



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
Sala de Decisión Penal

RAD: 08758310700040230005201

RAD INT: 2023-00724-T

Accionante: Pablo Alfonso Prada Flórez

Accionado: Dirección De Impuestos y Aduanas Nacionales (Dian) y Comisión Nacional Del Servicio Civil (CNSC)

Acción: Tutela Segundo Nivel

Procedencia: Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Soledad

Funcionario: Ronald Smith Castillo Gil

Derechos: Trabajo y Acceso a Cargos Públicos

Magistrado Ponente: Jorge Eliecer Cabrera Jiménez

Acta No: 513

Barranquilla D.E.I.P., cinco (05) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Vistos

Procede la Sala a resolver la Impugnación interpuesta por el accionante señor Pablo Alfonso Prada Flórez, en contra de la Sentencia del veinticuatro (24) de octubre del 2023, proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Barranquilla, mediante la cual negó el amparo de los derechos fundamentales deprecados.

Antecedentes

Hechos:

Relata el accionante señor Pablo Alfonso Prada Flórez que, mediante Acuerdo No. CNSC-20201000002856 del 10 de septiembre de 2020, la Comisión Nacional del Servicio Civil bajo proceso de selección DIAN No. 1461 de 2020 convocó a concurso público de méritos para proveer definitivamente, entre otras, 10 vacantes del empleo denominado (Analista II) Técnico grado 02, código 202, ficha AT-FL-2012, número de OPEC 126771 pertenecientes a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN...”.

Expuso que, una vez agotadas las fases del proceso de selección comentado, mediante Resolución 11431 de 2021 “...se conformó la lista de elegibles para proveer las vacantes ofertadas, la cual cobró firmeza el 1° de

diciembre de 2021. Así mismo, dentro de la referida lista de elegibles ocupó la posición treinta (30) con un puntaje de 85.90”, y con motivo del nuevo proceso de selección DIAN 2497 de 2022, “...fueron ofertadas 48 vacantes para el empleo denominado (Analista II) Técnico grado 02, código 202, número de OPEC 198463 sin tener en cuenta que, antes de someter las vacantes a concurso, estas debían ser reportadas en el aplicativo para ser provistas con los miembros de la lista de elegibles de la resolución 11431 del 20 de noviembre de 2021 correspondientes a la OPEC 126771, esto en razón de que la nueva OPEC ofertada (OPEC 198463) cuenta con la misma Denominación, Proceso, Subproceso, Requisitos y Funciones...”.

Sostuvo que mediante Decreto 419 de 2023 “...se amplió la planta de personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en su artículo 3 estipuló que en el año 2023 se distribuirá y proveerá los empleos de la fase "Empleos por compromiso ingreso a la OCDE 2018". Además, el párrafo transitorio del artículo 36 del Decreto Ley 0927 de 2023, por medio del cual se modificó el Sistema Específico de Carrera de los Empleos de la DIAN, contempló que para la provisión de los nuevos empleos pertenecientes al “compromiso ingreso a la OCDE 2018” debe efectuarse a partir de la lista de elegibles vigente”.

Afirma que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, “...no ha reportado a la Comisión Nacional de Servicio Civil la ampliación de vacantes nuevas para el empleo (Analista II) Técnico grado 02, código 202, número de OPEC 126771 en razón de que para esta no se encuentra reporte en el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad –SIMO”. Señalando además que, “...no ha cumplido con la obligación y el deber legal de reportar la existencia de las 41 vacantes definitivas en el aplicativo SIMO para que estas sean provistas con el uso de la lista de la resolución 11431 del 20 de noviembre de 2021, correspondiente a la OPEC 126771...”.

Por lo anterior solicita el amparo de su derecho fundamental al trabajo y al acceso a cargos públicos, y en consecuencia se ordene “...a la DIAN en caso de que no lo haya hecho, remitir en las próximas 48 horas la solicitud de autorización de uso de listas de elegibles contenida en la

Resolución 11431 del 20 de noviembre de 2021 del empleo denominado (Analista II) Técnico grado 02, código 202, número de OPEC 126771 para que sean provistas de manera definitiva, tanto las 48 vacantes ofertadas en OPEC 198463 del proceso de selección DIAN 2497 de 2022, como las 41 vacantes definitivas que se encuentran ocupadas actualmente por provisionales, esto a más tardar en el mes de noviembre de 2023, es decir antes del 01 de diciembre de 2023, día en que pierde vigencia la lista de elegibles antes relacionada”, y que en consecuencia “...una vez se autorice el uso de las listas de elegibles, se hagan de inmediato los nombramientos en periodo de prueba de quienes tenemos este derecho”.

