



San José de Cúcuta, agosto primero (1º) de dos mil veintidós (2022).

Ref.: ACCIÓN DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

Radicado: 54-001-31-04-005-2022-00137-00

1.- ASUNTO

Entra el Despacho a resolver la acción de tutela interpuesta por el señor **ALEXANDER VILLAMIZAR MOLINA**, quien actúa en nombre propio, contra la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN**, vinculándose mediante Litisconsorcio necesario por pasiva a la **DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS DE CÚCUTA, DIRECCIÓN DELEGADA DE IMPUESTOS Y ADUANAS DE PAMPLONA, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, CRISTIAN CAMILO CASTRO ESPEJO, ASPIRANTES DE LISTA DE ELEGIBLES EN EL EMPLEO GESTOR I CÓDIGO 301 GRADO 01, ID16983, CON CÓDIGO DE FICHA TP-DE-3008, RESULTADO DE LA CONVOCATORIA 1461 DE 2020, SERVIDORES PÚBLICOS EN PROVISIONALIDAD EN LOS EMPLEOS GESTOR I, GESTOR II, GESTOR III Y GESTOR IV DE LA DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS DE CÚCUTA Y SINDICATO DE TRABAJADORES SINEDIAN**, por presunta vulneración a los derechos fundamentales a la IGUALDAD, TRABAJO, MÍNIMO VITAL Y FUERO SINDICAL CIRCUNSTANCIAL.

2.- HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

En síntesis, refiere el accionante que ingresó a laborar en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales desde el 12 de enero de 2007, indicando que fue incorporado a la planta global de la entidad, en provisionalidad, mediante Resolución N° 0046800 del 27/06/2016, en el cargo Gestor I 301 01, prestando sus servicios en la Dirección Seccional Delegada de Impuestos y Aduanas de Pamplona hasta que le fue autorizado su traslado a la Dirección Seccional de Impuestos de Cúcuta, mediante Resolución N° 5139 del 14 de agosto de 2020.

Señala que la DIAN realizó convocatoria N° 1461 de 2020, mediante Acuerdo N° 285 del 10 de septiembre de 2020, ofertando, entre otros, el empleo GESTOR I CÓDIGO 301 GRADO 01 con Código de Ficha TP DE 3008 ID 16983 con OPEC N° 127544; manifestando que la CNSC profirió la Resolución N° 11403 del 20 de noviembre de 2021, por medio de la cual la lista de elegibles cobró firmeza para nombrar al señor CRISTIAN CAMILO CASTRO ESPEJO en la Dirección Seccional Delegada de Impuestos y Aduanas de Pamplona.

Agrega que el 28 de abril de 2022 radicó, vía correo institucional y a través del sistema kactus, solicitud de estabilidad laboral reforzada por acción afirmativa por ostentar la condición de padre cabeza de familia, sumado a la afectación del mínimo vital, aportando declaración juramentada N° 1713 de la Notaría Séptima de Cúcuta, en la que acredita tal condición.

Sostiene que, posteriormente, en fecha 2 de mayo de 2022, se le notificó la Resolución N° 000404 del 28 de abril de 2022, mediante la cual se efectúa el nombramiento en período de prueba del señor CRISTIAN CAMILO CASTRO ESPEJO, en el empleo Gestor I Código 301, ID 16983, con Código de Ficha TP-DE-3008, en la Dirección Seccional Delegada de Impuestos y Aduanas de Pamplona, ordenándose su retiro a partir de la fecha de posesión del mencionado, por estar desempeñando su cargo, aduciendo que ello no es cierto porque se encuentra laborando en la Dirección Seccional de Impuestos de Cúcuta.

Discute que con la aludida Resolución la DIAN está desconociendo su condición de padre de cabeza de familia como sujeto de especial protección; mencionando que, con oficio 100151185 – 002526 del 10 de mayo de 2022, el Subdirector de Gestión de Empleo Público de la DIAN, dio respuesta a su solicitud reconociendo la condición alegada, pero se limita a informar que no puede proteger sus derechos constitucionales porque no existen vacantes del mismo cargo o grado que desempeña, alegando que tal situación no es cierta, puesto que hay vacantes en la planta global DIAN y cumple los requisitos para ser reubicado en un cargo igual, similar o superior al que ocupaba. Además, expone que es funcionario con fuero sindical, afiliado al sindicato de trabajadores SINEDIAN, y hace parte de la Junta Directiva.

Manifiesta que el 13 de mayo de 2022 presentó recurso de reposición contra la Resolución N° 00404 del 28 de abril de 2022, el cual fue resuelto mediante Resolución N° 005763 del 14 de julio de 2022, reiterando la inexistencia de vacantes, refiriendo que, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, frente a otros funcionarios en similares condiciones, ha permitido la continuidad con su vínculo laboral en cargos con vacante definitiva que hacen parte de la Planta Global de la Entidad, en garantía a la Estabilidad Reforzada de Padre Cabeza de Hogar y por el principio de solidaridad y derecho al mínimo vital.

