



PROCESO TUTELA PRIMERA INSTANCIA

RADICACIÓN: 08001-31-03-003-2022-00076-00

ACCIONANTE: NAIRON ANDRÉS MERCADO ARTEAGA CC 1.028.026.989.

ACCIONADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE
IMPUESTOS Y

ADUANAS NACIONALES - DIAN

DERECHO: DERECHO AL TRABAJO.

Barranquilla, veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

I. ASUNTO A TRATAR

Corresponde a este despacho pronunciarse sobre la acción constitucional instaurada por el señor: NAIRON ANDRÉS MERCADO ARTEAGA CC 1.028.026.989, en nombre propio, en contra de UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, la igualdad, derecho al trabajo y al mínimo vital.

II. ANTECEDENTES

En el escrito de la tutela, la parte accionante, narra los siguientes hechos que se sintetizan así:

1. Mediante Resolución No.007375 de fecha 20 de septiembre de 2019, el accionante ingresó a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN, en el Grupo Interno de Trabajo de Persuasiva de la División de Gestión de Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Barranquilla, en calidad de provisional en el cargo denominado GESTOR I Código 301 Grado 01. Mediante Resolución 2789 del 25 de octubre de 2019, fue reubicado en el GIT de Personal de la Dirección Seccional de Impuestos de Barranquilla argumentando necesidades del servicio. La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN en conjunto con la CNSC, mediante acuerdo No. 285 de 2020, convocó al "Proceso de Selección DIAN 1461 de 2020", en la cual se ofertó entre otros cargos el empleo de Gestor III Código 303, Grado 03, - ID 15143 código ficha CT - CR -3006, identificado en la OPEC No. 126534, empleo que se encontraba desempeñando de manera transitoria bajo la modalidad del encargo la funcionaria VIVIANA BARRIOS VILLADIEGO, identificada con cédula de ciudadanía No.32.689.694. Que en desarrollo del proceso de Selección referido, la CNSC expidió la Resolución No. 79 del 12 de enero de 2022, por la cual se conforma y adopta la lista de Elegibles para proveer ciento sesenta y ocho (168) vacantes definitivas, del empleo denominado Gestor III Código 303, Grado 03, identificado en la OPEC No. 126534.

2. El 05 de abril de 2022 el actor puso en conocimiento a la DIAN esta situación ante la posible desvinculación, mediante documento en el que se solicitó “considerar esta situación a fin de efectuar mi reubicación en la planta de personal de la DIAN – UAE, ya que una posible desvinculación afectaría de manera contundente mis condiciones de mínimo vital pues mi salario corresponde a mi única fuente de ingresos.”, solicitud en concordancia con la circular No. 00015 del 14 de diciembre de 2021, modificada por la circular No.003 del 21 de febrero de 2022. El 08 de abril se recibe una respuesta general y lejos de ser de fondo a la solicitud, donde concluyen mencionando lo siguientes:” así como el análisis de las demás situaciones esbozadas en la circular 003 del 21 de febrero de 2022, la permanencia de los servidores públicos estará sujeta al número de vacantes disponibles y su correspondencia frente al nivel jerárquico”.

3. Se encuentra vinculado a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales desde el 25/08/1992, en carrera administrativa, afirma que cumple con los requisitos para el cargo al cual aspiro, tiene experiencia profesional de 30 años vinculada a la DIAN y experiencia relacionada de 3 años como Gestor II cargo al cual aspiro, como administrador de expediente de recursos jurídicos en la División de Recaudo y Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Barranquilla, estuvo encargado desde el primero de junio del 2016 hasta el 25 de julio del 2022 en el cargo de Gestor III, ubicado en el Grupo Interno de Trabajo del Despacho de la División de Recaudo y Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Barranquilla, tal como lo demuestra la certificación laboral con funciones firmada por el Subdirector de Gestión de Personal de la entidad. Actualmente cumpla con los requisitos mínimos exigidos de Estudio y Experiencia Profesional y experiencia relacionada para el cargo de GESTOR II Cód. 302, Grado 02, ofertado mediante OPEC No. 169444. El 21 de junio de 2022 el solicitante fue notificado de la Resolución No. 000735 de fecha 17 de junio de 2022, por medio de la cual se hace el nombramiento en período de prueba en la planta global UAE-DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES y se adoptan otras decisiones, en relación con el empleo Gestor III Código 303, Grado 03, ID 15143 con código de ficha CT - CR-3006, ubicado en la División de Recaudo y Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Barranquilla, empleo que actualmente lo desempeña la funcionaria de carrera VIVIANA BARRIOS VILLADIEGO, identificada con cédula de ciudadanía No 32.689.694, en calidad de encargo, quien debe retornar a su plaza nominal una vez tome posesión el señor PEDRO FABIÁN GENES NEGRETTE, las funciones del empleo de GESTOR I Código 301 Grado 01 del cual es titular, empleo que temporalmente se encontraba desempeñando el actor. En consecuencia, el empleo de GESTOR I Código 301 Grado 01 que se encontraba desempeñando con carácter provisional el suscrito en la Dirección Seccional de Impuestos de Barranquilla de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN, al configurarse el fenómeno de decaimiento administrativo, se declara la pérdida de fuerza de ejecutoria del acto administrativo, por medio del cual fue nombrado en calidad de provisional con Resolución 0007375 de Fecha 20 de septiembre de 2019.

