



Santa Marta D.T.C.H., seis (06) de septiembre del dos mil diecinueve (2019)

Radicación No.	47-001-3333-002-2019-000173-00
Demandante	NERIO ALFREDO ROMERO POLO
Demandado	MINISTERIO DEL TRABAJO, COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y TERCEROS VINCULADOS
Acción	TUTELA

Se procede a resolver la acción de tutela formulada en nombre propio por el señor **NERIO ALFREDO ROMERO POLO**, contra el **MINISTERIO DEL TRABAJO, COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC Y TERCEROS VINCULADOS**, previo a los siguientes:

1. ANTECEDENTES

1.1. Hechos

La parte actora fundamenta la acción de tutela en los siguientes hechos:

***Primero.** - Empecé a laborar en el Ministerio del Trabajo desde el día 27 de enero del año 2001 hasta la fecha, inicialmente ocupé el Cargo de Profesional Universitario y posteriormente el Cargo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social, adscrito al Grupo de Resolución de Conflictos - Conciliación de la Dirección Territorial de Trabajo del Magdalena.*

***Segundo.** - El Ministerio del Trabajo, en el momento de mi vinculación no se me practicó el examen de ingreso y mucho menos los exámenes periódicos ocupacionales. Estos, últimos, es decir los exámenes periódicos ocupacionales solo se me han realizado en tres (3) oportunidades durante mi relación laboral (17 años cinco meses), con las empresas PROMOSALUD LTDA, AISOM LTDA y OLIMPO, las cuales en sus diagnósticos han relacionado todas y cada una de mis patologías, además de hacerle las recomendaciones y restricciones del caso. Por otro lado, no realizó los Sistemas de Vigilancia Epidemiológicos de acuerdo a los riesgos a los que nos encontramos expuestos los funcionarios (SVE Cardiovascular, SVE Riesgo Psicosocial, SVE Osteomuscular, SVE VDT), pertinentes en su momento.*

***Tercero.** - Como resultado de mi vida laboral, hoy padezco una serie de patologías las cuales relaciono a continuación: Diabetes Millitus No Insulinodependiente (niveles de azúcar muy altos, 280 en promedio), Asma Bronquial, Hipotiroidismo, Síndrome de Túnel Carpiano Izquierdo de Grado Moderado, Discopatía Lumbar L5 - S1, Valvulopatía Aórtica, Vitíligo, Miopía, ..Temblor Idiopático, entre otras patologías.*

***Cuarto.** - A raíz de estas patologías, el Doctor LUIS MIGUEL MARTINEZ MONTES, Médico Especialista en Salud Ocupacional, el día 20 de febrero del año 2017, calificó la Pérdida de Capacidad Laboral de Todas las Patologías en virtud de lo señalado en el Decreto 1507 de 2014 y el Decreto 1352 de 2013, las cuales comuniqué oportunamente a los diferentes Directores de Turno de la Dirección Territorial del Magdalena y al Ministerio de Trabajo en Bogotá. Así mismo, le informé a ese Despacho, que vengo recibiendo tratamiento por parte de la Nueva EPS, para manejar estas patologías.*

***Quinto.** - La Circular 0053 del 30 de octubre del año 2018, firmado por la señora Ministra del Trabajo Doctora ALICIA VITORIA ARANGO OLMOS, fija un procedimiento de desvinculación de Provisionales que ostentan cargos de Inspector de Trabajo y Seguridad Social, reportados en la Convocatoria 428 de 2016, siguiendo los lineamientos enmarcados en las órdenes de los fallos judiciales instauradas por los aspirantes que conforman las Listas de Elegibles del Ministerio del Trabajo, la cual en uno de sus apartes de la Circular, dice: "...Se debe tener presente que, mediante el Artículo 2,2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017 se establece que para realizar la provisión definitiva de los empleos de carrera, dicha actuación se efectuara de acuerdo al siguiente orden... **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 periodo 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 de cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia...". Como se puede observar con suficiente claridad meridiana, el suscrito encaja en el grupo del primer orden, cosa que la Ministra conforme a la Resolución 0948 del 111 de abril del año 2019, violó flagrantemente, ya que saca de la misma al suscrito, sin importarle la Calificación realizada en el año 2017, por el Médico Especialista en salud Ocupacional. Además de señalar, que los tres únicos exámenes médicos ocupacionales realizados por el Ministerio del Trabajo, durante mis diecisiete (17) años y cinco (5) meses, con las empresas*

PROMOSALUD LTDA, AISOM LTDA y OLIMPO, en el año 2018, dan muestra del estado de salud que hoy padezco.

Quinto.- El día jueves 23 de mayo del año 2019, siendo las 7:13 pm, al correo Institucional, me llega la siguiente notificación en donde la Subdirección del Talento Humano del Ministerio del Trabajo, me comunica lo siguiente: "De manera atenta le comunico la Resolución No. 0948 del 11 de abril de 2019, mediante la cual se da por terminado su nombramiento provisional en el cargo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social Código 2003 Grado 14, "Por la cual se efectúan nombramientos en periodo de prueba y se dan por terminado unos nombramientos en provisionalidad. La Terminación automática del nombramiento en provisionalidad, se hará efectiva el día anterior a la posesión de la señora PAOLA ANDREA CABEZAS BURBANO, nombrada en periodo de prueba, de lo cual la Subdirección de Gestión del Talento Humano Informará..". De lo que se desprende incuestionablemente que estoy por fuera de la Entidad, sin importarles mi estado de salud, ya que soy una persona de 50 años de edad, calificada con un 38.58% de pérdida de capacidad laboral y con diferentes patologías, que son progresivas, importándoles poco mi suerte.