Expone que, con oficio N° 100151185-000134 del 31 de enero de 2022, el señor Jaime Ricardo Saavedra Patarroyo, Subdirector de Gestión de Empleo Público, dio respuesta a derecho de petición presentado por el Presidente del Sindicato SINEDIAN, con relación a las vacantes de la planta global de la DIAN, lo que comprueba la existencia de vacantes. Además que, con oficio N° 100151185-002453 del 3 de mayo de 2022, también se dio respuesta a derecho de petición al Presidente del Sindicato SINEDIAN – Subdirectiva Cúcuta, en donde se informa sobre las vacantes definitivas existentes, las cuales están sujetas a las acciones afirmativas por parte de la Administración, cuyos servidores acrediten estabilidad laboral reforzada.

Por lo anotado, solicita el amparo de los derechos fundamentales invocados, y por ende, se ordene a la DIAN su nombramiento y reubicación en un cargo igual, similar o de superior categoría.

3.- ACTUACION PROCESAL

Se admitió la acción de tutela el 18 de junio de 2022. Se ordenó notificar a las partes dicha decisión.

4.- RESPUESTAS DADAS A LA ACCIÓN

4.1.- El señor CRISTIAN CAMILO CASTRO ESPEJO, manifestó:

(...) "A. En primer es importante resaltar que la DIAN, ya dio respuesta al recurso de reposición interpuesto por el señor Alexander Villamizar Molina mediante la Resolución 005763 del 14 de julio de 2022, en la cual resuelve:

"ARTÍCULO 1: Confirmar en su integridad la Decisión contenida en la Resolución 404 del 28 de abril de 2022, principalmente en su artículo 3.

Artículo 2: NOTIFICAR ELECTRÓNICAMENTE a través de la Coordinación de Correspondencia y Notificaciones de la Subdirección Administrativa el contenido de la presente resolución de conformidad con los artículos 53, 53 A y 56 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo al señor ALEXANDER VILLAMIZAR MOLINA, Contencioso identificado Administrativo con cédula al de señor ciudadanía No. 88.272.313, a la dirección electrónica: avillamizarm@dian.gov.co, informándole que contra la presente decisión no procede recurso alguno. (...)"

B. La Resolución 404 del 28 de abril de 2022 "Por la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba en la Planta Global de la U.A.E. – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se adoptan otras decisiones" se encuentra **en firme** según lo prevé el numeral 2º del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011

Así pues, la Resolución 404 del 28 de abril de 2022 en su artículo 1 y 3 menciona:

"**ARTÍCULO 1º. NOMBRAMIENTO.** Nombrar en periodo de prueba por el término de seis (6) meses, al señor CRISTIAN CAMILO CASTRO ESPEJO, identificado con cédula de ciudadanía número 1.136.886.292, en el empleo GESTOR I Código 301 Grado 01, ID 16983, con código de ficha TP-DE-3008 y ubicarlo en el Despacho de la Dirección Seccional Delegada de Impuestos y Aduanas de Pamplona de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN.

"**ARTÍCULO 3º. RETIRO.** A partir de la fecha de posesión del nombramiento en periodo de prueba del señor CRISTIAN CAMILO CASTRO ESPEJO, retirar del servicio al servidor ALEXANDER VILLAMIZAR MOLINA, identificado con cédula de ciudadanía N° 88.272.313, quien se encuentra desempeñando el empleo GESTOR I Código 301 Grado 01, en la planta de personal de la DIAN, ¡con ubicación en el Despacho de la Dirección Seccional Delegada de Impuestos y Aduanas de Pamplona de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales" (...)

(...) F. Cuento con un Derecho adquirido al encontrarse la lista de elegibles adoptada mediante Resolución N° 11403 del 20 de noviembre de 2021 en firme, así mismo, como se mencionó anteriormente, la Resolución 404 de 28 de mayo de 2022 también se encuentra en firme y al haberme posesionado efectivamente en el cargo mediante acta de posesión numero 8 del 18 de julio de 2022.

G. El artículo 135 del decreto ley 0071 de 2020, dispone:

"ARTÍCULO 135. Retiro del empleado vinculado mediante nombramiento provisional. De conformidad con lo previsto en el presente Decreto-ley, el empleado vinculado mediante nombramiento provisional deberá ser retirado del servicio por la autoridad nominadora, en forma motivada, cuando:

135.1 (...)

Ref.: ACCIÓN DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
 Radicado: 54-001-31-09-005-2022-00137-00

135.2 (...)

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.

Contra el acto administrativo que declare el retiro del servicio, procederá recurso de reposición únicamente por presunto vicio de legalidad." (Negrilla fuera de texto)

Así mismo, el decreto 1083 de 2015 menciona:

ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados."

De lo anterior, se puede observar que la Resolución 404 del 28 de abril de 2022, esta debidamente motivada y en concordancia con la normatividad correspondiente, así mismo, es de reiterar que se otorgó a ALEXANDER VILLAMIZAR el recurso de reposición frente a la Resolución, para lo cual tuvo que esperar un término de dos meses para su resolución.

Es de recordar que, la suspensión de mi nombramiento a causa del recurso de reposición, afectó mi diario vivir, toda vez que, se había programado inicialmente mi posesión para el 17 de mayo de 2022 en el cargo, por ello; fue necesario renunciar a mi trabajo (por lo cual deje de percibir ingresos) trasladarme a la ciudad de Pamplona y pagar arriendo, situación que se mantuvo durante el periodo de tiempo que se tomo la DIAN para contestar el recurso de reposición y que se vio suspendido mi nombramiento hasta el día 15 de julio en que se me notifico la Resolución 005763 del 14 de julio de 2022." (...)