4. El 06 de julio de 2022 el solicitante interpuso recurso de reposición contra la Resolución N. 000735 del 17 de junio de 2022, de acuerdo al artículo 135 del decreto 071 de 2020: “Retiro del empleado vinculado mediante nombramiento provisional. De conformidad con lo previsto en el presente Decreto-ley, el empleado vinculado mediante nombramiento provisional deberá ser retirado del servicio por la autoridad nominadora, en forma motivada. El 25 de julio de 2022 tomó posesión el señor PEDRO FABIAN GENES NEGRETTE del cargo Gestor III Código 303, Grado 03, ID 15143 con código de ficha CT - CR-3006, ubicado en la División de Recaudo y Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Barranquilla, en consecuencia la funcionaria de carrera VIVIANA BARRIOS VILLADIEGO, identificada con cédula de ciudadanía No 32.689.694, retomó su plaza nominal del empleo de GESTOR I Código 301 Grado 01 del cual es titular, empleo que temporalmente se encontraba desempeñando el suscrito. Que como consecuencia de lo descrito en el punto anterior, dicha situación implicó la desvinculación del actor de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN, entidad que argumenta no tener cargos vacantes, lo cual no es cierto, toda vez que ha informado en múltiples ocasiones por medio comunicados a todos los trabajadores, haber reubicado al menos el 74% de trabajadores provisionales afectados por el concurso, y posterior a su desvinculación de la entidad ha nombrado nuevamente a provisionales que fueron desvinculados en la misma fecha. Es imperativo mencionar que el actor es oriundo del municipio de Apartadó Antioquia, y por ocasión al nombramiento provisional se radicó en la ciudad de Barranquilla, en la cual no posee familiares o parientes cercanos, y debido a la desvinculación desde el pasado 24 de julio se le ha dificultado cumplir con los compromisos de pagos de leasing habitacional, alimentación, servicios públicos, recreación y demás necesarios para vivir dignamente, esta situación se puso en conocimiento de la entidad en el recurso de reposición interpuesto el 06 de julio y nunca se recibió respuesta.
5. La desvinculación del empleo GESTOR I Código 301 Grado 01, de la entidad le ocasiona un impacto negativo representado en la afectación al “mínimo vital”.
6. El 30 de junio de 2022 mediante derecho de petición solicitó a la UAE DIAN informarme lo siguiente:
- “1) De la totalidad de trabajadores que se vieron afectados por el proceso de selección DIAN 1461 de 2.020, cuántos se reubicaron bajo el principio de solidaridad y protección del mínimo vital, de acuerdo a lo establecido en el numeral IV y V de la circular 000003 de 2022.”*
- 2) Qué criterios específicos tuvo en cuenta la DIAN para seleccionar los trabajadores reubicados bajo el principio de solidaridad y protección del mínimo vital, de acuerdo a lo establecido en el numeral IV y V de la circular 000003 de 2022.*
- 3) Qué procedimiento adelanto la DIAN para evaluar y comprobar las condiciones específicas de los trabajadores reubicados bajo el principio de solidaridad y protección del mínimo vital, de acuerdo a lo establecido en el numeral IV y V de la circular 000003 de 2022.*

4) Solicito me remitan copias de la totalidad de resoluciones, mediante las cuales se reubicaron funcionarios bajo el principio de solidaridad y protección del mínimo vital, de acuerdo a lo establecido en el numeral IV y V de la circular 000003 de 2022”.

7. El 15 de julio se recibió respuesta transitoria al derecho de petición exponiendo los siguiente: *“Sobre el particular, me permito informarle que se dará respuesta a su petición antes del día 16 de agosto de 2022, en razón a que la información solicitada demanda una búsqueda exhaustiva de los actos administrativos en conjunto con el área de Correspondencia y Notificaciones.”*. el 12 de agosto de 2022 se recibe respuesta de fondo al derecho de petición manifestado: 1) *“Ahora bien, en respuesta a su inquietud, hubo una gran cantidad de funcionarios provisionales que presentaron una afectación en su mínimo vital, la entidad logró salvaguardar un total de 83 vacantes específicamente por las categorías IV y V de la Circular 000003 del 21 de febrero de 2022.”* De acuerdo a lo anterior y realizando una revisión de los soportes aportados por la entidad, se encontraron que, de las 83 personas salvaguardadas por afectación a su mínimo vital, 21 personas cuentan con una antigüedad inferior a la mía dentro de entidad, incumpliendo el orden de prelación predicado por la entidad.
8. Sostiene que, durante la vinculación del suscrito con la UAE DIAN realizó la especialización en la Gestión de la Seguridad y la Salud en Trabajo, estudio que está estrechamente relacionado con su quehacer diario en la División de Talento Humano de la Dirección Seccional de Impuestos de Barranquilla, por lo cual, la entidad lo hizo beneficiario de su programa de auxilios educativos y reintegro el 100% de los costos de este estudio. Al momento, en la planta de la Seccional de Impuesto de Barranquilla no existe otra persona con formación académica, experiencia laboral, con licencia en salud ocupacional vigente que le permita cumplir con la exigencia del manual de cargo FT-GH-1824-GESTOR II TH-GH-3009-SST. Es importante tener en cuenta de uno de los principios que orientan el Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN relacionado en el artículo 3 del decreto 071 de 2020 menciona: *“3.4 La eficacia y eficiencia en la manera de organizar los empleos públicos, de tal forma que los perfiles profesionales se adecuen correctamente a las funciones y competencias determinadas en el Manual Específico de Requisitos y Funciones. “La resolución 0312 de 2019 del Ministerio de Trabajo en su capítulo 3, mediante la cual se describen los estándares mínimos que deben cumplir las entidades y empresas que cuenten con más de 50 trabajadores en su planta, exige como primer estándar la implementación del Sistema de Gestión De Seguridad y Salud en el Trabajo por profesionales que cuenten con licencia en seguridad y salud en el trabajo vigente y curso virtual de 50 horas.*
9. El 18 de agosto de 2022, mediante derecho de petición el suscrito solicitó a la DIAN conocer la cantidad total de vacantes disponibles en la UAE DIAN. El 05 de septiembre de 2022, se recibe respuesta al derecho de petición relacionando las siguientes cantidades de vacantes disponibles a la fecha. (FOLIO 11)

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, el accionante pretende que se le amparen los derechos depuestos, y como consecuencia de ello: “...Ordenar al señor LUIS CARLOS REYES DIRECTOR DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, y/o a quien haga sus veces en el momento de la notificación de la presente Acción de Tutela, designarme funciones como GESTOR I Código 301 Grado 01 y/o otro igual o de superior categoría en la Dirección Seccional de Impuestos de Barranquilla. SEGUNDO: Ordenar el pago retroactivo del tiempo que estuve desvinculado...”

IV. PRUEBAS

La parte actora en su escrito tutelar relaciona como anexos los siguientes:

1. Cédula de ciudadanía de NAIRON ANDRÉS MERCADO ARTEAGA
2. Resolución No. 007375 del 20 de septiembre de 2019, con la cual se me nombra como provisional en el cargo GESTOR I Código 301 Grado 01 en la Dirección Seccional de Impuesto de Barranquilla.
3. Resolución No. 002789 del 25 de octubre de 2019, con la cual me reubican al GIT de Personal en la Dirección Seccional de Impuesto de Barranquilla por necesidades del servicio.
4. Orden de pago mediante la cual hace el reintegro de lo gastado en la especialización de la gestión de la seguridad y la salud en el trabajo
5. licencia de seguridad y salud en el trabajo
6. Circular 00015 del 14 de diciembre de 2021, oficiada por la circular NO.003 del 21 de febrero de 2022, por la cual establecen los lineamientos para salvaguardar provisionales de posibles desvinculaciones
7. Resolución No. 000735 de fecha 17 de junio de 2022, mediante la cual fui desvinculado.
8. Manual de cargo y funciones FT-GH-1824-GESTOR II TH-GH-3009-SST
9. Recurso de reposición contra la resolución 000735 de 2022, interpuesto el 06 de julio de 2022 y nunca recibí respuesta.
10. Respuesta del 13 de agosto de 2022 a derecho de petición mediante la cual la entidad informa que salvaguardo a 83 funcionarios bajo la protección del mínimo vital y soportes de estos.
11. Respuesta del 05 de septiembre de 2022 a derecho de petición, mediante la cual la entidad informa que a la fecha tiene 199 vacantes disponibles.
12. Certificación laboral del 23 de agosto de 2022, donde la entidad certifica que estuve vinculado hasta el 24 de julio de 2022, y mis funciones en el sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo.
14. Resoluciones de trabajadores que fueron reubicados por protección al mínimo vital.
15. Pruebas documentales aportadas por la entidad accionada y por los vinculados.

V. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela se avocó el día 15 de septiembre de 2022, ordenó notificar a las accionadas, y se hace necesario la vinculación de los empleados en calidad de provisionales que fueron amparados por la entidad DIAN, bajo la aplicación de orden de prelación para la reubicación expidió la Circular 00015 de 2021 modificada por la Circular 003 de 2022, para que rindieran un informe si así lo deciden, sobre los hechos depuestos por la parte accionante.

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, a través de JAIME OSWALDO NIETO MEDINA, en su calidad de Jefe de apoderado de la DIAN, informó: *“...De tal manera que la vulneración de los derechos fundamentales, invocados por el accionante, no se ha presentado en este asunto porque el señor NAIRON ANDRÉS MERCADO ARTEAGA ocupaba un cargo, de manera provisional y por el término hasta que se efectuara el nombramiento provisional en período de prueba, circunstancia que acaeció con el concurso que conllevó el nombramiento en periodo de prueba de la persona que superó las etapas del concurso y accedió al empleo por mérito. De lo expuesto se infiere que la actuación de la entidad ha estado enmarcada en la normativa que regula su accionar y en la órbita de su competencia, pues como ya se indicó el nombramiento de personal para prestar servicios en las Entidades pública debe estar precedido de un procedimiento regulado en la ley y no por la simple liberalidad de la administración o respondiendo a intereses subjetivos de las partes – empleador/empleado...”*

MARTHA INÉS JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, en su calidad de vinculada informó. *“...A la fecha estoy vinculada dentro del personal de PLANTA en la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, y ubicada en la Subdirección de Fiscalización Aduanera, con funciones propias del procedimiento de Fiscalización y Liquidación, razón por la cual no es de mi competencia conocer y/o decidir sobre aspectos de vinculación o desvinculación del personal provisional de la entidad...”*

LUZ MARINA REY RODRIGUEZ, en su calidad de vinculada informó: *“...Como vinculada a la presente acción constitucional y con el ánimo de colaborar con el despacho judicial, comedidamente me permito informar señora Jueza, qué de acuerdo con los hechos relatados dentro de la presente Tutela, mi caso no se ajusta al objeto a dirimir, toda vez, qué en primer término, soy funcionaria de planta en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Villavicencio no provisional ni me encuentro actualmente con Encargo. En segundo término, a la fecha no he participado en ninguna de las convocatorias ofertadas por la DIAN, por cuanto fui inadmitida. Por tal razón, estimo que en la presente acción de Tutela al momento de proferirse el correspondiente fallo no se vería afectado o vulnerado ninguno de mis derechos constitucionales o legales de manera alguna. De otra parte, tampoco puedo aportar o coadyuvar con información adicional que pueda resultar de interés para las resultas del proceso...”*

JOSÉ MARIO PÉREZ PIRATOVA, en su calidad de vinculado informó: *“...Frente a los hechos: primero, segundo, cuarto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, décimo primero,*

décimo segundo, décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto, décimo sexto, décimo séptimo, décimo octavo y décimo noveno, no me constan. Frente al hecho tercero, es cierto que mediante acuerdo No. 285 de 2020, convocó al “Proceso de Selección DIAN 1461 de 2020”. No obstante, no me consta que el empleo de Gestor III Código 303, Grado 03, lo estuviese desempeñando de manera transitoria bajo la modalidad del encargo la funcionaria VIVIANA BARRIOS VILLADIEGO, identificada con cédula de ciudadanía No.32.689.694. Y finalmente, frente al hecho quinto, es cierto que se expidió la CIRCULAR No. 00015 DEL 14 DE DICIEMBRE DE 2021, MODIFICADA POR EL CIRCULAR NO.003 DEL 21 DE FEBRERO DE 2022...”

GLORIA PATRICIA VALENCIA M, en su calidad de vinculada informó: *“...A la fecha estoy vinculada dentro del personal de PLANTA en la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, y ubicada en la Coordinación de Soporte Técnico al Usuario de la Subdirección de Gestión de Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones, con funciones propias del procedimiento de tecnología, razón por la cual no es de mi competencia conocer y/o decidir sobre aspectos de vinculación o desvinculación del personal provisional de la entidad...”*

SANDRA MILENA MUÑOZ HERNANDEZ, en su calidad de vinculada informó: *“...En cumplimiento al auto mediante el cual se avoca conocimiento de la acción de tutela del asunto y se vincula a empleados de la DIAN para que se pronuncien sobre los hechos expuestos por la parte accionante, el cual me fue notificado el día 19 de septiembre de 2022, me permito informar que actualmente soy funcionaria de carrera de la DIAN en el cargo de facilitador IV; sin embargo, debido a que supere las pruebas de la convocatoria 1461 de 2022 me encuentro vinculada en periodo de prueba en el cargo Gestor III de la División Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Ibagué, con funciones propias del cargo...”*

VIVIANA ANDREA GRANDA LEDESMA, en su calidad de vinculada informó: *“...Es de aclarar que los hechos contenidos en la acción de tutela no me involucran específicamente con la presunta vulneración a los derechos fundamentales invocados por el accionante. Así mismo fui nombrada en el cargo Analista V en provisionalidad mediante resolución 005148 del 24 de junio de 2022, resolución que fue corregida por error formal mediante Resolución 007099 de 5 de agosto de 2022. Mi nombramiento obedeció al cumplimiento de los criterios establecidos por la Dian para ocupar el cargo...”*

JUAN CARLOS TARQUINO ORJUELA, en su calidad de vinculado informó: *“...En lo que tiene que ver con el caso puntual del señor MERCADO ARTEAGA, declaro que no conozco al señor, ni a las personas involucradas directamente, ni los detalles del caso. Con respecto al tema general, mi caso es el siguiente: en septiembre de 2013 tomé posesión del cargo Inspector II código 306 grado 06-ID 1739- el cual desempeñé bajo la modalidad de incorporación temporal hasta el 27 de junio de 2016, fecha en la cual lo empecé a desempeñar bajo la modalidad de incorporación en provisionalidad. El empleo fue ofertado dentro del proceso de selección DIAN 1461 de 2020. El 12 de enero de 2022 la DIAN expidió la Resolución 78 por la cual se conforma y adopta la lista de elegibles. El 15 de julio de 2022, mediante resolución 1128 se efectuó el nombramiento de la persona que ocupa el cargo Inspector II código 306 grado 06-ID 1739-. A partir de la fecha de posesión de esa persona, yo ocupé el cargo Inspector II código 306 grado 06-ID 1235-. Según la mencionada resolución, se actuó dentro de los criterios de priorización*

establecidos mediante circular 003 del 21 de febrero de 2022 que modificó su similar 015 del 24 de diciembre de 2021. En estos momentos me encuentro vinculado a la “Coordinación de Fiscalización y Liquidación Tributaria Intensiva otros sectores de la economía, de la Subdirección Operativa de Fiscalización y Liquidación de la Dirección Operativa de Grandes Contribuyentes. Aclaro entonces que no es de mi competencia conocer y/o decidir sobre aspectos de vinculación o desvinculación del personal provisional de la entidad...”

