



**JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
RIOHACHA - LA GUAJIRA**

Riohacha, La Guajira diecinueve (19) de mayo de dos mil veintidós (2022).

FALLO DE ACCION DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA No. 019

REF: ACCIÓN DE TUTELA. RADICADO: ACCIONANTE: CARLOS AUGUSTO COTES BARROS ACCIONADO: U.A.E. DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

I.OBJETO A DECIDIR.

Procede el Despacho, dentro del término de ley, a proferir el fallo que en derecho corresponda respecto a la solicitud de tutela impetrada por el señor CARLOS AUGUSTO COTES BARROS, contra la U.A.E. DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN., por la presunta vulneración al derecho del debido proceso.

II. HECHOS RELEVANTES.

Refiere el accionante lo siguiente:

PRIMERO: Participé en el concurso de méritos dentro de la convocatoria del proceso de selección para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al sistema específico de carrera administrativa de la planta de personal de la U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTO Y ADUNAS NACIONALES – DIAN (DIAN No.1461 de 2020), fundamentado en el Decreto Ley 071 de 2020 y reglamentado por el Acuerdo 0285 del 10 de septiembre de 2020, expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, para el cargo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126559.

SEGUNDO: Superadas con éxito todas las etapas del concurso, el día 21 de enero de 2022 la Comisión Nacional del Servicio Civil publicó en la Resolución No 83 del 12 de enero de 2022, la lista de elegibles, en la cual ocupé el puesto N° 59.



JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO RIOHACHA - LA GUAJIRA

TERCERO: El día 21 de enero, con fundamento a lo establecido en el artículo 29 del Acuerdo 0285 de 2020, adquirí firmeza individual dentro de la lista de elegibles, sin que se me haya solicitado exclusión de la misma. Quedé ubicado en la posición 59 de la lista sin que se diera empate con otro concursante.

CUARTO: El día 1 de febrero de 2022 se expidió la CIRCULAR NÚMERO 000001 por la Dirección de Gestión Corporativa de la DIAN, donde publica las acciones previas al nombramiento en periodo de prueba, indicando los pasos y los términos que se deben surtir para el nombramiento en periodo de prueba.

QUINTO: EL día 16 de febrero del 2022, fui citado por la I.P.S. CENDIATRA SAS para que me presentara el día siguiente para los exámenes de pre ingreso, a lo cual asistí y cuyos resultados fueron remitidos a la DIAN.

SEXTO: El día 18 de febrero, la Comisión Nacional del servicio Civil publicó los Autos 152, 154 y 155, todos del 3 de febrero de 2022, en los cuales se iniciaba actuación administrativa tendiente a decidir la solicitud de exclusión de lista de elegibles de tres aspirantes ubicados en las posiciones 13, 99 y 122.

SEPTIMO El día 4 de abril de 2022, la Comisión Nacional del servicio Civil publicó las resoluciones N° 4088 y 4096 del 18 de marzo de 2022, en las cuales resuelve las exclusiones de las personas ubicadas en los puestos 13 y 99, dejándolos con firmeza individual. Así las cosas, los primeros 121 puestos de la lista de elegibles para el cargo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, OPEC No. 126559, quedaron con firmeza individual.

OCTAVO: A la fecha de interposición de esta acción de tutela, se había surtido el mecanismo de desempate, dentro de los cuales se definieron 10 posiciones más, ya que la lista de elegible repetía puestos a aquellos por haber obtenido el mismo puntaje final (empate). Es decir, estaría en firmeza individual las primeras 131 posiciones de la lista de elegibles. (Esta información fue obtenida a través de las personas en condición de empate).

NOVENO: La U.A.E. DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN vulneró el Derecho fundamental al Debido Proceso al momento de la publicación de la CIRCULAR NÚMERO 000001 DEL 1 DE FEBRERO DE 2022, en



JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO RIOHACHA - LA GUAJIRA

donde indica una serie de pasos y términos previos al nombramiento en periodo de prueba.

DECIMO: La CIRCULAR NÚMERO 000001 es un acto administrativo que desconoce lo establecido en normas de mayor jerarquía jurídica, como lo son el Decreto 1083 de 2015 y el Acuerdo 0166 de 2020. Además, crea reglas posteriores o en medio del concurso, ocasionando falta de SEGURIDAD JURÍDICA.

UNDECIMO: El Acuerdo 0285 del 10 de septiembre de 2020, por el cual se establecen las reglas del proceso de selección para proveer empleos de vacancia definitiva en la DIAN, reglamenta la etapa previa al nombramiento, indicando el mecanismo de desempates y audiencia pública de escogencia de plaza, sin especificar términos o tiempos de esos procedimientos. Sin embargo, el Acuerdo 0166 de 2020, como norma general, dispone el método y los tiempos para el mecanismo de audiencia pública de escogencia de plaza para cargos ofertados en diferentes jurisdicciones, incluso, cuando la lista de elegibles no se encuentre en firmeza total.

DUODECIMO: Para aquellos puestos de la lista de elegibles en donde se definió las firmezas individuales como consecuencia de resoluciones favorables de exclusión y superado los trámites de exámenes médicos y desempates, empezando desde el puesto 1 hasta último puesto que no tenga pendiente resolver una exclusión; podrían adelantar la escogencia de plaza en la jurisdicción de su preferencia en estricto orden de méritos.

En este sentido, el Parágrafo 2 del artículo 5 del Acuerdo 0166 de 2020 expresa:

“PARÁGRAFO 2: Cuando una lista adquiera firmezas individuales, se deberán efectuar las Audiencias Públicas necesarias para garantizar el derecho de escogencia de la vacante de su preferencia a todos los elegibles que la conforman; de la siguiente forma:

a. Cuando una lista adquiera firmezas individuales y estas correspondan al primer o primeros lugares con firmezas de las posiciones en forma consecutiva, se deberá efectuar inicialmente la Audiencia Pública con dichos elegibles. Verbigracia, si el número de



JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO RIOHACHA - LA GUAJIRA

vacantes a proveer de un mismo empleo es de ocho (8), la lista está conformada por veinte (20) elegibles y adquieren firmeza las posiciones uno, dos, tres y cuatro, se deberá efectuar Audiencia Pública para la selección de vacantes con los primeros cuatro elegibles. Las demás vacantes se llevarán a Audiencia a medida que adquieran firmeza las posiciones superiores.

b. Para las firmezas individuales de posiciones intermedias en la lista, la Audiencia no podrá llevarse a cabo hasta tanto las primeras posiciones cobren firmeza. Es decir, si el número de vacantes a proveer de un mismo empleo es de ocho (8), la lista está conformada por veinte (20) elegibles y adquieren firmeza las posiciones cinco y seis, no se deberá efectuar Audiencia Pública para la selección de vacantes hasta tanto las posiciones uno, dos, tres y cuatro cobren firmeza". (Negrilla y rayado por fuera del texto original)

DECIMO TERCERO: Reglamentar a través de la CIRCULAR NÚMERO 000001 las acciones previas y las condiciones para proceder al nombramiento, rebasan lo presupuestado en la norma general, Decreto 1083 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública".

DECIMO CUARTO: EL Debido Proceso en mí caso particular, cuando mi puesto se encuentra dentro de primeros consecutivos con **firmeza individual**, es que se expida resolución de nombramiento en periodo de prueba dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Así lo dicta el artículo 2.2.6.21 del DECRETO 1083 DE 2015.

DECIMO QUINTO: Ahora bien, el transcrito Parágrafo 2 del artículo 5 del Acuerdo 0166 de 2020, permite que, aunque la lista no haya tenido una firmeza total, se continúe con el proceso de nombramiento de aquellas personas que adquirieron la **firmeza individual** de manera consecutiva, que no son afectadas por la incertidumbre del resultado de una exclusión.

DECIMO SEXTO: Contrario a lo establecido en el artículo 2.2.6.21 DECRETO 1083 DE 2015, la CIRCULAR NÚMERO 000001 DE 2022 inserta todo tipo de términos o tiempos, una vez se supere la audiencia pública de escogencia de plaza, que se llevarían meses para llegar al nombramiento en periodo de prueba.



JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO RIOHACHA - LA GUAJIRA

DECIMO SEPTIMO: Por la jerarquía de las normas, el Decreto 1083 de 2015 y el Acuerdo 0166 de 2020 son los lineamientos jurídicos que se debe tener en cuenta para el procedimiento del nombramiento en periodo de prueba, esto es, que se debe nombrar dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la firmeza de la lista de elegible o las firmezas individuales ya definidas dentro de una lista, donde no exista incertidumbres por exclusiones o empates.

III. PRETENSIONES.

De acuerdo a los argumentos expuestos, el accionante solicita que se proteja su derecho fundamental al Debido Proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política.

Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la U.A.E. DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN a que de manera inmediata adelante la Audiencias Públicas de Escogencia de Vacante de un mismo empleo ofertado con diferentes ubicaciones y el Nombramiento en Periodo de Prueba de las personas ubicadas en los primeros lugares con firmezas de las posiciones en forma consecutiva de la lista de elegibles del cargo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126559; bajo el marco jurídico establecido en el Decreto 1083 de 2015 y el Acuerdo 0166 de 2020.

Finalmente solicita que la declaración anterior tenga efectos *inter comunis*, luego, que todos los integrantes de la lista de elegibles de la Resolución N° 83 del 12 de enero de 2022 de la CNSC sean cobijados con la misma medida.

IV. TRÁMITE IMPARTIDO A LA ACCIÓN DE TUTELA.

La acción de tutela fue repartida por la Oficina Judicial a través del sistema justicia siglo XXI Web el día 6 de mayo de 2.022, mediante auto de la misma fecha se admitió la acción de la referencia y se corrió traslado a la accionada a fin de que ejerciera su derecho a la defensa, y se ordeno VINCULAR oficiosamente a la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION REGIONAL DE LA GUAJIRA.

Posteriormente en auto de fecha 16 de mayo de 2.022, se ordenó vincular a las personas que según la resolución N° 83 12 de enero de 2022 hacen parte de la Lista



JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO RIOHACHA - LA GUAJIRA

de Elegibles para proveer trescientos setenta y dos (372) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126559, 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, concediéndoles el termino de uno (1) día, para que si a bien los quiere, se manifestaran con relación a los hechos de la acción de tutela.

V. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE TUTELA.

CONTESTACIÓN U.A.E. DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

La entidad accionada solicita DENEGAR EL AMPARO DE TUTELA por improcedencia de la acción, ante la inexistencia de un perjuicio irremediable y la inexistencia de vulneración de derecho fundamental alguno, de conformidad con los siguientes argumentos:

Que el señor Carlos Augusto Cotes Barros ocupa la posición 59 dentro de la Resolución No. 83 del 12 de enero de 2022, “Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer trescientos setenta y dos (372) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126559, 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”, con vacantes en diferentes sedes de la DIAN ubicadas en varias ciudades del país. En virtud de la existencia de 41 elegibles en condición de empate, la Administración, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 31 del Acuerdo 0285 de 2020, suscrito entre la UAE-DIAN y la CNSC en el marco del Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020, procedió a efectuar lo pertinente para dirimir dichos empates.

Que si bien el elegible Carlos Augusto Cotes Barros no se encuentra en condición de empate, para dar curso a la etapa de Audiencia Pública de Escogencia de Plaza,



JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO RIOHACHA - LA GUAJIRA

fue necesario realizar el desempate con el objeto de determinar el orden de mérito de los elegibles en acato de lo dispuesto en la Circular 000001 del 01 de febrero de 2022 “Acciones a surtir por parte de la Entidad antes de nombramiento en periodo de prueba”, que establece los tiempos para la realización en cada una de las etapa previas al nombramiento en periodo de prueba en armonía a lo establecido por el Acuerdo 0285 de 2020, y en ese orden se ha definido el cronograma para la OPEC 126559, 9, de la siguiente manera:

1. El 10 de mayo de 2022, será comunicado a la CNSC, la lista de elegibles en orden de mérito para la programación de la Audiencia Pública para la escogencia de vacante de un mismo empleo ofertado con vacantes localizadas en diferente ubicación geográfica.
2. Entre el 18 y hasta el 20 de mayo de 2022, se efectuará la Audiencia Pública para la escogencia de vacante de un mismo empleo ofertado con vacantes localizadas en diferente ubicación geográfica en la plataforma tecnológica SIMO, dispuesta por la CNSC.
3. Entre el 23 y hasta el 27 de mayo de 2022, la CNSC enviará a la DIAN certificación y reporte del resultado de las escogencias de plaza por parte de los elegibles.
4. Entre el 1 y hasta el 9 de junio de 2022, la Coordinación de Selección y Provisión del Empleo de la Subdirección de Gestión del Empleo Público, realizará el alistamiento y comunicación a la Subdirección Escuela de Impuestos y Aduanas para que continúe con las actividades requeridas dentro del Programa de Inducción.
5. Entre el 10 y el 16 de junio de 2022, la Subdirección Escuela de Impuestos y Aduanas, procederá a informar sobre el procedimiento y fechas establecidas para adelantar la inducción.
6. Entre el 21 de junio de 2022 y hasta el 13 de julio de 2022, se efectuará la inducción.
7. Entre el 14 de julio y hasta el 21 de julio de 2022, la Subdirección Escuela de Impuestos y Aduanas, remitirá a la Coordinación de Selección y Provisión del Empleo de la Subdirección de Gestión del Empleo Público, la certificación que acredita que el elegible cumplió con el proceso de inducción requerido para su nombramiento.



JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO RIOHACHA - LA GUAJIRA

8. Entre el 22 de julio y hasta el 4 de agosto de 2022 serán proyectados y expedidos los actos administrativos de nombramiento.

Posteriormente, precisa que el Acuerdo No. 0285 del 10 de septiembre de 2020, “por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección de ingreso para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la Planta de Personal de la UAE DIAN-Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020”, establece las actuaciones que preceden al acto de nombramiento en los empleos de la DIAN:

Artículo 4. VINCULACIÓN A LA CARRERA EN PERIODO DE PRUEBA. Las actuaciones administrativas relativas al Nombramiento y al Período de Prueba son de exclusiva competencia del nominador, las cuales deben seguir las reglas establecidas en la normatividad vigente sobre la materia.

Hace mención a la Circular 000001 del 01 de febrero de 2022 “Acciones a surtir por parte de la Entidad antes de nombramiento en periodo de prueba”, en armonía a lo establecido por el Acuerdo 0285 de 2020, señalando que, en razón a la dimensión que contiene el Proceso de Selección DIAN 1461 de 2020, es decir, la provisión definitiva de 1500 empleos distribuidos a través de 96 OPEC’s, comporta una dinámica sujeta a la particularidad de cada OPEC, a las etapas y los tiempos definidos en el Acuerdo 285 de 2020, y enunciados en las Circular 000001 de 2022, así como a las contingencias que puedan surgir con ocasión a situaciones de fuerza mayor que incluso han sido manifestadas por los elegibles.

CONTESTACIÓN COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC

Luego de hacer un recuento de los hechos de la acción de tutela y de la normatividad aplicable, la entidad vinculada concluye lo siguiente:

- i) es claro que esta CNSC carece de competencia para llevar a cabo cualquier actuación administrativa atinente al acto jurídico de nombramiento y a la toma de posesión del cargo por parte del accionante toda vez que esta facultad legal es exclusiva del ente nominador, en este caso la DIAN, por lo que la pretensión principal del accionante tendiente a ordenar “(...) a la U.A.E. DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN a que de manera inmediata adelante la Audiencias Públicas de Escogencia de Vacante de un mismo empleo ofertado con



JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO RIOHACHA - LA GUAJIRA

diferentes ubicaciones y el Nombramiento en Periodo de Prueba de las personas ubicadas en los primeros lugares con firmezas de las posiciones en forma consecutiva de la lista de elegibles del cargo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126559; bajo el marco jurídico establecido en el Decreto 1083 de 2015 y el Acuerdo 0166 de 2020 (...)” (Sic), configura la falta de legitimación en la causa por pasiva de la CNSC,

- ii) ii) en la etapa de Conformación y Adopción de las Listas de Elegibles, esta CNSC publicó el 13 de enero de 2021 la Resolución No. 83 de 2022 “Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer trescientos setenta y dos (372) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126559, 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”. Sobre el particular, se debe señalar que en los términos del artículo 14 del Decreto Ley 760 de 2005, dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación de la Lista de Elegibles, la Comisión de Personal del Nivel Central de la DIAN, podía solicitar a la CNSC la exclusión de esta lista, en concordancia con artículo 11, numeral 11.2, del Decreto Ley 71 de 2020, de la persona o personas “(...) que hubieren sido incluidas sin reunir los requisitos exigidos en las respectivas convocatorias, o con violación a las leyes, o los reglamentos que regulan el Sistema Específico de Carrera Administrativa”. Así las cosas, la Comisión de Personal del Nivel Central de la DIAN, solicitó la exclusión de cinco (5) aspirantes, situación que no afecta el nombramiento del accionante cuya posición cobró firmeza individual desde el 21 de enero de 2022,
- iii) iii) de conformidad con lo expuesto, la Inducción por parte de los aspirantes que integren las Listas de Elegibles en firme o cuya posición haya adquirido firmeza, según el orden de mérito que ocupen, dependerá el derecho a ser nombrados en las respectivas vacantes ofertadas, lo cual es competencia exclusiva de la DIAN, incluyendo la realización de la(s) Audiencia(s) Pública(s) de Escogencia de Vacante de un mismo empleo ofertado con vacantes localizadas en diferente ubicación geográfica. Por lo anterior, es claro que esta CNSC carece de competencia para llevar a cabo cualquier actuación administrativa atinente al acto jurídico de nombramiento y a la toma de posesión del accionante toda vez que esta



JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO RIOHACHA - LA GUAJIRA

facultad legal es exclusiva del ente nominador, en este caso la DIAN, iv) mediante oficio con radicado de salida CNSC No. 2022RS001071 del 11 de enero de 2022 esta Comisión Nacional informó la publicación de la Lista de Elegibles de la OPEC No. 126559 a la DIAN, la cual fue publicada el 13 de enero de 2022 y cobró firmeza individual desde el 21 de enero de 2022, asimismo mediante radicado de salida CNSC 2022RS003396 del 21 de enero de 2022 se informó sobre la firmeza individual de la lista en mención, por lo que proceden las actuaciones relativas al nombramiento, que son competencia exclusiva de la DIAN, v) la tutela es improcedente por no corresponder con la naturaleza subsidiaria de la misma y no haberse probado un perjuicio irremediable,

- iv) vi) no se encuentra afectación alguna al derecho fundamental enunciado por el accionante por parte de esta CNSC.

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

1. Competencia.

Este Despacho Judicial es competente para decidir la presente acción de tutela, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Nacional y 37 del Decreto 2591 de 1991.

La Acción de Tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales de naturaleza constitucional, cuando quiera que estos sean desconocidos por una autoridad pública.

Este mecanismo expedito, fue instituido por la Constitución Política de 1991 en su artículo 86¹ y reglamentado por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, mediante los cuales, se desarrolló legislativamente dicho amparo constitucional. Dicha acción, de conformidad con la normatividad constitucional citada, puede ser ejercida por

¹ Artículo 86 C.N. "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...)"



JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO RIOHACHA - LA GUAJIRA

cualquier persona sin ningún tipo de limitaciones, a fin de defender derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

2. Problema jurídico.

De acuerdo a la situación fáctica planteada, corresponde al Despacho determinar si la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales – DIAN vulnera los derechos al debido proceso, igualdad, y derecho al trabajo, de CARLOS AUGUSTO COTES BARROS, por no proceder a convocar a la audiencia pública de escogencia de plazas como quiera que conforma y el consiguiente nombramiento en periodo de prueba para el cargo de Gestor III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126559.

3. Legitimidad por activa.

Examinamos ahora en términos generales, los requisitos para la procedibilidad de la acción de tutela; así, en cuanto a la **Legitimación en la Causa por Activa**, el Decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86 de la Constitución Nacional, se contempla que la legitimación por activa para presentar acción de tutela se acredita: (i) en ejercicio directo de la acción; (ii) por medio de representantes (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas); (iii) a través de apoderado judicial; y (iv) utilizando la figura jurídica de la agencia oficiosa².

En el caso, CARLOS AUGUSTO COTES BARROS, interpone acción por considerar que se ha vulnerado sus derechos fundamentales, al debido proceso, igualdad, y derecho al trabajo por cuanto la accionada en este caso la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales – DIAN, entidad que convoco a un concurso público para cubrir las vacantes del cargo Gestor III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126559, aún no ha citado para audiencia pública, con el propósito de opcionar las plazas que se encuentran vacantes, mientras se resuelven otros asuntos administrativos inherentes al concurso, razón por la cual no ha logrado posesionarse e iniciar su periodo de prueba; así, siendo

² Artículo 10 Ibídem



JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO RIOHACHA - LA GUAJIRA

el accionante la directamente afectado, para el Despacho se acredita plenamente la legitimación en la causa por activa.

4. Legitimación por pasiva.

Tratándose de la Legitimación en la Causa por Pasiva, esta recae en quien tenga la aptitud legal por la cual está llamado a responder, bien sea por la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales; cabe agregar que según el artículo 86 de la Constitución, por regla general será procedente la protección tutelar frente a las autoridades públicas y en forma excepción, frente a los particulares, atendiendo lo reglado en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Aplicado al acaso en particular, se tiene que la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales – DIAN y la Comisión Nacional del Servicio Civil, firmaron el acuerdo para Concurso Abierto de Méritos, con fin de proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Especial; dentro de esta figura el cargo de Gestor III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126559, del cual alega está generando demoras en los nombramientos en periodo de prueba. Por lo tanto, la parte accionada si está legitimada, por ser quienes pueden atender la solicitud mencionada.

5. Requisito de Inmediatez.

En lo que respecta al requisito de Inmediatez, el accionante cuenta con un término prudencial entre el hecho o la conducta causante de la amenaza o presunta vulneración de sus derechos fundamentales, y el momento en el invoca su protección por vía de tutela; al respecto, la subregla jurisprudencial ha establecido que los factores para saber si el plazo fue razonable son:

“...(i) La existencia de motivos válidos que expliquen la inactividad del accionante, caso en el cual éste debe alegar y demostrar las razones que justifican su inacción. ii) La inactividad vulnera derechos de terceros afectados con la decisión. iii) Existencia de un nexo de causalidad entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. iv) La vulneración o amenaza del derecho fundamental se mantiene en el tiempo. v) La



JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO RIOHACHA - LA GUAJIRA

carga de interposición de la tutela es desproporcionada en relación con la situación de debilidad manifiesta del accionante”³.

Aunado a lo dicho, la Corte Constitucional ha señalado que el elemento de la inmediatez debe ser valorado a partir del momento en que se presentó el hecho u omisión generadora de la vulneración⁴ ; con mayor razón se deberá determinar tomando en consideración las circunstancias de cada caso concreto y bajo la égida de las tres reglas que gobiernan dicho principio, esto es, proteger la seguridad jurídica, analizarla a partir del concepto de razonabilidad, y que responda al carácter urgente e inmediata, que justifica la acción de tutela, ante una vulneración o amenaza a los derechos fundamentales⁵ .

Así las cosas, el accionante manifiesta que el artículo 29 del Acuerdo 0285 de 2020, le permite adquirir firmeza individual dentro de la lista de elegibles, sin que se haya solicitado exclusión de la misma. Quedo ubicado en la posición 59 de la lista, sin que se diera empate con otro concursante. El día 1 de febrero de 2022 se expidió la CIRCULAR NÚMERO 000001 por la Dirección de Gestión Corporativa de la DIAN, donde publica las acciones previas al nombramiento en periodo de prueba, indicando los pasos y los términos que se deben surtir para el nombramiento en periodo de prueba.

Como consecuencia de lo anterior, la U.A.E. DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, vulnera y amenaza los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, y derecho al trabajo al publicar y someter a los aspirantes del cargo a la CIRCULAR NÚMERO 000001 DEL 1 DE FEBRERO DE 2022, en donde indica una serie de pasos y términos previos al nombramiento en periodo de prueba, situación que es nueva y que genera cambios en las condiciones del concurso, por cuanto el Acuerdo 0285 del 10 de septiembre de 2020, se establecen las reglas del proceso de selección para proveer empleos de vacancia definitiva en la DIAN, reglamenta la etapa previa al nombramiento, indicando el mecanismo de desempates y audiencia pública de escogencia de plaza, sin especificar términos o tiempos de esos procedimientos, pero en todo caso en último

³ ST-954 de 2010.

⁴ SU-108 de 2018

⁵ SU-961 de 1999



JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO RIOHACHA - LA GUAJIRA

momento se cambian o modifican las reglas del concurso, sin tener en cuenta la normatividad que constituye el marco jurídico de dicho concurso.

Por lo tanto y respecto a este punto, se tiene entonces que se cumple con el principio de inmediatez; pues como ya se dijo, este debe ser valorado desde el momento en que se presentó el hecho u omisión generadora de la vulneración; en el presente caso es la ausencia de seguridad jurídica frente a los parámetros del concurso.

6. Requisito de subsidiaridad.

La H. Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela ha sido establecida como un mecanismo de carácter excepcional encaminado a la protección inmediata, directa y eficaz de los derechos fundamentales de las personas frente a las violaciones o vulneraciones de que pueden ser objeto, ora por las autoridades públicas, ora por los particulares en los casos previstos por la ley.

Pero ha sido enfática la Jurisprudencia Constitucional en señalar que: “la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”

Finalmente, en cuanto al requisito de Subsidiariedad, tal y como se colige del artículo 86 de la Constitución Nacional, la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, se haya interpuesto como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o pese a contar con otros mecanismos judiciales, estos se tornen insuficientes para evitar la vulneración del derecho fundamental.

Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos proferidos en el marco de concursos de méritos la Corte Constitucional en ST-059 de 2019 estableció:

“En desarrollo del artículo 86 y del Decreto 2591 de 1991 es posible sostener que, por regla general, la acción de tutela no procede en contra de los actos administrativos adoptados al interior de un concurso de méritos, en la medida en que para controvertir ese tipo de decisiones, en principio, los afectados cuentan con medios de defensa ante



JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO RIOHACHA - LA GUAJIRA

la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, en este tema, existen dos excepciones: (i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela que sea adecuado para resolver las afectaciones constitucionales que se desprenden del caso y (ii) cuando exista riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Precisamente, la postura anterior se consolidó en la Corte Constitucional desde las primeras oportunidades que tuvo para pronunciarse sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela en casos de concursos de méritos. En efecto, en su jurisprudencia, esta corporación se ha centrado en identificar la eficacia en concreto de los medios de defensa ordinarios existentes en el ordenamiento jurídico frente a este tipo de situaciones y, en ese sentido, en la sentencia T-388 de 1998 sostuvo que en atención al término prolongado que tardaban en ser resueltas las pretensiones en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el restablecimiento del derecho no garantizaba el acceso al cargo para el cual se concursó, sino que se logra únicamente una compensación económica por los daños que se causaron al afectado.

De manera posterior, en la sentencia T-095 de 2002 la Sala Octava de Revisión concluyó que, cuando se somete a un trámite prolongado de restablecimiento de derechos a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, se genera una violación de derechos fundamentales que se extiende en el tiempo, por lo que no parece evidente que el medio de defensa ordinario sea el adecuado para garantizar de manera efectiva la protección de los derechos vulnerados.

En igual sentido, en la sentencia SU-913 de 2009 la Sala Plena de la Corte consideró que “en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso –administrativo–, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”

Pese a lo anterior, con la introducción al ordenamiento jurídico de la Ley 1437 de 2011 y, con ésta, de la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como la reducción de la duración de los procesos, el análisis de procedencia varió en estos casos, como quiera que se hizo necesario revisar la eficacia de los mecanismos de defensa allí dispuestos de cara a estas nuevas herramientas que, al igual que la acción de tutela, también permiten suspender los actos que causan la vulneración de los derechos fundamentales. En ese sentido, esta Corte ha sostenido que con la nueva norma el legislador quiso imprimir una perspectiva constitucional a los procesos adelantados ante la citada jurisdicción, instando a los jueces para que, en sus decisiones, opten por una visión más garantista del derecho.



JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO RIOHACHA - LA GUAJIRA

10 Respecto de las condiciones para solicitar medidas cautelares en los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Corte se pronunció en la sentencia C-284 de 2014 en la que concluyó que existen diferencias entre éstas y la protección inmediata que acarrea la naturaleza de una acción de tutela. Ello, en la medida en que el procedimiento para que el juez decrete una medida cautelar es más largo que, los 10 días establecidos para la resolución del amparo constitucional.

11. De acuerdo con los artículos 233[70] y 236[71] de la Ley 1437 de 2011, el demandante puede solicitar que se decrete la medida cautelar desde la presentación de la demanda y en cualquier etapa del proceso, petición que debe ser trasladada al demandado, quien deberá pronunciarse en un término de 5 días. Una vez vencido lo anterior, el juez deberá decidir sobre el decreto de las mismas en 10 días y contra esa decisión proceden los recursos de apelación o súplica, según sea el caso, los cuales se conceden en efecto devolutivo y deben ser decididos en un tiempo máximo de 20 días.

12. Por lo anterior, en la citada sentencia C-284 de 2014 esta Corte manifestó que la Constitución les otorgó a los jueces de tutela una importante facultad para proteger derechos fundamentales de manera inmediata y a través de medidas que son más amplias que aquellas que tienen previstas las medidas cautelares, puesto que, en principio, no están sometidas a “reglas inflexibles” que limiten de alguna forma el estándar de protección que se puede otorgar.

13. En igual sentido, mediante la sentencia T-376 de 2016 la Sala Tercera de Revisión tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el tema, particularmente sobre la eficacia en abstracto de la medida cautelar denominada suspensión provisional de los efectos del acto administrativo. Al respecto, concluyó que, pese a que al momento de estudiar el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela es imperativo analizar la existencia de estas nuevas herramientas introducidas al ordenamiento por el legislador, lo cierto es que existen diferencias importantes con la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991.

14. En efecto, la naturaleza de las medidas cautelares implica que, de por medio, debe existir el ejercicio de una de las acciones previstas para iniciar un juicio ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, en ese orden de ideas, (i) es necesario seguir y ajustarse al procedimiento descrito en la norma y acudir mediante abogado debidamente acreditado, situación que no ocurre con la acción de tutela, como quiera que este es un instrumento que puede ser usado de manera personal por el titular de los derechos vulnerados, sin necesidad de seguir una forma preestablecida, (ii) por regla general, para que una medida cautelar sea decretada, es imperativo prestar caución para asegurar los posibles perjuicios que con ésta se puedan causar[72] y, (iii) la suspensión de los actos que causen la vulneración de los derechos no es de carácter definitivo, puesto que estas herramientas son transitorias y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio, en contraposición con la protección que brinda el amparo constitucional, que en principio, es inmediato y definitivo.

15. Ahora bien, recientemente, mediante la sentencia SU-691 de 2017, la Sala Plena tuvo la posibilidad de pronunciarse nuevamente respecto de la eficacia de los medios



JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO RIOHACHA - LA GUAJIRA

de defensa previstos en el ordenamiento jurídico ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez. En esa providencia, esta Corte consideró que estas nuevas herramientas permiten garantizar la protección de los derechos de forma igual o, incluso superior a la acción de tutela en los juicios administrativos, pero ello no significa la improcedencia automática y absoluta de la acción de tutela como mecanismo de protección subsidiario de los derechos fundamentales, ya que los jueces constitucionales tienen la obligación de realizar, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en concreto de los medios de defensa alternos y, en ese sentido, están obligados a considerar: "(i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados".

Del análisis de la jurisprudencia transcrita in extenso y sin caer en defecto por exceso ritual manifestó, en apego a las consideraciones *up supra*, el Despacho encuentra que no se cumple con este último requisito, esto es el de subsidiariedad, pues dada la realidad fáctica y jurídica existe un marco de normas que generan reglas sobre las bases del concurso que se encuentra en desarrollo y de acuerdo a las pruebas se evidencia agilidad en todas sus etapas, tanto que inicio desde hace menos de dos (2) años, con la complejidad que existen en el acceso al empleo público. Además se pretende con este medio excepcional que se imparta orden que convocatoria a escogencia de plazas, sin que el registro se encuentre en firme completamente, saltando el derecho a la igualdad de los demás integrantes del registro, aludiendo *firmez as individuales*, cuando el registro de elegibles debe ser una situación debidamente consolidada, respetando la simetría y la condición de quienes se encuentran en similares condiciones que el aspirante a ser nombrado.

Esas pautas previamente establecidas en el Decreto 1083 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", El Acuerdo 0285 del 10 de septiembre de 2020, por el cual se establecen las reglas del Proceso De Selección Para Proveer Empleos De Vacancia Definitiva en la Dian y Circular Número 000001 del 1 de febrero de 2022. Estas normas son las reguladoras del aludido proceso de selección⁶, por lo tanto contra la misma proceden los recursos en sede administrativa, para obtener la simple nulidad o la nulidad y el restablecimiento del derecho; siendo estos los medios idóneos para dilucidar si la convocatoria de méritos cumple se ajusta a derecho.

⁶ SU- 446 de 2011



JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO RIOHACHA - LA GUAJIRA

Así las cosas, la accionante no solo cuenta con otros medios de defensa judicial contra Acuerdo 0285 del 10 de septiembre de 2020 y de la Circular Número 000001 del 1 de febrero de 2022, sino que el ejercicio de los medios de control ante la jurisdicción contenciosa administrativa, le permiten solicitar como medida cautelar la suspensión provisional de los actos administrativos, en atención a las supuestas falencias de las funciones registradas, para el cargo al que aspiraba y que desde el inicio del proceso permiten solicitar la protección y garantía provisional del objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

De igual forma, no se conjuga **una situación urgente e inminente o mejor, un perjuicio irremediable**, por lo que se puedan considerar ineficaces los otros mecanismos de judiciales con los que dispone la accionante; pues no le fue negada la posibilidad de participar en concurso de méritos para el cargo de Gestor III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126559; ni mucho menos estamos ante un sujeto especial protección constitucional, que amerite flexibilizar la procedibilidad de la presente.

El accionante pretende por vía de tutela se ordene a la U.A.E. DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN a que de manera inmediata adelante la Audiencias Públicas de Escogencia de Vacante de un mismo empleo ofertado con diferentes ubicaciones y el Nombramiento en Periodo de Prueba de las personas ubicadas en los primeros lugares con firmezas de las posiciones en forma consecutiva de la lista de elegibles del cargo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126559; bajo el marco jurídico establecido en el Decreto 1083 de 2015 y el Acuerdo 0166 de 2020, es decir pretende la modificación de un acto administrativo, pasando por alto el deber de desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos, a efectos de no invalidar las competencias de las distintas autoridades judiciales.

Así las cosas, no se cumple con requisito subsidiariedad porque el juez natural para controvertir los mentado acuerdo y resolución, no es el constitucional, sino el contencioso administrativo, quien debe definir si los actos administrativos que rigen el Concurso Abierto de Méritos para proveer el cargo de GESTOR III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126559; son susceptibles de control judicial y, por otra parte, el accionante no acreditó un perjuicio irremediable ni la



JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO RIOHACHA - LA GUAJIRA

falta de eficacia del mecanismo ordinario, que como se explicó en precedencia estos le permiten desde el inicio la interposición de medidas cautelares, lo cual hace innecesario la intervención del juez de tutela.

Evidentemente, ante la inconformidad del accionante frente a la expedición de la Circular Número 000001 del 1 de febrero de 2022, ésta podía controvertir lo decidido, haciendo uso de los recursos en sede administrativa, para obtener la simple nulidad o la nulidad y el restablecimiento del derecho; como quiera que el quid de su petición concierne al Acuerdo 0285 del 10 de septiembre de 2020, que fijó las reglas del ya mencionado concurso. De manera que según se ha expuesto, atendiendo las características propias de la acción de tutela, dada la ausencia de los requisitos de procedibilidad de la acción, esta se torna improcedente.

En razón y mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Riohacha – La Guajira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar improcedente la petición constitucional elevada por el señor CARLOS AUGUSTO COTES BARROS, por los motivos expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Comuníquese inmediatamente ésta decisión por los medios adecuados a las partes, de acuerdo con las previsiones del artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991.

TERCERO: Si ésta providencia no fuere impugnada, envíese dentro de la oportunidad prevista en el inciso final del artículo 31 de la obra en cita, a la Honorable Corte Constitucional para su revisión.

CUARTO: Se ordena a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN para que, de forma inmediata, a partir de la notificación de la presente sentencia publiquen en sus páginas web oficial, el contenido de esta sentencia, con el fin de



**JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
RIOHACHA - LA GUAJIRA**

ponerlo en conocimiento de los aspirantes de la Convocatoria al cargo de GESTOR III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126559

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Firmado Por:

**Wilson Rene Traslaviña Giraldo
Juez
Juzgado De Circuito
Penal 002
Riohacha - La Guajira**

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

Código de verificación:

1a49d54451f9183e18442b2456ff2103b5d6c1a5ce28f947b0f2d7fe43fd778d

Documento generado en 19/05/2022 09:11:22 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente
URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**