



**DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA
JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE
SANTA MARTA**

ACCIÓN DE TUTELA

Radicado: 470013107002-2022-00094
(Rad Tyba: 47001310700220220005800)

Accionante:
LUIS ERNESTO MARENCO ELLIS

Accionado:
**DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS
NACIONALES "DIAN" - COMISIÓN NACIONAL
DEL SERVICIO CIVIL**

2022-00094

EXPEDIENTE DIGITAL

HONORABLE:

JUEZ ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA (Reparto).

E. S. D.

ASUNTO: PRESENTACIÓN DE ACCIÓN DE TUTELA Y SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE CARÁCTER URGENTE.

SOLICITANTE: LUIS ERNESTO MARENGO ELLIS.

ACCIONADOS: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN Y LA COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL – CNSC.

REF: Proceso de Selección DIAN 1461 de 2020.

Yo, **LUIS ERNESTO MARENGO ELLIS**, identificado con la Cédula de Ciudadanía [REDACTED] actuando en nombre propio en mi calidad de elegible dentro del concurso convocado por la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** con ocasión del Proceso de Selección para proveer vacantes en la DIAN, con el acostumbrado respeto, en ejercicio de la Acción de Tutela consagrada en el Artículo 86 de la Constitución Política, acudo ante su Despacho a instaurarla contra la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN Y LA COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL – CNSC** para obtener de este despacho, la protección y garantía obligatoria eficaz del Estado Social de Derecho por la vulneración de los derechos fundamentales que a continuación enuncio y los cuales se fundamentan en los siguientes:

DERECHOS VULNERADOS:

Instauro la presente acción de tutela, especialmente por considerar vulnerados mis derechos fundamentales al Debido Proceso, al Trabajo en Condiciones Dignas, Acceso a la Promoción dentro de la Carrera Administrativa, Unidad Familiar; así como los Principios de: Mérito, Libre Concurrencia, Igualdad en el Ingreso, Transparencia, Imparcialidad, Confianza Legítima y Buena Fe, por parte de la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN** y la **COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL – CNSC**.

HECHOS:

1. Estoy vinculado a la planta I de la UAE DIAN desde el día primero (1) de abril de 1991 y en la actualidad me desempeño como funcionario ubicado como Gestor II.
2. Mediante el acuerdo 1461 de 2021 la Comisión Nacional del Servicio Civil, modifico el Anexo del Acuerdo N° 0285 del diez (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 Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, Proceso de Selección DIAN.
3. Me inscribí en el concurso en mención en la OPEC 126559 del Nivel Profesional de los Procesos Misionales del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la Planta de Personal de la DIAN, para el cargo GESTOR III, vacante en la ciudad de Santa Marta.
4. Una vez publicados los resultados del examen, afortunadamente supere las pruebas y gane el derecho a obtener plazas.
5. Como elegible debí seleccionar la plaza y asignar el orden de mi preferencia para las vacantes ofertadas de acuerdo al empleo para el cual concurre.
6. Para mi caso señale preferiblemente la Ciudad de Santa Marta antes que Valledupar; es decir de haber espacio en Santa Marta esta me debería ser asignada antes que Valledupar.
7. A través de la Resolución N° 1046 del 21 de junio de 2022 expedida por la DIAN se me notifica mi nombramiento en Periodo de Prueba en la Planta Global de esta Entidad, en el empleo Gestor III Código 303 Grado 03, ubicado en la División de Fiscalización y Liquidación Tributaria, Aduanera y Cambiaria de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Valledupar.
8. Mi ubicación en el listado de elegibles del cargo al cual aspiro es la posición número 298.
9. Cabe agregar que a la fecha tengo sesenta (60) años y mil seiscientos noventa y cinco (1695) semanas cotizadas en el régimen de pensiones RPM, las cuales cotizo en el fondo de pensiones COLPENSIONES, obteniendo la calidad de (Pre Pensionado) es arbitrario trasladarme a solo poco tiempo de obtener el derecho a pensionarme.
10. En dos oportunidades me dirigí a la DIAN mediante peticiones para solicitarles el cambio de plaza de la ciudad de Valledupar a Santa Marta, lugar donde resido junto a mi familia compuesta por mi esposa MIRNA ESTHER SALCEDO MARTÍNEZ, identificada con la Cedula de Ciudadanía N° [REDACTED] actual funcionaria de

la Fiscalía General de la Nación Seccional Santa Marta, mi hijo JOSÉ CARLOS MARENGO SALCEDO, identificado con la Cedula de Ciudadanía N° [REDACTED] próximo a obtener el título profesional de Ingeniero Mecánico de 29 años de edad, desempleado dependiente económicamente de nosotros y mi hija ANA LUCIA MARENGO SALCEDO, identificada con la Cedula de Ciudadanía N° [REDACTED] de 23 años de edad, Diseñadora Gráfica afortunadamente empleada, todos radicados en la Ciudad de Santa Marta, lo que me representa el mantenimiento del hogar.