Sexto.- En virtud de lo anterior, el día 27 de mayo del año 2019, siendo las 09:08 am, presenté un Derecho de Petición a la Ministra del Trabajo, vía correo Institucional, en donde le expuse lo siguiente: "...con el objeto de hacer la siguiente reclamación; estando dentro del término legal para hacerlo, en virtud de la expedición de la Resolución 0948 del 11 de abril del año 2019, "Por la cual se efectúan nombramientos en periodo de prueba y se dan por terminado unos nombramientos en provisionalidad" y mediante la cual se da por terminado mi nombramiento provisional en el cargo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social Código 2003 Grado 14, al respecto, les solicito una explicación clara, concreta y de fondo, sobre lo siguiente: **Primero.-** Que criterio tubo el Ministerio del Trabajo, para dejar algunos funcionarios de la Dirección Territorial del Magdalena en Provisionalidad, sin tener en cuenta los sustentos médicos científicos que deben reposar en la hoja de vida o en el historial médico de cada uno de los funcionarios, teniendo como punto de partida los exámenes periódicos. **Segundo-** Al parecer, los documentos aportados para demostrar una situación especial, no tuvieron ni tienen ningún asevero probatorio, muy a pesar que con ello se demuestre la condición de protección especial, tales como: Discapacidad, Padre Cabeza de Familia o Madre Cabeza de Familia y como en mi caso que me encuentro enfermo. **Tercero.-** Algunos funcionarios de los que dejaron en Provisionalidad, ni siquiera compraron el pin para concursar. **Cuarto.-** El suscrito, tal y como lo manifesté anteriormente, tiene una pérdida de capacidad laboral comprobada del 38.53%, por las siguientes patologías: Valvulopatía Aórtica, Diabetes Mellitus no Insulinodependiente, Asma Bronquial Hipotiroidismo, Síndrome del Túnel Carpiano Bilateral, Discopatía Lumbar L5 - S1, Temblor Idiopático, Miopía, Vitíligo; patologías, estas, que fueron comunicadas a los distintos Directores de la Dirección Territorial del Magdalena y también al Nivel Central - Subdirección de Gestión del Talento Humano. **Quinto.-** Los exámenes periódicos ocupacionales me fueron realizados en el año 2014, fecha en la cual inicio el Ministerio a llevar a cabo esta práctica, con la empresa PROMOSALUD LTDA, dan muestra de las condiciones de salud; las cuales han sido corroborado con los exámenes periódicos realizados los años posteriores con la empresa AISOM LTDA y OLIMPO, que fue el último realizado en el año 2018. **Sexto.-** Los Provisionales .que continúan en el Ministerio del Trabajo - Dirección Territorial del Magdalena, unos son Administradores de Empresas, otros cuentan con el solo título Profesional., sin más detalles. **Séptimo.-** El suscrito, es Abogado, Administrador Publico, Especialista en Salud Ocupacional, Maestría en Riesgos Laborales, Maestría en Gerencia de Recursos Humanos, Doctorado en Administración Gerencial (con un promedio del 96.20 en la Universidad Benito Juárez de México, en espera del título Postgrado). **Octavo** Inicie en el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, el día 27 de diciembre del año 2001 en el Cargo de Profesional Universitario y Posteriormente Ascendido al Grado de Inspector de Trabajo, hasta la fecha, esto es qué en la actualidad llevo en la organización 17 años 5 meses. De acuerdo a lo anterior, estimo que el Ministerio del Trabajo vulnera el debido proceso, el Derecho a la Igualdad, a la Estabilidad Laboral Reforzada, entre otros Derechos Fundamentales, además de señalar que las competencias y habilidades de los profesionales que continúan en Provisionalidad, no son mejores que la del suscrito, además que he venido demostrando mi condición de debilidad manifiesta, por lo que solicito reevaluar mi caso en especial. Anexo hoja de vida y calificación con sus respectivos soportes realizados por el Doctor LUIS MARTINEZ."

De lo que se desprende incuestionablemente, que el Ministerio del Trabajo, tiene donde reubicarme laboralmente, teniendo en cuenta que mucho de los funcionarios en Provisionalidad que quedaron, no son padres cabeza de familia, madres cabeza de familia, ni tienen alguna discapacidad laboral, evidenciándose que en forma alegre deciden dejarlos, bien sea por recomendaciones, olvidado por completo o dejando por fuera a funcionarios que como en mi caso tenemos la condición de estabilidad reforzada por mi estado de salud, no se me hizo un seguimiento; como tampoco se le ha hecho a los funcionarios que tienen situación igual a la mía, para comprobar si verdaderamente cumplen con alguna condición especial para dejarlos. Acá es importante señalar, que he venido sagradamente informando a los Directores de Turno mi condición de Salud, además que he radicado documentos en el nivel central en la ciudad de Bogotá, en donde he demostrado mi condición de salud y lo que es peor, los exámenes periódicos, tres en toda mi vida laboral con el Ministerio del Trabajo, dan fe de mi condiciones de salud; documentos estos, que reposan en el Ministerio del Trabajo, ya que las empresas PROMOSALUD LTDA, AISOM LTA y OLIMPO, les rinden un informe ejecutivo del estado de salud, en que se encuentran cada uno de los funcionarios; de la cual el suscrito no escapa a esa realidad."

1.2. PRETENSIONES

Como pretensiones solicita textualmente lo siguiente:

"Solicito al Juez de Tutela, se ordene a la Ministra del Trabajo Doctora ALICIA ARANGO OLMOS, para que el suscrito continúe en el Cargo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social Código 2003 Grado 14, teniendo en cuenta que el suscrito cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 38.58% y que las patologías que hoy padezco son progresivas.

Además de señalar, que el Ministerio del trabajo, viola el derecho a la igualdad, el debido proceso, porque la circular 0053 del 30 de octubre del 2018, señala que las condiciones para dejar en provisionalidad a los inspectores de trabajo, los cuales empiezan por el primer orden, cosa que la resolución 0948 del 11 de abril del año 2019, desconoce, a la estabilidad laboral reforzada tal como lo señorea la 049 de la Honorable Corte Constitucional, además de señalar que el suscrito, presentó oportunamente la calificación de pérdida laboral, la cual no hizo eco en el Ministerio del Trabajo."

