

Barrancabermeja, 04 de Agosto de 2022

Señores

JUECES DEL CIRCUITO

Ciudad

REF: ACCIÓN DE TUTELA.

Accionante: **DUVÁN INDALECIO HERNÁNDEZ BARROSO** identificado con la **Cedula de Ciudadanía No 1.096.202.567**

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

DUVÁN INDALECIO HERNÁNDEZ BARROSO identificado con cédula de ciudadanía No. 1.096.202.567 de Barrancabermeja, 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 a la **IGUALDAD** (Art. 13) **MÍNIMO 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), **CONFIANZA LEGÍTIMA E IGUALDAD**. 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 I, CÓDIGO 301, Grado 1, nivel jerárquico profesional, identificado con el Código OPEC No. 126723, 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.

TERCERO: EI PROCESO DE SELECCIÓN para el empleo identificado con la OPEC 126723 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. 77 del 12 de enero del 2022 *“Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer doscientos seis (206) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado GESTOR I, Código 301, Grado 1, identificado con el Código OPEC No. 126723, 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 de mi parte la posición 110 en estricto orden de mérito de la mencionada lista.

CUARTO: Luego de adquirir firmeza la lista de elegibles, presenté los exámenes médicos a los cuales fui citado, participé en la audiencia de escogencia de plazas y se me asignó la plaza para la seccional de la Dirección de impuestos y Aduanas de Barrancabermeja – Santander.

QUINTO: Producto de una acción de tutela interpuesto por otros aspirantes que están en la lista de elegible, me notificaron por medio de correo electrónico el día 07 de junio de 2022, la Resolución No. 000650 RESOLUCIÓN del 03 de junio del 2022, mediante la cual se efectúa mi nombramiento en periodo de prueba en la Planta Global de la U.A.E.- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en la División de Fiscalización y Liquidación Tributaria, Aduanera, Cambiaria de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Barrancabermeja de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

SEXTO: La resolución 000650 de 03 de junio de 2022 además incluía el artículo 58, sobre la condición de los términos y trámites para posesión, la cual dependía de la certificación de la inducción, y suspendía los términos de la posesión hasta certificar su culminación como último requisito para la posesión. Además de recibir un oficio con número 100190442 – 003487 dirigido a mi persona, procedente de la coordinación de correspondencia y notificaciones de Subdirección Administrativa, en la cual detallaba indicaciones y requisitos para la posesión, indicándome que desde el momento del recibo de la presente comunicación, disponía de 10 días hábiles para aceptar el nombramiento, mediante una comunicación dirigido a la

Subdirección de Gestión del Empleo Público, al buzón mleom@dian.gov.co ubicar el buzón del servidor encargado en la dirección gcordonj@dian.gov.co, especificando en el asunto la Aceptación o Rechazo del Nombramiento y a partir de la aceptación, cuenta con 10 días hábiles para tomar posesión del cargo ante la Dirección Seccional, para lo cual se puede comunicar al correo electrónico gcordonj@dian.gov.co servidor encargado del tema personal en la Dirección Seccional De Impuestos y Aduanas de Barrancabermeja, de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, presentando una serie de documentos que me fueron relacionados en esa comunicación.

SEPTIMO: Luego de recibir la resolución de nombramiento procedí el día 07 de junio de 2022 a enviar el oficio dirigido a la Subdirección de Gestión del Empleo de la DIAN, aceptando el nombramiento en periodo de prueba, a los correos indicados en el oficio 100190442 – 003487 enviado en el correo junto a la resolución de nombramiento 650 de 03 de junio de 2022 cumpliendo con los términos señalados. Posteriormente, el 14 de junio de 2022 mediante correo electrónico recibo respuesta por parte de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Barrancabermeja-DIAN, indicando que bajo el artículo 58 de la resolución 650 de 03 de junio de 2022, se suspendían los términos para la posesión hasta acreditar el certificado de inducción

OCTAVO: Realicé la etapa de inducción virtual que llevó a cabo la *Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN*, la cual finalizó el pasado 13 de julio del 2022 de forma satisfactoria.

