



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

Señores
JUZGADO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ - REPARTO.
E. S. D.

**CONTIENE UNA EXPLICACIÓN SOBRE LA
PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA
EN MATERIA DE CONCURSOS DE MÉRITO
CONVOCADOS POR LA CNSC EN EL
HECHO NÚMERO 13**

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA.
Accionante: LUZ JULIETHE OYUELA MORENO.
Entidades Accionadas: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (en adelante DIAN).

LUZ JULIETHE OYUELA MORENO, identificada como aparece al pie de mi firma, en calidad de elegible del **Proceso de selección DIAN No 1461 de 2020**, actualmente inscrita en lista de elegibles **Resolución No. 11446 del 20 de noviembre de 2021**, actuando a nombre propio y en ejercicio del artículo 86° de la Constitución Política, instauró la presente acción de tutela en contra de la **DIAN** con el fin de que sean protegidos mis derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad de oportunidades, al trabajo, a la buena fe pública y confianza legítima en el contexto de la presunción de legalidad que envuelve actos administrativos, todos en conexidad con mi derecho fundamental al acceso a cargos públicos por virtud del mérito, conculcados por tal entidad al abstenerse de realizar mi nombramiento en período de prueba, de la forma como se explica en los siguientes:

I. HECHOS

1°. Participé en la referida, para la OPEC No **126966** y superé todas las etapas de este proceso de selección, por lo que quedé inscrita en la lista de elegibles **Resolución No. 11446 del 20 de noviembre de 2021**, que su artículo 1° estableció:

ARTÍCULO PRIMERO. Conformer y adoptar la Lista de Elegibles para proveer doce (12) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado GESTOR IV, Código 304, Grado 4, identificado con el Código OPEC No. 126966, del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, ofertado con el Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020, así:

POSICIÓN	TIPO DE DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN	No. DE DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN	NOMBRES	APELLIDOS	PUNTAJE
			(...)		
32	CC	52088291	LUZ JULIETHE	OYUELA MORENO	76.19

En ese sentido, al haber ocupado la posición No. 32 de mi lista de elegibles, no ocupé una posición en lista que me haga meritoria de un puesto de carrera según el número de vacantes ofertadas por la **OPEC 126966** a la cual me inscribí; en consecuencia, no logré ser nombrada en período de prueba. No obstante, debido a las novedades que suelen presentarse sobre la movilidad de la lista de elegibles y el surgimiento de nuevas vacantes a las inicialmente ofertadas en la convocatoria, conservé la expectativa de obtener una vacante a futuro dada la vigencia de 2 años de mi lista de elegibles.

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com
✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com
☎ 3163056310
San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

2°. Teniendo en cuenta que las vacantes ofertadas por mi OPEC fueron provistas con los elegible que ocuparon las primeras posiciones de mi lista de elegibles, a efecto de la recomposición automática de listas a la que se refiere el acuerdo que reguló esta convocatoria, pasé a ocupar la **20ª posición** de mi lista de elegibles. Por esto, en caso del surgimiento de vacantes suficientes que resultaran ser iguales o equivalentes a la vacante ofertada por la **OPEC 126966** a la cual me presenté, es deber de la entidad accionada y la CNSC adelantar las actuaciones administrativas necesarias para que se autorice el uso de mi lista de elegibles en orden de mérito y proferir mi nombramiento en período de prueba, a efectos de la Ley 909 de 2004, Decreto 1083 de 2015, Acuerdo CNSC 165 de 2020 y Ley 1960 de 2019 y la normatividad expedida por CNSC con ocasión del artículo 6° de esta ley y del Decreto Ley 927 de 2023 que regula el sistema específico de carrera de la DIAN.

3°. Más adelante fue expedido por parte de la DIAN el **Decreto 419 del 21 de marzo de 2023**, el cual amplió la planta de personal DIAN, creando múltiples vacantes con la denominación del cargo al cual participé en la convocatoria referida con número de **OPEC 126966** a la cual me presenté¹, de modo que el número de vacantes creado alcanzó para mi puesto de méritos y por lo tanto se debía efectuar mi nombramiento en período de prueba, según la autorización de uso de listas emitida por parte de la CNSC. No obstante, contrario a ello, fui notificado de la **Resolución DIAN 007712 del 14 de septiembre de 2023** por la cual la DIAN se abstuvo de efectuar mi nombramiento en período de prueba, así:

RESUELVE

ARTÍCULO 1°. Abstenerse de nombrar en periodo de prueba a la señora **LUZ JULIETHE OYUELA MORENO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.088.291, en el empleo Gestor IV Código 304 Grado 4, con código de ficha "IT-IT-3009", resultado de la Resolución N°. 11446 del 20 de noviembre de 2021, *"Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer doce (12) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado GESTOR IV, Código 304, Grado 4, identificado con el Código OPEC No. 126966, diferente a los del Nivel Profesional de los Procesos Misionales del Sistema Especifico 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"*.