11. Quienes en ambas oportunidades consideraron que debía atenerme a las condiciones del concurso, desconociendo que en el ABECÈ del Nombramiento en Periodo de Prueba, en lo concerniente a la asignación de la Seccional se establece que: *“para aquellos elegibles que resulten ser funcionarios activos de la Entidad (De carrera o Provisionales), la Administración procurará ubicarlos en la misma Seccional, dependencia o proceso en el que se encuentren y en coherencia al resultado de la Audiencia Pública de escogencia de plaza y a la ubicación de las vacantes existentes. De no existir alguna relación entre su ubicación actual y ubicación de las vacantes existentes en coherencia con el resultado de la Audiencia Pública, son ubicados aleatoriamente bajo el entendido que su postulación fue realizada con conocimiento de la disponibilidad de plaza mas no de dependencia”.*

12. De conformidad con lo anteriormente expuesto es preciso traer a colación que en la seccional Santa Marta el compañero JULIO TORRES, actual Gestor III y como resultado en esta convocatoria, logro quedar como elegible al cargo de Inspector I, en la ciudad de Barranquilla, en estos momentos está a la espera del nombramiento por parte de la Entidad, atendiendo a este postulado, esa plaza es precisamente en la que le solicito a la DIAN, se me permita el nombramiento en esta seccional.

13. Atendiendo a estas circunstancias trasladarme a laborar a la ciudad de Valledupar representa un incremento enorme en mis finanzas, pues mi residencia es en la ciudad de Santa Marta, la diferencia en la escala salarial en la que me vería envuelto no alcanza el millón de pesos, lo que conllevaría, agotar este sobresueldo y utilizar parte del ordinario, para poder desenvolverme en esa ciudad, si tenemos en cuenta que según el DANE Valledupar es la tercera ciudad más cara del país.

14. En vista de los últimos acontecimientos ocurridos en el desarrollo del concurso, algunos elegibles, fueron decretados insubsistentes por temas de cumplimiento de requisitos, entre esos ubicados en esta seccional.

PRETENSIONES:

Con fundamento en los hechos relacionados, solicito al señor Juez disponer y ordenar a mi favor lo siguiente:

1. **TUTELAR** el derecho fundamental Debido Proceso, al Trabajo en Condiciones Dignas, Acceso a la Promoción dentro de la Carrera Administrativa, Unidad Familiar; así como los Principios de: Mérito, Libre Concurrencia, Igualdad en el Ingreso, Transparencia, Imparcialidad, Confianza Legítima y Buena Fe y en consecuencia.
2. Se **ordene** a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN y a la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL – CNSC verificar el orden de ciudades de mi preferencia, elegidas en la audiencia de elección de plazas asignándoseme como plaza la ciudad de Santa Marta la cual fue desde ese momento, elegida por mí, antes que Valledupar y finalmente se proceda con el nombramiento en periodo de prueba en la DIAN Seccional Santa Marta.
3. **ADVERTIR** a las accionadas y sus directivas que no deben incurrir en hechos similares atentatorios de los derechos fundamentales del aquí accionante, so pena de verse sometida a las sanciones pertinentes para el caso y previstas en el Decreto 2591 de 1991.

PETICIÓN MEDIDA CAUTELAR URGENTE:

1. Solicito que se **DECRETE** como medida cautelar, ordenar la suspensión **del nombramiento en periodo de prueba** del que fui notificado en vista de que tengo diez días hábiles para aceptar el mismo, hasta tanto no se me designe como plaza la ciudad de Santa Marta y se resuelva esta tutela.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Fundamento esta acción en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 y sus decretos reglamentarios 2591 y 306 de 1992.

PROCEDENCIA DE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA:

La presente acción es **PROCEDENTE**, en virtud del PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD previsto en los artículos 86 inciso 3º de la Constitución Política, según el cual la acción de tutela *“solo procederá cuando el afectado no*

disponga de otro medio de defensa judicial”, la presente acción de tutela contiene este requisito, como quiera que frente a los resultados de la reclamación que formulé ante la DIAN no tengo otra instancia ante quien acudir. Los artículos 86 de la Carta Política y 6° del Decreto 2591 de 1991 señalan que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o cuando se utilice como un mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En este sentido, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia actuando como jueces constitucionales, han establecido que un medio judicial ÚNICAMENTE excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salvaguarda del derecho fundamental invocado.

