

Cartagena D. T. y C., seis (06) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES.

Acción	TUTELA
Radicado	13-001-33-33-014-2023-00413-01
Accionante	LINA MARCELA MÉNDEZ MÉNDEZ
Accionado	DIAN y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)
Tema	Se revoca, por encontrar procedente la misma, en cuanto a que se debe proteger el derecho de petición y se negará frente a los demás derechos invocados por no demostrarse su vulneración.
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II. PRONUNCIAMIENTO.

La Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar decide la impugnación presentada por la parte accionante¹, contra la sentencia del cuatro (04) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)², proferida por el Juzgado Décimo Cuarto del Circuito de Cartagena, por medio del cual se declaró improcedente el amparo de tutela.

III. ANTECEDENTES.

3.1. Pretensiones³.

En ejercicio de la acción de tutela, la accionante a través de apoderado judicial, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales de acceso a la carrera administrativa, trabajo, confianza legítima, favorabilidad, igualdad y debido proceso, presuntamente vulnerados por las entidades accionadas.

En consecuencia, solicita que se les ordene a las accionadas, lo siguiente: (i) expedir resolución de nombramiento en cargos iguales o equivalentes al de la accionante, en el parágrafo transitorio del artículo 36 del Decreto 972 de 2023; (ii) realizar un estudio técnico de equivalencia para determinar cuántas vacantes en un cargo equivalente o de igual naturaleza hay disponible para otorgarlo a la actora; y (iii) como pretensión subsidiaria se solicita suspender la vigencia de la lista de elegibles, mientras se ventila el proceso ante la jurisdicción contenciosa administrativa

3.2. Hechos⁴.

La accionante relata que, participó en el proceso de selección No. 1461 del 2020, adelantado en virtud del Acuerdo No. CNSC-0285 del 10 de septiembre

¹ Fols. 1-3 doc. 11 Exp. Dig.
² Doc. 09 Exp. Dig.
³ Fol. 08 Doc. 01 Exp. Dig.
⁴ Fols. 3-6 Doc. 01 Exp. Dig.

13-001-33-33-014-2023-00413-01

de 2020, superando cada una de las etapas del proceso para el cargo denominado ANALISTA II, código 202; grado 2, identificado con el número de OPEC 126771, ocupando el puesto No. 18 al interior de la lista de elegibles.

Expone que, el proceso de selección indicado se adelantó en vigencia del Decreto 071 del 2020, el cual precisaba que la lista de elegibles debería ser utilizada en estricto orden descendente para proveer única y exclusivamente las vacantes de los empleos ofertados como consecuencia del retiro del servicio del titular; sin embargo, con la entrada en vigencia del Decreto 972 del 2023, se modificó el sistema específico de carrera de los empleados públicos de la DIAN, específicamente el parágrafo transitorio del artículo 36, el cual dispone en síntesis, que las listas de elegibles resultantes de los concursos realizados en virtud del Decreto ley 071 de 2020, luego de la provisión de empleos ofertados en estricto orden de méritos, deberán ser utilizadas dentro del término de su vigencia, para proveer vacantes generadas con posterioridad a las convocatorias, así como aquellas derivadas de la ampliación de la planta de personal, siempre que los requisitos del empleo sean los mismos y las funciones sean iguales o equivalentes.

Así las cosas, relata que mediante Decreto 419 de 2023 se produjo la ampliación de la planta de personal de la DIAN, situación que da lugar a la aplicación del parágrafo antes enunciado, teniendo en cuenta que a la fecha las listas de elegibles tienen vigencia.

Finalmente, indica que el día 31 de octubre de 2023, elevó petición a las accionadas solicitando información acerca de los cargos disponibles en virtud de la ampliación de la planta de personal de la DIAN, de los cargos equivalentes o de la misma naturaleza al que aspira la accionante y el nombramiento en periodo de prueba en caso de existir disponibilidad, no obstante, no obtuvo respuesta.

3.3. CONTESTACIÓN.

3.3.1. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)⁵.

La entidad accionada rindió informe de fecha 23 de noviembre de 2023, manifestando que, la acción de tutela debe ser declarada improcedente ante la inexistencia de vulneración de derecho fundamental alguno y por inexistencia de perjuicio irremediable.