En virtud a ello, solicita:

1. "NEGAR de manera definitiva la medida provisional solicitada por Alexander Villamizar Molina, quien pretende que "se SUSPENDAN LOS EFECTOS de la Resolución No. 000404 del 28 de abril de 2022 y Resolución 005763 del 14 de julio de 2022."
2. Cualquier decisión frente a las pretensiones del señor Alexander Villamizar Molina, no afecten el desarrollo de mi periodo de prueba en el cargo que se me nombro en la Resolución 404 del 28 de abril de 2022 (teniendo en cuenta la firmeza de la misma) y el cual desempeño actualmente en la Seccional Delegada de impuestos y Aduanas de Pamplona, en consecuencia, no se vea afectado mi derecho al trabajo, al mínimo vital, ni el de acceso a cargos públicos por mérito o cualquier otro."

4.2.- CLARA CECILIA SUÁREZ PERALTA, actuando como Apoderada de la DIAN, manifestó:

(...) "El accionante señor ALEXANDER VILLAMIZAR MOLINA, estuvo vinculado a la DIAN de manera provisional en el empleo GESTOR I Código 301 Grado 01.

La DIAN, a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil, convocó al "Proceso de Selección DIAN 1461 de 2020", para proveer 1.500 empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera de la planta de personal de la DIAN y en el marco del referido proceso de selección, fueron ofertados empleos que se encuentran provistos a través de la figura de encargo por funcionarios de carrera administrativa.

Habiendo cobrado firmeza la lista de elegibles y surtidas las etapas previas al nombramiento en periodo de prueba, mediante la **Resolución No. 000404 del 28 de abril de 2022** (...) se estableció, entre otras cosas, lo siguiente:

(...) **Que el empleo que será ocupado de manera definitiva mediante el periodo de prueba al cual se hace mención, actualmente se encuentra siendo desempeñado por el señor ALEXANDER VILLAMIZAR MOLINA, identificado con cédula de ciudadanía N° 88.272.313, bajo la modalidad de incorporación en provisionalidad, situación que comporta el retiro del servidor...**" (Resaltado por fuera del texto) (...)

Contra la anterior resolución el accionante interpuso **Recurso de Reposición** el cual se resolvió a través de la **Resolución 005763 del 14 de julio de 2022** la cual confirmó en su integridad la decisión contenida en la Resolución **No. 000404 del 28 de abril de 2022** (...)

Ref.: ACCIÓN DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
Radicado: 54-001-31-09-005-2022-00137-00

Conforme a lo anterior, no se puede desconocer que la Entidad ya realizó pronunciamiento sobre la estabilidad laboral reforzada solicitada, en la que se concluyó e informó que no se cuenta con una vacante disponible en la que usted pueda ser nombrado.

Así las cosas, y contrario a lo que pueda pensar por la respuesta ofrecida, la Entidad precisamente dando aplicación al principio de igualdad, a los principios constitucionales y lineamientos jurisprudenciales, estableció no solamente las medidas señaladas en las Circulares 000015 del 2021 y 000003 del 2022, sino que adicionalmente, aplicó de manera estricta y general los criterios allí contenidos frente al número de vacantes disponibles en la planta de personal de la Entidad, resaltando el numeral III de la mentadas Circulares que hacen referencia a "Los servidores públicos que se encuentran encargados, estableciéndose como criterio de prelación, dada la restricción de vacantes, la priorización de aquellos casos en que se beneficie el mayor número de servidores públicos, minimizando la finalización de encargos y/o desvinculación de personal. Lo anterior, como materialización del principio de solidaridad, entre otros.

De otra parte, en cuanto al fuero sindical que ostenta y que refiere se le tenga en cuenta como criterio de desempate, le informo que tal condición aplicarla de existir una vacante disponible. Así mismo, tratándose de fuero sindical se trae a colación la Sentencia de fecha 18 de mayo de 2022 en segunda instancia, expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección "C", con ponencia de la Magistrada Amparo Oviedo Pinto, frente a la acción de cumplimiento instaurada por el Sindicato Nacional de Empleados de la DIAN SINEDIAN, y que buscaba el cumplimiento inmediato de los parágrafos segundo y tercero del artículo 1° del Decreto 498 del 30 de marzo de 2022, que hacen referencia a los nombramientos en periodo de prueba y al retiro del servicio de los provisionales, en cuyo proceso se pretendía que la Entidad tuviera en cuenta el orden de protección que allí se señala en materia de estabilidad laboral reforzada. Aparte de la Sentencia en cita:

"...Nótese que el objetivo principal del fuero sindical es impedir que las personas empleadoras recurran a traslados o despidos para evitar el desarrollo de labores que cumplen los sindicatos, pero no tiene como propósito garantizar la estabilidad laboral, es un mecanismo de protección al derecho de asociación, que es distinto. Tampoco está encaminado a vaciar de competencia el ejercicio normal de las facultades legales de las personas nominadoras o entidades empleadoras en relación con la organización del servicio que les corresponde dentro del ejercicio de la función pública estrictamente reglada que prima en interés general, como es la aplicación de las reglas del concurso público de méritos que responde a las reglas y principios constitucionales de ingreso por mérito, al que pudieron acceder sin distinción, todas las personas interesadas, incluidas las integrantes o miembros del sindicato." Es de resaltar que el fallo de este proveído, confirmó la sentencia del a quo del 26 de abril de 2022 que negó la acción de cumplimiento presentada por el sindicato SINEDIAN..." (...)