1.3. Actuación Procesal

1. Se presentó la Acción de tutela el veintinueve (29) de mayo de 2019, ante la oficina judicial de reparto (Fls. 1 - 5);
2. la demanda fue admitida en primera oportunidad por medio de auto de fecha 30 de mayo de 2019 (Fl. 34);
3. el día 4 de junio se notificó de la acción de tutela a la entidad al Ministerio Público (FLs. 35 - 38);
4. el día 6 de junio de 2019 el Ministerio del Trabajo rindió el informe solicitado mediante correo electrónico (Fl. 39 a 57),
5. el día 7 de junio la parte actora allegó documentación al expediente (Fl. 58 a 61),
6. el Ministerio Público no emitió concepto.
7. Mediante sentencia proferida el 12 de junio de los corrientes, esta agencia judicial negó por improcedente la presente acción constitucional al considerar que existía otro medio de defensa por medio del cual la parte actora podía exigir la protección de sus derechos. FOLIOS (62 a 68);
8. La anterior decisión fue notificada a los sujetos procesales el día 14 de junio del 2019, tal como consta a folios (69 a 71);
9. El 17 de junio de los corrientes, el señor NERIO ALFREDO ROMERO POLO, presentó escrito de impugnación contra la decisión tomada en la sentencia adiada el 12 de junio del 2019. Folios (73 a 79);
10. Por auto del 20 de junio del 2019, esta agencia judicial concedió la impugnación solicitada por la parte actora, y ordenó el reparto de la misma ante los Honorables Magistrados del Tribunal Administrativo del Magdalena. (folio 75);
11. A través de providencia calendada 13 de agosto del 2019, el Honorable Tribunal Administrativo del Magdalena, declaró la nulidad de las actuaciones surtidas desde la admisión de la tutela, al considerar que no se había integrado en debida forma la Litis, por lo tanto ordenó además de la notificación del MINISTERIO DEL TRABAJO, la vinculación de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC, y a los **integrantes de la lista de elegibles** para ocupar el cargo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social identificado con el código OPEC No. 34402 de la convocatoria No.428 del 2016, entre los que destaca la señora PAOLA ANDREA CABEZAS BURBANO. (folio 81-83);
12. El día 26 de agosto del 2019, esta agencia judicial obedece y cumple lo ordenado por el Honorable Tribunal Administrativo del Magdalena, por lo cual se admite nuevamente la acción constitucional presentada por el señor NERIO ALFREDO ROMERO POLO, y se ordena la notificación al MINISTERIO DEL TRABAJO, a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC., y a los **integrantes de la lista de elegibles** para ocupar el cargo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social identificado con el código OPEC No. 34402 de la convocatoria No.428 del 2016 entre los que se encuentra la señora PAOLA ANDREA CABEZAS BURBANO, estos últimos fueron notificados a través de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, entidad que para el 04 de septiembre de los corrientes publicó en su página web¹ aviso que informa de la admisión la presente acción de tutela. (folio 90);
13. Mediante escrito remitido por correo electrónico allegado el día 05 de septiembre del 2019, LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC contestación de la acción de tutela. (folio 100 a 106);
14. De igual forma a través de correo electrónico el MINISTERIO DEL TRABAJO, contesto la demanda el día 05 de septiembre de la presente anualidad. (folio 107 a 184);
15. Los vinculados, es decir los **integrantes de la lista de elegibles** para ocupar el cargo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social identificado con el código OPEC No. 34402 de la convocatoria No.428 del 2016 entre los que se encuentra la señora PAOLA ANDREA CABEZAS BURBANO, no contestaron la tutela.

1.4. CONTESTACION DE LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC.

Esta entidad, contestó de la siguiente forma:

"En virtud de las facultades asignadas por el artículo 130 de la Constitución Política, la Ley 909 de 2004, las sentencias C-1230 de 2005 y C-175 de 2006 de la Corte Constitucional, es el máximo organismo en la administración y vigilancia del sistema general de carrera y de los sistemas específicos de carrera administrativa de origen legal, pero no co-administra relaciones laborales y situaciones administrativas particulares que presenten las entidades; por eso, la queja del accionante es competencia del Ministerio de Trabajo

De acuerdo con las normas que regulan el acceso a cargos públicos por mérito y el estándar de protección de la Corte Constitucional, el sólo hecho de que una persona se encuentre en situación de especial protección no implica la reincorporación automática al cargo

¹ Folio 102 respaldo

*Por ejemplo, la Corte Constitucional, mediante sentencia T-326 de 2014 concluyó que u(i) la decisión de la Administración de excluir del empleo público a quien lo ejerce en provisionalidad, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el concurso de méritos, es una medida constitucionalmente adecuada, pues se sustenta en el carácter preeminente de esa modalidad de provisión de cargos; (ii) sin embargo, la medida no resulta necesaria cuando quien ejerce el empleo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con las personas próximas a pensionarse y, a su vez, concurre un margen de maniobra para la administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la lista de elegibles correspondiente, ... (subrayado fuera del original), es decir, **es la administración quien tiene la potestad nominadora y por tanto la orden debe dirigirse a la entidad, pero no puede afectar el concurso de méritos.***

*Nótese que por eso el accionante dirige su reclamo constitucional contra el actuar del **Ministerio de Trabajo**, frente al nombramiento en período de prueba de los integrantes de la lista de elegibles conformada para el empleo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social, en virtud de la Convocatoria 428 de 2016.*

*Bajo estas consideraciones, y en cumplimiento del principio constitucional de mérito corresponde a la entidad, para el caso del **Ministerio de Trabajo**, realizar el nombramiento en período de prueba del elegible que alcanzó posición meritoria dentro de la lista de elegibles para proveer el cargo de Inspector de Trabajo, conformada por la CNSC en el marco de los concursos de méritos, que para el caso de esa entidad corresponde a la Convocatoria No. 428 de 2016 - Nación.*

Por lo anotado, se concluye que las pretensiones de la acción de tutela frente a esta Comisión no surten efecto alguno, dado que se ha cumplido a cabalidad las reglas del concurso hasta la firmeza de las listas de elegibles; lo concerniente a los procesos posteriores como, nombramientos en periodo de prueba, forman parte de las actuaciones debidas por las entidades nominadoras involucradas en el proceso.”

Teniendo en cuenta lo anterior, solicita se declare improcedente la presente acción constitucional, toda vez que no existe vulneración de los derechos fundamentales del accionante por parte de LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC.