Explicó que, a la CNSC le corresponde administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, con excepción de aquellas carreras especiales de

⁵ Fols. 2-13 doc. 06 Exp. Dig.

13-001-33-33-014-2023-00413-01

origen constitucional, circunstancia que es reiterada por el Decreto Ley 0927 de 2023.

Seguidamente, afirmó que las pretensiones de la accionante tienen como finalidad su nombramiento en periodo de prueba en virtud del contexto normativo actual, esto es, por un lado, la ampliación de la planta de personal de la DIAN (Decreto 0419 de 2023) y por otro, la modificación de su Sistema Específico de Carrera Administrativa (Decreto Ley 0927 de 2023), normatividad que permite el uso de las listas de elegibles vigentes para la provisión de los empleos.

Indican que, la DIAN inició las gestiones administrativas tendientes a la provisión de las vacantes disponibles, de acuerdo con lo establecido en el párrafo transitorio del artículo 36 del Decreto 0927 de 2023, a través del uso de listas de elegibles, la cual se llevará a cabo de manera escalonada y progresiva, de acuerdo con el artículo 3° del Decreto 419 de 2023, la planta de personal de la DIAN se compone de una bolsa de empleos, los cuales serán sujeto de distribución atendiendo las estrictas necesidades del servicio, para lo cual el señor Director determinará las fichas o perfiles requeridos solamente al momento de la provisión del cargo.

Adiciona que, según el artículo anteriormente mencionado la lista de elegibles será utilizada en estricto orden descendente para vacantes generadas con posterioridad a la convocatoria, siempre y cuando los requisitos del empleo sean los mismos y sus funciones iguales o equivalentes.

Concluye manifestando que, si bien iniciaron trámites en aras de proveer un primer grupo de vacantes de diferentes niveles jerárquicos y procesos, según el resultado de priorización a través del uso de las listas de elegibles, para el caso puntual de la accionante, se encuentra que el empleo ANALISTA II Código 202, Grado 02, identificado con la OPEC 126771, no fue objeto de priorización, es decir, no se realizara la provisión de esto empleos, por lo cual no se solicitó a la CNSC la autorización de listas de elegibles.

3.3.2. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)⁶.

En el informe rendido por el apoderado de la entidad en comento, se solicita declarar la carencia actual de objeto por hecho superado frente al derecho de petición, como quiera que dentro del trámite de la acción, se dio respuesta a la petición elevada por la accionante.

En cuanto a la pretensión de la autorización del uso de las listas de elegibles para el nombramiento de la accionante, expuso que la acción de tutela resulta improcedente, por cuanto no se satisface el requisito de subsidiariedad, teniendo en cuenta que la parte accionante podía debatir

⁶ Fols. 3-7 Doc. 07 Exp. Dig.

13-001-33-33-014-2023-00413-01

su pretensión ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y en ese escenario pedir el decreto de medidas cautelares, sin que se advierta además la configuración de perjuicio irremediable.

Finalmente, a su juicio, no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, por no encontrarse reporte de vacante definitiva adicional que sea susceptible de proveerse con la lista de la cual hace parte la accionante.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷.

El Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena mediante sentencia del 04 de diciembre de 2023, declaró improcedente la tutela, argumentando que la actora no acreditó un perjuicio irremediable y esta acción no puede suplir la negligencia de la accionante al no hacer uso oportuno de los medios ordinarios de defensa dispuestos a su alcance para obtener la suspensión del registro de elegibles del cual hace parte, en tanto que, la normatividad cuya aplicación pretende, se encuentra vigente desde el 07 de junio de 2023, y solo presenta el mecanismo constitucional, hasta el 20 de noviembre de 2023, ad portas de vencerse la lista de elegibles.

Sin perjuicio de lo anterior, explicó que de resultar procedente la tutela, sus pretensiones no tendrían vocación de prosperidad, en tanto que actualmente no se cuentan con vacantes iguales o equivalente a las del cargo optado por la actora, para ser provistas con la lista de elegibles, y en todo caso, no puede ordenarse su nombramiento inmediato, pues el uso de dicha lista opera en estricto orden descendente, estando la accionante en el puesto 18, y se han provisto solo 12 vacantes, por ende, no hay otras personas con mejor posición en la referida lista para ser nombradas.

