

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



**JUZGADO SÉPTIMO PENAL PARA ADOLESCENTES
CON FUNCION DE CONOCIMIENTO**

Medellín, quince de julio de dos mil veinte

Proceso	Especial 050
Accionante	Huber Alonso Roldán Álzate
Accionado	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del servicio Civil y otros
Radicado	05-001-31-18-007-2020 00060-00
Procedencia	Reparto
Instancia	Primera
Providencia	050
Temas y subtemas	Debido proceso e Igualdad
Decisión	No Concede tutela

Procede el Despacho a resolver lo que en derecho corresponda frente a la acción de tutela promovida por el señor Huber Alonso Roldán Álzate, identificado con la cédula 71.319.941 contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar , la Comisión Nacional del Servicio Civil, y Participantes de la Convocatoria pública 433 de 2016 para que se le protejan sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, acceso a la función pública y al trabajo que considera amenazados o vulnerados por las acciones u omisiones de estas entidades, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Nacional y su Decreto Reglamentario 2591 de 1991.

HECHOS

Manifiesta el accionante que se presentó a la Convocatoria No.433 de 2016, realizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, con el fin de proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al ICBF; y participó para optar por el cargo de profesional especializado Grado 17 código 2028 y código OPEC 39066; cumpliendo los requisitos exigidos y hace parte de la lista de elegibles expedida por la CNSC mediante Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018, dicha lista quedó en firme, tal y como consta en la Resolución 10710 del 17 de agosto de 2018. Expresa que por medio del Decreto No. 1479 de 2017 se crearon 591 cargos permanentes, cuya denominación fue de profesional especializado código 2028, grado 17, similares al que concursó en la convocatoria 433 de 2016 y que dichos cargos debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en la ley 909 de 2004.

Enuncia que la Ley 1960 del 2019 modificó la ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998, donde se consagró que: “El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: “con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes definitivas de cargos equivalente no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad” En razón a esta norma, el 01 de agosto de 2019 la CNSC expidió un criterio unificado en el que, entre otras cosas dijo que: “(...)En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos

equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada.”.

De otro lado, indica que, elevó petición ante CNSC, con el fin de que se le informara sobre el registro de vacantes creadas con el Decreto 1479 de 2017 y respecto del registro de elegibles contenido en la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018, sin embargo, no ha recibido respuesta alguna que sacie su requerimiento.

Por lo anterior, solicita se le tutelen sus derechos fundamentales en aplicación de los artículos 6 y 7 de la ley 1960 de 2019 y se haga uso de la lista de elegibles contenida en la resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018 y se proceda con el nombramiento del accionante al cargo código OPEC 39066, denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF en una de las 591 vacantes definitivas creadas por el Decreto 1479 de 2017.

PRUEBAS

- 1. Copia de la Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018.*
- 2. Copia de la Resolución 10710 del 17 de agosto de 2018.*
- 3. Copia de la Resolución No. 20182230156785 del día 22 de noviembre de 2018.*
- 4. Copia del Decreto No. 1479 de 2017 gobierno nacional.*
- 5. Copia de la Sentencia de tutela 29 proferida el día 17 de junio de 2020 por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Popayán.*

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

1. Por parte de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, aducen que el demandante reclama un nombramiento en un cargo para el que se dio una oferta pública de empleo y al cual no participó y, para el empleo en la que sí participó no existen vacantes que le sean equivalentes en el marco de la ley 1960 de 2019 y el Criterio unificado sobre el uso de listas de elegibles, toda vez que no cumple los requisitos establecidos, específicamente, perfil y ubicación geográfica, por lo que desconocer esta condición puede afectar los derechos de las personas que conforman listas de elegibles que sí acreditan los requisitos establecidos por la CNSC. En el mismo, sentido, resaltan que la implementación de la Ley 1960 de 2019 y el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 de la CNSC, se aplica frente a vacantes creadas con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016.

Adicionalmente, expresan que: “para empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 OPEC 38941 ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016, para el cual participó el señor Huber Alonso Roldán y hace parte de la lista de elegibles, NO existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC. Toda vez que no se cumplen con los lineamientos establecidos por la Comisión como son Grado, perfil, profesión y ubicación

geográfica para este caso específico. Es decir, para la Regional Cauca no hay vacante para el empleo Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17 OPEC 39066.” Y “para proveer las vacantes de la convocatoria 433 de 2016 para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 OPEC (39066) en el que no participó el hoy accionante señor HUBER ALONSO ROLDAN, ya se surtió con el nombramiento y posesión de los participantes que se relacionaron anteriormente.”