1.5. CONTESTACIÓN DE LA TUTELA POR PARTE DEL MINISTERIO DEL TRABAJO

El Ministerio del Trabajo dentro de su contestación indica que la presente acción constitucional debe ser declarada improcedente por cuanto al valorar los presupuestos facticos esta, así como el marco legal y jurisprudencial decantado por las altas cortes en temas similares, se observa que prima los derechos de carrera del personal que por merito supero todas y cada una de las instancias de los concursos públicos frente a los empleados nombrados provisionalmente en cargos públicos, mas aun cuando dentro del caso de marras, advierten esta entidad, que no se demostró ni probó ninguna situación o condición especial que permitiera garantizar la estabilidad laboral relativa de que gozaba el actor.

Ahora bien para una mayor comprensión de lo señalado por el Ministerio del Trabajo se transcribirá seguidamente el acápite de las conclusiones de su escrito contestatario:

“El señor NERIO ALFREDO ROMERO POLO, NO SE PRESENTÓ en la CONVOCATORIA 428 DE 2016 Grupo de Entidades del Orden Nacional, para el cargo INSPECTOR DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, CODIGO 2003 GRADO 14, OPEC 34202. A sabiendas que los concursos de meritos surgen a partir de la responsabilidad del estado de garantizar la igualdad de oportunidades y la estabilidad en el empleo. Lo anterior implica que la selección de los funcionarios públicos no se basa en los intereses particulares del político de turno, las presiones clientelistas u otras apreciaciones subjetivas, sino que, el hecho de que una persona ingrese al empleo público de carrera está determinado por el merito y la demostración de sus calidades.

*La desvinculación del señor NERIO ALFREDO ROMERO POLO en el empleo del Inspector el Trabajo y Seguridad Social Código 2003 Grado 14, de la planta global del ministerio del trabajo, **no fue motivada en razón de su limitación, ni de su estado biológico, fisiológico o psíquico, si no en primacía al principio del merito.***

Los nombramiento en provisionalidad, por el tiempo que sea, son transitorios y no generan una estabilidad definitiva, dejando claro que los requisitos exigidos por el concurso de meritos, aplican para todos los aspirantes que cumplen con las condiciones y aprueban los exámenes exigidos para el cargo al cual hayan aplicado, el señor NERIO ALFREDO ROMERO POLO, NO PARTICIPÓ EN LA CONVOCATORIA 428 DE 2016 OPEC 34402y solicita ser reintegrado en el cargo dentro del MINISTERIO DEL TRABAJO, DIRECCION TERRITORIAL MAGDALENA.

El señor NERIO ALFREDO ROMERO POLO envió comunicación donde las patologías que padece,

posterior a la comunicación de la resolución No. 0948 del 11 de abril mediante la cual se da por terminado su nombramiento en provisionalidad en el cargo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social Código 2003 Grado 14.

El señor NERIO ALFREDO ROMERO POLO no reúne las condiciones de madre o padre cabeza de familia, según lo expuesto anteriormente, de acuerdo a su historial laboral en cuanto a su definición legal, madre o padre de familia, *"quien tenga bajo su cargo, económico o socialmente en forma permanente, hijos menores o dependientes incapacitados, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los miembros del núcleo familiar, es decir, que haya una deficiencia de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la persona para sostener el hogar"*.

La certificación de pérdida de capacidad laboral no fue emitida por una entidad a quien le corresponde determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias.

Respetuosamente le solicito al señor Juez observar las consideraciones expuestas y, por lo tanto, niegue amparo solicitado dentro del radicado No. 00173-00, frente a la acción promovida por el señor NERIO ALFREDO ROMERO POLO y en su lugar DECLARAR LA IMPOSIBILIDAD JURIDICA del Ministerio del Trabajo para cumplir lo solicitado por el tutelante, en razón a la prevalencia del principio del merito y deniegue por improcedente el amparo constitucional invocado.

Se debe poner de presente lo establecido en el artículo 2.2.5.3.2 del decreto 648 de 2017, mencionado con antelación, el cual establece el orden para la provisión definitiva de los empleados de carrera, así:

"La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.
2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente Decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

PARÁGRAFO 1º. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

PARÁGRAFO 2º. 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 prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical."

Es así como con el fin de atender las inquietudes que se han presentado sobre el retiro de provisionales que se encuentran en el orden de protección, en razón a la aplicación de listas de

elegibles resulte de un concurso de méritos, el departamento de la función pública ha expedido el concepto marco 09 de 2018, en el cual se menciona que:

"Es importante tener en cuenta que el parágrafo 2 se aplica únicamente 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.

(...)

En ningún caso está señalando que el orden de protección se aplique cuando la lista de elegibles, resultante del concurso esté conformada por un número **mayor** de aspirantes al de empleos ofertados a proveer. Por tanto, los empleos vacantes deben proveerse con la lista de elegibles en estricto orden de mérito."

Es así como el ministerio del trabajo, a través de la circular No. 0053 de 2018, estableció en su contenido lo siguiente, con relación al retiro de los provisionales en cargos ofertados en la convocatoria 428 de 2016, enmarcados en las órdenes de los fallos judiciales:

"(...) en el marco de la Convocatoria Pública de empleos de carrera No. 428 de 2016, la secretaria general, a través de la Subdirección y Gestión del Talento Humano, ha venido realizando un estudio con el fin de consolidar, analizar, y tomar las decisiones administrativas que legalmente correspondan, con relación a la protección laboral de los servidores públicos nombrados en provisionalidad que ocupen el cargo de inspector de trabajo y S. S. que hayan sido ofertados en la Convocatoria 428 de 2016 y para los cuales se publiquen las respectivas listas de elegibles en firme.

(...)

Este procedimiento se fundamenta en lo establecido en el Artículo 125 de la CPC, en la ley 909 de 2004, en los decretos 1083 de 2015 y 648 de 2017, en el concepto marco No. 09 de 2018 expedido por el DAFP, (...)"

