

Bogotá, 29 de junio de 2022

Señor

JUEZ DE TUTELA

Ciudad

REF: Acción de Tutela.

Accionante: **LUIS ENRIQUE GARCIA PEÑUELA**

Accionado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN**

LUIS ENRIQUE GARCIA PEÑUELA identificado con cédula de ciudadanía No. 1.144.094.136 de Cali, actuando en nombre propio, invocando el artículo 86 de la Constitución Política, acudo ante su Despacho para instaurar ACCIÓN DE TUTELA en contra de la **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN**, para solicitar el amparo de mis derechos fundamentales al **MINIMO VITAL - TRABAJO** (art. 25 constitucional), **ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA** (art. 40 numeral 7 y art. 125 constitucional), **DEBIDO PROCESO** (art. 29 constitucional) y **CONFIANZA LEGÍTIMA**. Lo anterior, fundamentado en los siguientes hechos:

HECHOS

PRIMERO: La Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante el Acuerdo No. CNSC-20201000002856 - 0285 del 10 de septiembre de 2020, convocó y estableció 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.

SEGUNDO: Participé en la Convocatoria Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020, adelantada por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-, de acuerdo a las competencias constitucionales y legales, para el cargo de carrera administrativa específica denominado GESTOR III, CÓDIGO 303, Grado 3, nivel jerárquico profesional, identificado con el Código OPEC No. 126534, cargo denominado dentro del concurso como: “*diferente a los del Nivel Profesional de los Procesos Misionales del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN*”.

TERCERO: EL PROCESO DE SELECCIÓN para el empleo identificado con la OPEC 126534 ya se encuentra completamente surtido y agotadas todas sus etapas, toda vez que al finalizar la etapa de aplicación de Pruebas de Selección a los participantes admitidos, y una vez en firme resultados de las mismas, la CNSC profirió la **Resolución No. 79** del 12 de enero de 2022 “*Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer ciento sesenta y ocho (168) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126534, diferente a los del Nivel Profesional de los Procesos Misionales del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020*”, ocupando un lugar dentro de las primeras 168 posiciones por puntaje en estricto orden de mérito.

CUARTO: Luego de adquirir firmeza la lista de elegibles, presenté los exámenes médicos a los cuales fui citado y realice la etapa de inducción virtual que llevo a cabo la *Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN*.

QUINTO: Como consecuencia de haber cumplido con cada una de las etapas del proceso, me notificaron el día 21 de junio de 2022, la Resolución No. 000719 del 17 de junio de 2022, por medio de la cual se efectúa mi nombramiento en periodo en el cargo de **GESTOR III CÓDIGO 303 GRADO 03, en el GRUPO INTERNO DE TRABAJO CONTABILIDAD de la DIVISIÓN DE RECAUDO de la DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS DE BOGOTÁ** y se retira de ese cargo a un empleado vinculado mediante la modalidad encargo y por consecuente el retiro del nombramiento provisional del empleado que ocupaba el cargo original del empleado que se encontraba en encargo.

Dentro del mismo correo se notifica el oficio No. 100190442 – 0004038 cuyo asunto es: Comunicación de nombramiento en periodo de prueba en donde su contenido expresa:

“(…) Le comunico que mediante Resolución No. 000719 del 17 de junio de 2022, resuelve nombrar en periodo de prueba por el término de seis (6) meses, en el cargo de GESTOR III CÓDIGO 303 GRADO 03, y ubicarla en el GRUPO INTERNO DE TRABAJO CONTABILIDAD de la DIVISIÓN DE RECAUDO de la DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS DE BOGOTÁ de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

*Desde el momento del recibo de la presente comunicación, dispone de 10 días hábiles para aceptar el nombramiento, mediante una comunicación dirigido a la Subdirección de Gestión del Empleo Público, al buzón pgonzalezv@dian.gov.co ubicar el buzón del servidor encargado en la dirección seccional ofarfana@dian.gov.co **especificando en el asunto la Aceptación o Rechazo del Nombramiento.***

A partir de la aceptación, cuenta con 10 días hábiles para tomar posesión del cargo ante la DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS DE BOGOTÁ, para lo cual se puede comunicar al correo electrónico ofarfana@dian.gov.co servidor encargado del tema personal en la Dirección Seccional, de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para lo cual usted debe presentar los documentos relacionados a continuación: (...)”