Ahora bien, en los términos del artículo 130 de la Constitución y del artículo 8° del Decreto Ley 071 de 2020, la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, es la responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos de la DIAN en su sistema específico de carrera, atribución que según las previsiones del artículo 11° del literal e) de la Ley 909 de 2004 y del artículo 22 del Decreto Ley en cita, comprende la realización del concurso para la provisión definitiva de los empleos de carrera, tal como se dio con el Acuerdo No. 285 de 2020 por medio del cual se convocó al "Proceso de Selección DIAN 1461 de 2020", para proveer 1.500 empleos en vacancia definitiva.

Por consiguiente, bajo los preceptos normativos en referencia, y habiendo cobrado firmeza la Resolución No. 11403 del 20 de noviembre de 2021 que conformó la lista de elegibles respecto del señor CRISTIAN CAMILO CASTRO ESPEJO, quien cumplió los requisitos para ser nombrado en forma definitiva en periodo de prueba mediante la Resolución No. 000404 del 28 de abril de 2022 en el empleo GESTOR I CÓDIGO 301 GRADO 01, - ID 16983-, código de ficha "TP-DE-3008", ubicado en el Despacho de la Dirección Seccional Delegada de Impuestos y Aduanas de Pamplona, configura un verdadero acto administrativo fundado en las normas de superior jerarquía, **sin que pueda predicarse vicio alguno frente a la causal revisada.** (...)

En la Resolución No. 000404 del 28 de abril de 2022, la finalidad del acto está amparada y demostrada en la ley, correspondiendo a un nombramiento en periodo de prueba y a un retiro del servicio en desarrollo de un proceso de selección de mérito, por lo tanto, tampoco ésta causal aplica al caso en concreto, siendo menester confirmar el acto administrativo en referencia, y rechazar los supuestos vicios de legalidad en que fundó el recurrente su recurso y sus pretensiones.

Ref.: ACCIÓN DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
 Radicado: 54-001-31-09-005-2022-00137-00

Por último, en cuanto a la afectación al mínimo vital que expone el funcionario, y que constituye otro de los argumentos en los que basa su recurso, no hay lugar a dilucidar esa situación en el presente acto por las razones expuestas, y en consideración a que la pluralidad de servidores públicos en situación de protección al mínimo vital supera el número de vacantes disponibles en la planta de personal de la entidad, la DIAN, atendiendo los principios constitucionales y lineamientos jurisprudenciales mediante la Circular 000003 del 21 de febrero de 2022 que modificó su similar 000015 del 24 de diciembre de 2021, estableció los criterios de priorización para seleccionar a los servidores públicos a proteger por este concepto como materialización del principio de solidaridad y de protección al derecho fundamental en mención, y una vez aplicados estos, en particular el contenido en el numeral 3 de la Circular en mención, el servidor público ALEXANDER VILLAMIZAR MOLINA, identificado con cédula de ciudadanía N° 88.272.313 no resultó seleccionado.

Por consiguiente, sólo queda reiterar al recurrente que, la Administración habiendo revisado su condición de estabilidad laboral reforzada, y en atención a la nueva constancia de fecha 24 de junio de 2022, expedida por la Jefe de la Coordinación de Selección y Provisión del Empleo de la Entidad, se certifica una vez más, que verificada la planta de personal, a la fecha no se cuenta con vacantes disponibles en el empleo Gestor I Código 301 Grado 01 y Gestor II Código 302 Grado 02 del Nivel Profesional en el que usted pueda ser nombrado, por lo tanto, como esa situación se mantiene, no debe perder de vista que es precisamente la existencia de una vacante, la que permitiría tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia SU-446 de 2011 en cuanto a acciones afirmativas se refiere, que dicha protección proceda..." Resaltado y Subrayado por fuera del texto. (...)

La anterior argumentación y demás razones igualmente fueron comunicadas al accionante con oficio No. 100151185- 002526 de fecha 10 de mayo de 2022 donde se da respuesta de fondo a su comunicación remitida a la Entidad vía correo electrónico el 28 de abril de 2022 (...)

Por lo expuesto, solicita: **"DENEGAR EL AMPARO DE TUTELA** por improcedencia de la acción en el caso que nos ocupa, **por la presencia de otro mecanismo de defensa y la inexistencia de vulneración de derecho fundamental alguno."** (...)