Las razones para efectuar dicha abstención fueron las siguientes:

Que, previo análisis de la documentación suministrada por la señora **LUZ JULIETHE OYUELA MORENO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.088.291, se identifica que los certificados de experiencia aportados por la aspirante acreditan funciones que solo dan cumplimiento a lo requerido un (1) año de la experiencia profesional y respecto de la experiencia relacionada, es inviable inferir el desempeño de actividades relacionadas en el Manual de Funciones del empleo a proveer, por lo tanto, no cumple con dos (2) años de experiencia profesional relacionada.

Que, en consecuencia y al no acreditar el requisito mínimo de experiencia profesional relacionada establecido en el MERF de la entidad, en cumplimiento del artículo 38° del Decreto Ley 927 de 2023, la Administración se abstendrá de efectuar el nombramiento en período de prueba de la señora **LUZ JULIETHE OYUELA MORENO** en el empleo del cual concursó en el marco del Proceso de Selección DIAN 1461 de 2020.

¹ Tal como aparece en el registro de la **OPEC 126966** a la cual me presenté, consultando en <https://simo.cnsc.gov.co/#historicoOfertaEmpleo>.

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com

✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

4. Siendo de ese modo y siguiendo el debido proceso indicado en la parte final de la resolución de abstención de nombramiento, radiqué el **27 de septiembre de 2023**² un **RECURSO DE REPOSICIÓN** contra dicha decisión, puesto que me encontraba en desacuerdo con lo resuelto por la entidad accionada y los argumentos que sirvieron para ello.

No obstante, a pesar de que fueron superados los **2 meses** que tenía la entidad para resolver el recurso de conformidad con el **artículo 38 del Decreto Ley 927 de 2023**, sigo sin recibir respuesta una solución definitiva. Esto es sumamente preocupante para mí, puesto que mi lista de elegibles está próxima a perder vigencia el **01 de diciembre de 2023**, lo cual me impide quedarme de brazos cruzados esperando la respuesta al recurso y adelantar acciones posteriores, porque para ese momento la vigencia de mi lista de elegibles va a ser superada y mis derechos particulares y concretos al nombramiento ya no van a poder concretarse. Esto lo convierte en un perjuicio irremediable en mi contra que puede ser evitado, puesto que a pesar de haber surgido vacantes suficientes hasta mi posición en lista de elegibles y que yo tengo firmeza completa en mi posición, por obstáculos administrativos desproporcionados mis derechos subjetivos no van a poder concretarse hasta llegar le punto de hacer vencer mi lista de elegibles y dejarlos en completo desconocimiento.

Es por ello por lo que necesito de la colaboración de su despacho, para que más allá de obtener la solución definitiva a mi recurso de reposición, su despacho analice las razones que tuvo en cuenta la DIAN para abstenerse de efectuar mi nombramiento, en contraste con las razones que consigné en mi escrito de reposición, para que se percate de los errores procedimentales desplegados por parte de la DIAN y que así pueda decidir de fondo sobre la protección de mis derechos fundamentales invocados que se encuentran vulnerados y en riesgo de ser vulnerados irremediablemente.

5°. En ese orden de ideas, para lo anterior, inicialmente debo contextualizar a su despacho sobre que mis razones principales por las cuales me encontraba en desacuerdo con esa decisión, consistían, en suma, en que la DIAN estaba incurriendo en una errónea utilización de la figura de la abstención del nombramiento, puesto que bajo las normas en las que se apoyó para hacer uso de esta figura, según lo consignado en la resolución de abstención, no le era dable dejar de generar mi nombramiento en período de prueba, sino realizar otros procedimientos administrativos que, contrario a ese, no vulneren los derechos subjetivos o de carácter particular y concreto que yo ya había obtenido al quedar en firme en una posición dentro de la lista de elegibles y haber surgido vacantes suficientes hasta mi posición en lista, en respeto del debido proceso administrativo que debe seguirse para la revocatoria de esta clase de derechos particulares y concretos, tal como lo han indicado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado al respecto.

