitucional fundamental sufra un menoscabo. En ese sentido, el riesgo de daño debe ser inminente, grave y debe requerir medidas urgentes e impostergables. De tal manera que la gravedad de los hechos exige la inmediatez de la medida de protección.

E. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

1. DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

De acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Corporación, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6° del Decreto 2591 de 1992, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter *subsidiario*. Ésta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

Esta Corporación ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración. Sobre el particular, en la sentencia T-753 de 2006 esta Corte precisó:

“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.”

Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005, la Corte indicó:

“Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la

competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.”

Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: *(i)* los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; *(ii)* se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, *(iii)* el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser *inminente*, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser *urgentes*; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea *grave*, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea *impostergable*, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

2. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA SOLICITAR LA NULIDAD DE UN ACTO DE DESVINCULACIÓN DE UN SERVIDOR PÚBLICO (SENTENCIA SU-691 DE 2017).

Acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por regla general, la solicitud de reintegro al cargo de un servidor público no procede a través de la acción de tutela. Lo anterior, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico nacional ofrece otros mecanismos de defensa judicial que brindan a los ciudadanos un escenario apropiado para ventilar tales pretensiones, como lo es, en particular, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Respecto de este mecanismo, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha concluido que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es un mecanismo “*de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible*”, a través del cual la persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, como efecto de la vigencia de un acto administrativo viciado de nulidad, puede solicitar que se declare la nulidad del mismo y que, como consecuencia, se le restablezca su derecho o se reparen los otros daño provocados.

De acuerdo con lo establecido en la Ley 1437 de 2011, los servidores públicos desvinculados pueden acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y una vez ahí, solicitar las medidas cautelares previstas en el Código de Procedimiento

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que se ajusten al caso en concreto.

Al respecto, en la sentencia de unificación SU-355 de 2015, la Corte Constitucional reconoció la importancia del proceso contencioso administrativo, considerando que en dicho escenario, el juez tiene la posibilidad de adoptar cualquier tipo de medida cautelar, a fin de atender las necesidades específicas del solicitante. Sobre el particular, en la sentencia T-376 de 2016 la Sala Tercera de Revisión se refirió a las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo y concluyó que la Ley 1437 de 2011 las dotó de efectividad suficiente de cara a fortalecer la protección de los derechos constitucionales.

3. PERJUICIO IRREMEDIABLE. (T-699-2012).

En este contexto, se encuentra razonable la decisión del Constituyente de 1991, de introducir al ordenamiento constitucional la acción de tutela (CP. art. 86), como un mecanismo reservado a la protección de los derechos constitucionales fundamentales siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, evento en el cual adquiere el carácter de mecanismo principal, o ante la presencia de un perjuicio irremediable, caso en el que a pesar de la existencia del otro medio de defensa judicial, la acción de tutela sea procedente para evitar la consumación de un daño irreparable.

En relación a la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se está frente a un perjuicio irremediable, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) *cierto e inminente* –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) *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, y (c) *de urgente atención*, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consuma un daño antijurídico en forma irreparable.

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que en el ámbito del derecho administrativo, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos están previstas acciones idóneas en la jurisdicción contenciosa administrativa, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto.

No obstante, la Corte ha admitido que en los casos en que se acredite un perjuicio irremediable, la tutela se torna procedente y habilita al juez constitucional para suspender la aplicación del acto administrativo u ordenar que el mismo no se ejecute, mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Así entonces, las consideraciones expuestas con antelación permiten colegir que la acción de tutela por regla general resulta improcedente para dirimir conflictos que involucren derechos de rango legal, máxime cuando se trata de controversias legales que surgen con ocasión a la expedición de actos administrativos, puesto que para la solución de este tipo de asuntos, el legislador consagró en la jurisdicción contenciosa administrativa, las acciones pertinentes para garantizar el ejercicio y la protección de tales derechos. Empero, cuando el accionante demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable que amenace o afecte algún derecho fundamental, la acción de tutela se torna procedente como mecanismo

transitorio, hasta tanto la persona acuda dentro de un término perentorio al proceso ordinario correspondiente.

F. EN EL CASO CONCRETO.

En el presente caso, tal y como se trazó el problema jurídico, corresponde a este Despacho en primera medida, analizar si se cumple con el requisito de subsidiaridad de la acción de tutela.

