



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO 25 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA - ORAL**

Bogotá D.C., quince (15) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

PROCESO No.:	11001-33-35-025-2023-00322-00
ACCIONANTE:	YANETH AURORA GOMEZ MELO
ACCIONADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUNAS NACIONALES DIAN - COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC
ACCIÓN:	TUTELA

Asunto:
Sentencia de Tutela

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia en la acción de tutela promovida por **Yaneth Aurora Gómez Melo**, en nombre propio, en contra de la **Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC**, por la presunta violación a sus derechos fundamentales al trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos.

I. ANTECEDENTES

1.1. Soporte fáctico de la solicitud de amparo

Del escrito de tutela se extraen los siguientes hechos:

PRIMERO: La Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso abierto de méritos, para proveer las vacantes definitivas de los empleos de carrera de la planta de personal ofertado con la Convocatoria DIAN No. 1461 de 2020.

SEGUNDO: Dentro del proceso de selección 1461 de 2020 al que me presente era para proveer el empleo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126538, del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

TERCERO: Mediante la Resolución No. 2021RES-400.300.24-11505 del 22 de noviembre de 2021, la Comisión Nacional del Servicio Civil, adopta la Lista de Elegibles para para proveer dos vacantes (2) vacantes del empleo de carrera identificado con el Código OPEC No. 126538, del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, ofertado con el Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020. Listado en el cual ocupe el puesto 7 de 10 elegibles.

CUARTO: El Decreto Ley 419 de 2023, vino a concretar las facultades extraordinarias concedidas en el artículo 67 de la Ley 2277 de 2022 al Presidente de la República, y amplía la planta de personal de la entidad, en 10.200 cargos.

Y específicamente, en lo concerniente a la DENOMINACIÓN 3682 GESTOR III, CÓDIGO 303, GRADO 03, se crean 2389 plazas.

Además de lo anterior, y de manera puntual, en el párrafo transitorio del artículo 36 del Decreto 0927 de 2023 se establece que: "...las listas de elegibles resultantes de los concursos realizados en virtud del párrafo transitorio del artículo 32 del Decreto-Ley 071 de 2020, luego de que los empleos ofertados sean provistos 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 y cuando los requisitos del empleo sean los mismos y sus funciones iguales o equivalentes".

Es claro, entonces, que con la ampliación de la planta de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) mediante el Decreto 419 de 2023, resulta imperativo que esta entidad realice el nombramiento haciendo uso la lista de elegibles (y por tanto no sean vulnerados derechos constitucionales), para que puedan ser nombrados en los cargos similares o equivalentes que se han creado recientemente en carrera administrativa y puedan también ascender en los cargos para que, de esta manera, se materialice el principio del mérito, el cual es central en la carrera administrativa, pues conforme al artículo 28 de la Ley 909 de 2004, tanto el ingreso como el ascenso a los cargos de carrera administrativa son objeto de demostración de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos ofertados, los cuales se verifican a través del concurso público de méritos.

Que para la ampliación a la que se refiere el Decreto 419 de 2023 mediante concepto OFI23-00020703 del 8 de febrero de 2023, se aprobó la partida presupuestal para proveer los cargos creados.

QUINTO: En consulta realizada el 24 de julio de 2023 en la plataforma del Sistema de Apoyo para la igualdad, el Mérito y la Oportunidad SIMO en la convocatoria No. 1461 de 2020 de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, en la OPEC 126538 identifiqué la ampliación de las vacantes disponibles de 2 a 10

SEXTO: El 24 de julio de 2023 interpose derecho de petición ante la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, con radicado 202382140100088825 donde solicite "mi nombramiento (previa elección de sede) en periodo de prueba cuando se descienda en estricto orden de mérito en la lista de elegibles hasta el puesto 7 que ocupo en la misma, atendiendo a las vacantes existentes con ocasión al Decreto 419 de 2023."

