



## JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, ocho (8) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Tipo de proceso	Acción de tutela
<b>Radicación:</b>	730013105006-2019-00343-00
<b>Accionante(s):</b>	RODRIGO JAIRO HERNANDO MERINO BARRETO
<b>Accionado(a):</b>	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
<b>Vinculado(s):</b>	PERSONAS QUE INTEGRAN LISTA DE ELEGIBLES PARA CONVOCATORIA 433 DE 2016
<b>Providencia:</b>	Sentencia Primera Instancia
<b>Asunto:</b>	Derecho al debido proceso y acceso a cargos públicos

### ASUNTO A TRATAR

Procede éste Despacho a resolver la acción de tutela interpuesta por señor RODRIGO JAIRO HERNANDO MERINO BARRETO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 14.318.991 contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, a la que se vinculó a las personas que integran la lista de elegibles de la convocatoria 433 de 2016 del I.C.B.F. para el cargo OPEC 35421, grado 11, código 4044.

### ANTECEDENTES

RODRIGO JAIRO HERNANDO MERINO BARRETO, promovió acción de tutela con el propósito que le sean amparados sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, acceso a cargos públicos de carrera administrativa y confianza legítima.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó dejar sin efecto las Resoluciones 20182230156785 y 1822301622005; que de acuerdo a la Ley 1960 de 2019, se ordene al I.C.B.F. emitir listado de vacancias definitivas del cargo OPEC 35421, grado 11, código 4044, de las similares y de los nuevos cargos surgidos desde el inicio de la convocatoria 433 de 2016; que la accionada C.N.S.C. haga uso de la lista de elegibles territoriales o nacionales, para que una vez determinadas las vacancias definitivas y cargos a proveer se proceda a hacer los nombramientos respectivos conforme al art. Cuarto de los actos administrativos que conformaron las listas de elegibles para el cargo que optó el actor.

Como sustento fáctico de su acción, expuso que mediante Resolución 20182230062935 la C.N.S.C. elaboró la lista de elegibles para la convocatoria 433 de 2016 del I.C.B.F. en el cargo OPEC 35421, grado 11, código 4044; que ocupó el séptimo puesto de once aspirantes, existiendo a la fecha de la convocatoria dos vacantes; que actualmente ocupa el quinto puesto; que no obstante la convocatoria del concurso se hizo bajo la Ley 909 de 2004, con la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019 se amplió el espectro para el uso de la lista de elegibles, no solo a los cargos ofertados con la convocatoria, sino para las nuevas vacantes que se generen en

nuevos cargos del mismo tipo y función y similares, sin imponer limitación de sede; que la Resolución 20182230156785 revocó el artículo 4 de los actos administrativos que conformaron lista de elegibles, pero esta resultó a su vez derogada con la expedición de la nueva ley, por lo tanto, debe suspenderse su aplicación inmediata; que el Decreto 1479 de 2017 anunció 3737 vacancias adicionales a las ofertadas en la convocatoria en mención, de las cuales 189 a nivel nacional corresponden al cargo para el que se presentó el actor, por lo que aún continúa con expectativa para lograr acceder a un cargo público por el sistema de carrera administrativa.

### **TRÁMITE PROCESAL**

Mediante auto de 30 de septiembre del año en curso se admitió la acción de tutela en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se vinculó a las personas que integran la lista de elegibles de la convocatoria 433 de 2016 del I.C.B.F. para el cargo OPEC 35421, grado 11, código 4044, mediante la publicación del escrito de tutela y auto admisorio en la página web de la C.N.S.C., concediéndoles un término de 48 horas para que se pronunciarán respecto de los hechos y pretensiones de la presente acción constitucional.

Dentro del término, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dio respuesta a la acción de tutela, exponiendo que de acuerdo a la jurisprudencia y la normatividad vigente al momento de la convocatoria, las listas de elegibles solo pueden emplearse para proveer los cargos ofertados en la convocatoria, tornándose improcedente para vacantes distintas a las ofertadas bajo el número OPEC 35421; que la tutela deviene improcedente al contar el actor con otros mecanismos ordinarios para obtener lo pretendido, como lo es la acción de cumplimiento y la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Además expuso que en el ordenamiento jurídico la regla general de la aplicación de la ley en el tiempo, es que las nuevas normas rigen de manera inmediata a partir de su entrada en vigencia (irretroactividad de la ley) y regulan situaciones concretas que no se hayan consolidado bajo la norma anterior, por lo que en el presente caso la Ley 1960 de 2019 no tiene aplicación, por cuanto al momento de su expedición, la lista de elegibles ya se encontraba consolidada; que aceptar que la nueva ley gobierna este asunto, significaría la vulneración de derechos para los funcionarios de planta a quienes no se les permitió participar de la convocatoria y ahora bajo las nuevas reglas pueden hacerlo para efectos de movilización y ascenso (fls.65-79).