ADIELA DE JESUS SALAZAR BOLAÑOS, en su calidad de vinculado informó: “...Es de aclarar que los hechos contenidos en la acción de tutela no me involucran específicamente con la presunta vulneración a los derechos fundamentales invocados por el accionante. Así mismo en el momento me encuentro ejerciendo el cargo del cual era titular como Analista IV. Mi nombramiento obedeció al cumplimiento de los criterios establecidos por la Dian por decaimiento del acto administrativo así: Según resolución 000481 del 28 de abril de 2022 entre otras señala: ... “Que el empleo que se provee en forma definida mediante nombramiento en periodo de prueba, actualmente lo desempeña la Señora ADIELA DE JESU SALAZAR BOLAÑOS identificada con la cedula de ciudadanía No. 25.394.727 en calidad de encargo. Por lo anterior y una vez tome posesión la señora BLANCA MIREYA GUZMAN CHAVES, se evidencia que se cumple la condición resolutoria a la cual se encuentra sujeto el acto administrativo, que consiste en que la duración de los encargos será hasta que los empleos objeto de estos se provean de manera definitiva, con ocasión de la realización de un concurso de méritos...”

GEYDY ILVIRA ROJAS, en su calidad de vinculada informó: “...Por medio de la presente y de manera respetuosa, dando respuesta al proceso de tutela primera instancia, radicado No. 08001-31-03-003-2022-00076-00, me permito informar que, bajo mi condición de funcionaria pública, de la UAE – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, mediante la Resolución No. 000247 del 28 de abril de 2022, fui reubicada en el empleo Analista III Código 203 Grado 03 – ID 4124, en el despacho de la División de Fiscalización y Liquidación Tributaria Intensiva, de la Seccional de impuestos de Cali, como materialización del principio de solidaridad y protección al derecho fundamental al mínimo vital del cual se beneficia mi madre gracias a mis ingresos y derecho a un trabajo digno para mí, de acuerdo a lo que demanda el Artículo 25 de la Constitución Nacional. En ese sentido actualmente estoy gozando de mi derecho y me siento satisfecha de seguir vinculada a la entidad. Reitero mi complacencia y me siento inmensamente agradecida ya que este trabajo representa mi sustento y el de mi señora madre, GALIDIA DEL CARMEN ROJAS CANO, C.C. 25.036.220, la cual cuenta con 62 años. Mi madre, no percibe pensión de vejez, ni con ningún otro sustento económico que le ayude a suplir sus necesidades básicas de alimentación y salud, esto último se puede evidenciar en el historial de salud de mi madre, quien siempre ha sido beneficiaria de mis aportes al sistema de seguridad social y dependiente económica de mis ingresos...”

CARLOS ANDRÉS RODRÍGUEZ DÍAZ, en su calidad de vinculado informó: “...Respecto al resumen preliminar, me permito informar señora juez, que no me constan sobre los hechos personales y laborales narrados en este acápite, y no me corresponde negar o afirmar su ocurrencia. No obstante, es pertinente poner de presente al juzgado que según consta en la resolución 005148 de 24 de junio de 2022, aportada por el actor con la demanda y que obra en la página 540 a 547 del archivo rotulado “02202276EscritoTutela” del expediente digital, desde el 5 de noviembre del año 2008 soy funcionario de carrera administrativa titular del empleo

GESTOR II CÓDIGO 302 GRADO 02 de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Popayán, cargo que no guarda relación con el que reclama el accionante ni tampoco me encuentro vinculado en provisionalidad...”

PAULA ANDREA VICTORIA HURTADO, en su calidad de vinculada señaló: *“...Es de aclarar que los hechos contenidos en la acción de tutela no me involucran específicamente con la presunta vulneración a los derechos fundamentales invocados por el accionante. Así mismo fui nombrada en el cargo Analista IV en provisionalidad mediante resolución 000481 del 28 de abril de 2022. Mi nombramiento obedeció al cumplimiento de los criterios establecidos por la Dian para ocupar el cargo...”*

ANDRÉS MAURICIO RODRÍGUEZ WILCHES, en su calidad de vinculado manifestó que ninguno de los hechos narrados dentro de la acción de tutela no le constan, por lo tanto, solicita ser desvinculado de esta.

DIEGO FERNANDO GARCES ORDOÑEZ, en su calidad de vinculado intervino en los siguientes términos: *“...Este fallo se debe tenerse en cuenta como un precedente, toda vez que mi situación es la misma en cuanto a los supuestos de hecho y derecho, ya que como bien lo manifesté en su oportunidad acredite mi condición especial de estabilidad reforzada cabeza de familia, pero la respuesta por parte del funcionario competente de la Dian Dr. Jaime Ricardo Saavedra Patarroyo Subdirector de Personal y del Empleo Público reitero es que se me reconoce la condición especial pero no hay vacantes...”*

SERGIO ANDRÉS GAMBOA RODRÍGUEZ, en su calidad de vinculado manifestó que ninguno de los hechos narrados dentro de la acción de tutela no le constan, por lo tanto, solicita ser desvinculado de esta.