NOVENO: Como consecuencia de haber cumplido con cada una de las etapas del proceso, me notificaron el día 18 de julio de 2022, la Resolución No. 005874 del 15 de julio del 2022, “*Por la cual se adiciona la Resolución No. 000650 de fecha 03 de junio de 2022:*” “Por la cual se efectúan unos nombramientos en periodo de prueba en la planta global de la U.A.E. – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se adoptan otras decisiones”., dicha resolución además declaró:

Artículo 1º. Adicionar la Resolución No. 000650 de fecha 03 de junio de 2022 con el siguiente artículo:

“ARTICULO 20.1. RETIRO. A partir de la fecha de posesión del nombramiento en periodo de prueba del señor **DUVÁN INDALECIO HERNÁNDEZ BARROSO**, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.096.202.567, efectuado mediante el artículo 20 de la presente resolución, retirar del servicio al servidor público **GONZALO QUINTERO SANTANA**,

identificado con cedula 13.842.841, quien se encuentra desempeñando el empleo de GESTOR I Código 301 Grado 01, -ID 17767-, de la planta de personal de la DIAN, con ubicación en División de Fiscalización y Liquidación Tributaria, Aduanera y Cambiaria de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Barrancabermeja de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.” la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo en lo que respecta a la provisionalidad conferido al señor **GONZALO QUINTERO SANTANA** identificado con cedula de ciudadanía No. 13.842.841 en ese mismo correo también venía el oficio No. 100190442 – 005114 cuyo asunto es: Comunicación de nombramiento en periodo de prueba y cuyo contenido expresa:

“(...) Le comunico que mediante Resolución No. 0005874 del 15 de julio de 2022, resuelve nombrar en periodo de prueba por el término de seis (6) meses, en el cargo de Gestor I Código 301 Grado 01., y ubicarlo en la DIVISIÓN DE FISCALIZACIÓN Y LIQUIDACIÓN TRIBUTARIA, ADUANERA Y CAMBIARIA de la DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS DE BARRANCABERMEJA 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 DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS DE BARRANCABERMEJA, al buzón **nmelom@dian.gov.co** ubicar el buzón del servidor encargado en la dirección seccional **gcordonj@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 Y ADUANAS DE BARRANCABERMEJA, para lo cual se puede comunicar al correo electrónico gcordonj@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: (...)”*

OCTAVO: Teniendo en cuenta el oficio No. 100190442 – 005114 y la Resolución No. 005874 del 15 de Julio del 2022, envíe correo electrónico el 18 de Julio del 2022, al correo electrónico: gcordonj@dian.gov.co, manifestando la aceptación del nombramiento y solicitando mi posesión para dentro de los 10 días siguientes a la notificación del acto administrativo, lo anterior de acuerdo con lo establecido en las normas del concurso y al Decreto 1083 de 2015 que regula la función pública

artículo 2.2.5.1.7. y en cumplimiento de los tiempos que me fueron comunicados mediante el oficio No. 100190442 – 005114. En la misma fecha, teniendo en cuenta que para tomar posesión del cargo GESTOR I, Código 301, Grado 1, identificado con el Código OPEC No. 126723.

NOVENO: El 02 de agosto del presente recibí correo electrónico de gardonj@dian.gov.co, en el que se me indica: “..... De manera atenta me permito comunicarle que en virtud del nombramiento en periodo de prueba mediante la Res Adición 5874-OPEC 126723, (DUVAN INDALECIO HERNANDEZ BARROSO) y conforme al uso del recurso de reposición, el cual genera un efecto suspensivo del acto administrativo de nombramiento. EL DÍA 25 DE JULIO DE 2022. En este orden de ideas, importante tener presente que no se puede adelantar la posesión del nombramiento en periodo de prueba hasta tanto se resuelva el recurso interpuesto”.

DECIMO: Considero que la firmeza y ejecutoria de la resolución No. 005874 del 15 de Julio del 2022, cabe resaltar que el artículo 3 no indica textualmente que mi posesión depende de los días hábiles del empleado provisional para instaurar recurso de reposición.

También cabe señalar que los recursos de reposición tienen lugar solo por presunto vicio de legalidad en su desvinculación. La medida de suspender los términos de mi posesión no representa el debido proceso una vez que la resolución de nombramiento en periodo de prueba.