SEPTIMO: El 28 de agosto de 2023 recibí respuesta a mi petición por parte la DIAN en los siguientes términos: "(...) de conformidad con el Decreto 419 de 2023, la ocupación de vacantes definitivas se encuentra supeditada a lo contenido en el artículo 36, Decreto Ley 0927 de 2023, es por ello, que se precisa brindarle claridad sobre las variables que pueden influir en el

cumplimiento de tal lineamiento, como: Disponibilidad Presupuestal; priorización de empleos a proveer según necesidades del servicio en autonomía de la Alta Gerencia; autorización por parte de la CNSC quien definirá las listas y posiciones a emplear. Una vez hayan ocurrido afirmativamente los temas previamente expuestos la DIAN posterior a conocer el documento que expide la CNSC, procederá con las actuaciones contenidas en el Acuerdo que dio origen al concurso de méritos al cual se acogió. Por lo expuesto, le invitamos a estar atenta a futuras comunicaciones en caso de ser autorizada. Por lo expuesto, se colige inviabilidad para conceder a su petición (...)

OCTAVO: En concordancia a la respuesta recibida por parte de la DIAN, y lo informado a través de la plataforma SIMO de la Comisión Nacional del Servicio Civil en cuanto a que los cargos para la el empleo con el Código OPEC No. 126538, del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, ofertado con el Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020, se mostraba que se habían ampliado los cargos de 2 a 10 vacantes como se indicó en el aparte QUINTO.

De igual forma, considerando los tiempos que las administraciones tanto de la DIAN como en la Comisión Nacional del Servicio Civil se toman para la autorización de uso de listas de elegibles y en consecuencia en realizar el nombramiento de periodo de prueba, solicito a su despacho se me protejan y amparen mis derechos, debido a que la lista de elegibles adoptada según resolución 2021RES-400.300.24-11505 del 22 de noviembre de 2021 tiene vigencia hasta el 1 de diciembre de 2023. Teniendo el derecho al acceso a cargos públicos se genera un daño irremediable y se me vulnerarían mis derechos, si los términos de actuación tanto de la DIAN como de la Comisión Nacional del Servicio Civil permiten el vencimiento de las listas de elegibles y no se hace uso de las mismas como lo establece la normatividad legal vigente.”

1.2. Pretensiones

El tutelante solicitó del Despacho lo siguiente:

Primera-. TUTELAR los derechos fundamentales constitucionales al **DEBIDO PROCESO, TRABAJO, IGUALDAD Y ACCESO A CARGOS PÚBLICOS** dentro del concurso de méritos realizado mediante proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020 vulnerados en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se dejaron descritas en esta acción.

Segunda-. ORDENAR. a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALS DIAN** que realice las actuaciones y trámites administrativos correspondientes, y profiera acto administrativo de nombramiento en Periodo de Prueba de Yaneth Aurora Gómez Melo, para el empleo denominado **GESTOR III, Código 303, Grado 3**, identificado con el Código OPEC No. 126538, en virtud a la lista de elegibles Resolución No. la Resolución No. 2021RES-400.300.24-11505 del 22 de noviembre de 2021, para ocupar los cargos vacantes definitivos de conformidad con el Criterio Unificado sobre “Listas de elegibles en el contexto

de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019” aprobado en Sesión del día 16 de enero de 2020.

Tercera- ORDENAR. a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL que, como entidad garante del Sistema General de Carrera Administrativa, apruebe el uso de la lista de elegibles y compruebe que Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, cumpla a cabalidad y en oportunidad las normas del Sistema General de Carrera Administrativa, proveyendo las vacantes definitivas de conformidad con la lista de elegibles establecida en Resolución No. 2021RES-400.300.24-11505 del 22 de noviembre de 2021, la cual se encuentra en firme y vigente a la fecha.