Por su parte, la Comisión Nacional del Servicio Civil, alegó que carece de competencia frente a la administración de las plantas de personal de las entidades respecto de las cuales se administra el concurso público para provisión de empleos; que debido a que remitió las listas de elegibles conformadas en virtud de la convocatoria 433 de 2016 era al I.C.B.F. a quien le correspondía efectuar los nombramientos; que el artículo 62 del Acuerdo 20161000001376 de 2016 por medio del cual se efectuó la convocatoria 433, establece que las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de esta convocatoria, lo que resulta concordante con lo regulado en el Decreto 1894 de 2012 que fue compilado en el Decreto 1083 de 2015, normas vigentes al momento de la convocatoria.

De otro lado, expuso que la Ley 1960 de 2019 solo rige para situaciones ocurridas con posterioridad a la fecha de su promulgación (fls.86-100).

Los vinculados guardaron silencio a pesar de haberse surtido la notificación en la página web de la C.N.S.C.

## CONSIDERACIONES

Este Despacho es competente para conocer de la acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1991 y 1983 de 2017.

### PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde determinar si la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, acceso a cargos público de carrera administrativa y confianza legítima del actor.

### PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela se erige como un mecanismo de rango constitucional, instituido para amparar los derechos fundamentales de las personas cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública; adicionalmente debe advertirse que este procedimiento tiene un carácter residual o subsidiario, y por tanto, sólo procede cuando la persona afectada en sus derechos fundamentales no dispone de otro medio de defensa judicial para que se restablezca el derecho vulnerado o para que desaparezca la amenaza a que está sometido, salvo que la acción de tutela se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Bajo esta premisa, se tiene que el objeto esencial de la acción de tutela es garantizar la efectiva e inmediata protección de los derechos fundamentales.

La H. Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela ha sido establecida como un mecanismo de carácter excepcional encaminado a la protección inmediata, directa y eficaz de los derechos fundamentales de las personas frente a las violaciones o vulneraciones de que pueden ser objeto, ora por las autoridades públicas, ora por los particulares en los casos previstos por la ley.

### **Procedencia de la acción de tutela en asuntos relacionados con concursos públicos**

En principio la acción de tutela resulta improcedente para controvertir actos administrativos ya sean de contenido general o particular, al existir mecanismos de defensa ordinarios para ello; sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha establecido ciertas excepciones en las cuales resulta admisible utilizar este mecanismo para la protección de los derechos fundamentales, inclusive en el marco de un concurso de méritos.

En sentencia T- 441 de 2017 la alta Corporación recordó:

*“No obstante lo anterior, respecto de la procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos, esta Corporación ha señalado que existen, al menos, dos excepciones que tornan procedente la acción de tutela para cuestionar actos administrativos: [22](i) cuando pese a la existencia de un mecanismo judicial idóneo, esto es, adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, el mismo no goza de suficiente efectividad para la*

*protección de los derechos fundamentales invocados como amenazados a la luz del caso concreto;*<sup>[23]</sup> o (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que implica una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible”.

De igual forma, en la sentencia T-049 de 2019 precisó que la acción de resguardo constitucional resulta improcedente cuando se encuentran conformadas las listas de elegibles, por ser creadoras de derechos, máxime que el administrado cuenta con otros mecanismos ordinarios de defensa idóneos y eficaces, pero a renglón seguido, señaló que en aquellos casos en los que habiéndose conformado listas de elegibles, al momento de la presentación de la solicitud constitucional el proceso de convocatoria aún no se encontraba en esa etapa o a pesar de la conformación de la lista de elegibles al momento de la interposición, su aplicación conlleva el desconocimiento de derechos fundamentales.

Ahora bien, para la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, además, deben superarse los requisitos de subsidiariedad e inmediatez.

El principio de **subsidiariedad** se encuentra consagrado en el artículo 86 de la Carta Política, así como en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 el cual prevé que la acción de tutela no procederá: “*Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante*”.

Así mismo en la sentencia T- 260 de 2018 se precisaron los conceptos de idoneidad y eficacia así: “*35. La jurisprudencia constitucional ha entendido que el requisito de subsidiariedad exige que el peticionario despliegue de manera diligente los medios judiciales que estén a su disposición, siempre y cuando ellas sean idóneas y efectivas para la protección de los derechos que se consideran vulnerados o amenazados. Ha sostenido también que una acción judicial es idónea cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es efectiva cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados*<sup>[36]</sup>”.

En lo que atañe a la **inmediatez**, el artículo 86 establece que la acción puede impetrarse “[...] en todo momento y lugar [...]”.

