



MINISTERIO DEL TRABAJO

RESOLUCIÓN NÚMERO 47 65 DE 2018

(31 OCT 2018)

Por la cual se realiza un nombramiento en periodo de prueba en cumplimiento del fallo proferido el 4 de octubre de 2018 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Villavicencio Meta dentro de la acción de tutela Radicado No. 2018-00202

LA MINISTRA DEL TRABAJO

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, y en especial las que le confiere el artículo 6 del decreto 4108 de 2011, el artículo 23 de la ley 909 de 2004, artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015, artículos 2.2.5.1.6 y 2.2.5.1.7 del Decreto 0648 de 2017, y demás normas concordantes,

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución No. CNSC - 20182120081515 de fecha 9 de agosto de 2018, la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC conformó y adoptó la Lista de Elegibles para proveer diecinueve (19) vacantes del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 34437, 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 - Grupo de Entidades del Orden Nacional, la cual fue comunicada al Ministerio del Trabajo el día 30 de agosto de 2018, mediante oficio radicado con el número 50996 del sistema interno de correspondencia Babel, en la cual se evidencia que el señor **CARLOS ALBERTO RIVERA BARRERA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.121.861.641 ocupó el puesto 6° de la lista de elegibles.

Que el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Villavicencio Meta, en sentencia de Primera Instancia proferida por el señor Juez Dr. NIVARDO MELO ZARAYTE dentro de la Acción de Tutela Rad. 2018-202, de fecha cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018), resolvió:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y el acceso a cargos públicos del señor CARLOS ALBERTO RIVERA BARRERA.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal del Ministerio de Trabajo y/o quien haga sus veces, para que en el término máximo e improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente decisión, realice y expida los actos administrativos pertinentes, a fin de que se resuelva de fondo el nombramiento en periodo de prueba del señor CARLOS ALBERTO RIVERA BARRERA, en el empleo denominado Inspector del Trabajo y Seguridad Social, código 2003, grado 13, del sistema de carrera del Ministerio del Trabajo.

Que al realizar el análisis del alcance de la orden judicial, el MINISTERIO DELTRABAJO impugnó la decisión mediante escrito en el cual se expuso que no era procedente realizar las actuaciones pendientes para el nombramiento y posesión en periodo de prueba del tutelante en el cargo de carrera de Inspector del Trabajo y Seguridad Social Código 2003 Grado 13, conforme Resolución No. CNSC- 20182120081335 de 9 de agosto de 2018, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1. Violación del artículo 31 de la ley 909 de 2004, falta de competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC para expedir de manera unilateral acto administrativo que convoca a los concursos públicos de méritos sin el consentimiento de las entidades beneficiarias del concurso.
2. Violación de los artículos 150 numeral 11 y 345 de la Constitución Política - Violación del principio de legalidad del gasto. El Ministerio del Trabajo NO SUSCRIBIO el Acuerdo No. 20161000001296 del 29 de julio de 2016, ni emitió certificado alguno de disponibilidad presupuestal que lo respalde.

Continuación de la Resolución "Por la cual se realiza un nombramiento en periodo de prueba en cumplimiento del fallo proferido el 4 de octubre de 2018 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Villavicencio Meta dentro de la acción de tutela Radicado No. 2018-00202"