1.3. Trámite procesal y contestación de la demanda de tutela

La demanda de tutela fue admitida por este Despacho mediante auto de 5 de septiembre de dos mil veintitrés (2023), en el que se ordenó notificar por el medio más expedito y eficaz, a representante legal de las entidades accionadas, a quienes se les concedió el término de dos (2) días para que rindieran informe sobre los hechos y fundamentos de la acción, ejerciendo su derecho de defensa.

Notificada en debida forma las entidades accionadas, y vencido el término concedido para su intervención, contestaron la presente acción de tutela en los siguientes términos:

1.3.1 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN (archivo 008)

Debidamente notificada la entidad accionada, se allega contestación a la acción de tutela, el 7 de septiembre de 2023, vía correo electrónico, suscrita por el apoderado de la Entidad, por medio de la cual solicitó se declare la improcedencia de la acción constitucional.

Señalo que: *“frente a las pretensiones de la accionante tendientes a obtener el nombramiento en periodo de prueba como consecuencia de la aplicación de lo expuesto en el párrafo transitorio del artículo 36 del Decreto Ley 0927 de 2023, se realizan las siguientes consideraciones:*

Con ocasión a la ampliación de la planta de personal de la DIAN (Decreto 0419 de 2023) y a la modificación de su Sistema Específico de Carrera Administrativa (Decreto Ley 0927 de 2023), 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.

(...)

En ese orden de ideas, es preciso señalarle a su Honorable Despacho que la provisión de la planta se encuentra supeditada principalmente a la disponibilidad presupuestal y a la financiación de los empleos, de acuerdo con los recursos presupuestales que sitúe el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la presente vigencia, así como se deberá prever aquellos subprocesos que tengan las mayores necesidades del servicio.

En consecuencia, a partir de los recursos disponibles, la alta gerencia es quien determinará los perfiles de empleos y cantidades de vacantes a ser provistos prioritariamente, atendiendo a las necesidades del servicio, las capacidades de infraestructura física, tecnológica y de puestos de trabajo, procediendo a solicitar la autorización de uso de listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil, quien, dentro del ejercicio de sus competencias constitucionales como ente rector de la carrera administrativa, definirá las listas de elegibles de empleos iguales o equivalentes y posiciones a emplear.

Sostuvo que no es factible si quiera considerar que el mecanismo de tutela es el idóneo para inducir a la administración pública a proveer vacantes a través del “uso de listas de elegibles”, contemplado en el artículo 36° del Decreto Ley 0927 del 07 de junio de 2023, que aún no se encuentra distribuidas y se encuentran sujetas a un plan de financiación y otros aspectos mencionados a la necesidad del servicio que se evidencie teniendo en cuenta el dinamismo de la planta de personal.

Finalmente considero que: *“la tutela interpuesta por el señora Yaneth Aurora Gomez Melo es improcedente, en consideración a que la actuación administrativa desplegada por la Entidad en general dentro del Proceso de Selección DIAN 2020, para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, respetó los Principios de Legalidad y Debido Proceso, principios que se encuentran plasmados claramente en el Acuerdo No. 285 del 2020, con lo cual de manera alguna se conculca los derechos fundamentales invocados por la accionante toda vez que su expedición se realizó atendiendo los presupuestos establecidos en la Constitución Política y en la Ley Específica de Carrera Administrativa de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – UAE.DIAN, amén de la Falta de Legitimación por Pasiva antes expuesta.”*

1.3.2 Parte accionada. Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC (archivo009 y 011)

Debidamente notificada la entidad accionada, allegó contestación a la acción de tutela, el 7 de septiembre de 2023, vía correo electrónico, por medio de la cual solicitó se declare la improcedencia de la acción de tutela o subsidiariamente negarla, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante por parte de la entidad.

Señaló que, en el marco de sus competencias, la CNSC publicó el 22 de noviembre de 2021, la Resolución No. 11505 de 2021 *“Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer dos (2) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126538, diferente a los del Nivel Profesional de los Procesos Misionales del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020”*, dentro de la cual el accionante ocupó la posición No. 07.