No obstante lo anterior, la Gardiana de la Carta ha precisado que el amparo no puede promoverse en cualquier momento, ya que ello pondría en riesgo la seguridad jurídica y desnaturalizaría la acción, concebida como un mecanismo de “*protección inmediata*” de los derechos alegados; de ahí que la acción debe presentarse en un término prudencial que resulte razonable y proporcionado, el cual debe analizarse desde el hecho vulneratorio del derecho fundamental (sentencia T-245 de 2018).

### **CASO CONCRETO:**

En el presente asunto, el accionante pretende que se deje sin efectos las Resoluciones 2018223156785 de 22 de noviembre de 2018 por medio de la cual se revocaron los numerales 4 de las listas de elegibles conformadas para proveer cargos de carrera administrativa en el I.C.B.F. ofertados en la convocatoria 433 de 2016; y la Resolución 1822231622005 de 4 de diciembre de 2018 por medio de la cual se declaró desierto el concurso de algunas vacantes ofertadas en la mencionada convocatoria.

---

<sup>1</sup> Por ejemplo Sentencia T-100 de 1994.

<sup>2</sup> Sentencia T 2011 de 2009.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al rendir el informe expuso que la tutela deviene improcedente, en tanto, el actor cuenta con otros mecanismos ordinarios para obtener lo pretendido, como lo es la acción de cumplimiento y la de nulidad y restablecimiento del derecho, amén que la Ley 1960 de 2019 no es aplicable a este asunto por cuanto al momento de su expedición, la lista de elegibles ya se encontraba consolidada.

Por su parte, la Comisión Nacional del Servicio Civil expresó que la convocatoria 433, establece que las lista de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de esa convocatoria, lo que resulta concordante con lo regulado en el Decreto 1894 de 2012 que fue compilado en el Decreto 1083 de 2015.

En el plenario se encuentra acreditado que el actor participó en la convocatoria N° 433 que fue publicada bajo el acuerdo N° 2016000001376 de 5 de septiembre de 2016 por medio de la cual se convocó al concurso abierto de méritos para proveer 2.470 empleos vacantes del sistema de carrera administrativa del I.C.B.F. (fls.7-19); que el señor MERINO BARRETO se presentó para el cargo "*OPEC 35421, auxiliar administrativo, código 4044, grado 11*"(fls.24); que según el art. 10° del referido acuerdo, el concurso se convocó para cubrir 74 plazas de dicho grado<sup>3</sup>; sin embargo, en la Oferta Pública de Empleos aparecen 2 plazas vacante en el Municipio de Honda para el OPEC 35421; según los art. 63 y 64 de mencionado acuerdo una vez los aspirantes tomen posesión de las plazas vacantes, la lista se recompondrá automáticamente, y tendrá una vigencia de 2 años.

Asimismo, conforme al Decreto 1479 de 2017 por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se crearon 189 cargos de auxiliar administrativo código 4044, grado 11.

Igualmente está acreditado que mediante resolución 20182230062935 del 22 de junio de 2018 se conformó la lista de elegibles y el actor ocupó el séptimo puesto de 11 aspirantes (fls.24); que el artículo 4° del citado acto administrativo estableció la posibilidad de utilizar la lista para proveer las nuevas vacantes que se produzcan durante su vigencia; que las dos vacantes fueron provistas mediante Resoluciones 9404 y 9405 de 26 de julio de 2018 (fls.74-77); que mediante Resolución 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 se revocó el numeral cuarto de las resoluciones que conformaron la lista de elegibles (fls.26-38); y que mediante Resolución 20182230162005 del 4 de diciembre de 2018 se declara desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la convocatoria 433 de 2016, entre las que no figura la del actor (fls.39-40).

Del recuento antedicho se advierte que el actor cuenta con la posibilidad de instaurar el medio de control de nulidad y/o nulidad y restablecimiento ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para controvertir la legalidad de los mencionados actos administrativos, los cuales en el presente evento resultan idóneos y eficaces, pues puede incluso pedir la suspensión provisional de los efectos de la resolución que revocó el numeral cuarto de los actos administrativos que conformaron la lista de elegibles, amén que no se acreditó un perjuicio irremediable que permita el amparo de manera transitoria, ya que no hay prueba alguna que permita inferir que en la actualidad existen cargos para los cuales optó el actor que puedan ser provistos de manera provisional.