6°. De ese modo, inicialmente es menester traer a colación las normas de las cuales tomó base la resolución de la abstención de mi nombramiento:

a- Tenemos según el artículo 2 de la resolución en comento, que la abstención se hizo por lo consignado el **artículo 38 del Decreto Ley 927 de 2023**, el cual indica:

² Se adjunta comprobante de la radicación de fecha 27 de septiembre de 2023.

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com

✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño

ARTÍCULO 38. Abstención de nombramiento. Recibida la lista de elegibles y previo a efectuar el nombramiento, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN verificará el cumplimiento de los requisitos y calidades de quienes la conforman, según lo dispuesto en el Decreto 1083 de 2015, las normas que los modifiquen o sustituyan, y en concordancia con los artículos 4 y 5 de la Ley 190 de 1995.

De encontrarse que alguno de los elegibles no cumple con los requisitos, mediante acto administrativo motivado, la Entidad se abstendrá de efectuar el nombramiento en periodo de prueba. Contra dicho acto administrativo procede el recurso de reposición, el cual deberá ser resuelto dentro de los dos (2) meses siguientes a su interposición.

b- En primer lugar sobre lo anterior, es dable hacer caer en cuenta a su despacho que la abstención del nombramiento es una figura que se usa al **momento de recibir la lista de elegibles**, es decir, cuando la CNSC expida la lista para que se efectúen los nombramientos iniciales para las vacantes convocadas en el concurso. En mi caso, la lista de elegibles fue publicada el **20 de noviembre de 2021** y adquirió firmeza completa a partir del **01 diciembre de 2021**, de modo que era ese momento el que tenía la entidad para abstenerse de realizar nombramientos.

Lo anterior, por cuanto esta actuación está estrechamente ligada con la posibilidad que tenía la DIAN de solicitar ante la CNSC la **exclusión de elegibles de las listas de elegibles** antes de que la misma adquiriera firmeza, tal como aparece consignado en el artículo **27 del Acuerdo que reguló la convocatoria**, donde se lee:

ARTÍCULO 27. EXCLUSIONES DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. En los términos del artículo 11, numeral 11.2, del Decreto Ley 71 de 2020, en concordancia con el artículo 14 del Decreto Ley 760 de 2005, dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación de una Lista de Elegibles, la Comisión de Personal del Nivel Central de la DIAN, podrá solicitar a la CNSC, exclusivamente a través del SIMO, en forma motivada, la exclusión de esta lista de la persona o personas "(...) que hubieren sido incluidas sin reunir los requisitos exigidos en las respectivas convocatorias, o con violación a las leyes, este Decreto-ley o los reglamentos que regulan el Sistema Específico de Carrera Administrativa" de la entidad.

Si bien esa norma trae a colación el Decreto Ley 71 de 2020, este fue derogado completamente por el Decreto Ley 927 de 2023, el cual rige actualmente la carrera administrativa de la DIAN. Por lo demás, ese artículo hace mención del artículo **14 del Decreto 760 de 2005** que indica:

ARTÍCULO 14. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación de la lista de elegibles, la Comisión de Personal de la entidad u organismo interesado en el proceso de selección o concurso podrá solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la exclusión de la lista de elegibles de la persona o personas que figuren en ella, cuando haya comprobado cualquiera de los siguientes hechos:

14.1. Fue admitida al concurso sin reunir los requisitos exigidos en la convocatoria.

(...)

c- Es decir con lo anterior, que le asistía a la DIAN el deber de revisar dentro de los **5 días siguientes a la publicación** de la lista de elegibles, las hojas de vida de los elegibles que quedamos inscritos en lista para que, en caso de verificar que alguno no cumpliera con los requisitos mínimos del empleo, se solicite la exclusión del elegible. Aterrizando esto a mi caso en concreto, la DIAN está refiriendo justamente esto para abstenerse de realizar mi nombramiento, que no cumplo con los requisitos mínimos de experiencia para el empleo, es decir, está elevando una

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com

✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

discusión que no corresponde a la oportunidad procesal indicada, puesto que por negligencia no ejerció en mi contra la posibilidad de excluirme de la lista de elegibles con dicho argumento, y este hecho quedó subsanado o superado con la anuencia de la DIAN una vez la lista de elegibles **cobró firmeza completa**, de modo que no le es dable revivir en este momento dicha discusión.

d- Además, sobre la firmeza completa de este acto administrativo denominado lista de elegibles, es dable recordar lo que indica la **Ley 1437 de 2011** “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo” al respecto:

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.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. **Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.**
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo [85](#) para el silencio administrativo positivo.

ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. **Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

De lo anterior se extrae que, al no haberse interpuesto los recursos (solicitud de exclusión) contra el acto administrativo denominado lista de elegibles, el mismo cobró plena firmeza, la cual está protegida por una presunción de legalidad que indica que hasta no ser anulados o suspendidos por el juez administrativo, el acto tiene plenos efectos jurídicos y los mismos deben ejecutarse.

Esto sirve para explicar que, al no haberse ejercido en mi contra la posibilidad contemplada en el artículo **14 del Decreto Ley 760 de 2005**, dentro de los **5 días siguientes a la publicación de la lista de elegibles por parte de la CNSC**, dicho acto administrativo cobró firmeza y plenos efectos jurídicos, mismos que solamente pueden ser anulados o suspendidos por la orden de un juez administrativo. Esto es lo que está dejando de tener en cuenta la DIAN y con ello pasa por encima del debido proceso al no ejecutar los efectos jurídicos de mi lista de elegibles sin que medie una suspensión o anulación por parte de un juez administrativo, puesto que es el único que puede hacerlo y de ese modo también se toma competencias que solamente le han sido dadas al juez administrativo.

d- En segundo lugar de lo que aparece consignado en el **artículo 38 del Decreto Ley 927 de 2023**, refiere que la decisión de abstención de nombramiento se toma con base en el **Decreto 1083 de 2015** y en concordancia con los artículos **4 y 5 de la Ley 190 de 1995**, normas que indican:

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com
✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com
☎ 3163056310
San Juan de Pasto - Nariño

-Decreto 1083 de 2015:

Si bien es cierto que de conformidad con los artículos **2.2.5.1.4 y 2.2.5.1.5**, el ente nominador está en el deber de verificar el cumplimiento de los requisitos mismos para ejercer el empleo, no es correcto que se abstenga de efectuar un nombramiento en período de prueba, puesto que podría estar presentándose una vulneración al debido proceso respecto de la presunción de legal y efectos jurídicos ya consolidados que envuelven a mi lista de elegibles.

Esto, bajo el entendido de que, al haberse dejado pasar la oportunidad a la que se refiere el artículo **14 del Decreto Ley 760 de 2005**, en la cual se debió haber revisado mi cumplimiento de requisitos mínimos o elevar la solicitud de exclusión de mi lista de elegibles, dicha oportunidad no puede ser revivida en un escenario posterior, y mucho menos yendo en contravía de los derechos subjetivos que otorga un acto administrativo denominado lista de elegibles a quienes ocupamos una posición en lista y quedamos en firme. Permitir lo anterior, sería premiar el descuido del ente nominador en la solicitud de exclusiones de las listas de elegibles y castigar a los elegibles que con buena fe obtuvimos la expectativa de un nombramiento y el derecho al mismo al haber ocupado una posición en lista, obtener firmeza y que hubieran surgido vacantes durante el término de vigencia.

Siendo de ese modo, el correcto proceder para evitar que se vulneren garantías procesales y derechos ya adquiridos, es que la entidad nominadora siga el procedimiento descrito por el **Decreto 1083 de 2015**, donde no hay ningún artículo que faculte a la entidad a realizar abstenciones de nombramiento cuando la lista de elegibles ya tiene plena firmeza, por lo que el procedimiento debe hacerse con base en los siguientes artículos:

ARTÍCULO 2.2.5.1.13 Revocatoria del nombramiento. *La autoridad nominadora deberá revocar el nombramiento en un cargo, cuando recaiga en una persona que no reúna los requisitos señalados para el desempeño del mismo.*

*Ante este evento la administración inmediatamente advierta el hecho procederá de conformidad con lo señalado en el **artículo 5 de la Ley 190 de 1995 y la Ley 1437 de 2011** y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.*

