|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá, D.C., doce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420190002100** |
| DEMANDANTE | **DAVID AUGUSTO ZABARAIN COGOLLO** |
| DEMANDADO | **MINISTERIO DE TRABAJO** |
| MEDIO DE CONTROL | **TUTELA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

DAVID AUGUSTO ZABARAIN COGOLLO interpuso acción de tutela en nombre propio en contra de la MINISTERIO DE TRABAJO con el fin de proteger sus derechos fundamentales al debido proceso, seguridad jurídica, al trabajo, mínimo vital, seguridad social en conexión con el derecho a la vida.

1. **LA DEMANDA:**

**El accionante solicita que se ordene al accionado MINISTERIO DE TRABAJO dejar sin efectos las resoluciones de nombramiento 5681 de diciembre de 2018, 0054 de enero de 2019, 0128 de enero de 2019, 0129 de enero de 2019, 0134 de enero de 2019, 0157 de enero de 2019, 0160 de enero de 2019, 0162 de enero de 2019 y abstenerse de realizar nombramientos en periodo de prueba hasta que se emita sentencia dentro del proceso de acción de nulidad que cura ante el Honorable CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN SEGUNDA SUBDIRECCIÓN A.**

Como **hechos** sustento de las pretensiones anotadas se aducen los siguientes:

1. *“ Dentro de la acción de nulidad simple radicada bajo el No. 11001-03-25-000-2017-00326-00 Interno: 1563-2017 presentada ante el Honorable Consejo de Estado, la Organización Sindical Colegio Nacional de Inspectores de Trabajo –CNIT solicitó la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo CNSC-20161000001296 DEL 29-07-2016: “Por medio del cual << (…) se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleaos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de trece (13) Entidades del Sector Nación”.*
2. *El honorable Consejo de Estado concedió mediante auto de fecha 23 de agosto de 2018 la medida cautelar solicitada en la acción de nulidad simple incoada por la organización CNIT en los siguientes términos “****ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, como medida cautelar, suspender provisionalmente la actuación administrativa que se encuentra adelantando con ocasión del concurso de méritos abierto por la Convocatoria 428 de 2016 (2016 1000001296 del 29 de julio del 2016), hasta que se profiera sentencia”. (****Negrillas fuera de texto)*
3. *La medida cautelar contenida en el auto del 23 de agosto de 2018 proferido por el Consejo de Estado fue aclarada mediante auto de fecha 6 de septiembre de 2018, en este sentido:* ***“Primero: Aclarar el personal primero del auto proferido por el Despacho el 23 de agosto de 2018, el cual quedará así: PRIMERO: ORDENAR a la comisión Nacional del Servicio Civil, como medida cautelar, suspender provisionalmente la actuación administrativa que se encuentra adelantando con ocasión del concurso de méritos abierto solo respecto del Ministerio de Trabajo, el cual hace parte de la Convocatoria 428 de 2016 (Acuerdo 2016 (2016 1000001296 del 29 de julio del 2016), hasta que se profiera sentencia”.***
4. *En efecto, juiciosa de las decisiones judiciales, la Comisión Nacional del Servicio Civil dejó sin efectos la firmeza de la lista de elegibles conformada por la Resolución No. 20182120081415 del 9 de agosto de 2018, emanada de la Comisión Mediante AUTO CNSC 20182120013194 DEL 28-09-2018, hasta tanto no exista decisión de fondo favorable por el Consejo de Estado en la acción de nulidad incoada por la organización sindical CNIT.*
5. *No obstante se observa que el Ministerio de Trabajo no ha dado cumplimiento a lo ordenado por el Consejo de Estado en la medida cautelar decretada ya mencionada anteriormente, lo cual viola mis derechos fundamentales invocados.*
6. *Lo anterior lo sustento en que el Ministerio de Trabajo emitió las resoluciones Nos. 5681 de 14 de diciembre de 2018, 0054 de 16 de enero de 2019, 0128 de 24 de enero de 2019, 0129 de 24 de enero de 2019, 0134 de 25 de enero de 2018, 0157 de 28 de enero de 2019, 0160 de 28 de enero 2019, 0162 de 328 de enero de 2019, donde en virtud del concurso de méritos publicitado, se hacen una serie de nombramientos desconociendo la suspensión provisional ordenada por el Consejo de Estado.*
7. *La accionada, es decir, el Ministerio de Trabajo tiene conocimiento de la decisión de medida cautelar ordenada por el Consejo de Estado, la cual no ha respetado, tan es así que no ha expedido los actos administrativos correspondientes con el fin de dar a conocer y garantizar su cumplimiento, en los cuales debió manifestar de manera general que el concurso de méritos y todas las actuaciones administrativas derivadas de este debían suspenderse como ordenó el Consejo de Estado y ser juiciosos y observadores de las decisiones judiciales.*
8. *No tener en cuenta lo anteriormente expuesto pone en peligro la permanencia de los funcionarios públicos vinculados provisionalmente actualmente al servicio del Ministerio de Trabajo y en mi caso en particular seríamos reemplazados de manera arbitraria por las personas que se encuentren en la lista de elegibles, que dicho sea de paso podrían estar incursas en una situación de nombramiento con vicio de ilegalidad, hasta tanto no se resuelva de fondo la demanda de nulidad incoada por el Colegio Nacional de Inspectores de Trabajo CNIT, el 17 de abril de 2016, y por la cual se decretó la medida cautelar de suspender provisionalmente la actuación administrativa que se encuentra adelantando la Comisión Nacional del Servicio Civil con ocasión del concurso de méritos abierto por la convocatoria 428 de 2016 1000001296 del 29 de julio de 2016, hasta que se profiera sentencia”*
9. **ACTUACIÓN PROCESAL**