La tutela fue concebida como un mecanismo de protección inmediato, oportuno y adecuado para los derechos fundamentales, frente a situaciones de amenaza o vulneración, ya fuera por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en casos excepcionales.

En el presente caso, NO existen mecanismos en sede administrativa o judicial distinto a la Tutela para la protección de los derechos fundamentales. Esto, ante la negativa de la DIAN de proporcionar la solución a mi problemática.

No obstante, lo anterior, existen algunos límites a ese derecho, dentro de los cuales la Guardiana Constitucional ha establecido que solo es procedente incoar acción de tutela con la pretensión de que se declare la nulidad de actos administrativos en el único evento en el que se demuestre que de no proceder así se estaría causando un perjuicio irremediable, así lo ha manifestado, entre otras, en la sentencia T-260/18, en la que se estableció.

Concordante con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos con la Administración y proteger los derechos de las personas. En este sentido, la Corte manifestó en la Sentencia T – 030 de 2015: “[Que conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable [...]”. En este sentido, esta Corte ha determinado que, excepcionalmente, será posible reclamar mediante la acción de tutela la protección de los derechos fundamentales vulnerados por la expedición de un acto administrativo, no sólo cuando se acude a la tutela como medio transitorio de amparo, evento en el cual será necesario acreditar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando se constata que el medio de control preferente carece de idoneidad y/o eficacia para garantizar la protección oportuna e inmediata sobre los derechos fundamentales vulnerados.” En ese entendido entonces quien pretende utilizar la tutela como mecanismo para solicitar la nulidad de un acto administrativo debe demostrar la configuración de un perjuicio irremediable o que el mecanismo existente no resulta idóneo para asegurar la protección de los derechos que se invocan.

En este mismo sentido es preciso traer a colación la sentencia emitida por el Honorable TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA PRIMERA DE ORALIDAD, MAGISTRADO PONENTE: DR. ÁLVARO CRUZ RIAÑO, el veintitrés (23) de febrero de dos mil dieciocho (2018), dentro de la ACCIÓN DE TUTELA, donde actuó como DEMANDANTE KATHERINE VARGAS POVEDA y DEMANDADAS LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y LA UNIVERSIDAD MANUELA BELTRAN, RADICADO 05001-33-33-021-2018-00002-01. En dicha providencia se hizo alusión al tema de los CONCURSOS DE MÉRITOS y dentro del marco normativo y jurisprudencial, el Honorable Tribunal expuso:

“2.3.1. Procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos. Reiteración de jurisprudencia” “El artículo 86 de la Constitución Política establece la acción de tutela para que toda persona pueda: “(...) 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”. “Esta acción constituye un mecanismo preferente, al ser un instrumento de protección inmediata de derechos fundamentales, y subsidiario por cuanto debe entenderse como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera tal que existiendo otros medios judiciales para la protección de los derechos fundamentales invocados, sólo procederá cuando éstos resultan insuficientes o ineficaces para otorgar un amparo integral o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; este principio de subsidiariedad se encuentra expresado normativamente en el tercer inciso del artículo 86 constitucional”. “Pese lo anterior, la Corte Constitucional en diferentes oportunidades ha manifestado que en relación con los concursos de méritos para acceder a los cargos de carreras, la acción de tutela es pertinente aun cuando teniendo la oportunidad de presentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al considerar que dicho medio de control no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos”. “En este sentido, aquella Corporación en la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002, señaló: “— ... existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos”. (Ver también sentencias T-315 de 1998, SU-133 del 2 de abril de 1998, T-425 del 26 de abril 2001, de la Corte Constitucional”. “Así mismo, en Sentencia SU-913 de 2009, la Corte Constitucional