Primero con base en la Sentencia 2012-00680 de 2020 del Consejo de Estado, se dictó que "hay tres tipos de actos a saber: i) Preparatorios, accesorios o de trámite que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso, son instrumentales y no encierran declaraciones de la voluntad ni crean relaciones jurídicas y sólo sirven de impuesto a la continuidad de la actuación de la administración. ii) Definitivos que el artículo 43 del CPACA define como <<...los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación>>. La Jurisprudencia advierte que son <<... aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos, ya sea porque crearon, modificaron o extinguieron una situación jurídica en particular...>>. iii) Los actos administrativos en ejecución que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa. Por regla general son los actos definitivos los únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso

Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados. Excepcionalmente también lo son los de trámite cuando impiden la continuación de este. En los concursos de méritos la jurisprudencia ha sido del criterio que los actos administrativos que se expiden durante el transcurrir del proceso son preparatorios y de trámite y que sólo la lista de elegibles es el acto definitivo susceptible de ser enjuiciado". (Subrayado por fuera del texto jurisprudencial)

*A continuación se encuentra un aparte de la Resoluciones No. 000650 y No. 005874, que resuelve nombrarme en período de prueba, que claramente muestra ser un acto administrativo de **Trámite**, toda vez que para el desarrollo total del proceso se han requerido etapas previas ya surtidas y etapas posteriores como la posesión, remisión del acta de posesión a la CNSC, evaluaciones de desempeño del período de prueba y finalmente la conclusión del proceso de manera definitiva una vez terminado el período de prueba y sus procesos:*

ARTÍCULO 20°. NOMBRAMIENTO. En estricto acatamiento del fallo de tutela nombrar en periodo de prueba por el término de seis (6) meses, al señor **DUVAN INDALECIO HERNANDEZ BARROSO**, identificado con cédula de ciudadanía No.1.096.202.567, quien ocupó la posición número 110 en la lista de elegibles adoptada mediante resolución N° 77 del 12 de enero de 2022, en el empleo GESTOR I Código 301 Grado 01, -ID17767-, con código de ficha AT-FL-3008 y ubicarlo en la División De Fiscalización y Liquidación Tributaria, Aduanera y Cambiaria de la Dirección Seccional De Impuestos y Aduanas De Barrancabermeja de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

ARTÍCULO 21°. NOMBRAMIENTO. En estricto acatamiento del fallo de tutela nombrar en periodo de prueba por el término de seis (6) meses, al señor **JORGE ANTONIO**

Cde

RESOLUCIÓN NÚMERO 000650 de 03 JUN 2022 Hoja No. 9

Continuación de la Resolución: "Por la cual se efectúan unos nombramientos en periodo de prueba en la Planta Global de la UAE – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se adoptan otras decisiones."

Continuación de la Resolución: "Por la cual se adiciona la Resolución N° 000650 de fecha 03 de junio de 2022: "Por la cual se efectúan unos nombramientos en período de prueba en la planta global de la U.A.E. – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se adoptan otras decisiones".

Que conforme lo anterior, se hace necesario adicionar la Resolución N° 000650 del 3 de junio de 2022.

Que en mérito de lo expuesto;

RESUELVE

ARTÍCULO 1°. Adicionar la Resolución No 000650 de fecha 03 de junio de 2022, con el siguiente artículo:

"ARTICULO 20.1. RETIRO. A partir de la fecha de posesión del nombramiento en periodo de prueba del señor **DUVÁN INDALECIO HERNÁNDEZ BARROSO**, identificado con cédula de ciudadanía N° 1.096.202.567, efectuado mediante el artículo 20 de la presente resolución, retirar del servicio al servidor público **GONZALO QUINTERO SANTANA**, identificado con cédula de ciudadanía N° 13.842.841, quien se encuentra desempeñando el empleo GESTOR I Código 301 Grado 01, -ID 17767-, de la planta de personal de la DIAN, con ubicación en la División de Fiscalización y Liquidación Tributaria, Aduanera y Cambiaria de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Barrancabermeja de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN."

ARTÍCULO 2°. **COMUNICAR** a través de la Coordinación de Correspondencia y Notificaciones de la Subdirección Administrativa, la presente Resolución al señor **DUVÁN INDALECIO HERNÁNDEZ BARROSO** identificado con cédula de ciudadanía N° 1.096.202.567, al correo electrónico duvanhernandez1989@hotmail.com.