Indicó que sobre el estado actual del Proceso de Selección DIAN 2020, es preciso tener en cuenta las etapas que lo comprenden, conforme el artículo 3 del Acuerdo No. 2212 de 2021:

ARTÍCULO 3. ESTRUCTURA DEL PROCESO DE SELECCIÓN. El presente proceso de selección comprende las siguientes etapas:

- Convocatoria y divulgación.
- Adquisición de Derechos de Participación e Inscripciones.
- Verificación de Requisitos Mínimos, en adelante VRM, de los participantes inscritos.
- Aplicación de pruebas de selección a los participantes admitidos.
- Conformación y adopción de las Listas de Elegibles para los empleos ofertados en este proceso de selección

Y la publicación de la Lista de Elegibles del empleo identificado con OPEC No. 126538, se realizó el día 23 de noviembre de 2021 en el Banco Nacional de Listas de Elegibles.

Mencionó que en el proceso de selección, se ofertaron empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la DIAN, en la modalidad de Ascenso, entre los cuales se encuentra el denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, OPEC 126538, y que teniendo en cuenta que en el Proceso de Selección DIAN 2020, solo se ofertaron dos (2) vacantes para el empleo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, OPEC 126538, éstas se asignaron en la Audiencia Pública de Escogencia de Vacantes con diferente Ubicación Geográfica, que realizó la DIAN, en estricto orden de mérito, a los elegibles que conformaron la mencionada lista de elegibles.

Sostuvo que *“en mesa de trabajo adelantada el día 23 de junio de 2023 por la DIAN y la CNSC, se proyectó un cronograma para la remisión de autorizaciones de uso por parte de la DIAN conforme a las solicitudes que dicha entidad allegue a esta Comisión Nacional.*

En el cronograma se establecieron cuatro entregas de autorizaciones de uso de lista, de las cuales, a la fecha, mediante radicado Nro. 2023RS092366 del 07 de julio 2023 se autorizó el primer grupo de empleo, luego, mediante radicado Nro. 2023RS104244 del 10 de agosto del 2023 esta Comisión Nacional autorizó el uso de la lista para el segundo grupo de empleos remitidos por la DIAN

Ahora bien, el empleo OPEC 126538 se encuentra dentro de la solicitud de uso de lista remitido por la DIAN y el mismo está programado para la tercera entrega.”

Finalmente, precisó que corresponde a la DIAN identificar los empleos vacantes y no convocados, toda vez que tal información es del resorte exclusivo de la entidad, comoquiera que constituye información institucional, la cual está sujeta a la variación y movilidad que pueda presentarse en la planta de personal que está bajo su directa administración.

1.4 Acervo Probatorio

Parte accionante. (Ver carpeta 002).

- Copia de la cédula de ciudadanía
- Lista de elegibles establecida en Resolución No. 2021RES-400.300.24-11505 del 22 de noviembre de 2021
- Imagen tomada del Sistema de Apoyo para la igualdad, el Mérito y la Oportunidad SIMO donde se evidencian la ampliación de las vacantes disponibles de 2 a 10 vacantes de la OPEC 126538.
- Derecho de petición de fecha 24 de julio de 2023 con radicado 202382140100088825.
- Respuesta al derecho de petición de fecha 28 de agosto de 2023

Parte accionada. Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC.

- Resolución Número 3298 del 01 de octubre de 2022, que acredita la personería jurídica para intervenir en nombre de la CNSC.
- Acuerdo No. 0285 de 2020 “Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección de Ascenso para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, Proceso de Selección DIAN No. 2238 de 2021” y Anexo.
- Resolución No. 11505 de 2020 “Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer veinte y cuatro (24) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado GESTOR II, Código 302, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 168676, del Nivel Profesional de los Procesos Misionales del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

II. CONSIDERACIONES

2.1. De la acción de tutela.

La acción de tutela, prevista en el Artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, como mecanismo preferente y sumario, fue concebida como una acción judicial subsidiaria, residual y

autónoma, a disposición de los ciudadanos, mediante la cual pueden reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, la protección judicial inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de autoridades públicas y, excepcionalmente, de particulares.