4.2.- JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SÁNCHEZ MURCIA, actuando en nombre y representación de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, concluyó:

(...) **"i)** es claro que **esta CNSC carece de competencia para llevar a cabo cualquier actuación administrativa atinente a la desvinculación del cargo que ostentaba por encargo el accionante**, toda vez que esta facultad legal es exclusiva del ente nominador, en este caso la DIAN, por lo que la pretensión principal del accionante tendiente a ordenar "(...) Se me nombre o reubique en un cargo igual, similar, equivalente o de superior categoría, ya que, por mi profesión como Contador Público y Especialista en Tributario con 15 años de experiencia en la Entidad, puedo desempeñar cargos desde el Gestor I hasta Gestor IV en la planta global de la DIAN, en la ciudad de Cúcuta, en amparo a mi Estabilidad Laboral Reforzada por mi condición de padre cabeza de hogar, al Derecho de igual, al Trabajo, al Mínimo vital y protección (...)" (Sic), **configura la falta de legitimación en la causa por pasiva de la CNSC ii)** la CNSC no posee competencias para nombrar, ni expedir actos administrativos donde se defina la situaciones de las personas que ostentan cargos de manera provisional que deben ser asumidos por quienes ganaron los derechos dentro del concurso de méritos, todas esas actuaciones **son competencia exclusiva de la DIAN iv)** no se encuentra afectación alguna a los derechos fundamentales enunciados por el accionante por parte de esta CNSC, es válido mencionar que esta CNSC ha cumplido a cabalidad todas las actuaciones que fueron de su competencia como la expedición de las Listas de Elegibles, la remisión de estas y de su firmeza a la DIAN y la finalización de las actuaciones administrativas cuando hubo lugar a ellas.

Es así que, con fundamento en lo expuesto, se observa que las actuaciones adelantadas por la CNSC, se encuentran ajustadas a derecho, y no existe vulneración de los derechos fundamentales del accionante por parte de esta Comisión Nacional.

Así las cosas, se solicita que la decisión de la presente sea declarar la Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva de la CNSC, por los argumentos antes expuestos." (...)

4.3.- PEDRO GIOVANNI CARO ESTUPIÑAN, Presidente y Representante Legal de SINEDIAN, precisó:

(...) "En cuanto a los hechos manifestado por el señor Alexandre Villamizar Molina, son ciertos en su totalidad, además es cierto que la DIAN, para época en que expidió la Resolución No. 404 del 28 de abril de 2022, donde ordenaba el retiro de la Entidad, contaba con cargos vacantes en la planta global de la DIAN, con los cuales podía garantizar la estabilidad laboral reforzada como padre cabeza de familia, situación que fue reconocida por la DIAN, condición que no quisieron garantizar con la falsedad que no existían cargos vacantes en ese momento y con la excusa que la entidad había colocado fechas límites para solicitar acciones afirmativas cuando esta no es procedente, realizando limitaciones.

Toda vez, que la acción afirmativa de estabilidad laboral reforzada se puede solicitar **al momento de la desvinculación y al momento del posible nombramiento**, por lo tanto, la DIAN no puede colocar fechas límite para solicitarlas o colocarlas en conocimiento, que la ley no establece, pues una acción afirmativa se puede generar en cualquier momento, (por ejemplo, el fallecimiento del cónyuge, un embarazo, etc.).

La Entidad es poco garantista al no proteger la ELR del señor Alexander Villamizar Molina, como padre cabeza de Familia y prefirió seguir protegiendo a otros funcionarios provisionales y de carrera administrativa afectados con el concurso DIAN 1461 -2020, bajo el amparo del Mínimo Vital sin tener ninguna condición de Estabilidad Laboral Reforzada, tal y como se evidencia en las Resoluciones anexas al escrito de tutela; sin tener en cuenta el mejor derecho que tenía el señor Villamizar Molina, vulnerando esta forma la protección constitucional al padre cabeza de familia con ELR y Derecho de Igualdad.

Se viola tales derechos por parte del nominador de la DIAN, en razón a que mediante oficios No. 100151185-000134 del 31 de enero de 2022, y N° 100151185-002453 del 03 de mayo de 2022, el señor Jaime Ricardo Saavedra Patarroyo Subdirector de Gestión de Empleo Público, da respuesta al derecho de petición, presentado por el presidente del sindicato SINEDIAN señor Pedro Giovanni Caro Estupiñan, donde observan la existen 64 vacantes definitivos Gestor I 301 01 Grado 1., y da respuesta al Derecho de Petición del presidente del Sindicato SINEDIAN Subdirectiva Cúcuta, señor RICARDO ANDRES URIBE BARBOSA (...)

En este orden de ideas se observa que la DIAN, contaba para el momento del retiro del señor Alexander Villamizar Molina, con 1013 vacantes definitivas no convocadas sin titular y próxima a los concursos futuros entre ellas 85 Gestor I, 156 Gestor II y 81 Gestor III, donde se podía asignar funciones o nombrar de cuerdo a su profesión de contador público especializado en tributario, y con la experiencia de 15 años trabajando en la entidad en Garantía de la estabilidad Laboral Cabeza de Familia, al Derecho de Igualdad y Protección al principio de solidaria y mínimo vital como ya se hizo con otros funcionarios en, como por ejemplo en las resoluciones que allega el sr Villamizar Molina en su escrito de Tutela por que no se aplica el derecho a la igualdad por no estar en el Nivel Central con la gente que nombra y acomoda a su libre criterio sin supervisión y control alguno:

Resolución N° 461 del 28 de abril de 2022.
Resolución No. 0055 del 01 de abril de 2022.
Resolución No. 000196 del 28 de abril de 2022.
Resolución 000519 del 03 de junio de 2022.
Resolución No. 000506 del 24 de mayo de 2022

Por lo tanto, señor juez solicito se acceda a las pretensiones del señor Alexander Villamizar Molina y se ordene a la DIAN que le deberá garantizar la protección de su derecho constitucional como padre cabeza de familia con Estabilidad Laboral Reforzada, el cual debe primar su protección al tener un mejor derechos frente a los funcionarios de provisionales y funcionarios de carrera administrativa afectados con la convocatoria 1461 de 2020, que la DIAN protegió bajo la figura de Mínimo Vital, sin contar con ninguna Estabilidad Laboral Reforzada.