JUAN MANUEL OSORIO GARCÍA, en su calidad de vinculado señaló: *“...En tratándose de una situación particular y concreta sobre una presunta vulneración a los derechos fundamentales de una determinada persona, es oportuno indicar que, no me asiste asidero para pronunciarme de fondo sobre los hechos esbozados en la Tutela, ni mucho menos lo será, pretender formular o controvertir las pretensiones. En ese orden de ideas, es pertinente manifestar que, es la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, quien estará legitimada para emitir concepto sobre el cumplimiento de las normas de orden constitucional y legal en el asunto sub judice. Ahora bien, a manera de labor informativa vale la pena señalar que, las decisiones administrativas que tomó la Entidad con relación a los funcionarios vinculados en el proceso, fue atendiendo los principios constitucionales y lineamientos jurisprudenciales dispuestos mediante la Circular 000003 del 21 de febrero de 2022 que modificó su similar 000015 del 24 de diciembre de 2021 y estableció los criterios de priorización para seleccionar a los servidores públicos a proteger por este concepto como materialización del principio de solidaridad...”*

PEDRO FABIAN GENES NEGRETTE, en su calidad de vinculado comunicó: *“...que efectivamente el día 25 de julio de 2022, tome posesión ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales seccional Barranquilla, ocupando el cargo de Gestor III código 303, grado*

03. *Este derecho me lo gane, luego de haber ganado un concurso de mérito número 1461 de 2022, y haber terminado cada una de las etapas del concurso...*"

JUAN CARLOS CABAS RODRIGUEZ, en su calidad de vinculado anunció: *"...En el mismo sentido queda de presente que no he sido beneficiado por las reubicaciones realizadas por la DIAN con ocasión de los nombramientos y posesiones devenidos con el Proceso de Selección DIAN N° 1461 de 2020, pues como ya expuse, al igual que al accionante también veo afectado mi derecho fundamental al mínimo vital pero las directivas de la Entidad no dieron viabilidad a mi solicitud. Así las cosas, en este momento me encuentro desempeñando funciones como titular en el cargo que por carrera administrativa ostento desde hace más de 10 años, el cual es Gestor II..."*

ISBELIA RAMIREZ ORTIZ, en su calidad de vinculado depuso lo siguiente: *"...En tratándose de una situación particular y concreta sobre una presunta vulneración a los derechos fundamentales de una determinada persona, es oportuno indicar que, no me asiste asidero para pronunciarme de fondo sobre los hechos esbozados en la Tutela, ni mucho menos lo será, pretender formular o controvertir las pretensiones. En ese orden de ideas, es pertinente manifestar que, es la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, quien estará legitimada para emitir concepto sobre el cumplimiento de las normas de orden constitucional y legal en el asunto sub judice. Ahora bien, a manera de labor informativa vale la pena señalar que, las decisiones administrativas que tomó la Entidad con relación a los funcionarios vinculados en el proceso, fue atendiendo los principios constitucionales y lineamientos jurisprudenciales dispuestos mediante la Circular 000003 del 21 de febrero de 2022 que modificó su similar 000015 del 24 de diciembre de 2021 y estableció los criterios de priorización para seleccionar a los servidores públicos a proteger por este concepto como materialización del principio de solidaridad. En ese orden de ideas, es dable afirmar que, desde este ámbito no existe manera para endilgar responsabilidad de mi parte en la posible vulneración o amenaza de los derechos invocados y objeto de controversia en el proceso de la referencia. No obstante, solicito respetuosamente al Juez proceda a hacerme parte de este, en aras de que en las posibles actuaciones futuras pueda hacer valer mis razones y argumentos en caso de verme afectado de manera negativa..."*

JUAN MANUEL OSORIO GARCÍA, en su calidad de vinculado informo: *"...En tratándose de una situación particular y concreta sobre una presunta vulneración a los derechos fundamentales de una determinada persona, es oportuno indicar que, no me asiste asidero para pronunciarme de fondo sobre los hechos esbozados en la Tutela, ni mucho menos lo será, pretender formular o controvertir las pretensiones. En ese orden de ideas, es pertinente manifestar que, es la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, quien estará legitimada para emitir concepto sobre el cumplimiento de las normas de orden constitucional y legal en el asunto sub judice. Ahora bien, a manera de labor informativa vale la pena señalar que, las decisiones administrativas que tomó la Entidad con relación a los funcionarios vinculados en el proceso, fue atendiendo los principios constitucionales y lineamientos jurisprudenciales dispuestos mediante la Circular 000003 del 21 de febrero de 2022 que modificó su similar 000015 del 24 de diciembre de 2021 y estableció los criterios de priorización para seleccionar a los servidores públicos a proteger por este concepto como materialización del principio de solidaridad. En ese orden de*

ideas, es dable afirmar que, desde este ámbito no existe manera para endilgar responsabilidad de mi parte en la posible vulneración o amenaza de los derechos invocados y objeto de controversia en el proceso de la referencia. No obstante, solicito respetuosamente al Juez proceda a hacerme parte de este, en aras de que en las posibles actuaciones futuras pueda hacer valer mis razones y argumentos en caso de verme afectado de manera negativa..."

VI. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿Las accionadas UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, ha vulnerado derechos fundamentales al debido proceso administrativo, igualdad, el mérito como principio constitucional para el acceso a los cargos públicos, principio de la confianza legítima y al trabajo del señor NAIRON ANDRÉS MERCADO ARTEAGA, al no reubicarlo, en provisionalidad, protegiendo su mínimo vital?

VII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 y 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1.991 y 1382 del 2.000, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

VIII. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 13, 25, 86, 125 de la Carta Política, Decreto 2591 de 1991, Ley 909 de 2004, Decreto 1227 de 2005, Decreto 760 de 2005, Ley 190 de 1995; sentencias, SU-133 de 1998, C-040 de 1995, SU-913 de 2009, SU-446 de 2011, SU-133 de 1998, SU- 446 de 2011, entre otras.

IX. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario 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 la solicitante.

EL DERECHO DE PETICIÓN

El artículo 23 de la Constitución Política consagra el derecho que tienen todas las personas a presentar peticiones respetuosas por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. En desarrollo del texto superior, la Ley 1755 de 2015, reguló todo lo concerniente al derecho fundamental de petición, en los términos señalados en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

La normatividad anterior consagra dos premisas:

- 1- *Presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivo de interés general o particular, y*
- 2- *Obtener pronta resolución de sus peticiones.*

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional, verbigracia sentencias T-487 de 2017 y T-077-18 se ha referido al derecho de petición, precisando que el contenido esencial de este derecho comprende: (i) la posibilidad efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; (ii) la respuesta oportuna, esto es, dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, con independencia de que su sentido sea positivo o negativo; (iii) una respuesta de fondo o contestación material, lo que implica una obligación de la autoridad a que entre en la materia propia de la solicitud, según el ámbito de su competencia, desarrollando de manera completa todos los asuntos planteados (plena correspondencia entre la petición y la respuesta) y excluyendo fórmulas evasivas o elusivas.

En sentencia C-418 de 2017, la Corte reiteró que el ejercicio del derecho de petición se rige por las siguientes reglas y elementos de aplicación:

“1) El de petición es un derecho fundamental y resulta determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa.

2) Mediante el derecho de petición se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos de acceso a la información, la libertad de expresión y la participación política.