ARTÍCULO 3°. **NOTIFICACIÓN.** A través de la Coordinación de Correspondencia y Notificaciones de la Subdirección Administrativa, Notificar Electrónicamente de conformidad con lo establecido en los artículos 53, 53 A y 56 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el contenido de la presente resolución al servidor público **GONZALO QUINTERO SANTANA**, identificado con cédula de ciudadanía N° 13.842.841, a través del correo electrónico institucional gquinteros@dian.gov.co, informándole que contra la misma procede recurso de reposición en los términos del artículo 135° del Decreto Ley 071 de 2020, el cual deberá interponer dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación del acto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ante el Despacho de la Dirección General y al buzón corresp_entrada_nc@dian.gov.co.

*Una vez aclarado que la Resolución No. 005874 RESOLUCIÓN del 15 de julio de 2022, que resuelve nombrarme en período de prueba, es un **acto administrativo de trámite**, cito la norma que declara improcedentes cualquier recurso contra dicho acto administrativo.*

CPACA Artículo 75 "**Improcedencia.** No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa".

Así las cosas y con base en el artículo 87 *Íbidem*, el acto administrativo adquirió firmeza el día 19 de julio de 2022, que es el día siguiente a la notificación de la Resolución No. 0005874 del 17 de junio 2022.

CPACA Artículo 87 "**Firmeza de los actos administrativos.** Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso."

Con el Acto Administrativo **en firme** y con base a lo dictado por el Decreto 1083 de 2015 Sector de Función Pública que me otorga 10 días después de aceptado el nombramiento para tomar posesión y avalada por el CPACA artículo 89 que dicta: "**Carácter ejecutorio de los actos expedidos por las autoridades.** Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional".

UNDECIMO: Reitero mi solicitud de agendar mi acto de posesión en período de prueba para el empleo GESTOR I Código 301 Grado 01 -ID17767- con código de ficha "AT-FL-3008" y ubicarme en la División de Fiscalización y Liquidación, Tributaria, Aduanera y Cambiaria de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Barrancabermeja de la U.A.E. DIAN para el día **8 de agosto de 2022**.

Aunado a lo anterior, el artículo 5 de la Resolución No. 005874 del 15 de julio de 2022, indica la vigencia de la resolución rige a partir de su expedición, como se muestra a continuación:

ARTÍCULO 5º. VIGENCIA. La presente resolución rige a partir de su expedición.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C. a los

15 JUL 2022

LISANDRO MANUEL JÚNCO RIVEIRA
Director General

Adicional, a lo mencionado anteriormente, me permito citar el Concepto No. 324151 de 2020 del Departamento Administrativo de la Función Pública:

*"...con relación a su consulta sobre la procedencia de los recursos de ley frente a los **actos administrativos de nombramiento en período de prueba, le informo que por ser actos administrativos de trámite, contra estos no proceden los recursos de acuerdo con lo establecido en el artículo 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011**"*

Por lo que el acto administrativo en cuestión tendría firmeza y fuerza ejecutoria a partir del 19 de julio de 2022, día siguiente a la notificación.

Quedo atento a la confirmación de su parte para la posesión del día mencionado anteriormente.

DUODECIMO: Al no poderme posesionar; y al sujetar la resolución de nombramiento a la interposición de un recurso por parte al PROVISIONAL que se encuentra en el cargo el cual lo interpuso el día 25 de julio de los corrientes; cargo que me gane (por mérito propio y superadas todas las etapas del concurso), ; se me esta causando un perjuicio irremediable, puesto estoy desempleado y no he buscado empleo desde el día de la firmeza de la lista de elegibles con la ilusión de culminar este proceso y acceder al cargo que por mérito propio me gané, así que no tengo ninguna fuente estable de ingreso (teniendo en cuenta la fecha de notificación de la resolución de nombramiento) además de esto vivo y veo por mi señora madre **HERMINDA BARROSO SUAREZ** siendo ella ama de casa, la cual

se encuentra enferma del colón, dermatitis, hipotensión, ha sido operada en tres ocasiones para colocarle una prótesis en el femúr (esta inestabilidad laboral afecta además de mis ingresos, mi nivel de vida y mi estabilidad en el sistema de carrera de la función pública; situación que considerando los términos citados por la DIAN para interponer el recurso de 10 días más los que por ley se tienen para resolver este tipo de solicitudes que es de 2 meses, en términos hábiles podría tratarse de más de 2 meses y medio en esta situación. Lo cual es insostenible para mi señor JUEZ.