Así mismo, solicita que se ordene “...a la CNSC dar una ampliación excepcional al tiempo de vigencia de las listas de elegibles dada en la Resolución 11431 del 20 de noviembre de 2021 “Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer diez (10) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado (Analista II) Técnico grado 02, código 202, FICHA AT-FL-2012, número de OPEC 126771 diferente a los del Nivel Profesional de los Procesos Misionales del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020” Esto en atención a que la DIAN ha incumplido en el reporte de vacantes definitivas y en la solicitud del uso de listas de elegibles a la CNSC y NO pueden ser los ciudadanos que hagan parte de esas listas de elegibles quienes se vean afectados por las omisiones de la DIAN...”.

Respuesta de los intervinientes vinculados por pasiva

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Dian:

Rindió informe aclarando el marco legal de la Convocatoria No. 1461 de 2020 bajo el cual se expidió la Resolución No. 11431 de 2021 que conformó la lista que integra el accionante, aclarando que el concurso en comento se desarrolló conforme a la calidad de sistema específico de carrera administrativa de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, en virtud del cual la CNSC tiene competencia para “...la administración y

vigilancia del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN”.

Así las cosas, se refirió al Decreto 71 de 2020 vigente al momento de realizar el concurso, en virtud del cual “...la lista de elegibles podrá ser utilizada en estricto orden descendente para proveer única y exclusivamente las vacantes que pudieren presentarse en los empleos que fueron ofertados como consecuencia del retiro del servicio del titular”, normativa que fue tomada en cuenta al momento de celebrar el Acuerdo 285 de 2020 que convocó al concurso sin establecer la utilización adicional de las listas de elegibles.

Sin embargo, el citado Decreto fue derogado el presente año a través del Decreto 927 de 2023, en virtud del cual, en el párrafo transitorio del artículo 36 se regló: “En aplicación de los principios de economía, sostenibilidad fiscal y austeridad del gasto, las listas de elegibles resultantes de los concursos realizados en virtud del párrafo transitorio del artículo 32 del Decreto-Ley 071 de 2020, luego de que los empleos ofertados sean provistos en estricto orden de méritos, deberán ser utilizadas dentro del término de su vigencia para proveer vacantes generadas con posterioridad a las convocatorias, así como aquellas derivadas de la ampliación de la planta de personal, siempre y cuando los requisitos del empleo sean los mismos y sus funciones iguales o equivalentes. [...] El proceso de selección cuya convocatoria y reglas se encuentran establecidas en el Acuerdo No. CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022, seguirá su curso con independencia de la etapa en que se encuentre y, una vez conformada la lista de elegibles, esta deberá ser utilizada dentro del término de su vigencia para proveer las vacantes ofertadas y aquellas que se generen con posterioridad derivadas de la ampliación de la planta de personal, siempre y cuando los requisitos del empleo sean los mismos y sus funciones iguales o equivalentes [...] En todo caso, las listas de elegibles a que hace referencia el presente párrafo transitorio no podrán utilizarse si el empleo público se encuentra provisto mediante encargo o provisionalidad y que esos cargos públicos deberán ser ofertados en una nueva convocatoria aplicando las reglas previstas en este Decreto-Ley”.

Tras el recuento normativo señaló la accionada que, "...para el Sistema Específico de Carrera de esta Entidad, el ejercicio de la provisión de los empleos, mediante la utilización de la lista de elegibles es un ejercicio que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN realiza de manera armónica y mancomunada con la Comisión Nacional del Servicio Civil, al ser este el órgano competente para la validación, administración y quien valida el uso de las listas de elegibles. Sea preciso indicar que, la Comisión Nacional del Servicio Civil, es quien tiene la facultad de indicar respecto de las vacantes reportadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN susceptibles de provisión determinar la eventual equivalencia de los empleos...".

Explicó que, en atención al cambio normativo, para proveer los cargos a través de las listas vigentes, le asiste "...cumplir con unos criterios específicos, que le sustenten, es decir, contar con; I) Disponibilidad Presupuestal; II) priorización de empleos a proveer según necesidades del servicio en autonomía de la Alta Gerencia; III) autorización por parte de la CNSC donde se definan las listas a emplear.

Una vez hayan ocurrido afirmativamente los temas previamente expuestos, procederá el nombramiento en periodo de prueba de los elegibles", por tal motivo, para la gestión de tal provisión se expidió el Decreto 419 de 2023, a través del cual se estableció un sistema escalonado y progresivo "...supeditada principalmente a la disponibilidad presupuestal y a la financiación de los empleos, de acuerdo con los recursos presupuestales que sitúe el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la presente vigencia, así como se deberá prever aquellos subprocesos que tengan las mayores necesidades del servicio".

Precisa que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, ya inició las gestiones pertinentes tendientes a la provisión de un tercero y cuarto grupo de vacantes de diferentes niveles jerárquicos y procesos según el resultado de priorización para la provisión de las vacantes disponibles a través del uso de listas de elegibles, provisión que se encuentra supeditada principalmente a la disponibilidad presupuestal y a la financiación de los empleos...", razón por la cual la accionada "...identificó y priorizó algunas vacantes definitivas que reúnen las condiciones establecidas en el párrafo transitorio del artículo 36 del Decreto Ley 0927 de 2023 para su

provisión, procediendo a solicitar mediante oficio No. 100202151-00180 del 30 de junio de 2023 ante la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC-, la autorización del uso de listas de elegibles vigentes distribuidas en 52 OPEC...", dentro de las cuales "...NO SE ENCUENTRA la OPEC 126771".

Concluyó la accionada que, "...ha adelantado 3 convocatorias, 1. Convocatoria No 1461 de 2020, 2. Convocatoria No 2238 de 2021 y 3. Convocatoria No 008 de 2022, al respecto se aclara que todas las convocatorias se encontraban regidas con el Decreto Ley 071 de 2020 vigente para la época, por lo tanto no es factible considerar que las 41 vacantes que indica el accionante y se encuentran provistas en provisionalidad, sean ofertadas a los elegibles a través del uso de listas de elegibles de la Convocatoria No 1461 de 2020, aun cuando a la fecha de la Convocatoria 2022 no se encontraba vigente el nuevo Decreto Ley 0927 del 07 de junio de 2023, que contempló la posibilidad de proveer vacantes definitivas a través del uso de listas de elegibles",

Y agregando para finalizar que, las cuarenta y una (41) vacantes que menciona el accionante pudieran ser provistas por la lista que integra, "...fueron convocadas a concurso de méritos mediante la última convocatoria (No 008 de 2022) y a la fecha de expedición de esta, la provisión de empleos en vacancia definitiva solo era posible sobre vacantes ya ofertadas (Artículo 34° Decreto Ley 071 de 2020) y no a través del uso de lista de elegibles tal y como lo contempla en artículo 36° del Decreto Ley 0927 del 07 de junio de 2023".

Así las cosas, solicitó la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN denegar el presente amparo por la inexistencia de una vulneración a los derechos fundamentales del accionante.

Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC:

Indicó que, consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO, "...se comprobó que en el marco de Proceso

de Selección DIAN No. 1461 de 2020, se ofertaron diez (10) vacante(s) para proveer el empleo denominado ANALISTA II, Código 202, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 126771, diferente a los del Nivel Profesional de los Procesos Misionales del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

Que, agotadas las fases del concurso, mediante Resolución No. 2021RES400.300.24-11431 de fecha 20 de noviembre de 2021, se conformó Lista de Elegibles para proveer la vacante ofertada, lista que estará vigente hasta el 30 de noviembre de 2023". Que dichas vacantes, habiendo sido provistas, se reportó "...movilidad de la lista del elegibles ubicados en las posiciones 3 y 8, entendida la movilidad en el marco del uso de las listas como la novedad que se genera sobre la lista de Elegibles [...]Por lo tanto, esta CNSC autorizó el uso de la lista con los elegibles ubicados en las posiciones 11 y 12 (Se destaca que en la posición 12 existen 2 elegibles en posición de empate, por lo que se procedió a autorizar 1 elegible ubicado en dicha posición)".

En ese orden de ideas, la lista que integra el accionante provista con utilización de las posiciones de la primera a la duodécima (1° - 12°). Que al respecto de las nuevas vacantes definitivas, está en cabeza de la entidad nominadora, en este caso la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, la potestad de definir las vacantes que serán provistas con utilización de la lista, según indica, "...es del resorte exclusivo de la misma, comoquiera que la administración de éstas constituye información institucional propia de cada entidad, sujeta a la variación y movilidad que pueda presentar la planta de personal, sin que para esto deba mediar actuación alguna por parte de esta Comisión Nacional, careciendo así de competencia para dar respuesta a dicha solicitud".

Señala que, "...no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, por no encontrarse reporte de vacante definitiva adicional alguna que sea susceptible de proveerse con la lista de la que hace parte la accionante".

Finaliza solicitando se declare la improcedencia del presente amparo respecto de la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para el caso en concreto.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público:

Inicia solicitando la desvinculación del presente amparo por falta de legitimación en la causa por pasiva, también señaló que “...por disposición legal, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como gestor de la política fiscal y económica del país, tiene fijadas funciones específicas, relacionadas con la asignación de los recursos en forma global a las entidades que forman parte del Presupuesto General de la Nación. Para ello, le comunica el espacio fiscal para atender los gastos de inversión de la respectiva vigencia fiscal, y en coordinación con el DNP, se le informa a cada sector el Marco de Gasto de Mediano Plazo del que dispondrá en los próximos cuatro años”.

Que la asignación en comentario “...no es discrecional, obedece a los mandatos legales establecidos en la Constitución Política de Colombia y el Estatuto Orgánico de Presupuesto – EOP y sus decretos reglamentarios...”, por ende, “...las apropiaciones presupuestales no se asignan a las entidades por actividades específicas, dado que esa desagregación le corresponde a cada entidad al ejecutar los recursos, en virtud de la autonomía presupuestal que el Estatuto Orgánico del Presupuesto les otorgó a los órganos públicos que son secciones presupuestales”.

En tal sentido, “...corresponde al Unidad Administrativa Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, en el marco de la autonomía presupuestal, priorizar sus gastos y ejecutar los recursos para atender las demandas, en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en su presupuesto y de conformidad con sus funciones legales y constitucionales”.

Deicy Yulendi Burgos Guerrero:

Manifestó en su condición de integrante de la lista conformada por la Resolución No. 11431 de 2021, que coadyuva las pretensiones esgrimidas por el accionante, al considerar necesaria una interpretación y aplicación sistémica de lo resuelto sentencias como la C-331 de 2022.

Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cúcuta:

Trasladó la prueba decretada de ofició por ese despacho, allegando copia de su fallo de tutela de fecha 29 de septiembre de 2023, mediante el cual declaró hecho superado en la acción de tutela interpuesta por la señora Deicy Yulendi Burgos Guerrero en contra de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC.

Sentencia Impugnada

El Juez de primer nivel en su estudio refiere que, aunque el tutelante no alega la posible consumación de un perjuicio irremediable, lo cierto es que, tampoco puede avisar que aquel cuente con un mecanismo de defensa ordinario para sus intereses para obtener el beneficio por mérito de ser elegido a través de una lista cuya vigencia se perderá en noviembre de 2023.

No obstante, niega el amparo de los derechos fundamentales al trabajo y Acceso a cargos públicos, toda vez que, la accionada Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN se encuentra subordinada a la vigencia presupuestal, lo que implica una imposibilidad material para conseguir el nombramiento por su mérito, ya que el erario público limita tal utilización por falta de recursos, no imputable, sino al límite asignado en las partidas presupuestales que, deben ser objetivamente determinadas para cumplir con los fines del estado sin atentar los unos con los otros, y para garantizar el bien general.

Que por ende no está la accionada Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN obligada a realizar el nombramiento del accionante señor Pablo Alfonso Prada Flórez si excede el presupuesto que la Nación le otorga, pues con ello puede afectarse el cumplimiento de sus funciones y, además no puede tal expectativa contrariar el interés general, dado que, es la dirección accionada, a través de los funcionarios adscritos a la gestión de personal, en cumplimiento de metas y supervisión de procesos de selección, la que tiene la capacidad de determinar los cargos o empleos que necesita proveer para garantizar el ejercicio pleno de la función pública y que, los fines para los cuales la Ley y la Constitución le han creado, sean garantizados en la prestación del servicio y amparo de los derechos fundamentales que sus funciones le guarde.

Impugnación:

Inconforme con la decisión del *A quo*, el accionante señor Pablo Alfonso Prada Flórez, impugna manifestando que la interpretación que hace el funcionario judicial en el fallo de tutela no va acorde a las consideraciones de la Honorable Corte Constitucional en su sentencia C-331/22, y mucho menos en su análisis sobre el artículo 34 del Decreto-Ley 71 de 2020, y solicita se revoque la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Barranquilla, y que, en su lugar acceda a las pretensiones inicialmente presentadas dentro de la tutela.

Consideraciones de la Sala

Competencia:

De conformidad a las disposiciones normativas existentes respecto a la acción de tutela, tenemos que su ámbito de protección constitucional se desprende expresamente del artículo 86 de la Constitución Política; a su vez, esta se encuentra regulada a través de los decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000, 1834 de 2015 y 1983 de 2017, frente a lo cual, este

Tribunal resulta competente para determinar la procedencia o no, en segunda instancia de la acción de tutela en cuestión, así como su respectiva solución.

La acción de tutela es un mecanismo de protección constitucional para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuya procedencia es de carácter residual frente a las acciones u omisiones de entidades públicas o privadas, que vulneren o amenacen las prerrogativas fundamentales en cabeza de las personas, en los casos así determinados en la ley.

Procedencia de la acción de tutela

Entrará la Sala a estudiar sobre la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, trayendo a colación lo que la Honorable Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, ha establecido lo siguiente:

*“... El artículo 86 de la Constitución de 1991 establece que la acción de tutela procederá siempre que **“el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”**. En concordancia, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece las causales de improcedencia de la acción de tutela y, específicamente, en su numeral primero indica que la tutela no procederá “Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla 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”.*

*De lo anterior se colige que **la acción de tutela no tiene como propósito servir de mecanismo alternativo o de reemplazar a los medios judiciales ordinarios con los que cuenta todo ciudadano para la protección de sus derechos y la solución de controversias**. En este sentido, esta Corporación ha dejado claro que “(...) 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”.*

*Así las cosas, la Corte Constitucional ha dado alcance a los preceptos normativos citados, fijando el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela frente a los mecanismos judiciales ordinarios, de forma que esta acción constitucional sólo procederá i) cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, **ii) cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante o iii) cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable**. Bajo los dos primeros supuestos, se ha entendido que la acción de tutela funge como mecanismo principal y, en el segundo, desplaza al mecanismo judicial ordinario, mientras que en el tercer caso la tutela es un mecanismo transitorio que no impide el ejercicio de acciones ordinarias.*

En el caso en el cual existe un medio ordinario de defensa que se pretende desplazar para dar paso a la acción de tutela como mecanismo principal,

es necesario establecer que el mecanismo ordinario no es idóneo para la protección de los derechos de los accionantes y, por tanto, se requiere de una evaluación en concreto, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias propias de cada caso para así determinar la eficacia que tendría el mecanismo ordinario para defender los derechos fundamentales que se alegan vulnerados. Además, debe evaluarse el objeto perseguido por el mecanismo judicial que se pretende desplazar con la acción de tutela y el resultado previsible que éste puede proporcionar en lo que respecta a la protección eficaz y oportuna de los derechos de los accionantes, de acuerdo con las circunstancias concretas a las que se ha hecho referencia...” (Subrayado y negrilla por fuera del texto)

Del pronunciamiento emitido por ese Alto Tribunal, se desprende la importancia del carácter residual y subsidiario de la acción de tutela como mecanismo efectivo de protección constitucional, que opera cuando no existe otro mecanismo para lograr acceder a las peticiones de quien acude a tal, o los que existen no son los idóneos, o incluso, el actor haya agotado todos los procedimientos requeridos, y, que a la results de éstos, exista una vulneración evidente a sus garantías que pongan a la acción constitucional como mecanismo principal de defensa.

Ahora bien, ya establecida la regla general, surge la excepción de procedencia de la acción de tutela, que se da cuando se ejerce como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, no obstante, la Corte ha establecido criterios para determinar en sede de tutela tal ocurrencia, estableciendo lo siguiente:

“... De igual forma, la Corte Constitucional ha aclarado que, pese a la informalidad del amparo constitucional, el actor debe exteriorizar y sustentar los factores a partir de los cuales pretenda derivar el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela. Así se pronunció esta Corporación, sobre el punto:

En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable.

La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le

permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión” (Sentencia T-290 de 2005).

En consonancia con lo anterior, es posible concluir que la procedencia de la acción de tutela depende de la observancia estricta del principio de subsidiariedad, comoquiera que este se encuentra ordenado a garantizar importantes principios de la función jurisdiccional, y asegura el fin contemplado por el artículo 86 de la Carta, que no es otro que el de brindar a la persona garantías frente a sus derechos constitucionales fundamentales. En este orden de ideas, en los casos en los que no sea evidente el cumplimiento de este principio, la tutela deberá ser declarada improcedente...”

Problema jurídico

A la sala le corresponde establecer si las accionadas entidades Dirección De Impuestos y Aduanas Nacionales – Dian y la Comisión Nacional Del Servicio Civil – CNSC, vulneraron los derechos fundamentales al Trabajo y al Acceso a los Cargos Públicos del accionante señor Pablo Alfonso Prada Flórez, al no autorizar el uso de listas de elegibles contenida en la Resolución 11431 del 20 de noviembre de 2021 del empleo denominado (Analista II) Técnico grado 02, código 202, número de OPEC 126771.

Así mismo, al no reportar las 41 vacantes que se encuentran ocupadas actualmente por provisionales, esto a más tardar en el mes de noviembre de 2023, es decir antes del 01 de diciembre de 2023, día en que pierde vigencia la lista de elegibles antes relacionada.

Caso en concreto

Acorde con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Nacional y por el Decreto Legislativo 2591 de 1991; *“la acción de tutela tiene por objeto la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de la persona, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, pero establece también su procedibilidad, estableciendo que esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de acción judicial”.*

En el caso que es sometido a decisión de esta Sala, se debate la presunta violación de los derechos fundamentales del señor Pablo Alfonso Prada Flórez, por parte de las entidades accionadas, al no permitirle hacer uso de listas de elegibles contenida en la Resolución 11431 del 20 de noviembre de 2021 del empleo denominado (Analista II) Técnico grado 02, código 202, número de OPEC 126771, como también por, no reportar las 41 vacantes que se encuentran ocupadas actualmente por provisionales, antes de que pierda vigencia la lista de elegibles antes relacionada.

En respuesta emitida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, manifestó que ha adelantado 3 convocatorias, todas las cuales se encontraban regidas con el Decreto Ley 071 de 2020 vigente para la época, por lo tanto no era factible considerar que las 41 vacantes que indica el accionante y se encuentran provistas en provisionalidad, sean ofertadas a los elegibles a través del uso de listas de elegibles de la Convocatoria No 1461 de 2020, ya que vacantes “...fueron convocadas a concurso de méritos mediante la última convocatoria (No 008 de 2022) y a la fecha de expedición de esta, la provisión de empleos en vacancia definitiva solo era posible sobre vacantes ya ofertadas (Artículo 34° Decreto Ley 071 de 2020) y no a través del uso de lista de elegibles tal y como lo contempla en artículo 36° del Decreto Ley 0927 del 07 de junio de 2023”.

En esa línea de pensamiento, justamente la sala percibe, que examinado las diligencias, que el accionante solicita ordenar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN que de las listas de elegibles contenida en la Resolución 11431 del 20 de noviembre de 2021 del empleo denominado (Analista II) Técnico grado 02, código 202, número de OPEC 126771, proceda a nombrar de manera definitiva, tanto las 48 vacantes ofertadas en OPEC 198463 del proceso de selección DIAN 2497 de 2022, como las 41 vacantes definitivas que se encuentran ocupadas actualmente por provisionales, y en consecuencia se pretende, ordenar a la DIAN, una vez se autorice el uso de dicha lista, realice de inmediato los nombramientos en período de prueba de quienes, aduce tendrían ese derecho.

Pues bien, de acuerdo con la narrativa precedente, es plenamente diáfano que, para el sistema de carrera específico de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, la Ley 909 de 2004 no se aplica de modo supletorio, dado que, actualmente se encuentra vigente Decreto 927 de 2023, que reglamenta dicho sistema, y al momento de conformarse la lista contenida en la Resolución No. 11431 de 2021, la cual integró el accionante señor Pablo Alfonso Prada Flórez al participar de la Convocatoria No. 1461 de 2020, se encontraba vigente del Decreto 71 de 2020, por ende las normas que han de aplicarse a la utilización de dicha lista que hoy conforma el accionante, serán las existentes en aquel momento, es decir las del Decreto 71 de 2020, mientras que a la fecha, al día de hoy, son las contenidas en Decreto 927 de 2023.

En ese orden de pensamientos, advierte esta colegiatura que hasta la expedición del Decreto 927 de 2023, que entró en vigor el 7 de junio de 2023, la lista conformada por la Resolución No. 11431 de 2021, y la cual integra el accionante señor Pablo Alfonso Prada Flórez, pudo ser utilizada para proveer nuevas vacantes que se generaron ulterior al agotamiento de la misma, por fuera de la convocatoria original y en cumplimiento de funciones equivalentes, en virtud del artículo 36 que estableció:

“Una vez provistos los empleos objeto del concurso, la lista de elegibles tendrá una vigencia de un (1) año, contado a partir de su firmeza.

La lista de elegibles deberá ser utilizada en estricto orden descendente para vacantes generadas con posterioridad a la convocatoria, siempre y cuando los requisitos del empleo sean los mismos y sus funciones iguales o equivalentes.

PARÁGRAFO 1. Si al hacer uso de la lista de elegibles no se acepta el nombramiento o no se acude a la posesión dentro del término establecido en las normas legales se entenderá que la persona queda excluida de la lista y se continuará con la provisión de los empleos en estricto orden de resultados.

PARÁGRAFO 2. Para asegurar que la Entidad adelante sus competencias en todas las seccionales y delegadas con altos niveles de excelencia y con los mejores perfiles profesionales, los empleados públicos que superen el periodo de prueba deberán permanecer en el lugar o sede donde se encuentra el empleo público mínimo dos (2) años. Lo anterior sin perjuicio de las potestades que corresponde al Director de reubicación de los empleos públicos en la planta global y flexible y, en general, de manejo de personal para atender las necesidades del servicio.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. En aplicación de los principios de economía, sostenibilidad fiscal y austeridad del gasto, las listas de elegibles resultantes de los concursos realizados en virtud del parágrafo transitorio del artículo 32 del Decreto-Ley 071 de 2020, luego de que los empleos ofertados sean provistos en estricto orden de méritos, deberán

*ser utilizadas dentro del término de su vigencia para proveer vacantes generadas con posterioridad a las convocatorias, **así como aquellas derivadas de la ampliación de la planta de personal, siempre y cuando los requisitos del empleo sean los mismos y sus funciones iguales o equivalentes.***

El proceso de selección cuya convocatoria y reglas se encuentran establecidas en el Acuerdo No. CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022, seguirá su curso con independencia de la etapa en que se encuentre y, una vez conformada la lista de elegibles, esta deberá ser utilizada dentro del término de su vigencia para proveer las vacantes ofertadas y aquellas que se generen con posterioridad derivadas de la ampliación de la planta de personal, siempre y cuando los requisitos del empleo sean los mismos y sus funciones iguales o equivalentes.

En todo caso, las listas de elegibles a que hace referencia el presente párrafo transitorio no podrán utilizarse si el empleo público se encuentra provisto mediante encargo o provisionalidad. Estos cargos públicos deberán ser ofertados en una nueva convocatoria aplicando las reglas previstas en este Decreto-Ley”.

En ese orden de ideas, considera esta Sala que en la actualidad, la lista que conforma el accionante señor Pablo Alfonso Prada Flórez, conforme puede ser utilizada, en virtud del párrafo transitorio, para aprovisionar las nuevas vacantes que se forjen en los cargos ofertados en la convocatoria que el mismo participó y las que se deriven de la ampliación de personal, más no, de aquellas que se hallan vacantes y revestidas por encargo o provisionalidad por fuera de los concursos celebrados en 2020, 2021 y 2022.

Bajo esa premisa, considera esta colegiatura que, conforme las pruebas allegadas, se puede sintetizar que, el juzgado de primera instancia acertó en su decisión cuando afirmó que si el accionante señor Pablo Alfonso Prada Flórez pretende la utilización de la lista publicitada que el mismo integra, por lo menos debían concurrir, los sucesivos escenarios: (i) Que el cargo que aquel pretende no haya sido ofertado en convocatoria correspondiente a 2020, 2021 o 2022, pues dichos cargos deben ser provistos por las listas conformadas en el mismo concurso donde se ofertaron, es decir, el accionante solamente puede acceder a nuevas vacantes de los cargos que las personas que estricto orden ascendente de la lista que el integra, hayan perdido su oportunidad; (ii) si el accionante pretende un cargo generado por fuera de su convocatoria, aquel solamente puede ser uno creado a partir de la ampliación de la planta de personal, siempre y cuando los requisitos del empleo sean los mismos y sus funciones

iguales o equivalentes, es decir aquel cargo que cumpla con dichos requisitos y se haya originado del decreto 419 de 2023.

Es así, que examinado el contexto de la acción de amparo no se advierte existencia de prueba alguna que dé certeza a esta colegiatura de la configuración de alguna forma de la primera situación descrita por el despacho, contrario censo, afirma que *“...provistas las 10 vacantes ofertadas en el proceso de selección DIAN No. 1461 de 2020 con la lista de la Resolución 11431 del 20 de noviembre de 2021 en el aplicativo SIMO no fueron reportadas nuevas vacantes definitivas por parte de la DIAN”*.

Correlato de lo anterior, se aprecia que no resulta acertado sostener, que el accionante señor Pablo Alfonso Prada Flórez pudiese tener razón, en una respuesta ofrecida por la entidad encartada a la señora Deicy Yulendi Burgos Guerrero en la que manifiesta que, *“[a] la fecha se encuentran 41 funcionarios ocupando dichas vacantes (Empleo Analista II Código 202 Grado 02 – Ficha de perfil AT-FL- 2012)”*; ya que, sin embargo, tras contrastar la información contenida en el Acuerdo no. CNT2022AC000008 de 2022, se puede colegir que para dicho cargo fueron ofertados en modalidad de ascenso y nuevo ingreso, trecientas cuarenta y cuatro (344) vacantes, 34 las cuales subsumen esas cuarenta y una (41) vacantes ya ofertadas en dicho acuerdo, tal y como señaló la accionada Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN en su informe rendido al despacho.