3) La respuesta debe satisfacer cuando menos tres requisitos básicos: (i) debe ser oportuna, es decir, debe ser dada dentro de los términos que establezca la ley; (ii) la respuesta debe resolver de

fondo el asunto solicitado. Además de ello, debe ser clara, precisa y congruente con lo solicitado; y (iii) debe ser puesta en conocimiento del peticionario.

4) La respuesta no implica necesariamente la aceptación de lo solicitado, ni se concreta necesariamente en una respuesta escrita.

5) El derecho de petición fue inicialmente dispuesto para las actuaciones ante las autoridades públicas, pero la Constitución de 1991 lo extendió a las organizaciones privadas y en general, a los particulares.

6) Durante la vigencia del Decreto 01 de 1984 el término para resolver las peticiones formuladas fue el señalado por el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo, que señalaba un término de quince (15) días para resolver, y en los casos en que no pudiese darse la respuesta en ese lapso, entonces la autoridad pública debía explicar los motivos de la imposibilidad, señalando además el término en el que sería dada la contestación.

7) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. En sentido concurrente, el silencio administrativo es prueba de la violación del derecho de petición.

8) La falta de competencia de la entidad ante quien se plantea el derecho de petición no la exonera del deber de responder.

9) La presentación de una petición hace surgir en la entidad, la obligación de notificar la respuesta al interesado”.

La Corte ha expresado que una respuesta es suficiente cuando resuelve materialmente la petición y satisface los requerimientos del solicitante, sin perjuicio, que la respuesta sea negativa a las pretensiones del peticionario; es efectiva si la respuesta soluciona el caso que se plantea (artículos 2, 86 y 209 de la C.P.); y es congruente si existe coherencia entre lo respondido y lo pedido, de tal manera que la solución a lo pedido verse sobre lo preguntado y no sobre un tema semejante o relativo al asunto principal de la petición, sin que se excluya la posibilidad de suministrar información adicional que se encuentre relacionada con la petición propuesta.

Así pues, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, la respuesta que se dé al peticionario debe cumplir, a lo menos, con los siguientes requisitos: (i) ser oportuna; (ii) resolver de fondo, en forma suficiente, efectiva y congruente con lo solicitado; (ii) ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

Ahora bien, respecto del derecho de petición en tutela, la Corte mediante la sentencia T-903 de 2014 indicó que:

“(…) la jurisprudencia constitucional ha entendido que cuando se trata de salvaguardar el derecho fundamental de petición, el ordenamiento jurídico no prevé un medio de defensa judicial idóneo ni eficaz distinto de la acción de tutela, motivo por el cual quien resulte afectado por la vulneración de este derecho puede acudir directamente a la acción de amparo constitucional”.

De este modo, se tiene que, no existiendo otro instrumento judicial para proteger el derecho de petición, por tratarse de un derecho fundamental cuya aplicación es inmediata, el mecanismo más adecuado es la acción de tutela.

EL PRESUPUESTO DE SUBSIDIARIEDAD

De acuerdo con la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario. Ésta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

En reiterados pronunciamientos de la Corporación, se ha manifestado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir, procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración. Sobre el particular, en la sentencia T-753 de 2006 la Corte precisó:

“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.”

Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005, la Corte indicó:

“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 cómo 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.”

Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley.

No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia constitucional ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o no son lo adecuadamente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así lo sostuvo la Corte en la Sentencia SU-961 de 1999¹ y reiterado recientemente en la sentencia T-405-2018, al considerar que:

“En cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate.”

MARCO PROCEDIMENTAL EN EL QUE SE DESARROLLA EL CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS PARA PROVEER CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

La Constitución de 1991, con las salvedades que ella misma indica, ha hecho del sistema de carrera el general y obligatorio para la provisión de cargos al servicio del Estado en todas sus ramas y órganos, para el ascenso dentro de la jerarquía de cada uno de ellos, para la permanencia de los empleados y para el retiro del servicio público.

Lo que procura el orden jurídico mediante la exigencia de que se aplique el sistema de carrera y no la preferencia caprichosa del nominador en la selección, promoción y salida del personal que trabaja para el Estado, es por una parte la realización del principio constitucional de estabilidad en el empleo, por otra, la escogencia de los mejores servidores, en busca de la excelencia como meta esencial del servicio público, y, desde luego, el señalamiento del mérito como criterio fundamental que oriente a los directivos estatales acerca de la selección de quienes habrán de laborar en dicho servicio en sus distintas escalas².

Así las cosas, se tiene entonces que la carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. El sistema de carrera administrativa se rige por los

¹ Corte constitucional, Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

² Sentencia SU-133 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

principios de igualdad de oportunidades, selección por mérito, y el alto grado de motivación.

En este sentido, el artículo 125 de la Constitución establece el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración. Éste consiste en que el Estado debe contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, 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 pública³. Igualmente, el mismo precepto establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público. En los términos de este artículo: *“Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.”*

El concurso público de méritos, según la Sentencia SU-133 de 1998:

“...es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole.

La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado.”

Dada la importancia del concurso público, son de suma importancia las diversas etapas que se deben agotar en él, pues en las diversas fases de éste, se busca observar y garantizar los derechos y los principios fundamentales que lo inspiran, entre otros, los generales del artículo 209 de la Constitución Política y los específicos del artículo 2 de la Ley 909 de 2004.

La sentencia C-040 de 1995, reiterada en la SU-913 de 2009 y en la SU-446 de 2011, explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Así:

1. *Convocatoria. Es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. (Subrayas fuera de texto).*

2. *Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.*

3. *Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como*

³ Sentencia SU- 446 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.

5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.

Respecto al procedimiento que se debe seguir en cada etapa del proceso de concurso público de méritos, el Decreto 1227 de 2005, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004, establece lo siguiente: Corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil elaborar y suscribir las convocatorias a concurso, con base en las funciones, los requisitos y el perfil de competencias de los empleos definidos por la entidad que posea las vacantes, de acuerdo con el manual específico de funciones y requisitos⁴.

El aviso de convocatoria se debe publicar con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles a la fecha de iniciación de las inscripciones, en un lugar de fácil acceso al público de la entidad para la cual se realiza el concurso, de la gobernación y de alcaldía respectivas y en las páginas web de las mismas, si las hubiere, de la Comisión Nacional del Servicio Civil, del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la entidad contratada para la realización del concurso.

Las inscripciones a los concursos se deben efectuar ante las entidades que se hayan contratado para adelantarlos. Dicha inscripción se hará dentro del término previsto en la convocatoria o en el aviso de modificación, si lo hubiere, durante las horas laborales señaladas en la convocatoria que no podrán ser inferiores a cuatro (4) diarias. Con base en el formulario de inscripción y en la documentación aportada, se elaborará la lista de admitidos y no admitidos, indicando en este último caso los motivos de su no admisión. La lista deberá ser publicada en la página web de la entidad que realiza el concurso y en lugar visible de acceso a ella, en la fecha prevista para el efecto en la convocatoria y permanecerá allí hasta la fecha de aplicación de la primera prueba.