Como se observa, el Decreto 1083 de 2015 no indica que en caso de que no se reúnan los requisitos mínimos para el ejercicio de un empleo en ente nominador **deba abstenerse de realizar el nombramiento**, puesto que se asume que dichos requisitos mínimos ya fueron revisados en la correspondiente etapa de solicitud de exclusiones y todos los elegibles que forman parte de la lista de elegibles que no fueron excluidos, cumplieron efectivamente dichos requisitos y por lo tanto deben ser nombrados. Es por esto por lo que el artículo **2.2.5.1.13** indica lo que es lo que se debe hacer cuando un nombramiento no esté acorde a la constitución, la ley o el Decreto 1083 de 2015, que es realizar la **Revocatoria del nombramiento**, conforme a lo señalado en el **"artículo 5° de la Ley 190 de 1995 y la Ley 1437 de 2011 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan"**, normas que refiero a continuación:

- Ley 190 de 1995:

ARTÍCULO 4.- *El jefe de la unidad de personal de la entidad que reciba una solicitud de empleo, o quien haga sus veces, dispondrá de un término de quince (15) días para velar porque la correspondiente hoja de vida reúna todos los requisitos.*

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com
✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

Si a ello hubiere lugar, dejará constancia escrita de las correspondientes observaciones.

ARTÍCULO 5.- En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción.

(...)

Tal como se lee, las normas con las cuales se tomó la decisión de abstenerse de mi nombramiento, hablan de la **REVOCATORIA** en caso de haberse generado un nombramiento sin haberse cumplido los requisitos mínimos del empleo, y **NO refieren que deba abstenerse de realizar un nombramiento**, puesto que efectuar un nombramiento deviene de los plenos efectos jurídicos que se derivan de la firmeza completa de la lista de elegibles de conformidad con la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos en firme. En su lugar, la DIAN pretende dejar de ejecutar dichos efectos jurídicos, es decir, generar mi nombramiento en período de prueba, a partir del supuesto incumplimiento de los requisitos mínimos del empleo, actividad de revisión de hojas de vida que estaba en el deber de realizar dentro de los **5 días** siguientes a la publicación de mi lista de elegibles, pero no lo hizo, intentando revivir en este momento el estadio procesal para dar dicha discusión que hace mucho tiempo fue superado, lo cual va en contravía del debido proceso.

e- En ese orden de las cosas, como corolario de lo dicho hasta el momento, se tiene que el **artículo 38 del Decreto Ley 927 de 2023** refiere claramente que, **CUANDO SE RECIBA LA LISTA DE ELEGIBLES**, se debe verificar **el cumplimiento de los requisitos y calidades de quienes** la conforman, lo cual claramente hace referencia al procedimiento de **solicitud de exclusiones** de listas de elegibles al que se refiere el **artículo 27 del Acuerdo que reguló la convocatoria y al artículo 14 del Decreto Ley 760 de 2005**, que es la oportunidad que dejó pasar la DIAN en mi caso y así dejó en firme mi posición en lista de elegibles.

Aunado a esto, dicha norma actúa en concordancia con los artículos **4º y 5º de la Ley 190 de 1995**, los cuales ya fueron citados, y de los cuales se extrae que el procedimiento a realizar al verificar que no cumplo con los requisitos mínimos del empleo, es efectuar **LA REVOCATORIA DE MI NOMBRAMIENTO**, para lo cual debe ser efectuado mi nombramiento en período de prueba y que el mismo me sea notificado dentro de los términos de ley, siguiendo el debido proceso indicado por dichas normas, y no en su lugar abstenerse de realizar mi nombramiento. Esto, en aras de evitar vulnerar la confianza legítima, buena fe pública y seguridad jurídica bajo el principio de legalidad, que envuelve a los actos administrativos expedidos por autoridades competentes y que cobraron plena firmeza sin que sus efectos jurídicos hubieran sido suspendidos o anulados por un juez administrativo.

7º. Explicado lo anterior, es menester referirme a los principios de confianza legítima, buena fe pública y seguridad jurídica, en conexidad con el principio de legalidad que envuelve a los actos administrativos expedidos por autoridades competentes y que cobraron plena firmeza sin que sus efectos jurídicos hubieran sido suspendidos o anulados por un juez administrativo, puesto que resulta importante para lo que se viene comentando:

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com
✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