El trámite de esta herramienta jurídica por medio de un procedimiento preferente y sumario supone su prevalencia frente a las demás acciones, y que el fallo que disponga la protección de derechos fundamentales sea de inmediato cumplimiento, empero, puede ser impugnado ante el superior, quien luego debe remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

A la par, se constituye como una acción subsidiaria y residual, de manera que se torna improcedente cuando existen otros mecanismos de defensa judicial a los que puede acudir el interesado para obtener la protección de sus derechos fundamentales. No obstante, a pesar de ello, en el evento de que se acredite la configuración de un perjuicio irremediable, la solicitud de amparo se hace procedente.

Así, aunque la acción de tutela ha sido puesta por la Constitución y la Ley a disposición de todas las personas, ese derecho de acción no es absoluto, en cuanto está limitado por las causales de improcedencia, como la anteriormente mencionada, y las previstas en el Artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, tales como: i) Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus; ii) Cuando se pretenda proteger derechos colectivos; iii) Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho y, iv) Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Sin embargo, también la norma que crea la acción indica que la acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.2 De los Derechos Fundamentales Presuntamente Vulnerados

2.2.1 Derecho al trabajo

Respecto del derecho al trabajo ha manifestado la Corte Constitucional:

*“De igual manera, la jurisprudencia constitucional[14] ha considerado que la naturaleza jurídica del trabajo cuenta con una triple dimensión. En palabras de la Corporación la “lectura del preámbulo y del artículo 1° superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, **porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas***

en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.”.¹

2.2.2 La igualdad de oportunidades uno de los fundamentos del sistema de carrera administrativa.

En reiteración de jurisprudencia, la Corte Constitucional en sentencia T-180 de 2015, indica que el sistema de carrera es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades consagrado en nuestra Constitución Política, en los siguientes términos:

“El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos Subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.

Para esta Corporación, ese sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: (i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.

Resulta vulnerable del principio de igualdad de oportunidades cualquier práctica que discrimine a los aspirantes a un empleo público en razón de su raza, sexo, convicciones religiosas o políticas. Asimismo, es contrario al mencionado principio toda conducta que – sin justificación alguna – rompa el equilibrio entre los participantes de un concurso. De igual manera, resultan inconstitucionales por desconocer el principio de igualdad de oportunidades, aquellos concursos públicos que carezcan de medidas efectivas para garantizar condiciones más favorables a personas pertenecientes a ciertas poblaciones cuyas posibilidades de acceso al empleo público haya sido tradicionalmente negado.

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-593 de 2014.

El concurso de méritos y el derecho a ocupar cargos públicos. Reiteración de jurisprudencia²

El artículo 40, numeral 7°, de la Constitución señala que *“todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los cuales ha de aplicarse.”*

Entonces, de la existencia de este derecho (acceder al desempeño de funciones y cargos públicos) no puede derivarse que el ejercicio de funciones públicas está libre de toda exigencia y requisito para quien es llamado a ocupar los cargos de mayor responsabilidad³.

Por el contrario, el buen éxito en la administración pública y la satisfacción del bien común dependen de una adecuada preparación y de la idoneidad profesional, moral y técnica de las personas en las que se confía el compromiso de alcanzar las metas trazadas por la Constitución. Ello se expresa no solo en el señalamiento previo y general de la forma como se accederá al desempeño del cargo, sino también en la previsión de las calidades y requisitos que debe reunir la persona en quien recaiga la designación.