3. Suspensión provisional de la actuación administrativa que se encuentra adelantando la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC con ocasión del concurso de méritos abierto por la Convocatoria 428 de 2016, en relación con el Ministerio del Trabajo, realizada por el Consejo de Estado mediante Autos Interlocutorios O-261-2018 del 23 de agosto de 2018 y O-294-2018 del 6 de septiembre de 2018, derivadas del Acuerdo No. 20161000001296 del 29 de julio de 2016, objeto de la demanda de nulidad que cursa ante dicha Corporación.
4. En virtud de lo establecido en el artículo 88 del CPACA, los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados y cuando fueren suspendidos no podrán ejecutarse hasta tanto no se resuelva definitivamente sobre su legalidad. Lo anterior significa que solicitada la suspensión de los efectos del acto administrativo, en atención al principio de legalidad, la administración se encuentra en imposibilidad de hacer cumplir el contenido del acto, hasta tanto no se solucione el fondo del litigio, pues solo hasta este momento procesal, mediante sentencia judicial se habrá de determinar una de dos cosas: (I) se decreta la nulidad del acto administrativo, lo que trae como consecuencia la extinción total y definitiva de los efectos de éste y su existencia misma; (II) se levanta la medida cautelar por no encontrar el juez mérito suficiente para decretar la nulidad y por tanto, el acto administrativo conserva su firmeza y ejecutoriedad, con las consecuencias que de esto se derivan.
5. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, los actos administrativos perderán obligatoriedad y en ningún caso podrán ser ejecutados cuando sus efectos sean suspendidos provisionalmente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Ha dicho el Consejo de Estado, en múltiple jurisprudencia, que la medida cautelar es una medida excepcional que tiene por objeto suspender los atributos de fuerza ejecutoria y ejecutiva de los actos administrativos, derivada del principio de legalidad, que pretende evitar que los actos contrarios al ordenamiento jurídico continúen surtiendo efectos, al menos mientras se decide de fondo sobre su constitucionalidad o legalidad. En tal sentido, esta figura procesal conlleva un instrumento encaminado a evitar que las actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico continúen surtiendo efectos, mientras se profiere una decisión de fondo. Así entonces, debe considerarse que actualmente las actuaciones administrativas relacionadas con el concurso de méritos de la Convocatoria No. 428 de 2016, se encuentran suspendidas provisionalmente por el Consejo de Estado, y pese a que las Listas de Elegibles cobraron firmeza, el Juez de Tutela atendiendo lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, debe tener en cuenta que los actos administrativos expedidos en virtud de la Convocatoria No. 428 de 2016, han perdido fuerza ejecutoria y ejecutiva con ocasión a la medida cautelar.
6. Es importante destacar que las razones que dieron lugar a la citada medida cautelar del 23 de agosto de 2018, pueden generar posteriormente la nulidad del concurso una vez proferida la sentencia, invalidando con ello todas las actuaciones realizadas dentro de la Convocatoria 428 de 2016, afectando la legalidad de las listas de elegibles que adquirieron firmeza antes de la medida cautelar y de los nombramientos en periodo de prueba que hayan podido efectuarse, así como el ingreso de los nombrados en periodo de prueba a la carrera administrativa, ante el decaimiento de los actos que los vincularon al servicio. De manera consecuente, se afectarían los derechos al trabajo y a la remuneración móvil del personal provisional y encargado, cuya vinculación se termine por el uso de las listas de elegibles retiradas de nuestro ordenamiento jurídico, con las posibles condenas para el Estado por las demandas judiciales iniciadas por unos y otros.

Continuación de la Resolución. "Por la cual se realiza un nombramiento en periodo de prueba en cumplimiento del fallo proferido el 4 de octubre de 2018 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Villavicencio Meta dentro de la acción de tutela Radicado No. 2018-00202"

Que a la fecha de expedición del presente acto administrativo, la segunda instancia no ha decidido la impugnación al fallo de primera instancia interpuesta por este Ministerio.

Que en concepto emitido por el catedrático Augusto Hernández Becerra, radicado ante el Departamento Administrativo de la Función Pública, el 24 de octubre de 2018, se afirmó en relación con los efectos de la suspensión del concurso por parte del Consejo de Estado y el cumplimiento de los fallos de tutela, lo siguiente:

"(...) las listas de elegibles producto de la convocatoria 428 de 2016 no podrán ser utilizadas en tanto que dicho proceso de selección, de conformidad con el Auto del Consejo de Estado citado, se encuentra suspendido, razón por la cual, la directriz es no nombrar con base en dichas listas.