En el caso particular de la dirección territorial magdalena el total de la oferta de cargos a proveer mediante la convocatoria 428 de 2016 corresponde a 17 vacantes, y la lista de elegibles de la OPEC 34402, se ha conformado con 17 aspirantes; lo anterior, significa que todos los provisionales deben ser retirados del servicio para lograr proveer el total de los cargos ofertados con la convocatoria en mención, en cumplimiento del concepto marco No. 009 de 2018."

Así las cosas con fundamento en los argumentos expuestos el Ministerio del Trabajo, solicita la accionada que se niegue el amparo solicitado por el accionante NERIO ALFREDO ROMERO POLO, y en su lugar se declare la imposibilidad jurídica del Ministerio del Trabajo para cumplir lo solicitado por el tutelante, en razón a la prevalencia del principio del mérito y se deniegue por improcedente el amparo constitucional invocado.

2. CONSIDERACIONES

Sea lo primero precisar que la acción de tutela fue creada por la Constitución de 1991 como un mecanismo procesal específico y directo que tiene por objeto la protección concreta e inmediata de los derechos fundamentales consagrados en la Carta, en una determinada situación jurídica, cuando estos sean violados o se presente amenaza de su violación, sin que se pueda plantear en esos estrados discusión jurídica sobre el derecho mismo.

Esta institución jurídica cuenta con dos características distintivas esenciales la subsidiaridad y la inmediatez: la primera, por cuanto tan sólo resulta procedente instaurar la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que busque evitar un perjuicio irremediable; y la segunda, puesto que no se trata de un proceso en sentido estricto, sino de un procedimiento preferente y sumario, que se hace preciso adelantar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho violado o amenazado.

Por lo tanto, es necesario advertir que, para la viabilidad y prosperidad de la acción de tutela, la parte actora debe estar lesionada o amenazada con la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular. Es decir que la acción de tutela procede cuando quiera que se amenace o quebrante un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política y que para la protección del mismo no exista otro medio de defensa judicial, a menos que se promueva como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.1. Problema Jurídico.

El problema jurídico a resolver se centra en determinar ¿Si el Ministerio del Trabajo, vulneró los derechos fundamentales del accionante NERIO ALFREDO ROMERO POLO, al ser desvinculado del cargo que venía desempeñando en provisionalidad en razón a la toma de posesión de los aspirantes que lograron superar satisfactoriamente el concurso de méritos convocado por esa entidad en la convocatoria 428 de 2016? Y en consecuencia ¿Si hay lugar a acceder a las pretensiones de la tutela y ordenar su reincorporación a la entidad?

2.2 Acervo Probatorio

En el expediente obran las siguientes pruebas relevantes:

- ✓ Copia del formulario de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y ocupacional, expedido por el Medico LUIS MIGUEL MARTINEZ MONTES, especialista en salud ocupacional, en la que se indica información general del dictamen pericial, y se concluye que el solicitante NERIO ALFREDO ROMERO POLO, tiene un valor final de la PCL/Ocupacional de un 38.53% (Fis. 6 - 8).
- ✓ Copias de Diagnósticos médicos, exámenes e Historia Clínica del señor NERIO ALFREDO ROMERO POLO, (Fis. 11 - 19).
- ✓ Copia de la Resolución No. 0948 del 11 de abril del año 2019, por la cual se efectúan nombramientos en el cargo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social Código 2003 grado 14, en período de prueba a los aspirantes de la lista de elegibles expedida por la Comisión nacional del Servicio Civil mediante resolución No. CNSV-20192120016165, y se dan por terminado unos nombramientos en provisionalidad en los cargos antes señalados, dentro de los cuales se encuentra el accionante ROMERO POLO NERIO ALFREDO, (Fis. 20 - 23).
- ✓ Copia de constancia de notificación mediante correo electrónico de la Resolución 0948 al accionante, el día 23 de mayo de 2019 (Fl. 24).
- ✓ Copia de constancia de correos electrónicos de fecha 24 de mayo de 2019, remitidos por el actor al Grupo de Administración de personal de Carrera de la entidad accionada, en los cuales informaba que tenía una pérdida de capacidad laboral del 38.53% dada por el doctor LUIS MIGUEL MARTINEZ MONTES, (Fis. 25 - 31).
- ✓ Copia de la Circular 0053 de 30 de octubre del 2018, mediante la cual la Ministra del Trabajo informa a los servidores públicos en provisionalidad que ostenten el empleo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social, de la convocatoria 428 de 2016 y del procedimiento de desvinculación de provisionales que ostentan cargos de Inspector de Trabajo y Seguridad Social (Fis. 32 - 33).
- ✓ Copia de memorando a la coordinadora de registro y control del Ministerio de trabajo, en el que se remite oficio de la ARL Positiva, donde la mencionada ARL concluye que el presunto accidente ocurrido al señor NERIO ALFREDO ROMERO POLO, es de origen común (Fis. 48 - 50).
- ✓ Copia de la constancia de notificación y publicación en la página web de la CNSC, para notificar a los vinculados a la presente acción de tutela; folio 102 respaldo y 103.
- ✓ Copia de la resolución No. CNSC -20192120016165 del 15 de marzo del 2019, "por medio de la cual se conforma la lista de elegibles para proveer diecisiete (17) vacantes del empleo de carrera identificado con el código OPEC NO. 34402 denominado Inspector de trabajo y seguridad social, Código 2003, Grado 13, del sistema general de carrera del Ministerio del Trabajo, ofertado a través de la convocatoria No. 428 de 2016 y se declara desierto el concurso para cinco (5) vacantes del mismo empleo". Folio 103 respaldo a 105 del expediente.
- ✓ Copia de la firmeza de lista de elegibles de la Convocatoria No. 428 de 2016 - Entidades del Orden Nacional. Folios 105 respaldo a 106 respaldo.
- ✓ Copia del memorando No. 08S201642030000005404 del 21-12 de 2016. Folio 146 a 147 respaldo.
- ✓ Copia del concepto medico ocupacional del accionante. Folios 148 a 156.