Por todo lo anterior, solicitan la improcedencia de la acción constitucional, toda vez que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental del actor, por tener otros mecanismos de defensa judicial y por la inexistencia de un perjuicio irremediable.

2. La Comisión Nacional del Servicio Civil enuncian que, mediante Resolución No. CNSC - 20182020051085 del 22 de mayo de 2018, se conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 38941, denominado profesional especializado, código 2028, grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF y el accionante ocupó el puesto No. 19, por lo que no ocupa posición meritatoria para ser nombrado en ningún cargo. Así mismo, puntualizan que: “«los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez que sólo son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas la etapas del proceso de selección»», ya que es su posición meritatoria en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar, el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursó. En consecuencia, solicitan decretar la improcedencia de las pretensiones del señor Huber Alonso Roldan Álzate, máxime, cuando la convocatoria pública No. 433 de 2016 fue proferida dentro de una normatividad vigente, y no es posible aplicar efectos jurídicos de una ley posterior a una lista que se profirió con anterioridad a la misma.

CONSIDERACIONES

“El artículo 86 de la Constitución Política de 1991, establece la posibilidad del ejercicio de la acción de tutela para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos fundamentales en los casos en que estos resultaren vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública siempre y cuando el afectado, conforme lo establece el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que la referida acción se utilice como mecanismo transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

En materia de concursos públicos, si bien en principio podría sostenerse que los afectados por una presunta vulneración de sus derechos fundamentales pueden controvertir las decisiones tomadas por la administración -las cuales están contenidas los actos administrativos de carácter general o de carácter particular-, mediante las acciones señaladas en el Código Contencioso Administrativo, se ha estimado que estas vías judiciales no son siempre idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados.

Al respecto, en la sentencia T-090 de 2013 con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Sila, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional expresó lo siguiente: “En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la

suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor. La Corte ha aplicado esta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado.”

La subsidiaridad se deriva del carácter excepcional, preferente y sumario que tiene la acción de tutela, el cual le impone al ciudadano la obligación de acudir a los otros mecanismos antes de invocar la protección de los derechos fundamentales a través de la tutela, salvo que de no invocarse se presente la ocurrencia de un perjuicio irremediable el cual deberá demostrarse que es (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable¹.

Cabe resaltar entonces que, la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 138 dispuso que “toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procede por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior”. A su vez, el artículo 137 que versa sobre la nulidad, establece que procederá cuando el acto administrativo “haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”. El artículo 229, establece que las medidas cautelares proceden en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción contencioso administrativo, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el juez decretar las medidas cautelares que estime necesarias para la protección y garantía provisional del objeto del proceso y de la efectividad de la sentencia.

Lo anterior, puede llevar al funcionario judicial a adoptar las medidas que considere pertinentes con la finalidad de mantener una situación o restablecerla al estado en que se encontraba antes de la conducta que causó la vulneración o la amenaza; suspender un procedimiento o una actuación de cualquier naturaleza; suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; ordenar la adopción de una decisión por parte de la administración o la realización o

¹ Sentencia T-1316 de 2001, reiterada por la Sentencia T- 494 de 2010.

demolición de una obra; e impartir órdenes o imponer obligaciones de hacer o no hacer a cualquiera de las partes en el proceso correspondiente.

*Ahora, frente a la aplicación de una legislación que es promulgada y sancionada, es importante resaltar que la ley no tiene carácter retroactivo, por regla general y así mismo está llamada a aplicarse desde su publicación o desde la vigencia fijada por el legislador, esto en razón al principio de la ultractividad de la ley, que también guarda relación del derecho adquirido y el hecho cumplido. Frente a este asunto, el Alto Tribunal Constitucional, ha dicho sobre el principio *Tempus Regit Actus* que: “La ultractividad de la ley es un problema de aplicación de la ley en el tiempo y está íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración (...) Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultractividad de las normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc.”²*

La Ley 1960 del 2019 del 27 de junio de 2019 modificó la ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998, y específicamente en su artículo 6° modificó el artículo 31, numeral 4 de la ley 909 del 2004 y estipuló que quedaría de la siguiente manera: “con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes definitivas de cargos equivalente no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad” y el artículo 7° ordeno que: “la presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto –Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias”.