concluyó que si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para poder la entidad excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, esto es, acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata". "En tal sentido, la Sentencia SU-913 de 2009 señaló que: "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. 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" "Se concluye entonces, que la máxima Corte de lo constitucional ha sido enfática al manifestar que la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera". "En todo caso, debe reiterarse que no basta la sola existencia de otro mecanismo de defensa de los derechos fundamentales para declarar la improcedencia de la tutela, sino que dicho mecanismo deber ser además efectivo para la protección de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados". "Así las cosas, con respecto a la protección ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando se requiere de la tutela, la Corte Constitucional en sentencia SU 339 de 2011, señaló que: "—En estos casos se ha establecido que las acciones ordinarias como son la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, retardan la protección de los derechos fundamentales de los 13 actores, así mismo se ha señalado que estas acciones carecen, por la forma como están estructurados los procesos, de la capacidad de brindar un remedio integral para la violación de los derechos del accionante, razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para dar protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad del concursante que no obstante, debido a sus méritos, ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, no fue nombrado en el respectivo cargo público". "2.3.2. La igualdad, la equidad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa". "El concurso de méritos ha sido considerado el instrumento más idóneo y eficaz, para determinar las aptitudes de los aspirantes a un cargo, por lo que es necesario que los principios que lo inspiran sean respetados". "Sobre la igualdad, la equidad y el debido, la Corte Constitucional en sentencia T 180 de 2015, señaló lo siguiente: "—El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado". "Para esta Corporación, ese sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: (i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales". "Resulta vulneratorio del principio de igualdad de oportunidades cualquier práctica que discrimine a los aspirantes a un empleo público en razón de su raza, sexo, convicciones religiosas o políticas. Asimismo, es contrario al mencionado principio toda conducta que — sin justificación alguna — rompa el equilibrio entre los participantes de un concurso. De igual manera, resultan inconstitucionales por desconocer el principio de igualdad de oportunidades, aquellos concursos públicos que carezcan de medidas efectivas para garantizar condiciones más favorables a personas pertenecientes a ciertas poblaciones cuyas posibilidades de acceso al empleo público haya sido tradicionalmente negado". "De otra parte, a partir del mandato contenido en el artículo 125 de la Carta y en virtud del derecho al debido proceso, la jurisprudencia ha derivado un conjunto de reglas orientadoras del sistema de ingreso, ascenso y retiro del servicio público. Así, este Tribunal ha señalado que: (i) el empleo público es, por regla general, de carrera; (ii) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán escogidos por concurso público; (iii) el ingreso a la carrera administrativa y los ascensos serán por méritos; y (iv) el retiro se dará únicamente por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario —y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley". "La Sala Plena de este Tribunal, en sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas que, por regla general, conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera. En dicha oportunidad esta Corporación explicó que la escogencia del servidor público de carrera debe estar precedida de las fases de (i) convocatoria, (ii) reclutamiento, (iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de lista de elegibles, enfatizando en que aquellas deben adelantarse con apego al principio de buena fe y los derechos a la igualdad y debido proceso". "Como consecuencia de lo anterior, cuando la administración — luego de agotadas las diversas fases del concurso — clasifica a los diversos concursantes mediante la conformación de una lista de elegibles, está expidiendo un acto administrativo de contenido particular, — que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman". "Esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del 14 afectado; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales". "Así las cosas, cuando la administración designa en un cargo ofertado mediante concurso público a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desconoce los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo de aquellos aspirantes que la anteceden por haber obtenido mejor puntaje. En idéntica forma, se vulneran los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles, cuando aquellas se reconstituyen sin existir razones válidas que lo ameriten". "2.3.3. El acto de convocatoria como norma que regula el concurso de méritos" "La convocatoria, es el primer paso del procedimiento de selección y consiste en un llamado que hace la Administración a quienes reúnan determinadas calidades o condiciones para incorporarse a un empleo de carrera administrativa. En ella se consagran las bases del concurso, por lo que es tenida como la norma que regula el concurso de méritos, sobre el tema el máximo órgano de lo constitucional, señaló lo siguiente: "—El principio del mérito en el acceso a la función pública se encuentra instituido en el artículo 125 superior, a fin de garantizar que en todos los órganos y entidades del Estado se vinculen las personas que ostenten las mejores capacidades. Como lo ha sostenido la Corte — todos los empleos públicos tienen como objetivo común el mejor desempeño de sus funciones para la consecución de los fines del Estado. Para tal efecto, el Legislador cuenta con la autonomía necesaria para determinar los requisitos y condiciones del aspirante, sin entrar en contradicción con las normas constitucionales". "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 partesll 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”.