En línea con lo anterior, el artículo 125 de la Constitución establece que *“los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”* y que tanto el ingreso como el ascenso a los mismos *“(...) se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.”* En este sentido, la carrera administrativa basada en el concurso de méritos es el mecanismo general y preferente de acceso al servicio público, por medio del cual se garantiza la selección de servidores públicos cuyas capacidades, experiencia, conocimiento y dedicación permitan atender las finalidades del Estado Social de Derecho.

En este sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que la carrera y el concurso de méritos son un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantiza que los concursantes participen en igualdad de condiciones y los cargos públicos sean ocupados por los mejor calificados⁴.

² En este acápite se reiterará la jurisprudencia contenida en la Sentencia SU-011 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Alejandro Linares Cantillo. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo.

³ Sentencia C-483 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴ Sentencia SU-446 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. Humberto Antonio Sierra Porto. AV. Luis Ernesto Vargas Silva.

Además, permite eliminar la discrecionalidad del nominador y evitar que imperen criterios arbitrarios y subjetivos en la selección de los aspirantes. En esa medida, dicho procedimiento asegura que la administración pública esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, lo cual contribuye a la satisfacción del interés general y el bien común⁵.

De igual manera, el ingreso a los cargos públicos a través del concurso de méritos busca el pleno desarrollo de los principios que orientan la función administrativa, así como la igualdad, eficacia, y eficiencia en el desarrollo de las funciones públicas. A su vez, garantiza los derechos de los trabajadores, entre ellos, el de igualdad de oportunidades y estabilidad en el empleo.⁶

Asimismo, la Corte ha dicho que la regla general, según la cual los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, cumple propósitos importantes que guardan una estrecha relación con los valores, fundamentos y principios que inspiran el Estado Social de Derecho.

Específicamente, Nuestro Órgano de Cierre en lo Constitucional manifestó que la carrera administrativa le permite “(...) *al Estado contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garantizan cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública. Ello conduce a la instauración de la carrera administrativa como sistema propicio a la obtención de eficiencia y eficacia y, por tanto, como técnica al servicio de los fines primordiales del Estado Social de Derecho. Los fines propios de la carrera resultan estropeados cuando el ordenamiento jurídico que la estructura pierde de vista el mérito como criterio de selección y sostén del empleo (...).*”⁷

En conclusión, la carrera administrativa y el concurso de méritos son un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, que se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público. Dicho criterio es determinante para el acceso, permanencia y retiro del empleo público.

Caso en concreto.

Alcance del principio de subsidiariedad de la acción de tutela

5 Sentencia T-114/22

6 Sentencia C-288 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SPV. Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Jorge Ivan Palacio Palacio. AV. Alberto Rojas Rios.

7 Sentencia C-333 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

La jurisprudencia constitucional, en armonía con lo dispuesto en los artículos 86 superior y 6° del Decreto 2591 de 1991, da cuenta que la acción de tutela es un medio de defensa de carácter subsidiario para obtener la protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales, lo que impone su procedencia siempre y cuando en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para el amparo judicial de estos derechos.

Ello pone de presente la competencia subsidiaria y residual del juez de tutela para la protección de los derechos constitucionales. Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión puramente litigioso, desnaturalizándose su finalidad de protección subsidiaria de derechos fundamentales.

En este mismo sentido, cabe hacer alusión a la sentencia T-406 de 2005, en la que la Corte señaló:

“(...) Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales, sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese como de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo (...).”

Así las cosas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, la tutela resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, tal regla general encuentra excepción si el juez constitucional logra determinar que: i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; y ii) cuando se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

De la procedencia de la Acción de Tutela

La acción de tutela se encuentra concebida como un mecanismo ágil y sumario para la protección judicial de los derechos fundamentales (CP art. 86), la cual sólo está llamada a proceder cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial. Al respecto, la Corte Constitucional se pronunció en Sentencia T-347/2016 en los siguientes términos:

*“Precisamente, a nivel normativo, el artículo 86 del Texto Superior establece que “[e]sta acción **solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial**”. De igual forma, el Decreto 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela”, dispone en el artículo 6 que la misma no procederá “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales”. Esto significa que, como mandato general, la acción de tutela no es procedente cuando quien la interpone cuenta con otra vía de defensa judicial para ventilar el asunto y lograr su protección.”*

Así mismo, respecto de la subsidiariedad de la acción de tutela, la Corte Constitucional en Sentencia T- 076 de 2009, ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, haciendo énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección.

