



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Bogotá D.C., ocho (8) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO No.	11001 -33-35-025-2021-00054-00
ACCIONANTE	JAIRO SERNA ROSALES- RUDESINDO ROJAS ROBLES
ACCIONADO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) - COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)
ACCIÓN	TUTELA

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia en la acción de tutela promovida por **JAIRO SERNA ROSALES y RUDESINDO ROJAS ROBLES** actuando en causa propia, en contra en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES** y la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, por la presunta violación a los derechos fundamentales de IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, Y TRABAJO.

I. ANTECEDENTES

1.1. Soporte Fático de la Solicitud de Amparo

Del escrito de tutela se extraen los siguientes **HECHOS** relevantes:

Indicaron los accionantes, que la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, certifica que existen 6.070 servidores públicos que ejercen la función en provisionalidad.

Sostuvieron que la convocatoria contenida en el proceso de selección DIAN No. 1461-2020, busca el proceso de selección de ingreso para proveer las vacantes definitivas de 1.500 cargos contenidos en el artículo 9° del acuerdo 0285-del 10-09-2020 de la CNSC, y que este acto crea una desigualdad en la diferencia numérica de servidores provisionales, para los cuales no fue convocado su cargo.

Manifiestan que la vinculación laboral en provisionalidad, que resulta irregular, creo en los convocados al concurso una sensación de satisfacción por haber logrado el objetivo de trabajo, que por efecto de la convocatoria al concurso crea en los servidores una sensación de inestabilidad por el temor que experimentan

y del riesgo que implica perder su empleo, al no poder acceder a la carrera por todos los cambios que ha generado la crisis de la pandemia.

Indican que, al convocar a 1500 empleos de la estructura de la DIAN, dejan por fuera de la convocatoria a 4.570 cargos ocupados por servidores públicos en provisionalidad, como los de ascenso, y señalan que se establece una diferencia entre iguales, lo cual deja al descubierto la violación al principio y derecho fundamental a la igualdad.

1.2. Pretensiones

Los tutelantes solicitaron al Despacho acceder a las siguientes:

“(...) En forma comedida solicitamos se tutelen los derechos que se consideran vulnerados, con fundamento en el contenido del Decreto 2591 de 1991. Sírvase suspender los efectos del Decreto-Ley 71-20 y el acuerdo 0285 del 10-09-2020 de la C.N.S.C., en cuanto a la convocatoria o proceso de selección de ingreso a DIAN 1461-2020, contenida en ella únicamente para los 1.500 servidores públicos en provisionalidad hasta tanto se remedie la violación de los derechos invocados y se prevenga la violación de los derechos fundamentales invocados.” (sic)

1.3. Trámite Procesal y Contestación de la Demanda de Tutela

La demanda de tutela fue admitida por este Despacho mediante auto de fecha veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021), en el que se ordenó notificar por el medio más expedito y eficaz, al representante legal de la Entidad accionada, a quien se le concedió el término de dos (2) días para que rindiera informe sobre los hechos y fundamentos de la acción, ejerciendo su derecho de defensa.

Notificada en debida forma la entidad accionada, y vencido el término concedido para su intervención, contestó la presente acción de tutela de la siguiente forma:

DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Debidamente notificadas las autoridades de la entidad accionada, se allega contestación a la acción de tutela, el 2 de marzo vía correo electrónico, suscrita por el apoderado, doctor JOSE MIGUEL BLANCO GÓMEZ, quien manifiesta estar debidamente legitimado en la causa para emitir el correspondiente pronunciamiento.

Manifiesta que la tutela interpuesta es improcedente, por cuanto, ni el Decreto Ley 071 de 2020 *“Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas*

relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN”, ni el ACUERDO No. 0285 DE_2020_DIAN del 10 de septiembre de 2020 “Por el cual se convoca y se establecen las reglas del proceso de selección de ingreso para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al sistema de específico de carrera administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales DIAN, Proceso de Selección DIAN 1461 de 2020”, transgreden derecho fundamental alguno, toda vez que los mismos fueron elaborados, emitidos y aplicados en estricta sujeción al ordenamiento jurídico que rige la materia.

Aduce que, el artículo 125 de la Constitución Política establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo contadas excepciones, y que el ingreso a los empleos y el ascenso en los mismos se logra previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes. A su vez, manifiesta que en los términos del artículo 130 de la Constitución Política, corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y la vigilancia del sistema de carrera, deber que se encuentra consagrado en el literal c) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, disposición normativa que establece dentro de las funciones de esa Entidad, elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera. Así mismo, el artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo”, establece que, con la finalidad de reducir la provisionalidad en el empleo público, las entidades públicas coordinarán con la Comisión Nacional del Servicio Civil, la realización de los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa en vacancia definitiva.