2.3. FUNDAMENTOS JURIDICOS

2.3.1. DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

La consecuencia directa de la improcedencia de la acción de tutela es que el juez constitucional no puede entrar a discernir el fondo del asunto planteado, cuyo conocimiento corresponde, entonces, en forma exclusiva al juez ordinario a través de los canales procesales creados por el Legislador.

En ese sentido, el principio de subsidiaridad implica el resguardo de las competencias jurisdiccionales, de la organización de la administración de justicia, de las instituciones procesales, del debido proceso y de la seguridad jurídica, propias del Estado Social de Derecho.

6. En los casos en que existen medios ordinarios y principales de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido dos excepciones a la improcedencia. Cada una tiene implicaciones sobre la forma, transitoria o definitiva, en la que ha de concederse el amparo constitucional, en caso de que sea viable hacerlo.

La primera. Si bien, en abstracto, existe otro medio de defensa judicial y el accionante cuenta con él para la defensa de sus derechos, desde la perspectiva de la relación entre el mecanismo y el fin constitucional perseguido por el actor, aquel no tiene la virtualidad de conjurar un **perjuicio irremediable**. De tal forma, la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**, mientras el interesado acude a la vía ordinaria para debatir el asunto. Entre tanto se resguardan sus derechos fundamentales.

Esta primera hipótesis implica la constatación de un perjuicio irremediable, que ha sido definido como un riesgo que se ciñe sobre los derechos fundamentales del accionante, con ciertas características particulares: “ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; ser urgente, lo que significa que implique la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; ser impostergradable, esto es, se debe acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales”¹²³¹

La segunda. Si bien existe otro medio de defensa judicial, éste no es **eficaz** para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual la tutela procede de **manera definitiva**. El análisis sobre la eficacia del medio ordinario se encuentra determinado por el contraste entre éste y las condiciones particulares del accionante que pueden acrecentar la amenaza que pesa sobre los derechos de los que reclama el amparo⁵.”

Lo anterior indica que la regla general es que la acción de tutela es improcedente si se cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, y para que resulte ser procedente, el accionante debe demostrar que esos mecanismos no son efectivos para proteger los derechos que estima amenazados, o aun existiendo otro medio de defensa, se utilice la tutela para evitar un perjuicio irremediable.

2.3.4. La acción de tutela como mecanismo transitorio

La Corte Constitucional⁶ se ha encargado de establecer el alcance de la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio en los siguientes términos:

“Adicionalmente, la jurisprudencia ha precisado que si el mecanismo existente es idóneo y eficaz, la tutela solo resultaría procedente si se evidencia la amenaza de ocurrencia de un perjuicio irremediable. En este caso, la tutela se torna viable y el amparo se otorga transitoriamente hasta tanto la situación sea definida en la jurisdicción competente. Para ello, el demandante del amparo deberá instaurar las acciones ordinarias correspondientes dentro de un término máximo de 4 meses a partir del fallo, lapso que se suspende con la presentación de la demanda ordinaria. En este caso, el término señalado es imperativo, y si el actor no cumple con la obligación señalada, el amparo pierde su vigencia. En estos términos, la persona que solicita el amparo, deberá demostrar de forma suficiente la necesidad de la medida para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. En este tema la jurisprudencia constitucional ha decantado los elementos que deben concurrir en el acaecimiento de un perjuicio irremediable:

- “(i) que se esté ante un perjuicio **inminente** o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño;
- (ii) el perjuicio debe ser **grave**, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona;
- (iii) se requieran de medidas **urgentes** para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y
- (iv) las medidas de protección deben ser **impostergradables**, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.”

⁶ Sentencia T-161/17 Referencia: expediente T-5769057 Acción de tutela instaurada por Sonia Patricia Mejía en nombre propio y en representación de su menor hijo, contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y otros. Magistrado Ponente (E): JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS Bogotá, D. C., diez (10) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

3.4. Ahora bien, en materia de actos administrativos de contenido particular y concreto, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que por regla general la acción de tutela no es procedente para controvertir actos administrativos toda vez que las discrepancias suscitadas por la aplicación o interpretación de los mismos deben ser dirimidas a través de la jurisdicción contenciosa administrativa. No obstante, en criterio de la Corte, la aceptación de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra los actos administrativos depende de si el contenido de los mismos implica una vulneración evidente de los derechos fundamentales o la amenaza de la ocurrencia de un perjuicio irremediable de tal magnitud que obligue la protección urgente de los mismos.

En este sentido, la Corte ha precisado que (i) la improcedencia de la tutela como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, se justifica en la existencia de 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. Adicionalmente, se ha señalado que cada acción constitucional conlleva la necesidad de confrontar las condiciones del caso, de manera que se defina el cumplimiento de los requisitos establecidos en la jurisprudencia para el acaecimiento del perjuicio irremediable.

3.5. No obstante lo anterior, la Corte ha precisado que en los eventos en que se evidencie que (i) la actuación administrativa ha desconocido los derechos fundamentales, en especial los postulados que integran el derecho al debido proceso; y (ii) los mecanismos judiciales ordinarios, llamados a corregir tales yerros, no resultan idóneos en el caso concreto o se está ante la estructuración de la inminencia de un perjuicio irremediable; la acción de tutela es procedente de manera definitiva en el primer caso, o como mecanismo transitorio en el segundo, en aras de contrarrestar los efectos inconstitucionales del acto administrativo”

En consecuencia, en cuanto a la procedencia de la acción de tutela de forma definitiva en relación con actos administrativos, la Corte ha señalado que deben atenderse las circunstancias especiales de cada caso concreto. En estos eventos específicos, ha indicado que pese a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial como el medio de control de la nulidad y restablecimiento del derecho, se deben analizar las condiciones de eficacia material y las circunstancias especiales de quien invoca el amparo, que pueden hacer viable la protección de los derechos del afectado a través de la acción de tutela de forma definitiva.

Recientemente, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 26 de julio del 2018⁷, abarcando los anteriores temas determinó la procedencia de la acción de tutela contra concursos de méritos, de la siguiente forma:

“Antes de efectuar cualquier consideración respecto del fondo del asunto, la Sala estima pertinente establecer si la presente acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad.