**2.1** La presente demanda fue radicada el 1 de febrero de 2019.

**2.2** Con auto del 5 de febrero de 2019 se admitió la demanda y se ordenó notificar al demandado.

1. **LA IMPUGNACIÓN**

Notificado el demandado MINISTERIO DE EDUCACIÓN el 6 de febrero de 2019, manifestó lo siguiente:

“(…)

***EN RELACIÓN CON LOS HECHOS***

1. *Que el servidor público* ***DAVID AUGUSTO ZABARAIN COGOLLO,*** *identificado con la cédula de Ciudadanía* ***No. 85.469.523,*** *fue incorporado a través de la* ***Resolución No. 1593 del 20 de abril de 2017,*** *en el empleo de INSPECTOR DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, CÓDIGO 2003, GRAD0 13 (ahora 14) de la planta global del Ministerio del Trabajo,* ***Dirección Territorial Bogotá.***
2. *Que el señor* ***DAVID AUGUSTO ZABARAIN COGOLLO,*** *identificado con la cédula de ciudadanía* ***No. 85.469.523,*** *tomo posesión del cargo de Inspector de Trabajo y Segundad Social, Código 2003, Grado 13 (ahora 14), de la planta Global del Ministerio del Trabajo, en la* ***Dirección Territorial de Bogotá,*** *el veinticuatro (24) de abril de dos mil diecisiete (2017).*
3. *Que según la CNSC - Comisión Nacional del Servicio, mediante Resolución No. 20182120081415 del 09 de agosto de 2018, el señor* ***DAVID AUGUSTO ZABARAIN COGOLLO,*** *NO conformo la lista de elegibles para proveer ochenta y tres (83) vacantes del empleo de carrera denominado Inspector de Trabajo y Seguridad Social, Código 2003, Grado 13, del Ministerio del Trabajo, ofertado a través de la Convocatoria 428 de 2016, bajo el código OPEC No. 34363.*
4. *El Ministerio reglamento e! orden de preferencia para el retiro de provisionales mediante la Circular No. 0053 del 3 0 de octubre de 2018 "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."*

***SERVIDORES PUBLICOS EN PROVISIONALIDAD QUE OSTENTAN EL EMPLEO DE INSPECTOR DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL CIRCULAR 0053 30 DE OCTUBRE DE 2018***

*Se debe tener presente que, mediante el Articulo 2.2.5.3.2 del Decreto 6 4 8 de 2017 s e establece que, para realizar la provisión definitiva de los empleos de carrera, dicha actuación s e efectuará de acuerdo a! 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 opiado por el derecho preferencia! 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 (...)".* ***(subrayado fuera del texto)***