DECIMO TERCERO: Indagando con los demás concursantes del presente concurso, participantes nombrados en otros cargos y Opecs, se constató que la DIAN ha efectuado nombramientos en períodos de prueba y ha posesionado a dichos aspirantes dentro de los 10 días siguientes a la notificación del acto administrativo, aun cuando en sus resoluciones se contempla los mismos articulados que las resoluciones 005874 y 000650, por lo que se está dando un trato desigual a personas en condiciones similares, sin existir fundamento para que se me dé un trato diferente violando claramente el derecho de igualdad que me asiste.

Teniendo en cuenta la situación expuesta se realizan las siguientes:

PRETENCIONES

1. **AMPARAR** mis derechos fundamentales a la IGUALDAD (art. 13) MÍNIMO 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 8 horas hábiles una vez notificado el fallo de tutela, se ordene a la DIAN realizar las afiliaciones de ley que tengo derecho por haber sido nombrado mediante las Resoluciones 000650 RESOLUCIÓN del 03 de junio de 2022 y 005874 del 15 de julio de 2022 , a partir de mi solicitud de posesión, es decir, el 08 de agosto de 2022.
3. **ORDENAR** a la Dirección de impuestos y aduanas nacionales DIAN, específicamente a la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Barrancabermeja, que efectúe y permita mi posesión, para el cargo en mención, GESTOR I Código 301 Grado 01, –ID 17767- con código de ficha

“AT-FL-3008” surtiendo la misma de manera inmediata o en el menor tiempo posible.

PROCEDENCIA DE LA TUTELA

Por último, se deja sentado, que según la jurisprudencia de la corte constitucional la tutela es procedente para este tipo de casos, ya que 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 para proteger 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 alternativo 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

1. 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 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.*

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.

2. De igual forma existen 3 antecedentes claros sobre situaciones similares del presente concurso que han sido resueltas en favor de los accionantes: por una parte, la SENTENCIA N° ST-22-036 de radicado N° 50001312100120221003900, JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO EN RESTITUCIÓN DE TIERRAS DE VILLAVICENCIO (META) menciona:

“(...) Se establece por parte de la accionada Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Villavicencio, que el desvinculado señor Luis Francisco Javier Prieto Torres tiene el derecho a interponer el recurso de reposición en los términos del artículo 135° del Decreto Ley 071 de 2020 contra la resolución antes referida, el cual procedía hasta el 16 de mayo 2022; pese a no haber sido allegado el memorial de

recurso de reposición presentado contra el acto administrativo de nombramiento, máxime cuando el señor Luis Francisco Javier Prieto Torres fue vinculado a este amparo constitucional, en aras de determinar si existe un posible derecho real y positivo del recurrente, teniendo en cuenta que el inciso final del artículo 135 del Decreto Ley 071 de 2020, establece lo siguiente: Contra el acto administrativo que declare el retiro del servicio, procederá recurso de reposición únicamente por presunto vicio de legalidad. (Subraya del Despacho); lo cierto es que, no se debe interrumpir el trámite de posesión del accionante, 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 Villavicencio, la cual no puede trasladar dicha carga sobre el accionante 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(...)”.

A su vez el JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE NEIVA en el fallo de la acción de tutela de radicado 410013333006 2022 00257 00 señaló:

(...) 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. En el presente caso, la accionante ingresa al empleo público por el mérito, lo cual genera estabilidad del mismo y el no surtir el trámite de la posesión del nombramiento en periodo de prueba, le genera un perjuicio en la medida que le fue concedida a la accionante la vacancia temporal del empleo a partir del 23 de mayo de 2022 mediante Decreto 249 del 12 de mayo de 2022 expedido por la Alcaldía Municipal de Neiva, lo que implica el desamparo del sistema general de la seguridad social, adicional de la ausencia de la prestación económica y afectación al tiempo de servicio en carrera administrativa al no tomar posesión del empleo público. 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(...)”.