Adicionalmente en la actualidad existen cargos vacantes en la Planta Global de la DIAN, ya que varios funcionarios por diferente situaciones administrativas, han renunciado a la Entidad o han sido retirado por sanciones disciplinarias, dejando su cargo vacante, lo cual puede corroborar con la DIAN, para que no siga con la excusa que no tiene exclusivamente Gestor I, pues el señor

Ref.: ACCIÓN DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
Radicado: 54-001-31-09-005-2022-00137-00

Villamizar Molina Cumple requisitos para ser nombrado en Gestor I, Gestor II y Gestor III, ya que la DIAN, solo se limita es al Gestor I.

REFERENTE AL FUERO SINDICAL

Coadyuvamos las pretensiones del accionante, justificando su interés en el respeto a la institución jurídica del FUERO SINDICAL como uno de los criterios establecidos por la norma para la protección en el marco de las acciones afirmativas." (...)

4.4.- Los vinculados DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS DE CÚCUTA, DIRECCIÓN DELEGADA DE IMPUESTOS Y ADUANAS DE PAMPLONA, ASPIRANTES DE LISTA DE ELEGIBLES EN EL EMPLEO GESTOR I CÓDIGO 301 GRADO 01, ID16983, CON CÓDIGO DE FICHA TP-DE-3008, Y SERVIDORES PÚBLICOS EN PROVISIONALIDAD EN LOS EMPLEOS GESTOR I, GESTOR II, GESTOR III Y GESTOR IV DE LA DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS DE CÚCUTA, guardaron silencio al interior del presente diligenciamiento.

5. CONSIDERACIONES

1.- A partir del material probatorio se desprende que lo pretendido por el accionante consiste en que se amparen los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y, por consiguiente, se ordene:

"PRIMERO: Ordenar al señor LISANDRO MANUEL JUNCO RIVEIRA DIRECTOR DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, y/o a quien haga sus veces en el momento de la notificación de la presente Acción de Tutela, proteger el amparo de los derechos aquí demandados en especial mi condición de Estabilidad Laboral Reforzada como padre cabeza de familia, ya reconocida por la Entidad.

SEGUNDO: Se me nombre o reubique en un cargo igual, similar, equivalente o de superior categoría, ya que por mi profesión como Contador Público y Especialista en Tributario con 15 años de experiencia en la Entidad, puedo desempeñar cargos desde el Gestor I hasta Gestor IV en la planta global de la DIAN, en la ciudad de Cucuta, en amparo a mi Estabilidad Laboral Reforzada por mi condición de padre cabeza de hogar, al Derecho de igual, al Trabajo, al Mínimo vital y protección."

2.- Corresponde al Despacho determinar si la acción de tutela resulta ser el mecanismo judicial idóneo para promover y resolver las pretensiones formuladas.

Y de ser procedente, o sea, de cumplirse eventualmente con el principio de subsidiaridad, luego correspondería verificar si la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN trasgredió los derechos fundamentales invocados por el señor ALEXANDER VILLAMIZAR MOLINA, al desvincularlo del cargo que venía desempeñando en provisionalidad como Gestor I Código 301 Grado 01, con ocasión al concurso de méritos suscitado en convocatoria 1461 de 2020.

3.- Con el propósito de resolver el problema jurídico planteado, se procederá a verificar previamente si se satisface el principio de subsidiariedad que rige el ejercicio de la acción de tutela.

En primer lugar, se hace necesario recordar que la acción de tutela es un mecanismo residual y *subsidiario*, y solo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, caso en el cual la acción constitucional entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados o, cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, lo que permite que la acción constitucional de tutela entre a proteger de manera directa los derechos presuntamente transgredidos; habilitando la intervención de Juez natural con el fin de evitar la causación de un perjuicio irremediable.

De su naturaleza, se infiere que cuando el ordenamiento jurídico establece otro mecanismo judicial efectivo de protección, todo interesado debe acreditar que acudió en forma oportuna a aquél para ventilar ante el juez ordinario la posible violación de sus derechos constitucionales fundamentales.

4.- En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T-1008 de 2012, estableció que, “...por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que **no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.**” (Negrita y Subrayado del Despacho)

Así pues, se trata de no invadir órbitas de competencia deferidas por el legislador a otras autoridades, toda vez que es al accionante a quien le corresponde adelantar todas las gestiones necesarias frente a ello.

5.- Como punto de partida, de las pruebas allegadas al presente trámite constitucional, se extracta que la desvinculación laboral del señor **ALEXANDER VILLAMIZAR MOLINA** del cargo de Gestor I Código 301 Grado 01 en provisionalidad en la Seccional de Impuestos de Cúcuta, no fue el resultado del accionar abusivo o arbitrario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, sino que estuvo motivada en razones objetivas, generales y

legítimas contenidas en los artículos 125 y 130 de la Constitución Política y en Ley 909 de 2004.