Antes de ello, se debe precisar que constituyen hechos no controvertidos: (I) Que el actor se encontraba vinculado al Ministerio de trabajo como Inspector de Trabajo y Seguridad Social en la Dirección Territorial del Magdalena desde el 05 de junio de 1992 (Fl.31). (II) Que el nombramiento fue de carácter provisional. (III) Que el Ministerio de Trabajo y la Comisión Nacional del Servicio Civil por medio del Concurso de Méritos – Convocatoria N° 428 de 2016- ofertó los cargos provistos en provisionalidad de la planta global del ente Ministerial, proceso de selección que resultó en lista de elegibles. (IV) Que el accionante fue desvinculado del cargo a través de la Resolución N° 0948 del 11 de abril de 2019 mediante la cual el Ministerio de trabajo “efectúa nombramientos en periodo de prueba y se dan por terminados unos nombramientos en provisionalidad”

En ese sentido, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, con relación al requisito de subsidiaridad del mecanismo constitucional de amparo, establece:

“Artículo 6o. 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 encuentre el solicitante”.

No puede dejarse de lado, que las decisiones adoptadas en el marco de las convocatorias públicas para proveer cargos estatales, así como también los actos de declaratoria de insubsistencia de un Servidor Público por cuenta de tales concursos, encierran el carácter de actos administrativos, por contener en ellas manifestaciones de la voluntad del Estado que pueden afectar intereses generales y/o particulares.

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido diáfana en señalar que, los conflictos jurídicos relacionados con derechos de índole fundamental deben ser dirimidos por la vías judiciales ordinarias pertinentes, y sólo ante la ausencia de tales vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.

En el caso bajo análisis, disiente el demandante de la Resolución N° 0948 de 2019 la cual da por terminado su nombramiento en provisionalidad y en su lugar se nombra la persona que superó las etapas de la Convocatoria pública de Méritos. Sin embargo, es menester precisar, que esta decisión constituye un pronunciamiento administrativo, respecto del cual el legislador previó un mecanismo ordinario de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales, tales como los que se invocan en la presente solicitud constitucional.

Indica lo expuesto, que las declaratorias de las accionadas al constituirse en actos de carácter administrativo, deben ser enjuiciados y controvertidos a través de los medios de control dispuesto en la Ley 1437 de 2011, a saber simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.

En consonancia con lo anterior, la H. Corte Constitucional, ha sido enfática en establecer, que el recurso de amparo constitucional, no procede en principio, contra las decisiones o actos proferidos por una autoridad investida de facultades administrativas, a menos que se acredite el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

En Sentencia T- 030 de 2015, M.P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ, La Corte Constitucional, indicó al respecto:

*“La regla general es que el mecanismo constitucional de protección no puede superponerse a los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico de forma que los suplante o que se actúe como una instancia adicional para debatir lo que ya se ha discutido en sede ordinaria. **En particular, la Sala insiste en que esta regla general conduce a que en los procedimientos administrativos, la tutela no procede contra actos expedidos por una autoridad administrativa, pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales, sin embargo, sólo de manera excepcional esta acción procede transitoriamente cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable.”** (Negrilla y subraya fuera de texto).*

En idéntico sentido, el H. Máximo Tribunal Constitucional, precisó que la acción de tutela en general es improcedente para debatir decisiones administrativas proferidas en el transcurrir de un concurso de méritos. De igual forma, también enfatizó que es inadmisibles para controvertir la desvinculación de un funcionario nombrado en provisionalidad. En Sentencia T-090/13, con ponencia del Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, la Corte indicó:

En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto.

Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado.

Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor. La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el

cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado". **(Se resalta)**.

Asimismo, en Sentencia SU-691 de 2017 la Corte Constitucional unificó la jurisprudencia entorno a la procedencia de la acción de amparo frente a los actos administrativos de desvinculación de un servidor público con ocasión de un concurso de méritos. Allí se dijo que:

"Acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por regla general, la solicitud de reintegro al cargo de un servidor público no procede a través de la acción de tutela. Lo anterior, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico nacional ofrece otros mecanismos de defensa judicial que brindan a los ciudadanos un escenario apropiado para ventilar tales pretensiones, como lo es, en particular, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Respecto de este mecanismo, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ha concluido que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es un mecanismo "de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible", a través del cual la persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, como efecto de la vigencia de un acto administrativo viciado de nulidad, puede solicitar que se declare la nulidad del mismo y que, como consecuencia, se le restablezca su derecho o se reparen los otros daño provocados.

De acuerdo con lo establecido en la Ley 1437 de 2011, los servidores públicos desvinculados pueden acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y una vez ahí, solicitar las medidas cautelares previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que se ajusten al caso en concreto.

Al respecto, en la sentencia T-326 de 2014, la Sala Primera de Revisión, consideró que si bien el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, consagra la posibilidad de que en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se solicite la práctica de medidas cautelares, con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia; "por la novedad de esa jurisprudencia que apenas está formándose, pues todavía es muy reciente la norma, en la actualidad es difícil establecer con certeza el impacto y el grado de eficacia e idoneidad de dichos instrumentos judiciales para la protección de los derechos fundamentales de la accionante". **(Se resalta)**.