EL JUZGADO TERCERO LABORAL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA DE INDIAS en el fallo de la acción de tutela de radicado 13001-31-05-003-2022-00216-00 Indico:

“Es decir, que el empleado vinculado en provisionalidad puede ser retirado según la norma antes señalada, por las causales allí descrita, que para el caso en estudio sería “135.3 Se provea el cargo en forma definitiva mediante nombramiento en periodo de prueba con quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles.”, que si bien el empleado en provisionalidad puede atacar el acto de desvinculación a través de recursos de reposición, su procedencia es de manera excepcional, la norma solo contempla en caso de presunto vicio de legalidad, y en este caso, no se ha probado que el acto que nombro en periodo de prueba al señor CHARRY BARBOZA, haya sido atacado por vicio de legalidad ante la autoridad competente o el que retira al vinculado del cargo se haya emitido ilegalmente por la DIAN, lo que se observa es que se profirió por ministerio de ley. Entendiéndose que si bien se profirió el acto que nombra al accionante y se adiciono con el acto que retira al empleado en provisionalidad, se trata de dos decisiones distinta, el nombramiento en periodo de prueba es una situación jurídica distinta al retiro del empleado en provisionalidad, tanto así que la primera no es susceptible de recurso mientras que la segunda si, y solo excepcionalmente por vicios de legalidad del acto que lo retira del servicio. Por lo anterior, a juicio de esta despacho no es aceptable la omisión de la DIAN de suspender la posesión del accionante, con la excusa de que el acto administrativo de nombramiento en periodo de prueba no está en firme, porque el empleado que se encuentra en provisionalidad cuenta con 10 días para elevar el respectivo recurso de reposición, que para el caso no se tiene conocimiento si el empleado en provisionalidad presentó el recurso y cuando lo hizo, pues la Resolución 507 del 27 de mayo de 2022, que nombra en periodo de prueba al accionante no contempla la interposición de recursos contra ese nombramiento, sino que indica en su numeral 112, que los nombrados en periodo de prueba deberán tomar posesión una vez cumplido lo contemplado en el artículo 110 de ese acto, que sería culminar la etapa de inducción exitosamente, y en el caso del accionante ya se llevó a cabo esa etapa y el día 16 de julio de 2022, les remito a través de correo electrónico el certificado para efectos que se proceda con su posesión”.

3. Finalmente, el Concepto 324151 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública, frente a los interrogantes planteados: *“1. Los actos administrativos de nombramientos en periodo de prueba ¿tienen validez o producen efectos jurídicos a partir de su expedición, publicación o notificación? 2. ¿Qué recursos proceden contra las resoluciones de nombramiento en periodo de prueba?”* ha señalado que:
“(…) De esta forma, y en atención a su primer interrogante, con respecto a los efectos del acto administrativo se tiene que por regla general surte efectos a partir de su expedición, siempre que no contenga alguna determinación que lo dilate, posponga o suspenda, como su publicación, notificación, requerir de la aprobación de un superior o estar sujeto a una condición para que produzca sus

efectos. Por tanto, el acto administrativo existe cuando la voluntad de la administración se manifiesta a través de una decisión, para ser eficaz, debe haberse aplicado a sus destinatarios. Surte efectos jurídicos y obliga al Estado y a los particulares cuando se publique en el Diario Oficial o en el periódico de amplia circulación correspondiente y con la reforma de la ley 1437 de 2011, por medios virtuales, o se notifica.