Por ello, en ejercicio de las facultades conferidas por los artículos 18° y 19° del Decreto Ley 1072 de 1999 y los artículos 19°, 20°, 22°, 28° y el numeral 135.3 del artículo 135° del Decreto Ley 071 de 2020, el Director General de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN nombró en periodo de prueba al señor Cristian Camilo Castro Espejo por el término de seis (6) meses, en el empleo denominado GESTOR I Código 301 Grado 301, ID 16983, con código de ficha TP-DE-3008, ubicándolo en el Despacho de la Dirección Seccional Delegada de Impuestos y Aduanas de Pamplona de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, cargo que desempeñaba **en provisionalidad** el accionante **ALEXANDER VILLAMIZAR MOLINA**; disposición que se materializó a través de la Resolución N° 000404 del 28 de abril de 2022, la cual quedó en firme con la Resolución N° 005763 del 14 de julio de 2022, mediante la que se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el señor Villamizar Molina contra dicha decisión.

6.- Esto quiere decir que, el hecho de que el señor **ALEXANDER VILLAMIZAR MOLINA** hubiere sido desvinculado del cargo GESTOR I, Código 301, Grado 301, de la planta de personal de la Dirección Seccional de Impuestos de Cúcuta, por sí mismo no se configura violatorio de sus derechos fundamentales, ya que el precitado actor gozaba de una **estabilidad laboral intermedia o relativa**, toda vez que desempeñaba el cargo asignado **en provisionalidad**, y su desvinculación laboral se debió al nombramiento en propiedad de Cristian Camilo Castro Espejo, quien luego de superar satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos convocado, adquirió un derecho subjetivo de ingreso al empleo público.

7.- Así mismo, oportuno se hace indicar que, de acuerdo a lo expuesto por la Corte Constitucional, los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, ya que existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos en provisionalidad, pues así lo sostuvo el órgano de cierre en Sentencia T-326 de 2014:

*“La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. **Por esta razón, la Corte ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en***

cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales.

En relación con los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante un concurso de méritos, por lo que su permanencia en ellos implica mayor estabilidad al haber superado las etapas propias del concurso, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. De ahí, que el acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa deba, además de otros requisitos, ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución.

Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.” (Negrita del Despacho)

8.- Puestas así las cosas, considera el Despacho que lo pretendido por el accionante no cumple con las exigencias procedimentales contenidas en el Decreto 2591 de 1991, toda vez que lo que se pretende es que, mediante la acción de tutela, se nulite el acto administrativo mediante el que realizó el nombramiento en propiedad del señor Cristian Camilo Castro Espejo, luego de que éste superara el concurso de méritos efectuado bajo la convocatoria N° 1461 de 2020 de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, argumentando su condición de padre cabeza de familia y afectación al mínimo vital; y que, en virtud a ello, se le reconozca estabilidad laboral reforzada, ordenándose consecuentemente su reubicación en un cargo igual o de superior jerarquía al que desempeñaba; pero sucede que el señor Alexander Villamizar Molina no ha promovido las instancias definidas por la Ley, como lo es acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, donde igualmente puede **promover de entrada una medida provisional.**

9.- Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta lo expuesto por la entidad accionada en su contradictorio, donde, entre otras cosas, indicó lo siguiente (...) “...Consultado el aplicativo aplicativo Kactus (Base de datos de la DIAN) encontramos **que no fue cargado documento alguno que diera cuenta que el accionante tenía la condición de cabeza de hogar.** Es de resaltar que los documentos para acreditar estabilidad laboral reforzada, debían ser cargados en el Kactus de conformidad al oficio remitido a los funcionarios provisionales afectados en forma directa o indirecta con ocasión al proceso de selección DIAN. Luego no hubo solicitud alguna en tal sentido.” (...)

10.- En este sentido, no se advierte sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues en atención a las acciones afirmativas adoptadas respecto a los funcionarios en condición de vulnerabilidad, **desde el 25 de octubre de 2021,** la DIAN informó a través de comunicados divulgados por la DIANNETH,

que aquellos funcionarios en provisionalidad que se ajustaran en alguna de las condiciones de protección especial, debían anexar los documentos que así lo acreditaran al aplicativo kactus, concediéndoles un término de treinta (30) días para hacerlo. No obstante, solo hasta el 28 de abril de 2022, misma fecha en que se expidió la Resolución N° 000404, por medio de la que se nombró en propiedad a uno de los aspirantes de la lista de elegibles para el cargo que desempeñaba el señor ALEXANDER VILLAMIZAR MOLINA, es que éste manifestó su situación de padre cabeza de familia, **habiendo dejado transcurrir aproximadamente 6 meses después de vencido el plazo otorgado para tal fin.**

11.- En este orden de ideas, la orden de retiro del accionante en el cargo que ocupaba era previsible, incluso desde el momento en que fue conocedor de la convocatoria N° 1461 de 2020 desplegada por la DIAN mediante acuerdo N° 285 del 10 de septiembre de 2020, a través de la cual se ofertó el empleo que desempeñaba en provisionalidad, entre otros; por lo que no puede decirse que la decisión contenida en el acto administrativo proferido resulte ilegal o injusta, porque el señor ALEXANDER VILLAMIZAR MOLINA tuvo la posibilidad de presentar oportunamente la documentación que acreditara su posible condición de padre cabeza de familia y afectación al mínimo vital, y no hacerlo una vez expedida la Resolución que nombró al señor CRISTIAN CAMILO CASTRO ESPEJO, quién adquirió su derecho al empleo en carrera por mérito propio.