1. *Teniendo en cuenta que e n el punto 4 de las pretensiones se solicita dejar sin efecto las Resoluciones de nombramientos Nos. 5681 de 14 de diciembre de 2018, 0054 de 16 de enero de 2019, 0128 de 24 de enero de 2019. 0129 de 24 de enero de 2019, 0134 de 25 de enero de 2018, 0157 de 28 de enero de 2019, 0150 de 28 de enero de 2019. 0162 de 328 de enero de 2019 y, de la misma manera e n el punto 6 de los hechos, sobre los mismos actos administrativos manifiesta que el Ministerio del Trabajo, desconoce la suspensión provisional ordenada por el Consejo de Estado, a ese respecto, es oportuno indicar de una parte que la primera solicitud, esto es, la de dejar sin efectos las resoluciones de nombramientos, se considera improcedente, a la luz del artículo 8 6 de la Carta Política, concordante con el articulo 1 o del Decreto 2591 de 1 9 9 1 , como quiera que el objeto de la acción de tutela, es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.  
   Es pertinente resaltar y reiterar que los actos administrativos indicados en el párrafo inmediatamente anterior, fueron emitidos por la entidad en cumplimiento de los fallos proferidos por los diferentes despachos judiciales, como obra e n la parte motiva de cada uno de ellos; por lo tanto no s e comparte la apreciación de la actora, siendo necesario que s e tenga en cuenta e! accionar de la entidad Ministerio del Trabajo, como el estricto cumplimiento o sujeción a las providencias y a mencionadas, e n armonía con lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia SU-034 d e 2018:*

*"B derecho de acceso a la administración de justicia no se circunscribe exclusivamente al ejercicio del derecho de acción, sino que esté inescindiblemente vinculado al debido proceso y a la expectativa de las partes de que, una vez en firme, la decisión judicial que pone fin a una controversia se materialice en debida forma. Desconocer esta premisa básica implicaría soslayar el carácter vinculante y coercitivo de las providencias judiciales, en detrimento no solo de los derechos fundamentales, sino del orden constitucional vigente".*

*Respecto a las consideraciones, manifiesta que la tutela no es procedente para conocer de actos administrativos que se profieran en el marco de un concurso de mérito, puesto que si bien el Juez de Tutela indicó tres casos en los que ésta procede de forma excepcional, como lo son: (i) Cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso e n e l cual el juez concederá la protección transitoria mientras ia jurisdicción competente decide de m a n e r a definitiva sobre la legalidad del acto; o cuando (¡i) A pesar de que existe un medio defensa judicial, no resulta idóneo o eficaz para conjurar la violación del derecho fundamental invocado. Finalmente, e s necesario recordar, que (iii) El acto que se demande en relación con el concurso de méritos no puede ser un mero acto de trámite, pues debe corresponder a una actuación que defina una situación sustancial para el afectado, y debe ser producto de una actuación irrazonable y desproporcionada por parte de la administración, considerando de esta forma, que en el caso en concreto dichos requisitos no se cumplen al no haberse acreditado por la parte demandante la existencia del perjuicio irremediable. Igualmente considera que en este momento no existe lesión a los derechos del accionante, toda vez que sus derechos han de sufrir la suspensión de su eventual disfrute hasta tanto no haya un pronunciamiento de fondo, considerando que la determinación del Consejo de Estado congela el curso normal del proceso, el día en que se defina el proceso administrativo se sabrá si la convocatoria fue ilegal o no.*

*De igual manifiesta que es claro que para este momento, no existe decisión del Consejo de Estado que impida continuar con el concurso en las fases que aún faltan.*

1. **LAS PRUEBAS:**

Como medio probatorio, destinado a acreditar los supuestos de hecho de la demanda se allegaron los siguientes documentos:

* Copia del Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección II Subdirección A del Consejo de Estado de fecha 23 de agosto de 2018 y del Auto de fecha 6 de septiembre de 2016 Expediente 11001-03-25-000-2017-00326-00 Interno 1563 – 2017. (Folios 12 a 24)
* Copias de Resoluciones de Nombramientos Nos. 5681 de 14 de diciembre de 2018, 0054 de 16 de enero de 2019, 0128 de 24 de enero de 2019, 0129 de 24 de enero de 2019, 0134 de 25 de enero de 2018, 0157 de 28 de enero de 2019, 0160 de 28 de enero de 2019, 0162 de 328 de enero de 2019. (Folios 25 a 54)

1. **CONSIDERACIONES:**
   1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en el articulado general y, en particular, en los Artículos 1°, 5° y 8° del Decreto – Ley 2591 de 1991 “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, la Acción de Tutela se dirige o encamina a la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en este último evento, en los casos señalados de manera expresa y restrictiva por la ley.

También procederá la acción, en aquellos eventos en que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, entendiéndose por tal, aquél que se concreta en un daño producido como consecuencia de la vulneración de un derecho de rango superior y que no puede protegerse de otra manera. Dentro de este entendido, de manera excepcional se autoriza el recurso a la tutela pero, se insiste, sólo en aquellos eventos en que esté destinada a evitar la configuración de un perjuicio que, dada su magnitud y calidades específicas, hace de la misma el mecanismo idóneo de protección, siendo entonces aplicado de manera transitoria, sin perjuicio de que el afectado cuente con otros medios de protección al derecho vulnerado. En tal hipótesis, se considera que la Acción de Tutela es el único mecanismo dotado de la eficacia jurídica requerida, dadas las circunstancias específicas del caso y es por ello que el legislador autoriza su ejercicio.

En síntesis, como la misma norma reglamentaria lo indica, la pretensión que caracteriza dicho instrumento jurídico, se contrae a garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, restableciéndolo al estado anterior a la violación, cuando fuere posible y conduce, previa solicitud, a la expedición de una declaración judicial que contenga una o varias órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento.

**5.2** Observa el Despacho que el derecho fundamental del cual pretende obtener protección el accionante es el derecho al debido proceso, seguridad jurídica, al trabajo, al mínimo vital, seguridad social en franca conexión con el derecho a la vida; toda vez que la entidad accionada vulneró sus derechos al proferir las resoluciones de nombramiento Nos. 5681 de 14 de diciembre de 2018, 0054 de 16 de enero de 2019, 0128 de 24 de enero de 2019. 0129 de 24 de enero de 2019, 0134 de 25 de enero de 2018, 0157 de 28 de enero de 2019, 0150 de 28 de enero de 2019. 0162 de 328 de enero de 2019, afectando la permanencia del funcionario público vinculado provisionalmente.

Así las cosas, cabe preguntarse **¿Se le están vulnerando los derechos fundamentales al accionante, por parte de la entidad accionada, al expedir las resoluciones de nombramiento antes mencionadas?**

La respuesta al anterior interrogante es negativa por las siguientes razones:

La acción de tutela tiene carácter residual o subsidiario, de modo que puede acudirse a ella a falta de otra alternativa de defensa judicial apta para la protección del derecho. En efecto, cuando se pide el amparo de derechos fundamentales, la actividad del juez de tutela debe encaminarse a determinar si hay un medio alternativo de defensa judicial que es el procedente; o en caso opuesto, establecer si existió o no la violación del derecho y entrar en consecuencia a tutelarlo o a desestimar la pretensión; y si el caso puede ser ventilado por la vía ordinaria, es necesario evaluar su eficacia, pues de no tenerla, la acción de tutela es la más indicada para proteger de manera definitiva o transitoria el derecho desconocido o amenazado.

El numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991 señala que: “*La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[[1]](#footnote-1)”* (Subrayado fuera de texto).

No obstante, si los medios ordinarios de defensa judicial no resultan aptos, idóneos y eficaces para la protección del derecho o de los derechos fundamentales violados o amenazados, es evidente que de manera excepcional la acción de tutela se impone como el instrumento idóneo para salvaguardarlos, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha reiterado el vínculo estrecho que une al mínimo vital y la vida digna con la recepción de ciertas acreencias prestacionales.

Así pues, la determinación de la procedencia excepcional de la acción de tutela exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional.

Ciertamente, en el caso sub examine el actor tiene una inconformidad respecto de una actuación administrativa la cual se fundan en la expedición de unos actos administrativos expedidos por el Ministerio de Trabajo, y para ello, la tutela no es el mecanismo idóneo para resolverlo; toda vez, que el ordenamiento estableció otros medios de defensa judicial a través de los cuales puede manifestar sus inconformidades, como lo es la acción de nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del cual puede alegar las violaciones que se estimen frente al ordenamiento jurídico, entre otras, contra derechos fundamentales; igualmente puede solicitar las medidas cautelares que considere necesarias, Por lo tanto, la tutela no tiene cabida por tener el carácter de subsidiaria.

El medio de control de tutela tampoco tendría cabida como mecanismo transitorio, porque no está demostrado que la demandante padezca un perjuicio irremediable y como lo ha resuelto el Consejo de Estado en casos similares al estudiado “*…la acción de tutela planteada sólo sería procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, mientras se adelanta y decide la acción principal. No obstante, el accionante no expresa cuál sería el perjuicio con carácter de irremediable que sufriría mientras ejerce y se decide la mencionada acción principal, ni ello surge del contexto del caso planteado, pues no existen evidencias sobre la gravedad e inminencia que pudiera tener el posible perjuicio sufrido por el accionante, además de que, como quedó dicho, el presunto perjuicio podría ser restablecido como consecuencia del ejercicio de la citada acción contencioso administrativa[[2]](#footnote-2).”*

Es decir, el perjuicio irremediable es aquel daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y, por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior. Al respecto, del análisis de las pruebas aportadas al expediente no se infiere la existencia de un perjuicio de carácter irremediable que pudiere evitarse con el ejercicio transitorio de ésta acción, pues según Sentencia de la Corte Constitucional: *“no basta pues, afirmar la irreparabilidad del perjuicio de un daño, sino, ofrecer las explicaciones y pruebas correspondientes, para que el juez de tutela adquiera certeza sobre su decisión”* (Sentencia T-449 de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra).

Teniendo en cuenta lo anotado, aun cuando el accionante solicita el amparo de su derecho fundamental, la acción de tutela no es el medio apropiado para su protección, toda vez que existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo para la satisfacción de sus pretensiones por lo que la acción incoada es improcedente.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO:** NIÉGUESE la Acción de Tutela impetrada por DAVID AUGUSTO ZABARAIN COGOLLO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Comuníquese por el medio más expedito la presente providencia al accionante DAVID AUGUSTO ZABARAIN COGOLLO y al Ministro de Trabajo y/o quien haga sus veces

**TERCERO:** En caso de que la presente providencia no fuere impugnada, remítase, para efectos de su revisión, a la Honorable Corte Constitucional, en los términos del artículo 31 del Decreto - Ley 2591 de 1991.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**

**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**

Juez

DCR/JBR

1. Según Sentencia de la Corte Constitucional: ***“no basta pues, afirmar la irreparabilidad del perjuicio de un daño, sino, ofrecer las explicaciones y pruebas correspondientes, para que el juez de tutela adquiera certeza sobre su decisión”*** (**Sentencia T-449 de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra**).

   La definición y características del perjuicio irremediable han sido señaladas por la Corte Constitucional así:*“...es el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y por tanto no puede ser retornado a su estado anterior. ...la Corte ha considerado que la acción de tutela es procedente. para evitar un perjuicio irremediable cuando concurran los siguientes requisitos: (1) el perjuicio es inminente, es decir, que se producirá indefectiblemente si no opera la protección judicial transitoria; (2) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes; (3) el daño o menoscabo ha de ser grave, esto es, que una vez que aquel se haya producido es imposible retornar la situación a su estado anterior; y, (4) la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable.” (****Sentencia T-348/97, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes M.)*** [↑](#footnote-ref-1)
2. *Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y ocho - CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION PRIMERA - Consejero ponente: LIBARDO RODRIGUEZ RODRÍGUEZ - Radicación número: AC-5988.* [↑](#footnote-ref-2)