...el acto administrativo de nombramiento en período de prueba está condicionado a la aceptación por parte de quien es nombrado y su posterior posesión en pleno cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales que para el cargo se requieran. Por tanto, el acto de nombramiento es un acto condición y no atribuye derecho subjetivo alguno a quien es nombrado, toda vez que sólo adquiriría derechos del cargo una vez se hubiera posesionado del mismo. Sin la aceptación y la posesión, como lo señalan los artículos 2.2.5.1.6 y 2.2.5.1.7 del Decreto 1083 de 2015, el nombramiento no se perfecciona. En este mismo sentido, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo Sección cuarta, Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00296-01(20212) del 26 de septiembre de 2013, con Consejero Ponente: William Hernández Gómez, con relación a actos administrativos de ejecución ha expresado: “Respecto a la naturaleza jurídica del acto de nombramiento, esta Corporación ha señalado que se trata de un acto condición que está sujeto a la verificación de unos presupuestos legales que conducen a formalizar el nombramiento y a completar la investidura de servidor. En las anteriores condiciones, el acto de nombramiento no crea o modifica la situación jurídica de un particular, ni reconoce un derecho de igual categoría. Por tanto, el funcionario nombrado sólo adquiere los derechos del cargo al momento de su posesión, toda vez que el acto condición no atribuye derecho subjetivo alguno, solo decide que una persona, el nombrado, quedará sometida a un determinado régimen general, legal o reglamentario, una vez haya accedido a la posesión en el cargo”. En conclusión, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación el acto de nombramiento de un empleado público es un acto condición y sólo produce efectos y genera un derecho subjetivo particular cuando se perfecciona a través de la posesión del empleado público en el cargo en el cual fue nombrado. Por lo anterior, con relación a su consulta sobre la procedencia de los recursos de ley frente a los actos administrativos de nombramiento en período de prueba, le informo que, por ser actos administrativos de trámite, contra estos no proceden los recursos de acuerdo con lo establecido en el artículo 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- Ley 1437 de 2011.(...)”

DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS

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

DERECHO AL MÍNIMO VITAL

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

“(…)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 ya que al renunciar a mi anterior empleador y una vez solicitada la fecha de posesión a la DIAN, dejo de percibir ingresos por salarios y causaciones por concepto de prestaciones sociales, adicionalmente se dejan de efectuar aportes a mi nombre al sistema de seguridad social integral y saludo, así como a las cajas de compensación.

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 específicamente a mí, que ya había cursado un proceso de mérito de carrera administrativa y como fruto de este fui nombrado en período de prueba sin permitirse mi posesión.

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. (. . .)"

Se me ha vulnerado este derecho su señoría, ya que el Decreto 1083 del 2015, señala que la posesión se debe efectuar dentro de los 10 días hábiles siguientes a la aceptación del nombramiento, situación que no me permitió la DIAN al negarse a realizar mi posesión en el día señalado por mí.

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).*

Para mi caso en particular, se me genero una falsa expectativa al no responder a mi solicitud para posesión, en donde se declaraba la firmeza del acto administrativo, lo que me llevo a tomar decisiones sobre mi situación laboral la cual me está perjudicando, informando que no es posible posesionarme argumentando la interposición de recursos aun cuando en el contenido de mi resolución no se contempla la procedencia de recurso alguno, por lo que desconocerseme el derecho de posesionarme en los términos señalados por el Decreto 1083 del 2015, configura una violación al principio de confianza legítima.

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 2do. del artículo 2 Constitucional.

Por lo tanto, se vulneran mis derechos adquiridos como participante del concurso y que gané un concurso de méritos, cuando luego de haber sido proferida la Resolución de nombramiento en periodo de prueba, la entidad nominadora se abstiene de efectuar la posesión.

MEDIDA PROVISIONAL

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

Se decrete como medida provisional la NO suspensión de mi posesión de nombramiento en periodo de prueba al cargo de GESTOR I Código 301| Grado 01, –ID 17767- con código de ficha “AT-FL-3008”, ubicado en la División de Fiscalización y Liquidación Tributaria, Aduanera y Cambiaria de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduana de Barrancabermeja, de la Unidad Administrativa Especial DIAN.

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” y, dicha suspensión puede ser ordenada de oficio o a petición de parte.

PRUEBAS Y ANEXOS

1. Resolución 000650 del 03 de junio del 2022.
2. Resolución 005874 del 15 de julio de 2022
3. Oficio No. 100190442 – 0003487.
4. Correos y oficios donde procedo a aceptar el nombramiento en período de prueba ordenado por las Resoluciones No 000650 y No. 005874 solicito la posesión al cargo al que fui nombrado.
5. Correos del servidor encargado en la dirección seccional de impuestos y aduanas de Barrancabermeja del tema del personal de la división de talento humano, en donde manifiesta que se debe esperar ya que hay un recurso.

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

Del señor Juez,



DUVÁN INDALECIO HERNÁNDEZ BARROSO

CC: 1.096.202.567

CORREO ELECTRÓNICO: duvanhernandez1989@hotmail.com

TELÉFONO: 3115581950