*“(…) la acción de tutela no puede convertirse en un instrumento adicional o supletorio al cual se pueda acudir cuando se dejaron de ejercer los medios ordinarios de defensa dentro de la oportunidad legal, o cuando se ejercieron en forma extemporánea, o para tratar de obtener un pronunciamiento más rápido sin el agotamiento de las instancias ordinarias de la respectiva jurisdicción. Su naturaleza, de conformidad con los artículos 86 de la Carta Política y 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991, es la de ser un medio de defensa judicial subsidiario y residual **que sólo opera cuando no existe otro instrumento de protección judicial**, o cuando a pesar de existir, se invoca como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, de manera que no puede utilizarse para remplazar los procesos judiciales o administrativos, pues su finalidad no es otra que brindar a las personas una protección efectiva, real y eficaz, para la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales. **En consecuencia, riñe con la idea de admitirla a procesos administrativos o judiciales en curso o ya terminados, en cuanto unos y otros tienen mecanismos judiciales ordinarios para la protección de derechos de naturaleza constitucional o legal, que por lo tanto la hacen improcedente**”⁸.
Negrillas por el Despacho*

Así pues, la Corte Constitucional ha venido sosteniendo que la acción de tutela resulta improcedente cuando con ella se pretenden sustituir mecanismos ordinarios de defensa, que no fueron utilizados a su debido tiempo o simplemente no han sido utilizados.

Es así como se tiene entonces que, para determinar la procedencia excepcional de la tutela, con el fin de solicitar el cumplimiento de una orden judicial que establezca una obligación de dar, que la Corte Constitucional⁹ exige los siguientes requisitos: (i) *que se compruebe la afectación de otros derechos fundamentales del accionante*, y (ii) *que los mecanismos judiciales ordinarios no sean eficaces o idóneos para el resguardo de los mismos*.

De acuerdo con la anterior pauta jurisprudencial, concluye este Despacho que es imperativo que quien depreca el amparo de un derecho constitucional

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 076 de 2009.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-454 de 2012

fundamental, haya agotado todos los mecanismos de defensa judicial previstos en el ordenamiento jurídico. Aunado a lo anterior, la falta de diligencia, renuencia o el uso tardío de los medios ordinarios de defensa previstos en la normativa legal por parte del demandante, establece una causal válida para declarar la improcedencia de la acción constitucional frente al caso particular.

Así mismo, el ejercicio de la presente acción tampoco habilita al juez constitucional para sustituir los procedimientos ordinarios o interferir, a menos que exista un perjuicio irremediable, en la órbita de competencia de los demás operadores judiciales.

El caso que nos ocupa la accionante pretende a través de esta acción la protección de su derecho constitucional fundamental al debido proceso, trabajo e igualdad en consecuencia se ordene a las entidades accionadas a habilitar el uso de la lista de elegibles y se proceda a su nombramiento en periodo de prueba en el cargo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126538.

Una vez analizados los argumentos contenidos en la solicitud de amparo, resulta evidente que la controversia planteada podrá resolverse a través de los medios ordinarios de protección contra las decisiones con las que no está de acuerdo la accionante, que son medios de defensa idóneos y eficaces para salvaguardar los derechos que consideró se vieron vulnerados con las decisiones tomadas por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

De acuerdo con lo anterior, en el caso bajo consideración, el ejercicio de la acción de tutela resulta improcedente, en razón a que dicho amparo se encuentra gobernado por el principio de subsidiariedad, según el cual esta no tiene cabida *“Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales...”*.