Se indica de igual manera que se declararon desiertas 14 vacantes para el empleo OPEC N° 126559, del cual allego prueba del correspondiente acto administrativo; dejando constancia que la DIAN no realizó manifestación en este sentido. Frente a lo cual se verifica que mediante Resolución N° 4683 del 10 de mayo de 2022 se declararon desiertas algunas vacantes del proceso de selección DIAN 1461 de 2020, entre ellas 14 de las 372 ofertadas para el empleo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126559, al considerar que “cuando ningún concursante haya superado la totalidad de las pruebas eliminatorias o no haya alcanzado el puntaje mínimo total determinado para superarlo, en la referida resolución se establece: “ARTÍCULO SEGUNDO. Las vacantes de los empleos para las que se declara desierto el concurso de méritos mediante la presente Resolución, deberán ser provistas siguiendo el orden de provisión establecido en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 498 de 2020, o en la norma que lo modifique o sustituya”.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, es un órgano AUTÓNOMO E INDEPENDIENTE que hace parte de la estructura del Estado y se encarga de ejercer la ADMINISTRACIÓN Y VIGILANCIA DE LAS CARRERAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

La CNSC, tal como se conoce actualmente, fue incorporada por la Constitución Nacional en 1991. Actualmente, la CNSC se rige por lo establecido en la Ley 909 de 2004 y las normas concordantes, que regulan el empleo público y la carrera administrativa.

Si bien la CNSC, en su rol de administrador de la carrera administrativa, ejerce diferentes funciones, en este caso, nos vamos a referir a las que más nos interesa respecto a la selección y nombramiento de los candidatos para proveer los empleos de carrera.

Finalmente, la CNSC garantiza su objetividad, transparencia, imparcialidad e independencia a la hora de desarrollar los concursos de méritos para proveer los cargos de carrera administrativa por no estar vinculada, ni depender directamente de ninguna de las Ramas del Poder Público u otro órgano del Estado que pudiera influir en sus procesos o decisiones.

Que el artículo 83 de la Constitución Política dispone que todas las actuaciones de los particulares y de las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

Que tanto los particulares en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus deberes, como las autoridades en el desarrollo de sus funciones tienen el deber de obrar bajo los postulados de la buena fe, es decir que deben sujetarse a los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad.

Que con la aplicación del principio de la buena fe se logra que este se convierta en un instrumento eficaz para lograr que la administración obre con criterio rector de la efectividad del servicio público por encima de las conductas meramente formales que han desnaturalizado su esencia.

Que es necesario que todas las actuaciones de la administración pública se basen en la eficiencia, la equidad, la eficacia y la economía, con el fin de proteger el patrimonio público, la transparencia y moralidad en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos, y la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado.

Que con el objeto de facilitar la actividad de las personas naturales y jurídicas ante las autoridades que cumplen funciones administrativas, contribuir a la eficacia y eficiencia de estas y fortalecer, entre otros, los principios de buena fe, confianza legítima, transparencia y moralidad, se requiere racionalizar los trámites, procedimientos y regulaciones innecesarios contenidos en normas con fuerza de ley.

DERECHOS VULNERADOS:

En este orden de ideas y recapitulando los derechos a mi vulnerados, considero manifestar que la familia, en tanto que es el núcleo fundamental de la sociedad, debe ser protegida de manera integral por el Estado. En tal sentido, más allá de la definición que de aquella se tenga, las autoridades públicas, en tanto que se está ante un derecho fundamental, deben abstenerse de adoptar medidas administrativas o judiciales que, en la práctica, impliquen violar la unidad familiar, so pretexto, por ejemplo, de amparar los derechos fundamentales de alguno de sus integrantes. Al mismo tiempo, desde la faceta prestacional del derecho a la unidad familiar, aquéllas se encuentran constitucionalmente obligadas a diseñar e implementar políticas públicas eficaces que propendan por la preservación del núcleo familiar, medidas positivas que apunten, precisamente, a lograr un difícil equilibrio entre la satisfacción de las necesidades económicas de las familias, la atención y cuidados.

Finalmente, se señala por el Precedente Jurisprudencial que la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental; al mismo tiempo, otros elementos, de contenido económico y asistencial, se orientan por la lógica de implementación y protección propia de los derechos prestacionales. Unión que se ve quebrantada al trasladarme a laborar a otra ciudad diferente a la que resido.

Estimo que la DIAN con su decisión está violado los derechos Fundamentales al TRABAJO, LA TRANSPARENCIA Y EL DEBIDO PROCESO, consagrados en los artículos 13, 25 y 29 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

DERECHO AL TRABAJO: VULNERACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL AL TRABAJO: Se encuentra violentado este derecho fundamental de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Política establece los principios mínimos fundamentales la igualdad de oportunidades.

De otro lado, el Pacto de San José de Costa Rica», ratificó el Protocolo de San Salvador: Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988; el cual en sus artículos 6 y 7 consagra el derecho al trabajo, así:

[...] Artículo 7 Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados parte en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;

b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva; c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio; d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;

[...]"

h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales. [...]"
(Negritas fuera del texto)

Las disposiciones citadas, generan a cargo del Estado una serie de responsabilidades que se concretan en promover condiciones que permitan el acceso a un trabajo en condiciones dignas, otorgando las garantías mínimas que deben permear la materialización de este derecho.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO: La DIAN viola este derecho al no garantizarme como funcionario ya adscrito a esta Entidad la permanencia en esa plaza.

El derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, es una garantía para equilibrar la relación autoridad - libertad, relación que surge entre el Estado y los asociados, y está prevista en favor de las partes y de los terceros interesados en una actuación administrativa o judicial. Según dicha norma, el debido proceso comprende fundamentalmente tres grandes elementos: i) El derecho al juez natural o funcionario competente. ii) El derecho a ser juzgado según las formas de cada juicio o procedimiento, esto es, conforme con las normas procesales dictadas para impulsar la actuación judicial o administrativa. iii) Las garantías de audiencia y defensa, que, desde luego, incluyen el derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa técnica, el derecho a un proceso público y sin dilaciones, el derecho a que produzca una decisión motivada, el derecho a impugnar la decisión y la garantía de non bis in ídem. La expedición irregular de los actos administrativos atañe, precisamente, al derecho a ser juzgado según las formas propias de cada procedimiento, esto es, conforme con las normas procesales dictadas para impulsar la actuación administrativa.

VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA POR PARTE DE LA DIAN: Este principio alude a la claridad con que deben desarrollarse las actividades y procedimientos de la administración, así como la publicidad e imparcialidad que deben caracterizarles a efectos de que se garantice la realización del interés general, la moralidad administrativa, la igualdad y el derecho de contradicción de los asociados. Sobre el particular, la Corte Constitucional Sala ha señalado lo siguiente: “[...] Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, lo nebuloso, la bruma maligna que puede dar sustento al actuar arbitrario de la administración. Así, la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser ante todo cristalina [...]”

En la sentencia C-284 de 2014 el alto tribunal constitucional 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.

Específicamente para la DIAN, el artículo 3° del Decreto Ley 71 de 220, dispone que: Los procedimientos de ingreso, ascenso y movilidad de los empleados de carrera administrativa de (...) (Esta entidad), se desarrollarán de acuerdo con los siguientes principios: Merito, igualdad, especialidad y libre concurrencia en el ingreso, ascenso y movilidad en los cargos de carrera, Publicidad, transparencia y confiabilidad de las convocatorias (...) y en la identificación, evaluación y acreditación de competencias determinadas en el Manual Especifico de Requisitos y Funciones”.

Es cierto, como lo afirmara la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-, que las normas reglamentarias de una convocatoria son las que fijan las pautas, parámetros y derroteros del desarrollo de su trámite y finalización. No obstante, estas normas deben armonizarse con la norma de alcance general contemplada en el Decreto 1083 de 2015 que, como se indicó, compiló en un sólo cuerpo normativo los decretos reglamentarios vigentes de competencia del sector de la función pública, relacionado, entre otros aspectos, con el empleo público. El precepto contenido en el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015, establece que en firme la lista de elegibles la Comisión Nacional del Servicio Civil enviará copia al jefe de la entidad para la cual se realizó el concurso, para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles y en estricto orden de mérito se produzca el nombramiento en período de prueba en el empleo objeto del concurso, el cual no podrá ser provisto bajo ninguna otra modalidad.

SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL:

El Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela, establece que el juez constitucional, cuando lo considere necesario y urgente para proteger un derecho amenazado o vulnerado “suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere”.

En efecto, el artículo 7° de esta normatividad señala:

“ARTICULO 7° MEDIDAS PROVISIONALES PARA PROTEGER UN DERECHO. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere. Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público.

En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

ACCIONADOS: La CNSC puede ser notificada en la Carrera 16 N°96 - 64, Piso 7 o Carrera 12 N°97- 80, Piso 5 en la ciudad de Bogotá D.C. Teléfono 3259700 y al correo electrónico notificacionesjudiciales@cns.gov.co.

Y la DIAN en el correo electrónico notificaciones@dian.gov.co o en la dirección física Nivel Central carrera 8 N° 6c – 38 Bogotá.

Atentamente,

LUIS ERNESTO MARENGO ELLIS