La subsidiariedad consiste en impedir que la acción de tutela, que tiene un campo restrictivo de aplicación, se convierta en un mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales, pues eso sería tanto como desconocer que la Constitución y la ley estipulan una serie de mecanismos judiciales igualmente eficaces e idóneos para garantizar el ejercicio pleno de los derechos.

No en vano los artículos 86 de la Constitución Política y el 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 prevén como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia de otros medios de defensa para la protección de los derechos invocados. De manera que la acción de tutela sólo puede utilizarse cuando se han agotado los mecanismos de protección que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para la protección idónea y eficaz de los derechos fundamentales. En ese sentido, la Corte Constitucional manifestó⁸:

La acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho. La tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece —con la excepción dicha— la acción ordinaria. La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Corporación Autónoma

⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ-Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01791-00(AC) - Actor: KATHERINE ANDREA ROLONG ARIAS - Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, UNIDAD DE CARRERA JUDICIAL, Y OTRO

⁸ Sentencia C-543 de 1992. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Regional de Cundinamarca con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales (...).

Entonces, para que el juez estudie una solicitud de tutela, el interesado debe, por lo menos, probar que se agotaron los recursos que tenía a su disposición, pues, de lo contrario, la tutela deviene improcedente. El requisito de subsidiariedad no solo involucra la interposición de los recursos que proceden, sino también que en éstos se cuestionen las decisiones que, en concreto, se atacan en la acción de tutela.

(...)

De entrada, conviene señalar que, por lo general, las decisiones que se dictan en los concursos de méritos son actos administrativos de trámite, expedidos justamente para impulsar y dar continuidad a la convocatoria. Contra ese tipo de actos no proceden los recursos ni las acciones contencioso administrativas. Por lo tanto, la tutela se ve como el remedio judicial expedito y eficaz para la protección de los derechos fundamentales de los concursantes⁹.

Sin embargo, en estos concursos también se expiden actos administrativos definitivos, como ocurre cuando han culminado las etapas del concurso y se conforma la lista de elegibles para proveer los cargos ofertados. En ese caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo judicial procedente para la protección de los derechos de las personas que participan en un concurso de méritos¹⁰, pues se trata de un acto administrativo definitivo de contenido particular, que fija el número de plazas a ocupar y el orden de elegibilidad, según el puntaje obtenido. Por lo tanto, en ese evento, la tutela es improcedente, habida cuenta de que existe otro medio para la protección de los derechos fundamentales violados o en situación de amenaza, salvo que se configure un perjuicio irremediable.

La acción de tutela es procedente, pues, contra las decisiones que se dictan en un concurso de méritos, siempre que se trate de actos de trámite. Empero, si se discute una decisión definitiva (el acto que contiene el registro de elegibles, por ejemplo) la acción de tutela es improcedente, porque existen otros medios de defensa judicial, como los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

No sobra advertir que, en materia de concursos de méritos, la competencia del juez de tutela es extremadamente restringida. Por eso, debe ser cuidadoso en examinar la vulneración de los derechos fundamentales de los concursantes. Solo en los casos en que aparezca bien probada la vulneración o amenaza puede adoptar medidas razonables y pertinentes para conjurarla. El cuidado que debe tener el juez de tutela lo obliga a prevenir que la protección que concede no haga traumático el concurso de méritos, al punto de volverlo interminable. Esto es, las decisiones que adopte no pueden llegar a afectar las condiciones normales en que se desarrolla el concurso ni afectar los derechos fundamentales de los demás concursantes.

(...)

Ahora, la demandante alegó que ejerció la acción de tutela como mecanismo transitorio, para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, que, en concreto, consiste en no poder ocupar el tercer lugar en la lista de elegibles, que es el que por derecho le corresponde.

Como se sabe, el perjuicio irremediable que hace procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección no debe verse únicamente desde la perspectiva de las consecuencias nocivas, adversas, perjudiciales, dañinas, que suelen producir las decisiones administrativas o judiciales. Esas decisiones pueden estar revestidas de legalidad y, por ende, las consecuencias perjudiciales de quienes las sufren no son, per se, ilegítimas o ilícitas. Justamente, por eso el ordenamiento jurídico prevé los medios de control de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho, para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos¹¹.

Es natural sufrir daños por causa de las actuaciones de la administración. Empero, no por resultar perjudicial la decisión tomada por la autoridad competente debe asumirse que existe un perjuicio irremediable evitable mediante la acción de tutela. De lo contrario, todas decisiones judiciales o administrativas que establecen situaciones desfavorables a los destinatarios tendrían que ser suspendidas por vía de tutela."

3. CASO CONCRETO

De acuerdo con la jurisprudencia citada en líneas precedentes, se tiene que para que proceda la acción de tutela dentro de un concurso de méritos, no debe haberse expedido un acto

⁹ Así lo sostuvo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en sentencia de AC-00698. La providencia dice: «las decisiones dictadas durante un concurso docente son actos de trámite, expedidos dentro de la actuación propia del mismo y las determinaciones que en ellos se adoptan se hacen justamente para impulsar y dar continuidad al proceso de las convocatorias, en cumplimiento de los deberes legales de las entidades involucradas. Contra los actos de trámite no proceden los recursos de la vía gubernativa ni las acciones contencioso- administrativas, por lo tanto, en el caso objeto de estudio, la actora no cuenta con otros medios de defensa para lograr la continuidad en el concurso docente y las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, no son eficaces para lograr la protección a los derechos fundamentales invocados».

¹⁰ Al respecto, ver, entre otras, las sentencias del 10 de junio de 2010. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Expedientes No. 2010-00475-01, 2010-00496-01 y 2010-00583-01.

¹¹ En ese sentido, se pronunció la Sección, en sentencia de tutela del 20 de febrero de 2017, Magistrado ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, expediente N°: 25000-23-42-000-201603163-01.