Con respecto a la acción de tutela indica que el Artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 señala con respecto a la improcedencia de la acción de tutela, lo siguiente:
1.- 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 encuentre el solicitante.

Finalmente solicita denegar el amparo de tutela por improcedencia de la acción, ante la inexistencia de vulneración de derecho fundamental alguno, la eficacia de otro mecanismo de defensa y la inexistencia de un perjuicio irremediable.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Debidamente notificadas las autoridades de la entidad accionada, se allega contestación a la acción de tutela, el 2 de marzo vía correo electrónico, suscrita por el apoderado, doctor JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SÁNCHEZ MURCIA, quien manifiesta estar debidamente legitimado en la causa para emitir el correspondiente pronunciamiento.

Manifiesta que la tutela interpuesta es improcedente, en virtud del principio de subsidiaridad previsto en los artículos 86 inciso 3º de la Constitución Política, según el cual la acción de *tutela* “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”. En el mismo sentido, dispone el numeral 1º de artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

Indica que, carece de los requisitos constitucionales y legales necesarios para ser procedente, pues la inconformidad del accionante radica en que a su parecer, antes de adelantarse el concurso público de empleos, se debe llevar a cabo concurso de asenso con la planta de personal existente frente a lo que los funcionarios cuentan con un mecanismo de defensa idóneo para controvertir el acuerdo de convocatoria, razón por la cual la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos.

Manifiestan que se debe concluir que la CNSC no ha vulnerado derecho fundamental alguno a los accionantes, pues en cumplimiento del artículo 2.2.6.3 del Decreto 1083 de 2015, así como los artículos 24 y 31 del Decreto Ley 71 de 2020, elaboró y suscribió en Acuerdo No. 0285 del 10 de septiembre de 2020, a través del cual se adelanta el Proceso de Selección de Ingreso DIAN No. 1461 de 2020.

Finalmente solicitan declarar la improcedencia de la presente acción constitucional, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales alegados por la accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

1.4 Acervo Probatorio

- Copia Decreto 071 de enero 24 de 2020.
- Copia Acuerdo 0285 del 10 de septiembre de 2020

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 6º 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 1º 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

2.2.0 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.

3. Caso en concreto.

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-593 de 2014.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, se debe abordar como primer aspecto el estudio de los requisitos de procedibilidad de la acción impetrada, que, para el presente asunto, se resumen en dos (2) aspectos, (i) la existencia de otro medio de defensa judicial, conforme al numeral 1 del artículo 6² del Decreto Ley 2591 de 1991, y (ii) que se trate de un derecho constitucional fundamental (artículos 2 y 5 *ibidem*³).

En tal sentido, la procedencia de la acción de tutela está supeditada a que los afectados no dispongan de otro medio de defensa judicial, es decir, que únicamente procede en aquellos eventos en que no exista un mecanismo constitucional o legal diferente que permita solicitar ante los jueces constitucionales la protección de los derechos, salvo que se pretenda evitar la causación de un perjuicio irremediable.

De igual manera, la Corte Constitucional en sentencia T-241 de 20134 indicó:

“La Corte ha manifestado de forma reiterada que 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. En particular, si el mecanismo con que cuenta la persona que considera afectados sus derechos es una acción judicial, desconocer la prevalencia de ésta ‘desfigura el papel institucional de la acción, ignora que los jueces ordinarios tienen la obligación de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y vulnera el debido proceso al convertir los procesos de conocimiento en procesos sumarios’.

Por estas razones, un requisito de procedencia formal de la acción de tutela es que se hayan agotado todas las instancias y recursos en los cuales el afectado hubiera podido solicitar la protección del derecho amenazado o vulnerado. No obstante, la Corte ha establecido dos eventos en los que, reconociendo la existencia de otro medio de defensa judicial, es procedente la acción de tutela. Uno de ellos ocurre cuando se determina que el medio o recurso existente carece de eficacia e idoneidad y, el otro, cuando la tutela se instaura como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

De acuerdo con la anterior pauta jurisprudencial, concluye el Despacho que es imperativo que quien depreca el amparo de un derecho constitucional fundamental haya agotado todos los mecanismos de defensa judicial previstos en el ordenamiento jurídico.