Por último, declaró el hecho superado frente a la petición del 31 de octubre de 2023, por advertirse que esta solo fue presentada a la CNSC, quien dio respuesta a la solicitud en fecha 1 de noviembre de 2023,

3.5 IMPUGNACIÓN⁸.

La parte accionada manifestó su inconformidad con el fallo de primera instancia, aduciendo que sustentaría la misma con posterioridad, no obstante, revisado el expediente, no se halla pronunciamiento adicional. Así las cosas, en virtud del principio de informalidad que rige la tutela, se entenderá que se reafirma en los argumentos del escrito inicial.

⁷ Doc. 09 Exp. Dig.

⁸ Fols. 1-3 Doc. 11 Exp. Dig.

3.6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto de fecha del 13 de diciembre de 2023⁹, proferido por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo de Cartagena, se concedió la impugnación interpuesta por la parte accionada contra la sentencia de primera instancia, siendo asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el 19 de diciembre de 2023¹⁰ y admitido mediante auto de la misma calenda¹¹.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES.

5.1. Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

5.2. Problema jurídico.

De conformidad con los argumentos de la impugnación presentada considera la Sala que el problema jurídico a resolver en el asunto estudiado, se circunscribe a determinar si:

¿En el presente asunto, se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela?

De resultar positiva la respuesta al interrogante anterior, se estudiará si:

¿La CNSC y la DIAN vulneran los derechos fundamentales de la accionante al no autorizar el uso de listas de elegibles para empleos equivalentes al identificado con la OPEC 126771? En consecuencia, ¿Debe ordenarse la realización de un estudio de equivalencias, la suspensión de la vigencia de su lista de elegibles y su posterior nombramiento?

5.3. Tesis de la Sala.

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, por encontrar procedente la misma, en cuanto a que se debe proteger el derecho de

⁹ Doc. 12 Exp. Dig.

¹⁰ Doc. 14 Exp. Dig.

¹¹ Doc. 15 Exp Dig.

13-001-33-33-014-2023-00413-01

petición y se negará frente a los demás derechos invocados por no demostrarse su vulneración.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

Para resolver los problemas jurídicos planteados abordaremos el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela; (ii) La procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos; y (iii) Caso concreto.

5.4.1. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso. Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

Por su parte, el principio de inmediatez implica que la acción de tutela debe interponerse en un término razonable y prudencial, con relación al momento en que ocurrió la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, el cual ha sido establecido por la jurisprudencia constitucional, en seis (6) meses¹².

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-461 de 2019

5.4.2. La procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos. Reiteración de jurisprudencia.¹³

Esta providencia se sustenta en las consideraciones proferidas por la H. Corte Constitucional, en sentencias SU-553 de 2015, SU-691 de 2017, T-081 de 2022 y T-425 de 2019, entre otras sobre la materia¹⁴.

5.5. CASO CONCRETO.

5.5.1. Estudio de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.

Teniendo en cuenta lo plasmado en los hechos de la tutela, la contestación y los argumentos expuestos en el escrito de impugnación, corresponde a la Sala verificar si se cumplen los requisitos generales de la acción de tutela.

Tabla: requisitos de procedencia de la acción de tutela	
Requisitos	Resultado
Legitimación por activa	<u>Se cumple.</u> Se encuentra en cabeza de la señora Lina Marcela Méndez Méndez, quien ocupa la posición No. 18 al interior de la lista de elegibles de la convocatoria del proceso de selección DIAN No. 1461 de 2020, para el cargo de ANALISTA II código 202, grado 2, OPEC 126771 ¹⁵ .
Legitimación por pasiva	<u>Se cumple.</u> La ostentan la CNSC, por ser la entidad encargadas de llevar a cabo todas las etapas del proceso de selección para proveer el empleo público al cual se postuló la accionante, y autorizar el uso de lista de elegibles. Igualmente, está legitimada la DIAN en tanto que el cargo de ANALISTA II hace parte de su planta de personal.
Inmediatez	<u>Se cumple.</u> Teniendo en cuenta que las pretensiones de la actora se sustentan en lo dispuesto en el Decretos 972 del 2023, que entró en vigencia el 07 de junio del mismo año, la tutela presentada el 20 de noviembre de 2023 ¹⁶ , se ejerció dentro del término razonable. En todo caso, como quiera que el hecho vulnerador consiste en una omisión permanece en el tiempo, consistente en la negativa a nombrarla para un cargo disponible en la entidad y equivalente a aquel en el cual se postuló y dentro de cuya lista de elegibles ocupa la posición No. 08, se entiende superado este requisito.
Subsidiariedad	