Es del caso anotar, que en caso de utilizar las listas de elegibles producto de la convocatoria, se estarían dando efectos jurídicos a la actuación administrativa adelantada con ocasión del concurso de méritos abierto por la convocatoria 428 de 2016, los cuales, tal como se señaló, se encuentran suspendidos por la autoridad judicial competente, lo cual podría eventualmente configurarse como un incumplimiento de medida cautelar, en los términos del artículo 241 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

No obstante lo anterior, en caso de existir una orden judicial (fallo de acción de tutela) que ordene nombrar a una de las personas de la lista de elegibles, la orden deberá ser cumplida inmediatamente, esto sin perjuicio de que se impugne el fallo, teniendo en cuenta que la impugnación en las acciones de tutela se hace en el efecto devolutivo, por cuanto no está permitido al a-quo suspender los efectos del fallo hasta que se resuelva el asunto en segunda instancia, de conformidad con lo señalado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 19915 que sobre el particular establece:

Artículo 31. Impugnación del fallo. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

De tal manera que si existe un empleado con nombramiento provisional en la vacante de la lista de elegibles que se ordena proveer, deberá proyectarse el Acto Administrativo de retiro motivándolo con la orden judicial respectiva, esto para dar cumplimiento a los criterios señalados por la copiosa Jurisprudencia de la Corte Constitucional y contenidos en la Sentencia SU 917 del 16 de noviembre de 2010 sobre motivación del Acto Administrativo de retiro de un empleado con nombramiento provisional...

Que en consideración de lo anteriormente expuesto, la medida cautelar concedida por el Consejo de Estado, Magistrado William Hernández, mediante Autos Interlocutorios O-261-2018 del 23 de agosto de 2018 y O-294-2018 del 6 de septiembre de 2018 que ordenaron la suspensión provisional de las actuaciones administrativas derivadas del Acuerdo No. 20161000001296 del 29 de julio de 2016, es de obligatorio cumplimiento para el Ministerio del Trabajo, en los términos previsto en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, con lo cual todas las actuaciones administrativas que se generan en cumplimiento del Acuerdo en mención, han quedado en suspenso hasta tanto no se adopte una decisión definitiva por parte de esta Corporación.

Que pese a que el problema jurídico que se plantea en las diferentes acciones de tutela que cursan en contra de este ente ministerial no ha sido resuelto con un criterio unificado por parte de los Jueces, el Ministerio del Trabajo debe dar cumplimiento a lo ordenado en el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Villavicencio Meta dentro de la acción de tutela Radicado No. 2018-00202, dentro de la cual mediante auto proferido el 23 de octubre de 2018, el Juez solicitó el cumplimiento de la sentencia.

Que mediante Decreto No. 1497 del 6 de Agosto de 2018, por el cual se modifica la planta de personal del Ministerio del Trabajo, se estableció en el Ministerio del Trabajo, a partir de la vigencia del mismo, la equivalencia para los servidores públicos que desempeñaban el cargo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social Código 2003 Grado 13, en la planta de personal del Ministerio de Trabajo corresponderían al cargo de INSPECTOR DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL Código 2003 Grado 14.

Continuación de la Resolución "Por la cual se realiza un nombramiento en periodo de prueba en cumplimiento del fallo proferido el 4 de octubre de 2018 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Villavicencio Meta dentro de la acción de tutela Radicado No. 2018-00202"

Que el Decreto ibidem, en el parágrafo segundo del artículo segundo estableció:

"A los aspirantes a los empleos de Inspector de Trabajo y Seguridad Social, Código 2003, Grado 13, que actualmente se encuentran en concurso de la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Convocatoria Pública 428 de 2016, para efectos del concurso y de la incorporación o posesión en los empleos equivalentes de Inspector de Trabajo y Seguridad Social, Código 2003, Grado 14, no se les exigirá requisitos adicionales a los que en su momento fueron reportados por el Ministerio en la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC. El Ministerio del Trabajo solicitará a la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, la actualización del salario correspondiente al empleo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social, para efectos de la convocatoria antes señalada".