SEXTO: Teniendo en cuenta el oficio No. 100190442 – 0004038 y la Resolución No. 000719 del 17 de junio de 2022, envié un correo electrónico a los correos citados y al correo: *co_administracionplanta_posesiones@dian.gov.co* manifestando la aceptación del nombramiento mediante escrito anexo a ese correo. Dentro del escrito manifesté que me posesionaría el día **29 de junio de 2022**. Lo anterior en cumplimiento de los tiempos legales que me fueron comunicados mediante el oficio No. 100190442 – 0004038.

SÉPTIMO: Sin embargo, a presentación de esta tutela, faltando menos de 12 horas para el cumplimiento de la fecha de mi posesión nunca recibí respuesta al correo electrónico en donde manifesté mi aceptación e indique la fecha de posesión.

Solo recibí mediante comunicación mediante chat de la aplicación WhatsApp del número 300 797 4992, quien se presentó como Mauricio Méndez funcionario DIAN que me informó que debía esperar y que no era posible tomar posesión el día designado debido a que el acto administrativo no se encuentra en firme y el mismo se encuentra sujeto a recursos, aun así que en mi aceptación renuncié al termino para interponer cualquier tipo de recursos y teniendo en cuenta que en los concursos de méritos la jurisprudencia ha determinado que los actos administrativos que se expiden durante el transcurrir del proceso son preparatorios y de trámite y que solo la lista de elegibles es el acto definitivo susceptible de ser enjuiciado. Por lo cual son actos de administrativos de trámite los cuales de acuerdo al artículo 75 del CPACA es improcedente interponer cualquier tipo de recurso.

OCTAVO: A pesar de lo anterior, alegan que dentro de la resolución se establece la pérdida de ejecutoria del artículo 13 de la resolución 013430 del 31 de diciembre de 2018 mediante la cual se efectuó el nombramiento de carácter provisional al señor **JAVIER CAMILO PEÑA ROMERO** y este último puede acceder a interponer recursos.

Esta decisión de la DIAN es a toda luz violatoria de la jurisprudencia del Consejo de estado en sentencia 2013-00296 CP William Hernández Gómez, que ha manifestado que el acto administrativo de nombramiento en periodo de prueba, no procede recursos de reposición.

Igualmente, esta decisión de la DIAN es violatoria de la normatividad de la Comisión nacional del servicio Civil que ha determinado en diferentes oficios lo siguiente:

“No es posible negar al elegible la posesión en el empleo público obtenido a través del proceso de selección No. 1461 de 2020, argumentando que el empleado que ocupa la vacante en provisionalidad, presentó o presentará recurso de reposición contra el acto administrativo que declare el retiro del servicio, dado que como se señaló anteriormente, frente al acto administrativo mediante el cual se ordena el nombramiento en periodo de prueba no proceden recursos.

Por otro lado, el acto administrativo mediante el cual se ordena el retiro del servicio del empleado vinculado mediante nombramiento provisional es un acto independiente, frente al cual procede recurso de reposición en los términos del artículo 135 del Decreto ley 71 de 2020, por lo tanto los recursos que el empleado en provisionalidad interponga no pueden afectar el nombramiento ni la posesión del empleado público ganador de la vacante a proveer.

NOVENO: En el momento se niega mi derecho al trabajo y mi acceso a la carrera administrativa por meritocracia, toda vez que aunque desde enero del año en curso adquirí estos derechos, la DIAN pretende afectar mis derechos por decisiones administrativas que a toda luz desconocen la normatividad y jurisprudencia legal.

Teniendo en cuenta la situación expuesta se realizan las siguientes:

PRETENSIONES

1. **AMPARAR** mis derechos fundamentales al MINIMO VITAL-TRABAJO (art. 25 constitucional), ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA (art. 40 numeral 7 y art. 125 constitucional), DEBIDO PROCESO (art. 29 constitucional), y los demás que el honorable Juez a bien tenga reconocer.
2. Que en un término no mayor a 48 horas una vez notificado el fallo de tutela, se ordene a la DIAN Realizar la posesión a mi cargo determinado por la Resolución 000719 del 17 de junio de 2022.
3. En consecuencia de la pretensión anterior, se ordene a la DIAN que realice las afiliaciones de Ley a que tengo derecho por haber sido nombrado mediante Resolución No. 000719 del 17 de junio de 2022.