12.- Ahora, frente a la pretensión puntual de que se declare la nulidad de la Resolución N° 000404 del 28 de abril de 2022, y por ende, se deje sin efectos la misma, considera el Despacho que la acción de tutela en ningún caso está llamada a prosperar, pues no puede entrar a sustituir o desplazar al juez natural del litigio, ya que nos encontramos ante la existencia de otro medio de defensa judicial al alcance del actor, como lo es el **medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho**, el cual constituye una vía adecuada, efectiva y eficiente para obtener el amparo de los derechos fundamentales considerados como vulnerados, donde puede controvertir lo referente al acto administrativo promulgado, mediante el cual se efectuó un nombramiento en propiedad.

Además, al interior de dicha actuación se pueden allegar y solicitar las pruebas que se consideren necesarias para demostrar la transgresión alegada, e inclusive invocar las medidas cautelares que se estimen pertinentes, las cuales, con la entrada en vigencia de las Leyes 1437 de 2011 y 1564 de 2012, pueden solicitarse con la misma presentación de la demanda, y de ser el caso, concederse antes de agotar el requisito de procedibilidad y sin siquiera haberse notificado a la contraparte.

13.- De manera que, la acción de tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad de la parte interesada para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; pues no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutelar porque **siempre prevalece la acción ordinaria**, por lo que lejos está la acción constitucional de ser el mecanismo idóneo para inmiscuirse en la controversia planteada, pues cualquier intromisión, por mínima que fuere, resquebrajaría y desquiciaría los procesos que se adelantan con las formalidades que le son inherentes.

14.- Además, se reitera que en el asunto objeto de reproche constitucional, no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente, al menos de forma transitoria, la presente acción de tutela, pues en ningún momento la parte accionante sustentó los factores que demuestren la ocurrencia de este. Frente a este punto, la Corte Constitucional ha aclarado que, a pesar de la informalidad del amparo constitucional, el actor debe presentar y sustentar los aspectos a partir de los cuales pretenda derivar el posible perjuicio aducido, ya que la afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia de este mecanismo de protección.

15.- La Corte Constitucional ha establecido que la existencia de un perjuicio irremediable se debe analizar desde la óptica de cuatro elementos, relacionados directamente con la medida a adoptar. Estos elementos son (i) la urgencia, (ii) la inminencia, (iii) la gravedad y la (iv) imposterabilidad.

Así las cosas, el Despacho no evidencia que en el caso en cuestión se presenten ninguno de los elementos previamente descritos, porque de los hechos expuestos en el escrito de tutela, ni de las pruebas allegadas al plenario, se puede inferir un daño que está por suceder (urgencia), el cual sea necesario conjurar para garantizar tales derechos (inminencia), o que posea una gran magnitud (gravedad), cuya protección se torne imperativa a través de la acción de tutela (imposterabilidad), sobre todo si se tiene en cuenta que, como ya se indicó, el accionante tiene a su alcance otro mecanismo judicial de defensa idóneo y eficaz para satisfacer sus pretensiones.

Sobre tal precisión, la Corte Constitucional ha sido reiterativa al precisar que no es viable invocar que se causa un perjuicio irremediable, cuando no se ha hecho uso de los mecanismos ordinarios de protección, así:

“(...) es pertinente señalar que no es dable invocar un perjuicio irremediable por quien teniendo a su disposición mecanismos ordinarios de protección no los utiliza o que

Ref.: ACCIÓN DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
Radicado: 54-001-31-09-005-2022-00137-00

pudiendo evitarlo los deja caducar, como claramente lo señaló esta Corporación en la Sentencia SU111 de 1997. En esa ocasión dijo la Corte:

"Si existiendo el medio judicial, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que su acción caduque, no podrá más tarde apelar a la acción de tutela para exigir el reconocimiento o respeto de un derecho suyo. En este caso, tampoco la acción de tutela podría hacerse valer como mecanismo transitorio, pues esta modalidad procesal se subordina a un medio judicial ordinario que sirva de cauce para resolver de manera definitiva el agravio o lesión constitucional. (...)"

16.- En consecuencia, se declararán improcedentes las pretensiones formuladas en la acción de tutela.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CUCUTA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTES las pretensiones formuladas en la acción de tutela.

SEGUNDO: ORDENAR a la Dirección Seccional de Impuestos de Cúcuta y Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, **la publicación** del presente fallo en sus páginas web, con el fin de que los vinculados **ASPIRANTES DE LISTA DE ELEGIBLES EN EL EMPLEO GESTOR I CÓDIGO 301 GRADO 01, ID16983, CON CÓDIGO DE FICHA TP-DE-3008, RESULTADO DE LA CONVOCATORIA 1461 DE 2020, SERVIDORES PÚBLICOS EN PROVISIONALIDAD EN LOS EMPLEOS GESTOR I, GESTOR II, GESTOR III Y GESTOR IV DE LA DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS DE CÚCUTA y demás interesados**, sean notificados y enterados de la decisión adoptada.

TERCERO: Contra esta decisión procede la impugnación dentro de los 3 días siguientes a su notificación.

CUARTO: De conformidad con el artículo 31 del Decreto 2591 de 1.991, si este fallo no fuese impugnado envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR ALEJANDRO ORDÓÑEZ OCHOA
Juez