Por esta razón acudir a la acción de tutela cuando existen mecanismos ordinarios de defensa, desconoce que los procedimientos administrativos y los procesos ante la administración de justicia, son los primeros y más propicios escenarios para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales.

Así mismo, el despacho observa que lo pretendido por la accionante esta debidamente reglamentado en la normatividad que rige el concurso de méritos, por lo tanto, el reporte de vacantes, el uso de listas de elegibles, así como los nombramientos en periodo de prueba deben ceñirse a términos establecidos para cada etapa del proceso y no le es posible al juez de tutela modificar dichos procedimientos y plazos ya establecidos.

De otro lado, hay que tenerse en cuenta lo señalado por la Comisión Nacional del Servicio Civil en su contestación donde señaló el trámite que se le ha dado al reporte de las vacantes así:

Ahora bien, mediante radicado **2023RE137016 del 17 de junio de 2023** la DIAN solicitó el ajuste en el número de vacantes a proveer mediante uso de lista, por lo cual, las vacantes en total a proveer ya no serían 2008 si no 1918.

Así mismo, mediante radicado **Nro.2023RE144771 del 31 de julio 2023**, solicitó nuevamente ajuste en el número de vacantes definitivas para proveer a través de uso de lista pasando de 1918 a 1785, las cuales, luego de realizada una reunión con la Comisionada Sixta Zúñiga y la Directora Edna Ortega se aprobó, por lo cual, se le habilitó el aplicativo a la DIAN para que realizara la modificación en el aplicativo SIMO.

En este sentido se tiene que luego de las modificaciones de uso de lista de elegibles solicitadas por la DIAN, las vacantes adicionadas en el empleo identificado con el código **OPEC 126538, son cuatro (4).**

Ahora bien, se precisa que en mesa de trabajo adelantada el día 23 de junio de 2023 por la DIAN y la CNSC, se proyectó un cronograma para la remisión de autorizaciones de uso por parte de la DIAN conforme a las solicitudes que dicha entidad allegue a esta Comisión Nacional.

En el cronograma se establecieron cuatro entregas de autorizaciones de uso de lista, de las cuales, a la fecha, mediante radicado Nro. 2023RS092366 del 07 de julio 2023 se autorizó el primer grupo de empleo, luego, mediante radicado Nro. 2023RS104244 del 10 de agosto del 2023 esta Comisión Nacional autorizó el uso de la lista para el segundo grupo de empleos remitidos por la DIAN

Ahora bien, el empleo **OPEC 126538** se encuentra dentro de la solicitud de uso de lista remitido por la DIAN y el mismo está programado para la tercera entrega.

Estado del accionante en el Proceso de Selección

Consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se corroboró que la señora **Yaneth Aurora Gómez Melo ocupó la posición siete (7)**, en la lista de elegibles conformada mediante Resolución Nro. 2021RES-400.300.24-11505 del 22 de noviembre de 2021, en consecuencia, no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

Es por esto por lo que se encuentra sujeto no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

A partir de las anteriores consideraciones, encuentra este estrado judicial que la tutelante no acredita la ocurrencia de un perjuicio irremediable que se pretenda evitar, al menos de manera transitoria a través del mecanismo de amparo constitucional.

Por lo tanto, en el presente asunto es viable concluir que la tutela es improcedente lo anterior, porque desconoce el principio de subsidiariedad que gobierna este mecanismo excepcional, ya que la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para hacer efectiva la protección reclamada.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICINCO (25) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

I. FALLA:

PRIMERO: NEGAR por improcedente la acción de tutela promovida por **Yaneth Aurora Gomez Melo** contra la **Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Comunicar a las partes por el medio más expedito la presente decisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: De no ser impugnada esta decisión, remítase a la H. Corte Constitucional para eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA

Juez

CLM.