PROCEDENCIA DE LA TUTELA

Bajo jurisprudencia de la corte constitucional la tutela es procedente para este tipo de casos. La sentencia T-156 de 2012, plantea lo siguiente:

*“Como primera medida, la Corte reitera que la acción de tutela, sin perjuicio de su naturaleza residual, es un mecanismo procedente paraproteger los derechos de quienes han participado en concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera en las entidades estatales **Y HAN SIDO SELECCIONADOS**, en la medida en que las acciones ordinarias ante la jurisdicción de lo contencioso- administrativo no proveen un mecanismo efectivo, oportuno e idóneo para la protección de los derechos al trabajo, a la igualdad y al debido proceso.*

Ha explicado la jurisprudencia constitucional en este sentido, en línea decisoria que se

reiterará en su integridad en la presente sentencia:

“5.1. La Corte Constitucional ha señalado de manera recurrente que la acción de tutela es un mecanismo protector de derechos fundamentales de naturaleza residual y subsidiaria, por lo cual solo puede operar para la protección inmediata de los mismos cuando no se cuenta con otro mecanismo judicial de protección, o cuando existiendo este, se debe acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sin embargo, la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede ‘desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto, en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos.

5.2. Considera la Corte 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, 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”.

ARGUMENTOS JURÍDICOS

Es imperativo precisar que las actuaciones encaminadas a proveer cargos públicos mediante concurso de mérito, deben encontrar plena concordancia a los parámetros, criterios 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 las partes 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.”

Respecto a la normatividad que rige el presente caso, se debe acudir al Decreto Ley 71 de 2020, para tener claro cuáles son las formas en que se puede suspender o retirar del servicio a un empleado público de la DIAN, disponiendo en su articulado:

“(…) Artículo 125. *Suspensión en el ejercicio del empleo.* La suspensión consiste en la separación temporal del empleo, como consecuencia de una orden de autoridad judicial, fiscal o disciplinaria competente, y se decreta mediante acto administrativo motivado. La suspensión genera vacancia temporal del empleo. PARÁGRAFO. *Mediante acto administrativo motivado, el Director General de la DIAN o su delegado podrá declarar la suspensión administrativa de los servidores, la cual operará cuando se encuentren cobijados con medida de aseguramiento con privación de la libertad sin derecho a libertad provisional.(…)*”

“(…) ARTÍCULO 129. *Causales de retiro.* El retiro del servicio de los empleados públicos de la DIAN conlleva la cesación en el ejercicio de funciones públicas en la Entidad, el retiro de la carrera del sistema específico, y la pérdida de los derechos de la misma. Son causales de retiro de la Entidad las siguientes:

129.1 *Renuncia regularmente aceptada.*

129.2 *Declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción.*

129.3 *Declaratoria de insubsistencia del nombramiento por inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente.*

129.4 *Declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio de la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera.*

129.5 *Retiro del empleado vinculado mediante nombramiento provisional, como consecuencia del resultado no satisfactorio de la evaluación del desempeño laboral.*

129.6 *Haber obtenido la pensión de jubilación, vejez o invalidez.*

129.7 *Supresión del empleo.*

129.8 *Edad de retiro forzoso.*

129.9 *Destitución como consecuencia de un proceso disciplinario.*

129.10 *Declaratoria de vacancia del empleo en caso de abandono del cargo.*

129.11 *Revocatoria del nombramiento por no acreditación de requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la ley 190 de 1995 y las normas que la adicionen, sustituyan o modifiquen.*

129.12 Muerte.

129.13 Por orden o decisión judicial.

129.14 Las demás que determinen la Constitución y la Ley.

Como se puede ver luego de analizar el anterior articulado, no existe justificación normativa para tener realizar una suspensión de la posesión de un servidor público, como se hizo en mi caso.

De la Subsidiariedad- Procedencia excepcional frente determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos.