En ese orden de ideas, en materia de actos administrativos de desvinculación de servidores públicos, como es el caso que nos ocupa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha establecido que la acción de tutela no es procedente para controvertirlos; toda vez que, las discrepancias suscitadas por la aplicación o interpretación de los mismos, deben ser dirimidas por intermedio del proceso contencioso consagrado en la Ley 1437 de 2011. . **"En dicho trámite y a título de medida cautelar puede pedir la suspensión provisional de los efectos de dicho acto que considera lesiona el ordenamiento superior. Este mecanismo cautelar es apto e idóneo para la protección de los derechos fundamentales, y además es expedito, toda vez que la medida de suspensión provisional**

debe ser resuelta por el juez de lo contencioso administrativo luego del auto admisorio de la demanda¹.

Las medidas cautelares en el proceso contencioso fueron concebidas para garantizar la máxima e inmediata protección de las personas que resulten amenazadas por las decisiones unilaterales de la administración, de manera que estas se consideran eminentemente idóneas y expeditas para hacer cesar los actos constitutivos de quebrantamiento de los derechos inalienables.

Resulta entonces claro, que el Juez administrativo, en virtud del principio Juez natural, es el facultado para resolver la constitucionalidad o legalidad de una resolución de la administración, pues el pleito contencioso administrativo está dado para que el afectado pueda solicitar la cesación provisional de los efectos de dichos actos cuando sea latente la afectación de las garantías *ius fundamentales*.

En el presente asunto, en la medida en que existen otros mecanismos idóneos de defensa judicial para salvaguardar los derechos que deprecia el demandante, se deberá verificar la configuración o inminencia de un perjuicio irremediable.

En cuanto a la cualificación de los hechos que configuran un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha contemplado que ese perjuicio (i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables.

En *sub judice* se tiene que este Juzgador no encuentra motivos suficientemente fundados para que el actor pueda pasar por alto el proceso ordinario contencioso administrativo. De la narrativa de los hechos de la demanda, no se evidencia la configuración de un perjuicio irremediable por el cual se requiera la acción del Juez Constitucional, que en principio la carga de la prueba en esta materia la tiene quien alega el perjuicio.

En resumen, no se logra acreditar un daño de tal magnitud que obligue al juez constitucional superar el requisito de subsidiariedad que exige la decisión de la tutela y analizar de fondo el planteamiento de la supuesta vulneración originada por un acto administrativo. En similar sentido conceptuó el Ministerio Público en su intervención, al mencionar: “El accionante es abogado con amplia experiencia en su profesión y con las condiciones suficientes para acudir a la jurisdicción contenciosa, no acreditó una situación económica apremiante, tampoco probó la afectación del derecho al mínimo vital, pues el solo hecho de encontrarse desempleado no es suficiente para que la acción de tutela sea procedente, y no demostró que estuviera en una condición de salud que limitara el ejercicio de su profesión”.

En materia de carga de la prueba en sede de tutela, la Corte Constitucional, ha puntualizado:

*“Además de los elementos constitutivos del perjuicio irremediable citados anteriormente, la Corte ha exigido que para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, **el perjuicio se encuentre probado en el proceso, puesto que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable**². Siendo así no basta con la afirmación de que un derecho se encuentra*

¹ Sentencia T-800A/2011.

² Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias SU-995/1999, T-1155/2000 y T-290/2005.

sometido a un perjuicio irremediable; sino que es necesario, que el afectado "explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión"³. (Negrita y subrayado fuera del texto⁴).

Así las cosas, y dado que no se aporta prueba siquiera sumaria de la ocurrencia de un perjuicio grave, urgente e inminente, la acción de tutela en los términos invocados por el accionante, resulta a todas luces improcedentes.

De conformidad con lo expuesto, el mecanismo constitucional no tiene vocación de prosperidad, por existir otros medios de defensa judicial y no acreditarse por parte del actor el acaecimiento de un perjuicio irremediable, grave, urgente e inminente.

De conformidad con lo considerado, el **JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: **NEGAR POR IMPROCEDENTE** la presente acción de tutela impetrada por **JOSÉ DOLORES VAN LEEDEN SALCEDO** identificado con la cedula de ciudadanía N° 12.545.384 contra el **MINISTERIO DE TRABAJO Y COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL**.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** esta providencia a las partes como lo prevé el artículo 30 del D.L. 2591 de 1991.

QUINTO: **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si no es impugnado el fallo (artículo 32 Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EL JUEZ,



HUGO FERNANDO HERNÁNDEZ ESTRADA.

³ Sentencias T-449/ 1998, T-1068/2000, T-290/2005, T-1059/2005, T-407/2005, T-467/2006, T-1067/2007, T-472/2008, T-104/2009 y T-273/ 2009 entre otras.

⁴ T- 685 de 2016.