Descendiendo al caso a estudio, se puede observar que el accionante pretende la aplicación del artículo 6° de la ley 1960 del 2019 y se realice su nombramiento al cargo código OPEC 39066, denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF en una de las 591 vacantes definitivas creadas por el Decreto 1479 de 2017.

En primer lugar, es importante señalar que las decisiones tomadas en el marco de un concurso de méritos son susceptibles de ser demandadas ante la jurisdicción contenciosa administrativa, mediante las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho. Es así, que el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, indica que la nulidad procede cuando el acto administrativo “haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”. A su vez, el artículo 138 de la misma ley señala que, “toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho”. De lo anterior, se desprende que si el señor Roldan Álzate considera que el acto administrativo por el cual se conformó la lista de elegibles con código OPEC No. 38941 ó 39066 lesiona un derecho subjetivo, puede acudir a la vía de lo contencioso administrativo, con el fin de que se agote un proceso minucioso y que permita estudiar a fondo sus pretensiones y no mediante un proceso sumario como lo es la acción de tutela,

² Ver sentencia C-763 de 2002

donde el juez constitucional no tiene todos los elementos para decidir y entrar en una posible violación del derecho al debido proceso de las partes.

En segundo lugar, es importante tener en cuenta que las leyes, por no tener efecto retroactivo, no pueden ser aplicadas sobre actos previos a su vigencia ni sobre derechos que ya han sido adquiridos. En ese orden de ideas, el juez como ejecutor de la norma, y no como creador, debe seguir los parámetros establecidos en la ley y aplicar la normatividad vigente que a cada derecho corresponda. Pues si bien la retroactividad aplica excepcionalmente, debe estar reglado de forma expresa para el caso específico o en los eventos constitucionalmente permitidos.

Así las cosas, basta con analizar la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, la cual en su artículo 7° es muy clara en manifestar que rige a partir de su publicación, esto es, con un contenido de aplicación ultractivo y no retroactivo como lo solicita la parte actora, cuando es claro que la Resolución 20182020051085 del 22 de mayo de 2018 “Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 38941, denominado profesional especializado, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF” y quedó en firme desde el 6 de julio del mismo año tal y como obra en constancia aportada por la CNSC.

Incluso el 1 de agosto de 2019 la CNSC expidió un criterio unificado en el que concluyó lo siguiente: “(...) el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada.

Por último, de las pruebas obrantes en el expediente, se puede observar que el demandante está reclamando un nombramiento en el empleo identificado con el Código OPEC 39066, mientras que concursó y entró a la lista de elegibles para el empleo identificado con código OPEC No. 38941, denominado profesional especializado, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el cual quedó en el puesto 19 según la Resolución No. CNSC-20182020051085 del 22 de mayo de 2018 dentro de la Convocatoria No. 433 de 2016 del ICBF, situación que a todas luces se desborda de la competencia de esta Judicatura, toda vez que no puede inmiscuirse en el trámite administrativo de la entidad accionada para conceder la pretensión del demandante y ordenar un nombramiento para un cargo que no se aplicó ni se cumplió los requisitos exigidos.

Es por lo anterior que el Despacho concluye que las pretensiones del accionante no encuentran sustento jurídico ni fáctico que permita despachar favorablemente las mismas; por lo tanto, la acción de tutela se torna improcedente toda vez que no se demostró que las entidades demandadas hayan negado injustificadamente la aplicación de la Ley 1960 de 2019 ni que exista una amenaza inminente a los derechos fundamentales del señor Huber Alonso Roldan Álzate, máxime cuando existen mecanismos ordinarios más idóneos para desatar las pretensiones del accionante.

Esta decisión es susceptible de los recursos de ley y en caso de no ser impugnada se remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Por lo expuesto, el Juzgado Séptimo Penal de Adolescentes con Función de Conocimiento de la ciudad de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Denegar por improcedente la acción de tutela presentada por el señor Huber Alonso Roldán Álzate, identificado con la cédula 71.319.941, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Esta decisión es susceptible de los recursos de ley y en caso de no ser impugnada se remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**LUZ MARINA GOMEZ DUQUE
JUEZ**

NOTIFICACIÓN: Hoy _____ del 2020 notifico la decisión anterior a la demandante quien enterada de su contenido firma en constancia.

El demandante,

HUBER ALONSO ROLDAN ALZATE

La Secretaria

MARITZA YANETH PRECIADO MARIN