⁴ Artículo 13 del Decreto 1227 de 2005.

Las pruebas pueden ser orales, escritas, de ejecución, análisis de antecedentes, entrevistas, evaluación final de cursos y otros medios técnicos que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad con parámetros de calificación previamente determinados. En los concursos se aplicarán mínimo dos pruebas, una de las cuales será escrita o de ejecución, dependiendo de la naturaleza de las funciones de los empleos a proveer. El valor de cada prueba respecto del puntaje total del concurso será determinado en la convocatoria.

Los resultados de cada prueba se consignarán en informes firmados por el responsable de adelantar el proceso de selección o concurso y por el responsable de adelantar cada prueba, los cuales serán publicados, en la medida en que se vayan produciendo, en las páginas web y en carteleras visibles al público de la entidad para la cual se realiza el concurso y de la que lo realiza. Dentro de un término no superior a cinco (5) meses contados a partir de la fecha de publicación de la convocatoria, con base en los resultados del concurso, la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad que adelantó el concurso, elaborará la lista de elegibles para los empleos objeto del concurso. La lista deberá ser divulgada a través de las páginas web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de la entidad para la cual se realizó el concurso y de la entidad que lo realizó, así como en sitios de acceso al público de estas últimas entidades.

El artículo 14 del Decreto 760 de 2005, establece que: *“...dentro de los 5 días siguientes a la publicación de la lista de elegibles, la Comisión de Personal de la entidad u organismo interesado en el proceso de selección o concurso podrá solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la exclusión de la lista de elegibles de la persona o personas que figuren en ella, cuando haya comprobado cualquiera de los siguientes hechos: i) fue admitida al concurso sin reunir los requisitos exigidos en la convocatoria.”*

Siguiendo con el procedimiento del concurso público de méritos, el Decreto 1227 de 2005, consagra que: *“En firme la lista de elegibles, la Comisión Nacional del Servicio Civil enviará copia al jefe de la entidad para la cual se realizó el concurso, para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles y en estricto orden de mérito se produzca el nombramiento en período de prueba en el empleo objeto del concurso, el cual no podrá ser provisto bajo ninguna otra modalidad, una vez recibida la lista de elegibles.”*

La persona no inscrita en la carrera que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba por un término de seis (6) meses.

Aprobada esta etapa del proceso, procede lo establecido en el artículo 18 del Decreto 760 de 2005, en el sentido que: *“producido el nombramiento o el encargo en un empleo de carrera sin el cumplimiento de los requisitos exigidos para su ejercicio, la autoridad nominadora, realizará una audiencia con el presunto afectado en la cual este podrá ejercer el derecho de defensa y de contradicción. Comprobados los hechos, el nombramiento o el encargo deberá ser revocado.”*

Frente a este mismo supuesto, el artículo 5° de la Ley 190 de 1995 consagra que: *“en caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción.”*

Por último, el Decreto 1227 de 2005, en su artículo 36 consagra que, aprobado el periodo de prueba, el empleado adquiere los derechos de carrera administrativa. En palabras de la norma: *“Aprobado dicho período por obtener calificación satisfactoria en el ejercicio de sus funciones, el empleado adquiere los derechos de carrera y deberá ser inscrito en el Registro Público de la Carrera Administrativa.”*

Si no lo aprueba, una vez en firme la calificación, su nombramiento deberá ser declarado insubsistente por resolución motivada del nominador.

Dentro de este contexto, es indiscutible que la institucionalización e implementación del régimen de carrera busca garantizar la más alta idoneidad de los funcionarios y servidores públicos, la excelencia en la administración pública para el logro de los fines esenciales y objetivos del Estado constitucional de Derecho, como el servicio a la comunidad, la satisfacción del interés general y la efectividad de los principios, valores, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, contribuyendo a evitar los vicios del clientelismo, favoritismo y el nepotismo, y contribuyendo así mismo a la modernización y racionalización del Estado.

De lo anterior, también se colige que el concurso público de méritos, que inspira el sistema de carrera administrativa, está compuesto por diversas etapas que buscan garantizar los derechos y principios fundamentales que la orientan, por lo que, a las entidades públicas, en todas las fases del proceso, no le es dado variarlas, por cuanto se afectarían principios básicos de nuestra organización, los derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular.

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que el señor NAIRON ANDRÉS MERCADO ARTEAGA, en nombre propio, hace uso del presente trámite constitucional de la referencia, en contra de UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, derecho al trabajo y al mínimo vital.

Lo anterior, en ocasión a que manifestó que el 05 de abril de 2022, puso en conocimiento a la DIAN esta situación ante la posible desvinculación, mediante documento en el que se solicitó *“considerar esta situación a fin de efectuar mi reubicación en la planta de personal de la DIAN - UAE, ya que una posible desvinculación afectaría de manera contundente sus condiciones de mínimo vital pues su salario corresponde a su única fuente de ingresos.”*, solicitud en concordancia con la circular No. 00015 del 14 de diciembre de 2021, modificada por la circular No.003 del 21 de febrero de 2022. en

consecuencia, el empleo de GESTOR I Código 301 Grado 01 que se encontraba desempeñando con carácter provisional el suscrito en la Dirección Seccional de Impuestos de Barranquilla de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN, al configurarse el fenómeno de decaimiento administrativo, se declara la pérdida de fuerza de ejecutoria del acto administrativo, por medio del cual fue nombrado en calidad de provisional con Resolución 0007375 de Fecha 20 de septiembre de 2019.

Como consecuencia de lo descrito en el punto anterior, dicha situación implicó la desvinculación del accionante de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN, entidad que argumenta no tener cargos vacantes, enunciado que controvierte, toda vez que la entidad accionada ha informado en múltiples ocasiones por medio comunicados a todos los trabajadores, haber reubicado al menos el 74% de trabajadores provisionales afectados por el concurso, y posterior a su desvinculación de la entidad ha nombrado nuevamente a provisionales que fueron desvinculados en la misma fecha.

Al respecto la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, arguyó que no se ha presentado la vulneración de los derechos fundamentales, invocados por el accionante, porque el señor NAIRON ANDRÉS MERCADO ARTEAGA ocupaba un cargo, de manera provisional y por el término hasta que se efectuara el nombramiento provisional en período de prueba, circunstancia que acaeció con el concurso que conllevó el nombramiento en período de prueba de la persona que superó las etapas del concurso y accedió al empleo por mérito. De lo expuesto se infiere que la actuación de la entidad ha estado enmarcada en la normativa que regula su accionar y en la órbita de su competencia, pues como ya se indicó el nombramiento de personal para prestar servicios en las Entidades pública debe estar precedido de un procedimiento regulado en la ley y no por la simple liberalidad de la administración o respondiendo a intereses subjetivos de las partes - empleador/empleado.

Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, este despacho estudiará si el caso en concreto supera el requisito de subsidiariedad.

En este sentido y teniendo en cuenta lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional en la materia, la acción de tutela procede de forma excepcional contra actuaciones proferidas dentro de concursos públicos de méritos, siempre y cuando no se haya emitido lista de elegibles, caso contrario en el cual resulta improcedente el amparo, ante la existencia de situaciones consolidadas y derechos adquiridos por cada uno de los concursantes designados en cargos de carrera.

En el caso de marras, se puede observar que la Resolución No 000735 del 17 de junio de 2022, está debidamente motivada y en concordancia con la normatividad correspondiente, asimismo, es de reiterar que se le otorgó a NAIRON ANDRÉS

MERCADO ARTEAGA el recurso de reposición frente a la Resolución de desvinculación, sin que a la fecha exista decisión administrativa por parte de la accionada, según el informe rendido se encuentra en validación y revisión por parte de la Dirección de Gestión Corporativa.

En la Resolución N. 000735 del 17 de junio de 2022, la finalidad del acto está amparada y demostrada en la ley, correspondiendo a un nombramiento en período de prueba y a un retiro del servicio en desarrollo de un proceso de selección de mérito, por lo tanto, la decisión aún no está en firme ante la interposición del recurso de reposición, no desatada

Por último, en cuanto a la afectación al mínimo vital que expone el exfuncionario, y que constituye otro de los argumentos en los que basa su recurso, no hay lugar a dilucidar esa situación en el presente acto por las razones expuestas, y en consideración a que la pluralidad de servidores públicos en situación de protección al mínimo vital supera el número de vacantes disponibles en la planta de personal de la entidad, la DIAN, atendiendo los principios constitucionales y lineamientos jurisprudenciales mediante la Circular 000003 del 21 de febrero de 2022 que modificó su similar 000015 del 24 de diciembre de 2021, estableció los criterios de priorización para seleccionar a los servidores públicos a proteger por este concepto como materialización del principio de solidaridad y de protección al derecho fundamental en mención, y una vez aplicados estos, en particular el contenido en el numeral 3 de la Circular en mención.

El señor NAIRON ANDRÉS MERCADO ARTEAGA, identificado con cédula de ciudadanía N° 1.028.026.989 no resultó seleccionado, sin que se hubiere acreditado condiciones especiales que ameriten la intervención constitucional verbigracia, como el padecimiento de una enfermedad grave, una discapacidad, ostentar la calidad de pre-pensionable, estar en proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral etc., resulta insuficiente, para obtener el amparo constitucional deprecado la acreditación de existencia de obligaciones crediticias, para sustentar la afectación del mínimo vital y el desconocimiento del principio a la igualdad, cuando los enunciados emitidos por el solicitante fueron generales, respecto de la antigüedad y no se documentó caso de otra empleado reubicado en similares circunstancias a la del actor para aplicar el test de igualdad.

Frente a la pretensión puntual de que se declare la nulidad de la Resolución N. 000735 del 17 de junio de 2022, y por ende, se deje sin efectos la misma, considera el Despacho que la acción de tutela no está llamada a prosperar, toda vez que esta acción no puede entrar a sustituir o desplazar primero a la autoridad administrativa que debe desatar el recurso, ni está llamada a desplazar al juez natural del litigio, ya que nos encontramos ante la existencia de otro medio de defensa judicial al alcance del actor, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual constituye una vía adecuada, efectiva y eficiente para obtener el amparo de los derechos fundamentales considerados como vulnerados, donde puede controvertir lo referente al acto

administrativo promulgado, mediante el cual se efectuó un nombramiento en propiedad, con la posibilidad de solicitar medidas cautelares.

En este orden de ideas, la orden de retiro del accionante en el cargo que ocupaba era previsible, incluso desde el momento en que fue concedor de la Convocatoria N° 1461 de 2020 desplegada por la DIAN mediante acuerdo N° 285 del 10 de septiembre de 2020, a través de la cual se ofertó el empleo que desempeñaba en encargo la titular del cargo que este desarrollaba en provisionalidad, entre otros; por lo que no puede decirse que la decisión contenida en el acto administrativo proferido resulte ilegal o injusta.

Así las cosas, evidencia este despacho, una vulneración al debido proceso por cuanto la accionada no ha desatado el recurso de reposición interpuesto el 06 de julio de 2022, por la parte accionante, contra la Resolución N. 000735 del 17 de junio de 2022, ante el desconocimiento los plazos legales previstos en los artículo 79 y 80 de la ley 1437 de 2011, el cual se amparará y se ordenará se desate el recurso horizontal en el término de cuarenta y ocho (48) horas.

Aunado a lo anterior, se itera la improcedencia respecto de la solicitud de suspensión de los efectos del artículo 5 de la Resolución No. 000735 de fecha 17 de junio de 2022, por no estar cumplido los supuestos de residualidad y subsidiariedad.

X. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de las circunstancias fácticas y jurídicas que dieron lugar al ejercicio de la presente acción, tomando en cuenta la jurisprudencia previamente enunciada, y las consideraciones particulares de la situación puesta en conocimiento de esta agencia judicial, se concederá el amparo del derecho solicitado por la accionante, respecto del debido proceso a fin que se resuelva el recurso de reposición impetrado el 6 de julio de 2022 y se declarará improcedente el amparo deprecado respecto de la solicitud de suspensión de la resolución 000735 de fecha 17 de junio de 2022, al no demostrarse la existencia de vulneración concreta del derecho a la igualdad, al no demostrarse en concreto circunstancias que exijan la aplicación de acciones de discriminación positiva por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso del señor NAIRON ANDRÉS MERCADO ARTEAGA CC 1.028.026.989, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.
2. ORDENAR al DIRECTOR GENERAL DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, o

quien haga sus veces, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, posteriores a la notificación del presente fallo proceda a resolver de fondo el recurso de reposición impetrado por la parte actora el día 6 de julio de 2022 en contra de la Resolución No. 000735 de fecha 17 de junio de 2022, por la cual se efectuó un nombramiento en periodo de prueba y se declare la pérdida de fuerza ejecutoria del nombramiento con carácter provisional.

3. DECLARAR la improcedencia, de la presente acción constitucional, impetrada por el señor NAIRON ANDRÉS MERCADO ARTEAGA CC 1.028.026.989, en nombre propio, en contra de UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, respecto de los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo y al mínimo vital y su pretensión de dejar sin efectos la Resolución N. 000735 del 17 de junio de 2022, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
4. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
5. En caso de no ser impugnado el presente fallo, por secretaria envíese a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Una vez sea devuelta, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA