

Medellín, 17 de mayo de 2022

Señores

**JUEZ DEL CIRCUITO (REPARTO)**

E.S.D.

**REFERENCIA:** ACCIÓN DE TUTELA

**Accionante:** Fabio Andrés Castaño Mesa identificado con [REDACTED]

**Accionado:** Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) - UAE Dirección de Impuestos Y Aduanas Nacionales (DIAN)

**Derechos vulnerados:** derecho al trabajo, al acceso a los cargos públicos en conexidad con los principios del mérito, celeridad y eficacia, a la igualdad, al desempeño de funciones, al derecho fundamental de petición en conexidad con el debido proceso administrativo, derechos adquiridos.

**Fabio Andrés Castaño Mesa**, mayor de edad, identificado con cedula de ciudadanía No. [REDACTED] actuando en nombre propio, ante usted de manera respetuosa presento **acción de tutela**, derecho amparado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, reglado por el decreto 2591 de 1991, a fin de que se tutelén los siguientes derechos fundamentales: derecho al trabajo, al acceso a los cargos públicos en conexidad con los principios del mérito, celeridad y eficacia, a la igualdad, al desempeño de funciones, al debido proceso administrativo, derechos adquiridos afectados por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC de conformidad con los siguientes

## **I. HECHOS**

**Primero:** Participé en el proceso de selección de la Unidad Administrativa Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN - No. 1461 de 2020, realizado por la CNSC, con la finalidad de proveer definitivamente 1.500 vacantes pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la DIAN.

**Segundo:** Una vez surtidas las etapas del referenciado proceso de selección, superadas las validaciones y pruebas del mismo, fue conformada la lista de elegibles de la OPEC 126559, mediante resolución № 83 12 de enero de 2022 RES400.300.24-0083, la cual cobró firmeza el día 21 de enero de 2022, lista en la que me encuentro ocupando el puesto No. 122 según resolución de 372 cargos disponibles.

**Tercero:** Que fui incluido en las solicitudes de exclusión presentadas en la lista de elegibles por parte de la Comisión de Personal de la DIAN.

**Cuarto:** Que el día 23 de marzo de 2022 fui notificado del Acto Administrativo 4097 de fecha 18 de marzo de 2022 “Por la cual se concluye la actuación administrativa tendiente a decidir la procedencia de excluir de la Lista de Elegibles al aspirante FABIO ANDRÉS CASTAÑO MESA, OPEC 126559, Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020” en el cual se resuelve mi exclusión de dicha lista, estableciendo un plazo de 10 días hábiles para instaurar recurso de reposición en contra de dicho acto administrativo.

**Quinto:** Que el día 05 de abril del año en curso remití a través del aplicativo SIMO, medio definido por la CNSC para la presentación de recursos, pruebas y defensa, el RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA LA RESOLUCIÓN NUMERO 4097 DE 18 DE MARZO DEL 2022.

**Sexto:** Que a la fecha de presentación de la presente Acción de Tutela (17 de mayo del año 2022) dicho recurso no ha sido resuelto por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC.

**Séptimo:** Que el día 12 de mayo del año 2022, y sin haberse resuelto el recurso de reposición presentado por mi ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, dicha entidad publicó en su página oficial la “Citación a la Audiencia Pública a elegibles de los empleos con los siguientes códigos OPEC: 126468, 126559, 126723, 127175, 127194, 127231, 127246, 127250, 127859 para la escogencia de vacante de un mismo empleo ofertado con vacantes localizadas en diferente ubicación geográfica”

**Octavo:** Que en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se establece lo siguiente:

*ARTÍCULO 86. SILENCIO ADMINISTRATIVO EN RECURSOS. Salvo lo dispuesto en el artículo 52 de este Código, transcurrido un plazo de dos (2) meses, contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa.*

*El plazo mencionado se suspenderá mientras dure la práctica de pruebas.*

*La ocurrencia del silencio negativo previsto en este artículo no exime a la autoridad de responsabilidad, ni le impide resolver siempre que no se hubiere notificado auto admisorio de la demanda cuando el interesado haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*

*<Aparte tachado INEXEQUIBLE> La no resolución oportuna de los recursos constituye falta disciplinaria gravísima.*

**Noveno:** Que el artículo 32 del Acuerdo 285 de 2020 establece lo siguiente:

**AUDIENCIA PÚBLICA PARA LA ESCOGENCIA DE VACANTE DE UN MISMO EMPLEO OFERTADO CON VACANTES LOCALIZADAS EN DIFERENTE UBICACIÓN GEOGRÁFICA.** En firme la lista de elegibles o la primera o primeras posiciones individuales en forma consecutiva y aprobados por los respectivos elegibles los Exámenes Médicos y de Aptitudes Psicofísicas a los que se refiere el numeral 28.3, literal b, del artículo 28 del decreto ley 71 de 2020, le corresponde a la DIAN programar y realizar la(s) audiencia(s) pública(s) de escogencia de vacante de un mismo empleo ofertado con vacantes localizadas en diferente ubicación geográfica, de conformidad con el procedimiento establecido para estos fines en el Acuerdo CNSC No. 166 de 2020 adicionado por el Acuerdo CNSC No. 0236 de 2020, o en las normas que lo modifiquen o sustituyan.

**Decimo:** Que el Acuerdo CNSC 166 de 2020 establece en su artículo 5, parágrafo 2 lo siguiente:

*“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 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 fuera del texto)*

**Decimoprimer:** Que al no haberse resuelto en forma definitiva la solicitud de exclusión en mi contra, toda vez que aún no se ha resuelto el recurso de reposición interpuesto el día 05 de abril, no sería posible citar a audiencia pública de escogencia de vacante a los elegibles con posiciones ubicadas detrás de la posición que actualmente ocupo en dicha lista (122), toda vez que esto estaría en contra de lo establecido en el Acuerdo 285 de 2020 y del Acuerdo 166 de la CNSC.

**Decimosegundo:** Que el criterio unificado del 12 de julio de 2018, expedido por la CNSC, establece la forma en que operan las solicitudes de exclusión y en el numeral 4 de dicho criterio establece que:

*Cuando en las reglas de la convocatoria se defina que para la provisión de las vacantes a través de las listas de elegibles se debe realizar audiencia de escogencia de plaza, y existe una solicitud de exclusión sobre alguno de los elegibles, **solamente se realizará la***

*audiencia de escogencia de plaza y el nombramiento en periodo de prueba hasta el elegible ubicado en el lugar inmediatamente anterior, al de aquel, respecto del que se solicita la exclusión. Una vez concluya la actuación administrativa que defina la solicitud de exclusión del elegible, se continuará con la audiencia de escogencia de plaza (negrilla fuera del texto).*

**Decimotercero:** Que en mi caso particular, en caso de realizarse la audiencia de escogencia de vacante en los días 18, 19 y 20 de mayo de 2022, y en el evento de salir a mi favor el recurso de reposición presentado por mí de forma oportuna, no sería posible acceder a la vacante de mi preferencia de acuerdo a la posición que ocupo en la lista de elegibles.

## **II. DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS**

Señor Juez con lo relatado en los acápites anteriores es evidente que se me ha vulnerado un derecho de relevancia fundamental consagrado en nuestra Constitución Política:

### **DERECHO AL ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA**

El numeral 7° del artículo 40 de la Constitución Política instituye, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, como una expresión protegida del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. De otro lado el artículo 123 de la norma en mención señala que "son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".

La Corte Constitucional en la mencionada Sentencia C-123, indicó:

*"Aunque el acceso a la función pública corresponde a un derecho constitucionalmente garantizado, distintas son las formas dispuestas para escoger a las personas que cumplirán funciones al servicio del Estado. Así, el artículo 125 de la Carta establece la carrera administrativa como regla general tratándose de los empleos en órganos y entidades estatales, pero a continuación exceptúa de ella los cargos "de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y aquellos determinados por la ley" e indica, en su segundo inciso, que "los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o por la ley, serán nombrados por concurso público".*

Así pues, se considera que existe violación al derecho en comento cuando sin haber dado respuesta al recurso de reposición por mi interpuesto, la CNSC realiza la citación a los elegibles de la lista del empleo en el cual me encuentro sin tener en cuenta que en caso tal de respuesta favorable no podría optar a la vacante de mi escogencia de acuerdo a la posición que ocupo en la lista de elegibles

### **DERECHO A LA IGUALDAD**

En relación con el derecho a la igualdad la Constitución Política de Colombia estableció en su artículo 13, que

*"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. " Respecto a la provisión de cargos, se indicó en sentencia C-123 de marzo 13 de 2013:*

*"Así las cosas, el derecho a la igualdad está llamado a presidir tanto la convocación dirigida a quienes, teniéndose por aptos, deseen postularse, como el desarrollo del respectivo proceso de selección, porque tratándose de determinar méritos y calidades, los requisitos y condiciones exigidos han de ser los mismos para todos, lo que garantiza que, desde el principio, todas las personas tengan la ocasión "de compartir la misma posibilidad de conseguir un empleo, así luego, por motivos justos, no se obtengan las mismas posiciones o no se logre la aspiración deseada"(101).*

De conformidad con reiterada jurisprudencia constitucional en lo anterior se manifiesta la igualdad de trato y de oportunidades que conduce a asegurar el ingreso al servicio público sin discriminación de ninguna índole, de donde se desprende que ni en la convocación ni durante el proceso que se cumpla con los inscritos resulta viable el establecimiento de "requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y la capacidad de los aspirantes", pues, de ser así, se erigirían "barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales".

Cabe señalar que tanto el preámbulo como el artículo 13 de la Constitución Política establecen el principio-derecho a la no discriminación y trato desigual, el cual tiene por objeto que las autoridades, por ejemplo, en el ejercicio de sus funciones no brinden tratos diferenciados e injustificados. De este modo, el numeral 2 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 señala que en virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento.

En este orden de ideas, la discriminación se presenta cuando la diferencia de trato se hace sin fundamento constitucional, como por ejemplo hacer primar los derechos de quienes se encuentran en posiciones rezagadas en la lista de elegibles a despecho de quienes obtuvieron mejores resultados en el proceso de selección.

## **DERECHO AL TRABAJO**

Artículo 25 Constitucional: "El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas."

El precedente jurisprudencial que debe ser aplicado al particular se encuentra en la Sentencia SU-133 de 1998:

“(…)

*CONCURSO PÚBLICO-Fundamentos/DERECHO AL TRABAJO-Nombramiento de quien obtuvo el primer puesto/DERECHO A LA IGUALDAD-Nombramiento de quien obtuvo el primer puesto/PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN CONCURSO DE MERITOS-Nombramiento de quien obtuvo el primer puesto.*

(…)

*El derecho al trabajo y el de desempeñar cargos y funciones públicas aparece lesionado en el caso de la persona no elegida que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, con notorio desconocimiento del artículo 25 de la Carta Política, que reconoce a toda persona el derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, y del 40, numeral 7, ibídem, a cuyo tenor tal posibilidad hace parte del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Esa persona es privada del acceso a un empleo y a una responsabilidad pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía ciertas condiciones – ganar el concurso, en el caso que se examina, sería escogida para el efecto. De allí también resulta que, habiendo obrado de buena fe, confiando en la aplicación de las reglas que el Estado ha debido observar, el aspirante debe soportar una decisión arbitraria que no coincide con los resultados del proceso de selección.”*

Así las cosas, el derecho al trabajo se vulnera cuando se impide acceder a quien tiene derecho a él, como por ejemplo, los servidores públicos de carrera.

## **DERECHO AL DEBIDO PROCESO**

El debido proceso administrativo se ha entendido como la regulación jurídica que tiene por fin limitar en forma previa los poderes estatales, así que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley.

La Corte Constitucional en Sentencia T-1083 de 2004, acotó:

*"(..)El debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician para ejercer un derecho ante la administración o con el objeto de cumplir una obligación. (. . .)"*

## **PRINCIPIO CONFIANZA LEGÍTIMA**

De acuerdo al artículo 83 de la Carta Magna, "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estos".

La Corte Constitucional ha dicho en Sentencia T-311 de 2016:

*"Este principio, que se aplica a todas las relaciones jurídicas, sean estas públicas o privadas, es entendido como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares, entre sí y ante aquellas. En otras palabras, **"permite a las partes presumir la seriedad en los actos de los demás, dota de un determinado nivel de estabilidad al tránsito jurídico y obliga a las autoridades a mantener un alto grado de coherencia en su proceder a través del tiempo"**.*

La Corte ha señalado que como corolario de la máxima de la buena fe se han desarrollado los principios de confianza legítima y de respeto por el acto propio que, aunque íntimamente relacionados, cuentan con identidad propia. Desde sus primeros pronunciamientos la Corte ha sostenido que la confianza legítima se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, **"cuando la administración pública ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones"**. (Negrilla fuera de texto).

## **DERECHOS ADQUIRIDOS- BUENA FE**

La Corte Constitucional en sentencia de Unificación 913 de 2009 dejó sentado el derecho que adquiere quien logra superar un concurso público:

*"la listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme. Por otro lado, ha establecido que **"aquel que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado, sino que en realidad es titular de un derecho adquirido"** (Subrayado y resaltado fuera del texto).*

Conforme a esta postura de la Corte, los derechos adquiridos son una institución jurídica que encuentra respaldo en el artículo 58 de la Carta Constitucional, mediante la cual se pasa de un estado de mera expectativa a la conformación de un derecho, que debe ser protegido por las autoridades del Estado, pues así lo ordena el inciso 2do. del artículo 2 Constitucional.

Por lo tanto, se vulneran los derechos adquiridos de los aspirantes que ganaron un concurso y se encuentran en posiciones de privilegio, cuando no se surten los trámites requeridos para la provisión del empleo dentro de los términos legales en el cargo para el cual concursaron.

## **III. FUNDAMENTO JURÍDICO**

Es la Comisión Nacional del Servicio Civil, la entidad que, por mandato Constitucional y legal, encargada de adelantar los procedimientos de selección y elección de

quienes ingresan al sistema de carrera administrativa, bajo los parámetros establecidos en la Ley 909 de 2004 artículo 7° así:

*“ARTÍCULO 7o. NATURALEZA DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.*

**Con el fin de garantizar la plena vigencia del principio de mérito en el empleo público de carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil actuará de acuerdo con los principios de objetividad, independencia e imparcialidad.”** (Negrilla fuera de texto)

Por lo anterior, es imperativo precisar que las actuaciones encaminadas a proveer cargos públicos mediante concurso de mérito, deben encontrar plena concordancia a los parámetros, criterio y normas que orientan este tipo de actividad, es por tanto que debe la entidad encargada de su administración y los participantes respetar el debido proceso, la transparencia e igualdad.

Es así como la Corte Constitucional mediante Sentencia T-556 DE 2010 indicó:

*"El concurso público ha sido el mecanismo establecido por la Carta Política para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva haga prevalecer al mérito como el criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público. Su finalidad es que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo. dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo".*

*Dicha actuación debe estar investida con todas las ritualidades propias del debido proceso, lo que implica que se convoque formalmente mediante acto que contenga tanto de los requisitos exigidos para todos los cargos ofertados, como de las reglas específicas de las diversas etapas del concurso (la evaluación y la conformación de la lista de elegibles) a las que se verán sometidos los aspirantes y la propia entidad estatal Sobre el particular, este Tribunal señaló en la Sentencia SU-913 de 2009 que:*

***Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución la ley o resulten violatorias de los derechos fundamentales. (...)***

***A través de las normas obligatorias del concurso, la administración se auto vincula y autocontrola en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada. (...)***

**Se quebranta el derecho al debido proceso y se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe.** Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por los participantes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la **confianza legítima** que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa.

**Cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos la persona que ocupa en ella el primer lugar. detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior que no puede ser desconocido.”** (Negrilla fuera de texto)

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas deberán realizarse con estricta sujeción (i) al derecho al debido proceso; (ii) al derecho a la igualdad y (iii) al principio de la buena fe.

Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación constituyen "ley para las partes" que intervienen en él.

Así las cosas, señor Juez, la convocatoria se convierte en una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos de tal forma que incumplir las directrices estipuladas contraviene no solo los derechos de los aspirantes sino aquel valor superior al cual está sujeto toda actuación pública. Dicho, en otros términos, el acto administrativo que la contenga funge como norma del concurso de méritos, por lo cual todos los intervinientes en el proceso deben someterse a aquel so pena de transgredir el orden jurídico imperante.

Por lo anterior, entre la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC y la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN suscribieron el Acuerdo 0285 de 2020 “Por la 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 Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020”.

En el artículo 5 del acuerdo 0285 de 2020 establece las normas que rigieron el proceso, en la siguiente forma:

*“Artículo 5. NORMAS QUE RIGEN EL PROCESO DE SELECCIÓN. Las normas que rigen este proceso de selección son el Decreto Ley 71 de 2020, la Ley 909 de 2004 y sus*

*Decretos Reglamentarios, el Decreto Ley 760 de 2005, el Decreto 770 de 2005, la Ley 1955 de 2019, el Decreto 498 de 2020, la Ley 2039 de 2020 si, al iniciar la etapa de inscripciones, se cuenta con la reglamentación de las equivalencias de experiencias de que trata su artículo 2, la Ley 2043 de 2020, el MERF vigente de la DIAN, adoptado mediante la Resolución 060 de 2020 de esa entidad, modificada por la Resolución 089 de 2020, con base en el cual se realiza este proceso de selección, las Resoluciones 061 y 090 de 2020 de la DIAN, **lo dispuesto en el presente acuerdo y su anexo y por las demás normas concordantes y vigentes sobre la materia.**” (Subraya y negrilla fuera de texto)*

Es así como el decreto 071 de 2020 “Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN.”, estableció las etapas del proceso de selección para ingreso así:

*“ARTÍCULO 28. Etapas del proceso de selección para ingreso y ascenso. El proceso de selección para el ingreso o ascenso de los empleos públicos de la DIAN comprende: (i) la convocatoria; (ii) el reclutamiento; (iii) la aplicación y evaluación de las pruebas de selección; (iv) la conformación de la lista de elegibles y (v) la vinculación a la carrera en período de prueba. El contenido y objeto de estas etapas se define a continuación:*

(...)

*28.5 Período de prueba. Este período de prueba será hasta de seis (6) meses contados a partir de la terminación de la etapa de inducción para el ejercicio del empleo. El periodo de inducción tendrá la duración que en cada caso se establezca en la convocatoria. (...)*

*ARTÍCULO 34. Uso de lista de elegibles. Una vez provistos los empleos objeto del concurso, la lista de elegibles tendrá una vigencia de dos (2) años, contado a partir de la firmeza de dicha lista.”*

Norma que en concordancia del Acuerdo No. 0285, el cual 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.**” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

En desarrollo de la anterior disposición, el Decreto 1083 de 2010 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública” modificado por el Decreto 770 de 2021 “Por el cual se sustituye el Título 18 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector Función Pública, y se modifican otras de sus disposiciones.”, adiciona:

*“ARTÍCULO 2.2.18.6.3 Nombramiento en período de prueba. Una vez en firme la lista de elegibles, el Director General de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, en estricto orden de mérito, deberá efectuar el nombramiento en período de prueba en el empleo objeto del concurso, el cual no podrá ser provisto bajo ninguna otra modalidad. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 36 del Decreto Ley 071 de 2020.”*

Concomitante a lo expuesto, resulta de vital importancia recalcar Honorable Juez, que la lista de elegibles, como acto administrativo definitivo en los términos del artículo 43 de la Ley 1437 de 2011, una vez en firme origina derechos individuales en cabeza de los aspirantes que lograron integrar esta y obliga a las autoridades destinatarias a ejecutarla de inmediato (artículo 89 de la Ley 1437 de 2011).

La Corte Constitucional en sentencia SU-446 de 2011, sobre el particular dijo:

*“La conformación de la lista de elegibles, así entendida, genera para quienes hacen parte de ella, un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombradas en el cargo para el que concursó, cuando el mismo quede vacante o esté desempeñando por un funcionario o empleado en encargo o provisionalidad. En ese sentido, **la consolidación de este derecho se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer**” (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

En razón de lo anterior, es evidente que en el caso de recibir respuesta positiva al recurso de reposición interpuesto por mi ante la CNSC contra la Resolución Número 4097 de 18 de marzo del 2022, no sería consecuente la eventual escogencia de vacante en relación a la posición que actualmente ocupo en la lista, dado que la vacante objeto de controversia bien podría ser seleccionada por un elegible que se encuentre detrás en orden de mérito.

## **PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN CONCURSOS DE MERITO**

Como lo reiteró la Corte Constitucional en tutela T-059/2019 del 14/02/2019 Magistrado Ponente: ALEJANDRO LINARES CANTILLO, para el ejercicio de la acción de tutela deben acreditarse unos requisitos que permitan establecer su procedencia, lo referido en dicha sentencia fue:

“De acuerdo a lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, para el ejercicio de la acción de tutela se deben acreditar unos requisitos que permitan establecer su procedencia para resolver el problema jurídico puesto en conocimiento del juez constitucional. Así las cosas, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional procederá a realizar un análisis sobre (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva; (ii) la inmediatez y, por último, (iii) la subsidiariedad. En cada uno de los procesos de tutela.

1. *Legitimación por activa: El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de directamente o a través de un representante que actúe en su nombre.*

Si bien el titular de los derechos fundamentales es a quien, en principio, le corresponde interponer el amparo constitucional, lo cierto es que es posible que un tercero acuda ante el juez constitucional. En efecto, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela también puede ser interpuesta por el representante de la persona que ha visto vulneradas sus prerrogativas constitucionales, por otra persona que agencie oficiosamente los derechos del titular ante la imposibilidad de este último de acudir por sí mismo al amparo o por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

(...)

2. *Legitimación por pasiva: El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto, especialmente, las hipótesis se encuentran plasmadas en el artículo 42.*

(...)

3. *Inmediatez: El principio de inmediatez de la acción de tutela está instituido para asegurar la efectividad del amparo y, particularmente, garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o se hayan visto vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la Constitución y demás normas, así como en la jurisprudencia de esta Corte. Por lo tanto, el transcurso de un lapso desproporcionado entre los hechos y la interposición del amparo tornaría a la acción en improcedente, puesto que desatendería su fin principal.*

(...)

Así las cosas, el término que transcurrió entre la última actuación de las autoridades demandada y la interposición del amparo constitucional resulta proporcionado y razonable, de conformidad con la jurisprudencia constitucional y las reglas contenidas en el Decreto 2591 de 1991.

4. *Subsidiariedad: En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional adoptada en la materia y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las*

*circunstancias del caso concreto; así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.*

Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos proferidos en el marco de concursos de méritos

5. 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 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.

6. 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[64] 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.

7. De manera posterior, en la sentencia T-095 de 2002[65] 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.

8. 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”[66]

9. Pese a lo anterior, con la introducción al ordenamiento jurídico de la Ley 1437 de 2011[67] 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 [68].

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[69] 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. 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 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”. (negritas y resalta fuera del texto original)

16. Sumado a lo anterior, es importante resaltar que un requisito de acceso a las acciones previstas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es el agotamiento de la etapa previa de conciliación extrajudicial, cuando el objeto de la pretensión pueda ser objeto de este medio alternativo de resolución de conflictos, situación que interrumpe el término de caducidad de la acción hasta que se logre el acuerdo conciliatorio; hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley; hasta que se expidan las constancias de no conciliación o hasta que se venza el término de 3 meses, lo que ocurra primero.