² «...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».

³ «Artículo 2°. Derechos protegidos por la tutela. La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales (...)

Artículo 5°. Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto».

⁴ Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

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.

De la procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos en desarrollo de concursos de méritos

La honorable Corte Constitucional, mediante fallo de tutela T-386 de 2016 de 28 de julio de 2016, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva, respecto de la procedibilidad de la acción de tutela en contra de actos administrativos en el desarrollo de concursos de méritos discurrió:

*“3.6 En conclusión, por regla general la acción de tutela es improcedente contra actos administrativos que se profieran en marco de un concurso de méritos, no obstante, excepcionalmente, procede el amparo cuando (i) se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez concederá la protección transitoria mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto; o cuando (ii) a pesar de que existe un medio defensa judicial, no resulta idóneo o eficaz para conjurar la violación del derecho fundamental invocado. Finalmente, es necesario recordar, que (iii) **el acto que se demande en relación con el concurso de méritos no puede ser un mero acto de trámite, pues debe corresponder a una actuación que defina una situación sustancial para el afectado, y debe ser producto de una actuación irrazonable y desproporcionada por parte de la administración**”.*

(Subraya el Despacho).

Conforme a lo expuesto se advierte que por regla general las acciones de tutela se tornan improcedente frente a los actos proferidos en el desarrollo de un concurso de méritos, sin embargo, aduce la Corte que excepcionalmente procede la acción cuando se demuestre un perjuicio irremediable y cuando a pesar de que existe un medio de defensa judicial no resulta idóneo o eficaz.

No obstante, lo anterior, también se precisó que el acto cuestionado en sede de tutela no puede ser de mero trámite, toda vez que éste debe corresponder a una actuación que defina una situación sustancial para el afectado, es decir que se determine una realidad jurídica que haga posible eventualmente acudir a la acción de tutela para amparar sus derechos, derivado de alguna actuación irrazonable o desproporcionada.

Así las cosas, se tiene que para el caso que nos ocupa los actores pretenden que las autoridades suspendan los efectos del Decreto-Ley 71-20 y el acuerdo 0285 del 10-09-2020 de la C.N.S.C., en cuanto a la convocatoria o proceso de selección de ingreso a DIAN 1461- 2020, en razón a errores en la creación de la convocatoria, sin embargo como se advirtió en líneas precedentes esta actuación

de la administración no está definiendo una situación jurídica para los accionante por lo que la solicitud de los actores debe ser discutida mediante las acciones ordinarias ante la justicia contencioso administrativo.

En este orden de ideas, una vez analizados los argumentos contenidos en la solicitud de amparo, resulta evidente que la controversia planteada podrá resolverse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través del medio de control de nulidad, previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra los actos administrativos cuestionados.

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...”. Es decir, si los medios judiciales ordinarios pueden ser utilizados de manera eficaz, la acción de amparo no es procedente, pues el solicitante tiene a su disposición otro medio ordinario idóneo para la defensa judicial de sus derechos.

Por otra parte, cabe anotar que la acción de tutela en este caso tampoco procede como mecanismo transitorio dado que no se encuentra demostrado un perjuicio de naturaleza irremediable, sobre lo cual es pertinente traer a colación el pronunciamiento de la Corte Constitucional, que en sentencia SU-458 de 19985, precisó:

“En múltiples oportunidades esta Corporación ha indicado que el único perjuicio que habilita la procedencia transitoria de la acción de tutela es aquel que cumple las siguientes condiciones: (1) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (2) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (3) su ocurrencia es inminente; (4) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y (5) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”.

A partir de las anteriores consideraciones, encuentra este estrado judicial que los tutelantes no acreditaron la ocurrencia de alguna de las condiciones señaladas en la precitada jurisprudencia, por tanto, se colige que este no está frente a una situación de apremio o urgencia, en consecuencia, se concluye que las circunstancias propias de este caso no satisfacen los presupuestos legales ni jurisprudenciales para la procedencia del amparo constitucional, razón por la cual, serán negadas en virtud de la improcedencia del medio de control de cumplimiento promovido en este caso.

⁵ Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía.

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,

III. FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE IMPROCEDENTE la acción de tutela, 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

ADL

Firmado Por:

ANTONIO JOSE REYES MEDINA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 025 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **34cb3b7c36d0f54dc7780470fd605031d82a7c05230809fb376540e24a2d1a7c**
Documento generado en 08/03/2021 04:27:19 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>