La acción de tutela es de naturaleza residual, es decir, que sólo procede en cuanto el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial a menos que se intente como transitoria para evitar un perjuicio irremediable o cuando el medio de defensa consagrado en el ordenamiento jurídico sea ineficaz para lograr el restablecimiento del derecho conculcado.

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009 determinó que: "*en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado 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*".

Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo.

La Corte ha resaltado que la provisión de empleos a través de concurso busca la satisfacción de los fines del Estado y garantiza el derecho fundamental de acceso a la función pública. Por ello, la elección oportuna del concursante que reúne las calidades y el mérito asegura el buen servicio administrativo y requiere de decisiones rápidas respecto de las controversias que surjan entre los participantes y la entidad.

Así las cosas, este Tribunal ha entendido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.

Acceso a cargos públicos-concurso de méritos lista de elegibles

El ingreso a ocupar un cargo público está circunscrito en principio al mérito, expresado en la convocatorias y concursos que se efectúan para seleccionar a quienes tienen las mejores capacidades, idoneidad y competencias en referencia a la oferta requerida, cuyo proceso se caracteriza por ser objetivo e imparcial, y estar al acceso de toda persona que cumpla los requisitos para aspirar al mismo.

Por su parte, el ordenamiento jurídico ha dado cuenta de ello, como se observa en el artículo 125 de la Constitución Política, que señala:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (...)"

La alta Corporación, advero

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:

- (i) 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.
- (ii) A través de las normas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola. en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada.
- (iii) 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 las partícipes 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.
- (iv) 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.

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, la convocatoria se convierte en una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos de tal forma que incumplir las directrices allí 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 aquel so pena de trasgredir el orden jurídico imperante.

DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS

Señor Juez con lo relatado en los acápite anteriores, y según las pruebas documentales que allegamos a su despacho, se puede evidenciar la vulneración los siguientes derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Política y jurisprudencia:

PRINCIPIO DE 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).*

Entonces, si se tiene que la lista de elegibles en firme origina un derecho subjetivo y consolidado en el funcionario público que debe respetarse y garantizarse. Valga recabar en lo que la jurisprudencia constitucional ha señalado en cuanto a este tema, en Sentencia T-156 del 2012:

*"Esta Corporación ha sentado en numerosas oportunidades su jurisprudencia en el sentido de que **"las 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"**, y en cuanto a que **"aquél 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."***

DERECHO AL MÍNIMO VITAL

La Corte Constitucional mediante Sentencia T-678/17, indico:

*"(...)El derecho al mínimo vital ha sido definido por esta Corte como **"la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional"**.*

Se configura la violación a este derecho mediante la negación de posesión y por consecuencia el

no ejercer mi derecho al trabajo en donde pueda obtener remuneración para mis necesidades básicas.

DERECHO AL TRABAJO

Artículo 25 Constitucional cita: *“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. Específicamente a mí, que ya había cursado un proceso de mérito de carrera administrativa y como fruto de este fui nombrado en periodo de prueba.

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.(. . .)”

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:

“Las 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 segundo del artículo 2 Constitucional.

Para la Corte Constitucional, frustrar el derecho legítimo que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nombradas en los cargos para los cuales concursaron, conlleva una violación de sus **derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo**; en palabras de la Corporación, la Corte mediante la sentencia SU-133 de 1998, sostuvo que se quebranta el derecho al debido proceso -que, según el artículo 29 de la Constitución obliga en todas las actuaciones administrativas- y se infiere un perjuicio cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Así mismo, se lesiona el derecho al trabajo cuando una persona es privada del acceso a un empleo o función pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que si cumplía con ciertas condiciones -ganar el concurso-, sería escogida para el efecto. En idéntica línea se conculca el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución cuando se otorga trato preferente y probadamente injustificado a quien se elige sin merecerlo, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado.

En esa misma medida, precisó la Corte que tal curso de acción también equivaldría a vulnerar el principio de la buena fe -Artículo 83 de la Carta- al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo de carrera administrativa después de haber superado todas las pruebas necesarias para determinar que él había ocupado el primer lugar y, por contera, los derechos adquiridos en los términos del artículo 58 Superior.