Luego entonces esta Sala considera por lo anterior, que no es posible inferir que la accionada Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN hubiese quebrantado abiertamente los derechos del accionante señor Pablo Alfonso Prada Flórez al abstenerse de reportar dichas vacantes ante la CNSC, y poder ser provistas por la lista que éste integra, más cuando se estableció que las tan mencionadas vacantes, no podían ser provistas, sino únicamente en virtud de un concurso diferente al que él participó, circunstancia que igualmente se ha mantenido igual con la expedición del Decreto 927 de 2023, cuyo parágrafo transitorio de su artículo 36. establece explícitamente tal reglamentación.

Es de pleno conocimiento para esta colegiatura que, en virtud del Decreto 419 de 2023 se crearon cuatrocientas cuarenta y ocho (448) nuevas vacantes correspondientes al cargo de analista II código 202 grado 02, y como lo expuso la entidad accionada, la utilización de las listas de elegibles, como la que integra el accionante señor Pablo Alfonso Prada Flórez se efectuará de modo progresivo y escalonado, al considerarse que, *“...la provisión de la planta de personal debe reunir los parámetros de I) Disponibilidad Presupuestal; II) priorización de empleos a proveer según necesidades del servicio en autonomía de la Alta Gerencia; III) autorización por parte de la CNSC donde se definan las listas a emplear.*

En ese contexto, encuentra este órgano judicial colegiado, que la entidad accionada Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN en ejercicio de sus funciones y por la autonomía de que dispone, estipuló unas vacantes, objeto de priorización para el positivo desarrollo de sus funciones, las cuales enlistó en la comunicación No. 100202151-00180 del 30 de junio de 2023, para que la CNSC estudiara y autorizara para su provisión con las listas vigentes, y sin embargo la OPEC objeto de pretensión por el accionante señor Pablo Alfonso Prada Flórez no fue objeto de dicha priorización, y de hecho de las cincuenta y dos (52) OPEC priorizadas por la DIAN, la CNSC solo encontró procedente utilizar diecisiete (17) de las reportadas, situación que escapa del ámbito de la accionada DIAN, a más que nadie está obligado a lo imposible, como lo ha establecido en diversas oportunidades la Corte Constitucional.

Finalmente, son acertados los argumentos expuestos por el juez de primer grado, gozan de profundo análisis, con sustento jurídico y jurisprudencial, dado que efectivamente el accionante señor Pablo Alfonso Prada Flórez tiene pleno derecho a aspirar a una de las vacantes creadas a partir de la expedición del Decreto 419 de 2023, empero, sin lugar a rodeos, dichas vacantes no alcanzan de ninguna forma a ser cubiertas por las partidas presupuestales, y no ostentan la calidad de priorizadas dentro de las funciones de la entidad, por lo que del anterior análisis, se desprende que las motivaciones adversas a lo pretendido y que expone la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN no son violatorias de las prerrogativas superiores objeto de acción de amparo constitucional.

En concordancia con lo expuesto, es claro que la impugnación elevada no tiene vocación de prosperidad, razón por lo cual, se confirmará la sentencia de 24 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado Cuarto Penal Del Circuito Especializado De Barranquilla – Atlántico.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito de Barranquilla, “administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley”.

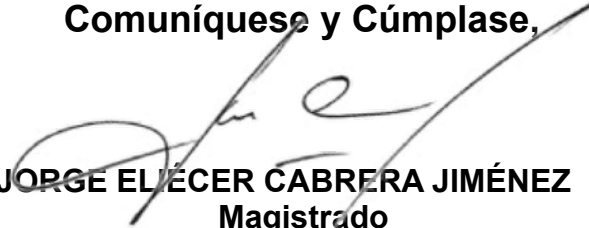
Resuelve:

Primero: Confirmar la sentencia del 24 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado Cuarto Penal Del Circuito Especializado De Barranquilla – Atlántico, en atención a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

Segundo: Notifíquese a las partes esta providencia de conformidad con lo dispuesto en el decreto 2591 de 1991.

Tercero: Ordenar que se remita el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Comuníquese y Cúmplase,


JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ
Magistrado


DEMOSTENES CARMARGO DE AVILA
Magistrado

Terminos Suspendidos
LUCELLY AMPARO MARIN MARTINEZ
Magistrado

OTTO MARTINEZ SIADO
Secretario