Que de acuerdo con lo expuesto mediante el presente acto administrativo se procederá a realizar el nombramiento en periodo de prueba, al señor **CARLOS ALBERTO RIVERA BARRERA**, quien ocupa la posición No. 6 en la Lista de Elegibles conformada por la Resolución No. CNSC - 201821200811515 de fecha 9 de agosto de 2018, de la CNSC para proveer cuarenta y siete (47) vacantes del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 34437, en el cargo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social Código 2003 - Grado 14 de la planta de empleos de la entidad - Dirección Territorial de Cundinamarca.

Que en la actualidad no se cuenta con una vacante definitiva libre de la planta de empleos de la entidad - Dirección Territorial de Cundinamarca, para efectuar el nombramiento que se ordenara en la presente Resolución.

Que el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, establece:

"Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera" (Negrilla fuera de texto).

Que el Decreto 1083 de 2015, respecto al retiro de los provisionales, establece:

"ARTÍCULO 2.2.5.3.4. Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados".

Que el Concepto Marco 09 de 2018, del Departamento Administrativo de la Función Pública referencia lo señalado por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en relación con el contenido de la motivación para el retiro de provisionales de la siguiente forma:

"En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder.

De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

"(...)"

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto". (Negrilla fuera de texto)

Que el Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante concepto radicado No.: 20186000277581 de fecha 26 de octubre del 2018, al analizar los efectos de la suspensión del concurso por parte del Consejo de Estado y cumplimiento fallo de tutela, Rad. 20182060296462 del 26 de octubre de 2018, expresó:

Continuación de la Resolución "Por la cual se realiza un nombramiento en periodo de prueba en cumplimiento del fallo proferido el 4 de octubre de 2018 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Villavicencio Meta dentro de la acción de tutela Radicado No. 2018-00202"

"No obstante, en caso de existir una orden judicial, fallo de tutela, que ordene nombrar a una de las personas que se encuentra en la lista de elegibles del proceso suspendido, la orden deberá ser cumplida inmediatamente, esto sin perjuicio de que la administración decida impugnar el fallo, lo anterior teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 31 del Decreto 2691 de 19919 que sobre el particular establece:

"Artículo 31 Impugnación del fallo. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato." (Negrilla y subrayado fuera del texto)

En consecuencia, si existe un empleado con nombramiento provisional en la vacante de la lista de elegibles que se ordena proveer, deberá proyectarse el Acto Administrativo de retiro motivándolo con la orden judicial respectiva, esto para dar cumplimiento a los criterios señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y contenidos en la Sentencia SU 917 del 16 de noviembre de 2010 sobre motivación del Acto Administrativo de retiro de un empleado con nombramiento provisional" (Negrilla fuera de texto).

Que en razón a que existen empleados con nombramiento provisional en la vacante de la lista de elegibles que se ordena proveer, en el presente Acto Administrativo, se ordenará el retiro del servicio de un servidor público con nombramiento provisional, motivado en el cumplimiento de la orden judicial impartida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Villavicencio Meta dentro de la acción de tutela Radicado No. 2018-00202.

Que de acuerdo con lo anterior, para dar cumplimiento a lo ordenado en el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Villavicencio Meta dentro de la acción de tutela Radicado No. 2018-00202, en sentencia de Primera Instancia de fecha cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018), conforme lo establecido en la Circular del Ministerio del Trabajo No. 053 del 30 de octubre de 2018, se procederá al retiro del servicio del señor **JAIRO ALEJANDRO GOMEZ RODRIGUEZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 80.850.444, quien fue nombrado en provisionalidad mediante la Resolución No. 0081 del 16 de enero de 2018, en el empleo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social Código 2003 - Grado 14, de la planta global de la entidad en la Dirección Territorial de Cundinamarca, posesionado el 23 de enero de 2018.

Que el Ministerio del Trabajo al momento contestar la tutela mediante oficio de fecha 27 de septiembre de 2018, solicitó vincular a los terceros intervinientes con interés legítimo en las resultas de la actuación, en este caso a los servidores públicos con nombramiento provisional que desempeñan el cargo de Inspector de Trabajo en la OPEC 34437, que se verían afectados por la decisión, entre los que se incluyó al señor **JAIRO ALEJANDRO GOMEZ RODRIGUEZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 80.850.444.

Que el Ministerio del Trabajo mediante oficio con radicado No. 39234 de fecha 22 de octubre de 2018, solicitó al Ministerio de Hacienda la asignación de recursos para atender los nombramientos en periodo de prueba que sean ordenados judicialmente, en aplicación de la convocatoria 428 de 2016.

Que en consideración al retiro del servidor público con carácter provisional, existe disponibilidad presupuestal para el nombramiento, de conformidad con la certificación de fecha 30 de octubre de 2018, expedida por la Coordinadora del Grupo de Presupuesto de este Ministerio.

Que la Subdirectora de Gestión del Talento Humano del **MINISTERIO DEL TRABAJO** certificó que el señor **CARLOS ALBERTO RIVERA BARRERA**, cumple con los requisitos de estudio y experiencia establecidos en el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales de la Entidad, para ser nombrado en periodo de prueba en el cargo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social Código 2003 - Grado 14, de la planta global de la entidad en la Dirección Territorial de Cundinamarca.

Continuación de la Resolución "Por la cual se realiza un nombramiento en periodo de prueba en cumplimiento del fallo proferido el 4 de octubre de 2018 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Villavicencio Meta dentro de la acción de tutela Radicado No. 2018-00202"

En mérito de lo anterior,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- NOMBRAR en periodo de prueba al señor **CARLOS ALBERTO RIVERA BARRERA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.121.861.641, en el cargo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social Código 2003 - Grado 14, de la planta global de la entidad en la Dirección Territorial de Cundinamarca, en cumplimiento del fallo de Primera Instancia proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Villavicencio Meta dentro de la acción de tutela Radicado No. 2018-00202, de fecha cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018), por las razones expuestas en el presente proveído.

PARAGRAFO. El periodo de prueba a que se refiere el presente artículo tendrá una duración de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de posesión y se sujetará a las disposiciones contenidas en el Título 8, Capítulo 2 del Decreto 1083 del 2015.

ARTÍCULO SEGUNDO.- DAR POR TERMINADO el nombramiento en provisionalidad del señor **JAIRO ALEJANDRO GOMEZ RODRIGUEZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 80.850.444, quien fue nombrado con carácter provisional en el empleo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social Código 2003 - Grado 14, de la planta global de la entidad en la Dirección Territorial de Cundinamarca, por las razones expuestas en el presente proveído.

ARTÍCULO TERCERO.- El señor **CARLOS ALBERTO RIVERA BARRERA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.121.861.641, deberá manifestar si acepta el nombramiento en periodo de prueba dentro de los diez (10) días siguientes a la comunicación de la presente resolución y tendrá diez (10) días para posesionarse, los cuales se contabilizan a partir de la fecha de aceptación del nombramiento.

PARAGRAFO. El nombramiento y posesión a que se refieren los artículos precedentes se sujetarán a lo establecido en los artículos 2.2.5.1.6 y 2.2.5.1.7 del Decreto 0648 de 2017, los cuales modifican en la parte pertinente el Decreto 1083 de 2015.

ARTÍCULO CUARTO.- El nombramiento en periodo de prueba de que trata el artículo primero de la presente Resolución se encuentra amparado con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal de fecha 30 de octubre de 2018.

ARTÍCULO QUINTO.- La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición y surte efectos fiscales a partir de la posesión.

COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los

31 OCT 2018


ALICIA VICTORIA ARANGO OLMOS
Ministra del Trabajo

Proyectó: J. Caballer
Revisó: Adriana M.
Aprobó: Dina L.