En desarrollo de esta postura, la Corte ha explicado que los actos administrativos que establecen las listas de elegibles, una vez en firme, crean derechos subjetivos de carácter particular y concreto que no pueden ser desconocidos por la Administración

Lo cierto es que, no se debe interrumpir el trámite de posesión pues la situación del desvinculado no es oponible al concursante, máxime cuando la omisión en la observancia de los términos o el posible yerro lo cometió la accionada Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Bogotá, la cual no puede trasladar dicha carga sobre el empleado público quien ha obrado de buena Fe y en actuado acorde al principio de confianza legítima, por lo que, la mentada situación administrativa deberá ser atendida de forma independiente.

Al respecto, resulta pertinente recordar que el acceso al empleo público por regla general es mediante el concurso de méritos por tener la condición el empleo de carrera administrativa, lo cual se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (artículo 125 Constitucional); por lo cual el proceso de selección es una acción ordinaria, regular y obligatoria para las entidades públicas, donde el acceso al empleo público tiene la connotación de constitucional al tenor del artículo 40 numeral 7.

Por tanto, en principio el acceso y permanencia en el empleo público tiene un pilar fundamental EL MERITO, en este caso frente al nombramiento que se realiza como conclusión de un proceso de selección que gira y se fundamentó en ello, mientras que la permanencia de quien interpone el recurso NO.

MEDIDA PROVISIONAL

Respetuosamente le solicito al señor Juez de Tutela que de conformidad al artículo 7° Decreto 2591 de 1991, como medida provisional:

Se ordene a la DIAN llevar a cabo la posesión del cargo público descrito en la Resolución 000719 del 17 de junio de 2022 toda vez que el perjuicio de quien tiene la expectativa de acceso al empleo público no puede enmendarse, ya que el tiempo que se restringe no tiene forma de ser recuperado y con ello los efectos en el ordenamiento jurídico que no pueden ser generados en forma retroactiva pues, la posesión del empleo es un requisito constitucional (artículo 122), el cual solo genera efectos hacia el futuro

Por lo tanto, el exigir mantenerse al margen a quien en principio ha sido designado en un empleo superando las pruebas que respetan el MERITO, es imponer una carga excesiva, frente a quien tiene una posición NO oponible, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en sentencia SU-446 de 2011:

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política faculta a toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares, en los casos en que así se autoriza.

El Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, establece que el juez constitucional cuando lo considere necesario y urgente para proteger un derecho fundamental “suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere”

VINCULACION

Solicito se vincule a la presente, a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo y a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que de acuerdo a sus respectivas funciones y competencias cumplan con la vigilancia y control sobre la situación expuesta.

PRUEBAS Y ANEXOS

1. Copia simple de la cédula de LUIS ENRIQUE GARCIA PEÑUELA
2. Oficio No. 100190442 – 0004038
3. Resolución No. 000719 del 17 de junio de 2022.
4. Oficio de aceptación de nombramiento y solicitud de posesión.
5. Correo de aceptación de nombramiento y solicitud de posesión

JURAMENTO

Bajo la gravedad de juramento, que se entiende manifestado con mi firma, manifiesto que no he instaurado otra acción de tutela por los mismos hechos, derechos y contra la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN

NOTIFICACIONES

Las notificaciones las recibiré en la dirección electrónica y número de teléfono que aparecen junto a mi firma.

Accionada: Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
- DIAN: notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co

Comisión Nacional del Servicio Civil Carrera 16 No. 96 – 64, Piso 7, Bogotá D.C. Teléfonos
3259700 extensiones 1076, 1070, 1024, 1062. Correo: notificacionesjudiciales@cns.gov.co

Procuraduría General de la Nación Carrera 5 # 15-80, Bogotá D.C., teléfonos PBX:
+57 1 587 8750, línea gratuita nacional: 01 8000 940 808, correo electrónico:
procesosjudiciales@procuraduria.gov.co

Defensoría del Pueblo Cra. 9 # 16 21, Bogotá D.C., teléfono: (1) 3147300, correo electrónico:
buzon.pqrsdf@defensoria.gov.co

Del señor Juez,



LUIS ENRIQUE GARCIA PEÑUELA

C.C. No. 1.144.094.136 de Cali

Correo: lgp2601@hotmail.com

Celular: 314-555-5469

Dirección: Cra. 35ª # 61-08 Bogotá