---

<sup>3</sup> <https://www.cnsc.gov.co/index.php/normatividad-433-de-2016-icbf>

Es que si bien el Despacho ordenó oficiar a la Dirección de Gestión Humana del ICBF para que certifique los cargos creados en la planta de personal para "OPEC 35421, grado 11, nivel asistencia, código 4044" y cuantos de dichos cargos se encontraban vacantes, pero dicho funcionario guardó silencio, no es menos cierto que al actor no hizo ninguna gestión probatoria al respecto, pues se limitó a afirmar que el Decreto 1479 de 2017 había creado 189 cargos, pero no especificó cuántos de ellos correspondían a la OPEC para cual aspira el accionante, máxime que esa creación se hizo con mucha antelación a la expedición de la resolución que conformó la lista de elegibles..

Es que ha sido enfática la Jurisprudencia Constitucional en señalar que: *"la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten"*<sup>4</sup>.

En el asunto bajo análisis es claro que existe una confrontación eminentemente de hermenéutica legal que corresponde zanjar al Juez de lo Contencioso Administrativo, en tanto, lo que pretende el promotor del contienda constitucional es que se aplique retroactivamente la Ley 1960 de 2019, y no la que regía al momento de la convocatoria que lo era el numeral 4 del artículo 31 del Ley 909 de 2004 el artículo 1° del Decreto 1894 de 2012 que modificó el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, y que a su vez fue incorporada en el parágrafo 1 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1085 de 2015.

Y si bien, el caso también debe analizarse a la luz de los postulados constitucionales (artículo 125 de la Constitución Política y los criterios jurisprudenciales vigentes sobre la materia<sup>5</sup>), dicho estudio debe realizarlo el Juez natural, por no encontrar en este caso agotado el requisito de subsidiariedad.

Pero además, desde la fecha en que fueron expedidas dichas resoluciones a la data en que se presentó la acción de tutela, han transcurrido 10 y 9 meses, respectivamente, es decir un término que no se acompasa con el principio de inmediatez que debe regir en la actuación constitucional, sin que exista justificación en la tardanza para la

---

<sup>4</sup> T-565 de 2009.

<sup>5</sup> La Guardiania de la Carta en la Sentencia SU 446 de 2011 expuso: *"Es importante señalar, entonces, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: el de las plazas a proveer. El segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar sólo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados"*.

Por su parte, el Consejo de Estado, así la Sección Segunda de esa Corporación en sentencia del 26 de julio de 2018 en el expediente 2015-1101 (49702015) expuso: *"Agrega esta Corporación, que la regla jurisprudencial que autoriza el uso de la lista de elegibles, mientras estén vigentes, para proveer cargos diferentes a los que fueron ofertados, siempre que sean de la misma naturaleza, perfil y denominación, y se haya establecido así en las bases de la respectiva convocatoria, tiene un claro arraigo constitucional, pues, materializa principios fundamentales de la función administrativa consagrados en el artículo 209 Superior, tales como economía, celeridad, eficiencia y eficacia, garantizando que un mayor número de plazas o empleos, sean provistas con quienes superaron todas las etapas del concurso y se ubicaron en la lista de elegibles"*.

Igualmente, la Sección Segunda Subsección B en Sentencia del 27 de septiembre de 2018, bajo el radicado 11001-03-25-000-2013-01304-00(3319-13), expuso: *"59. Así pues, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han señalado, que la «entidad convocante» pueda disponer la posibilidad de que la lista o registro definitivo de elegibles, sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente de oferta en el concurso de méritos, siempre que: (i) dicha regla sea prevista en las reglas del concurso, es decir, en las bases de la convocatoria, y (ii) que estos nuevos empleos sean de la misma denominación, naturaleza y perfil que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria"*.

presentación de la acción, pues no obstante el actor apela a la aplicación retroactiva de la Ley 1960 de 2019, esta no se erige en un hecho nuevo que reviva términos respecto de los actos administrativos atacados, pues la expedición de dicha norma se dio para dar eficacia al art. 125 Superior.

Sumado a ello, el principio de inmediatez tampoco se encuentra satisfecho desde la expedición del Decreto 1479 de 2017, en tanto ello ocurrió con anterioridad a la expedición de las listas de elegibles.

Por lo anterior, se declarará improcedente la acción constitucional.

### **DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito Judicial de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

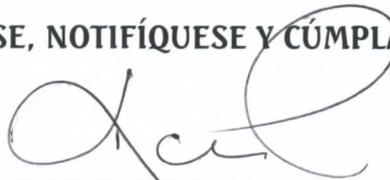
### **RESUELVE:**

**PRIMERO: NEGAR** por improcedente la petición constitucional elevada por el señor RODRIGO JAIRO HERNANDO MERINO BARRETO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 14.318.991, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Notificar esta providencia a las partes, por los medios más expeditos y eficaces (Art. 30 del Dcto. 2591/1991).

**TERCERO:** Si esta providencia no fuere impugnada, envíese el expediente a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión (art. 32 del Dcto 2591/1991).

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**KAREN ELIZABETH JURADO PAREDES**  
Juez