¹³ [Corte Constitucional, sentencia T – 081 del 2022 M.P. Alejandro Linares Cantillo](#)e

¹⁴ Corte Constitucional, sentencias T-509 de 2011, T-604 de 2013, T-748 de 2013, SU-553 de 2015, T-551 de 2017, T-610 de 2017, T-059 de 2019, SU-913 de 2009, T-556 de 2010, T-169 de 2011, T-156 de 2012, T-604 de 2013, T-180 de 2015, T-610 de 2017, T-438 de 2018, T-227 de 2019, T-425 de 2019,

¹⁵ Fols. 18-30 Doc. 01 exp. Dig.

¹⁶ Doc. 02 exp. Dig.

13-001-33-33-014-2023-00413-01

	<u>Se cumple.</u> Porque está de por medio el derecho de petición, derecho fundamental que hace procedente el uso de este medio.
--	--

Empieza la Sala por estudiar la vulneración del derecho de petición, efectivamente, como lo dijo el Aquo hay un hecho superado frente a la CNSC porque le dieron respuesta el 23 de noviembre de 2023¹⁷, pero como quiera que en dicha respuesta se informa que le remitirán a la DIAN, para que esta se pronuncie por la no adición de nuevas vacantes definitivas, será protegido este derecho ordenando que se remita la petición a la DIAN puesto que no hay prueba de que eso hubiere sucedido.

Frente a la pretensión de que se amplié la planta de personal y se haga uso de la lista de elegibles, elaborada dentro del proceso de selección 1461 de 2020, plasmada en la OPEC 126771, en el cargo de ANALISTA II, Código 202, Grado 2, encuentra esta Corporación que no existe vulneración alguna puesto que se nombraron 12 personas de esa lista de elegibles y la actora se encontraba en la posición No. 18 y no existe prueba de que la DIAN haya ampliado la planta de personal, además, de que se hubiesen creado varios cargos como el aquí señalado y la actora se encontrara, de acuerdo a la posición ocupada, con el derecho a ser nombrada en uno de ellos.

Por otra parte, no comparte este Tribunal la posición del Aquo en el sentido de que la actora puede hacer uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho puesto que no hay acto administrativo que demandar, eventualmente, cuando la DIAN le de una respuesta, estaremos frente a un pronunciamiento que pueda ser objeto eventual de control o a través de otra acción, como la de cumplimiento, previo requisito de procedibilidad de la misma, por ello, no podemos hablar de que la acción es improcedente, lo que aquí existe es la no vulneración del derecho frente a quien como concursante, en un proceso de selección por méritos, tiene una mera expectativa.

Por lo antes expuesto, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia, y en su reemplazo, se **PROTEGERÁ** el derecho de petición y se **NEGARÁ** frente a los demás derechos invocados.

VI. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley;

¹⁷ Fols. 10-11 Doc. 07 exp. Dig.

13-001-33-33-014-2023-00413-01

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR el fallo de primera instancia, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: AMPARAR el derecho de petición, por las consideraciones aquí plasmadas

TERCERO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes remita la petición de la actora a la DIAN, para que esta se pronuncie sobre la no adición de nuevas vacantes definitivas, para lo cual se le concede a la DIAN un término de quince (15) días hábiles, conforme al artículo 14 de la Ley 1755 de 2015.

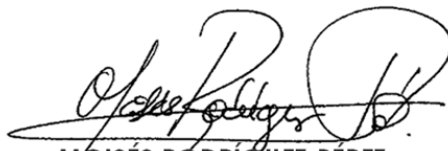
CUARTO: NOTIFÍQUESE a las partes y al Juzgado de primera instancia, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No.007 de la fecha.

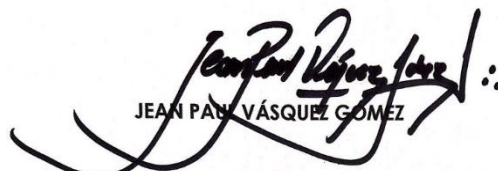
LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