Demandante: Carlos Enrique Garibello Galarza

administrativo definitivo, pues de ser así, el mecanismo de defensa útil y eficaz procedente viene a ser el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues al encontrarnos frente a decisiones proferidas en actos administrativos definitivos, expedidos con fundamento en concursos de mérito, al estar investidos de legalidad esos actos, deben ser controvertidos ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En el asunto de marras, el accionante NERIO ALFONSO ROMERO POLO, impetró la acción de tutela, en procura de la protección de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad, a la vida y la seguridad social, al trabajo y al mínimo vital, solicitando se ordene a la entidad demanda que realice una nueva valoración su situación laboral a fin de ser reintegrado en el cargo que venía ocupando de Inspector de Trabajo y Seguridad Social, antes de ser desvinculado mediante resolución No. 0948 del 11 de abril de 2019, en virtud de unos nombramientos en periodo de pruebas de unas personas que superaron el concurso de méritos de la convocatoria 428 de 2016, llevada a cabo por la Comisión Nacional del Servicio Civil, quien mediante resolución No. CNSC-20192120016165 DEL 15 DE MARZO DE 2019 emitió la lista de elegibles para proveer los cargos vacantes de Inspector del Trabajo y Seguridad Social, dentro de los cuales se encontraba el actor en provisionalidad.

Para resolver lo solicitado por la parte actora, es preciso indicar que con la acción de tutela se pretende atacar la legalidad de un acto administrativo definitivo, por medio del cual se realizaron unos nombramientos en periodo de pruebas, que obedecen a la provisión de cargos en propiedad, producto de un concurso de méritos, por lo tanto, para desvirtuar la motivación de la resolución mediante la cual se realizaron los nombramientos en periodo de pruebas y se desvinculó, entre otras personas, al actor, del cargo que venía desempeñando en provisionalidad, la parte actora cuanta con un mecanismo de defensa judicial que resulta ser eficaz como es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativo, por lo tanto, como ya se indicó anteriormente, al ser la tutela un mecanismo subsidiario, no resulta ser procedente en el presente caso.

No obstante lo indicado en el párrafo anterior, respecto de la subsidiaridad de la acción de tutela, de acuerdo a lo indicado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, aun cuando exista otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela resulta ser procedente para evitar un perjuicio irremediable o evitar un daño inminente. En la tutela en estudio, el actor invoca como violados sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y al trabajo, los cuales, podría indicarse que al no ser los procesos judiciales ordinarios con que cuenta la parte actora, preferentes y sumarios, como si lo es la acción de tutela, podría ser la acción constitucional un mecanismo utilizado de manera transitoria para salvaguardar los derechos fundamentales invocados como violados, sin embargo, debe tenerse en cuenta que en el caso del demandante, al contar con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para que se le concedan sus pretensiones, dentro de ese medio de control existen las medidas provisionales o cautelares, mediante las cuales puede solicitar de manera provisional, hasta que se decida de fondo, la protección a los derechos invocados, motivo por el cual al contar el accionante con un mecanismo eficaz y pronto para solicitar el amparo a sus derechos, resulta ser improcedente la acción de tutela en el presente caso en concreto.

Ahora bien, debe indicarse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, han señalado en materia de provisión de cargos públicos, siempre debe prevalecer el mérito, sin embargo, han reconocido que en el marco de un concurso de méritos para proveer cargos de carrera, las entidades deben velar por la protección de las personas con especial protección Constitucional, y por vía de tutela, se ha ordenado que cuando se demuestre que personas con especial protección constitucional como los pre - pensionados o personas con condiciones de salud especiales se encuentren en cargos en provisionalidad, ante un concurso de méritos, los cargos que ocupen esas personas deben ser los últimos en ofertarse o proveerse, y que cuando queden vacantes en la entidad, debe procurarse el nombramiento de esas personas. En la acción de tutela en estudio, se tiene que si bien el actor manifiesta que tiene una pérdida de su capacidad laboral, esta situación no la demuestra con los documentos idóneos para ello, como es el dictamen expedido por la ARL o por la Junta Regional o Nacional de Pérdida de la Capacidad laboral, sino que pretende demostrar su condición con una certificación expedida por médico particular que le realizó un dictamen, así mismo, tampoco se demuestra que en la entidad accionada existen cargos vacantes en los que pueda ser reubicado, y por el contrario, de acuerdo a los documentos allegados como pruebas, se logra determinar que la lista de legibles para proveer cargos de Inspector de

Trabajo y Seguridad Social, está conformada por un número mayor de personas que cargos a proveer.

En segundo lugar tenemos que el actor si bien aporta un formulario de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y ocupacional, expedido por el Doctor LUIS MIGUEL MARTINEZ MONTES ESPECIALISTA EN SALUD OCUPACIONAL, visible a folios 6 a 9, tenemos que tal documento no es el idóneo para acreditar su estado de incapacidad pues las entidades que realizan tales calificaciones son las E.P.S., la aseguradora o a la junta de calificación de invalidez, según sea el caso del origen de la incapacidad.

Con fundamento en todos los argumentos anteriormente expuestos, lo procedente será declarar la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por el señor NERIO ALFREDO ROMERO POLO, en contra del **MINISTERIO DEL TRABAJO, COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC Y TERCEROS VINCULADOS**.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la improcedencia de la acción de tutela impetrada por el señor NERIO ALFREDO ROMERO POLO, en contra del **MINISTERIO DEL TRABAJO, COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC Y TERCEROS VINCULADOS**, por las razones expuestas en la parte considerativa de éste fallo.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991. Por el medio más expedito.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO.- Notifíquese esta decisión a los integrantes de la lista de elegibles de la convocatoria No.428 del 2016 a través de las entidades accionadas, por cuanto son las encargadas de elaborar listado de elegibles para ocupar el cargo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social identificado con el código OPEC No. 34402 de la convocatoria No.428 del 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por lo tanto tienen la facilidad de notificarles este proveído a través de la dirección física o electrónica aportada al momento de la inscripción a este concurso.

En virtud de lo anterior se le solicita al **MINISTERIO DEL TRABAJO** y la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** allegue en el término de la ejecutoria de esta providencia las respectivas constancias de notificación de esta decisión de cada uno de los vinculados a la presente acción.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


SANTANDER JOSÉ ORTIZ MARÍN
JUEZ