17. Debido a ello, pese a la existencia de medios de defensa ordinarios que puedan ser idóneos para la protección de los derechos fundamentales invocados, lo cierto es que la acción de tutela puede ser procedente, de manera excepcional, con la finalidad de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

18. Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley [74]. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que, a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico [75].

(...)

24. Por último, es importante poner de presente que, pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela, se podría satisfacer mediante la solicitud de medidas cautelares, lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales.

Armonizando los anteriores requisitos con el caso sometido a consideración del señor juez de tutela, encontramos lo siguiente:

1. Legitimación por activa: soy el titular de los derechos constitucionales fundamentales vulnerados por la acción y omisión de las entidades accionadas.

2. Legitimación por pasiva: con la acción de las entidades accionadas, se han vulnerado mis derechos fundamentales. La entidad pública en el presente caso es la Comisión Nacional del Servicio Civil.

3. Inmediatez: entre la actuación de las entidades y la formulación de la presente acción ha transcurrido un término proporcionado y razonable, como quiera que el recurso de reposición por mi interpuesto no ha sido resuelto por parte de la CNSC, a pesar de lo cual dicha entidad procedió con la citación a los elegibles de dicha lista para la realización de la audiencia de escogencia de vacante.

4. Subsidiaridad: en el presente caso se cumple con este requisito si se tiene en cuenta que al no proceder recurso alguno en contra de la decisión tomada por la

CNSC de citar a los elegibles de la lista a la audiencia de escogencia de vacantes se procede con la realización de la misma los días 18, 19 y 20 de mayo de 2022 generando un perjuicio irremediable para mi en el momento de seleccionar la plaza conforme a mi posición en la misma lista.

#### **IV PRETENSIONES**

##### **MEDIDA PROVISIONAL.**

1. ORDENAR LA SUSPENSIÓN de la realización de la Audiencia Pública a elegibles ubicados en la posición 122 en adelante, correspondiente a los empleos con el código OPEC: 126559; audiencia a realizarse para la escogencia de vacante de un mismo empleo ofertado con vacantes localizadas en diferente ubicación geográfica y que está prevista para el próximo 18, 19 y 20 de mayo de 2022, hasta tanto se resuelva el RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA LA RESOLUCIÓN NUMERO 4097 DE 18 DE MARZO DEL 2022, presentado ante la CNSC el día 5 de abril del año en curso a través del aplicativo SIMO

2. Ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil que dé respuesta inmediata al recurso de reposición interpuesto por mi contra la Resolución Número 4097 de 18 de marzo del 2022 la cual fue elevada ante la entidad accionada el día 05 de abril del año en curso en aras de poder dar trámite al proceso consecuente en dicha convocatoria.

3. Vincular a la presente acción a las personas que conforman la lista de elegibles correspondiente a la resolución Nº 83 12 de enero de 2022 RES400.300.24-0083 para que ejerzan su derecho de defensa

##### **Anexos**

1. Resolución Nº 83 12 de enero de 2022 2022RES-400.300.24-0083 ratificando el lugar 122 en la lista de elegibles.
2. Pantallazo del aplicativo SIMO donde consta la fecha de inscripción del recurso de reposición contra la resolución número 4097 de 18 de marzo del 2022.
3. Anexo 3: Pantallazo del portal de la CNSC donde consta citación pública a elegibles a la audiencia de escogencia de vacantes para la OPEC 126559
4. Documento de identidad del suscrito accionante.

## NOTIFICACIONES

El suscrito recibe notificaciones al correo electrónico [REDACTED], celular [REDACTED]

La accionada COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL CNSC, recibe notificaciones judiciales en el correo electrónico: [notificacionesjudiciales@cncs.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@cncs.gov.co). o en su defecto en la Carrera 12 No 97- 80, Piso 5 de Bogotá D.C.

La accionada DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN, recibe notificaciones judiciales en el correo electrónico: [notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co](mailto:notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co), o en su defecto, en Bogotá en la Carrera carrera 8 N° 6C - 38 Edificio San Agustín PBX 601 7428973 / (+57) 310 3158107

Cordialmente,

[REDACTED]  
Fabio Andrés Castaño Mesa  
[REDACTED]