Para ello, debo mencionar que, al haberse desarrollado todo un proceso de selección y ocupar un lugar en firme en una lista de elegibles para un empleo de carrera, eso da la creencia en el elegible, en este caso en mí, de que el proceso se ha desarrollado legalmente bajo los parámetros dispuestos previamente a la convocatoria, que los encargados de realizar controles de ingreso, es decir, la CNSC, lo hicieron de manera meticulosa y con observancia de las disposiciones normativas que regulan dicho concurso. Igual situación se predica de la entidad destinataria de la lista de elegibles, en este caso la DIAN, de quien se asume que desempeñó con estricto apego a las normas y reglas del concurso, el procedimiento de solicitud de exclusiones de listas de elegibles, para evitar que un elegible que no cumpliera con los requisitos del empleo y sobre quien en apariencia la CNSC no realizó un análisis exhaustivo, adquiriera firmeza en una lista de elegibles. A esto se le llama **confianza legítima como desarrollo del principio de legalidad**, específicamente en cuanto a la presunción de legalidad de los actos administrativos y principio de la buena fe.

No obstante, se pueden dar yerros o situaciones irregulares, que permeen dicha actuación, para ello se establecieron los mecanismos para corregir esas situaciones y evitar que se consolida un empleo en cabeza de quién no cumple con los requisitos o no cuenta con la idoneidad que amerita el cargo convocado, situación en la que erróneamente se ha indicado que la confianza legítima contraría en principio de mérito, pero ello no es así, puesto que dentro de la reglamentación del concurso y en el mismo ordenamiento jurídico vigente, se traen **mecanismos procedimentales y procesales** que permiten corregir esas falencias y evitar que llegue a ser designado alguien en un cargo contrariando la Constitución y la Ley, siendo justamente el caso del **artículo 38° del Decreto Ley 927 de 2023**, donde se fija que el procedimiento a seguir es adelantar lo instituido por el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, es decir, adelantar **la revocatoria del nombramiento**.

La Corte Constitucional en **sentencia T-059 de 2019**, sobre el particular ha indicado lo siguiente:

(...) pueden existir circunstancias objetivas y suficientemente poderosas que hagan que quién ocupó el primer lugar no acceda de manera inmediata al cargo, como por ejemplo, que se demuestre con posterioridad la falta de idoneidad del ganador para desempeñar las funciones porque presenta antecedentes penales, inhabilidades o incompatibilidades o, simplemente, porque las pruebas que aportó para sustentar su formación académica y su experiencia son falsas. En efecto, lo anterior significa que, pese a que quien ocupó el primer lugar en la lista tiene un derecho adquirido de ser nombrado, ello no implica que el mismo sea absoluto y no pueda tener excepciones.

60. Ahora bien, esta corporación ha sido enfática en establecer que la decisión de no designar al aspirante con el mayor puntaje no puede responder a “razones de tipo subjetivo, moral, religioso, étnico o político”^[112] y que **las reglas de la convocatoria se traducen en una garantía del debido proceso** tanto para los aspirantes como para la entidad, pues ambos extremos se encuentran sometidos a estas y, por ello, **una decisión de tal magnitud como no proveer el cargo ofertado con el ganador debe estar consignada en un acto administrativo que se encuentre suficientemente motivado**^[113].

61. Al respecto, en la sentencia T-748 de 2015, esta Corte consideró que “(...) Cierto, ante circunstancias como las inhabilidades generadas por decisiones de orden penal o disciplinario, se entiende que la Administración estime no proveer la plaza convocada, con el aspirante que obtuvo el mejor puntaje, **pero, si los móviles no son de ese calado, se puede estar ante el quebrantamiento de los derechos fundamentales del ganador de la convocatoria**” (subrayas fuera del texto).

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com
✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño

Se extrae de lo anterior, que si bien pueden existir circunstancias que impidan realizar el nombramiento de la persona que está de primero en la lista de un cargo vacante, o en el presente caso, a quienes ocupamos una posición en lista que alcanzaba para obtener nombramiento, tales como, estar incurso en causales de inhabilidad e incompatibilidades, tener antecedentes penales, llegar a la edad de retiro forzoso, habar presentado documentación falsa, entre otras, lo cierto es que ello no se puede hacer de manera informal, sino que deben seguirse los procedimientos indicados en la normatividad a la materia, para este caso, el indicado en el artículo 5° de la Ley 190 de 1995.

Ahora bien, es dable recordar que el acto administrativo denominado lista de elegibles, es un acto administrativo que a pesar de involucrar los derechos de a muchos elegibles, a cada uno les brinda derechos particulares, derivados de la posición que se ocupe en lista de elegibles; es decir, se trata de un acto administrativo que brinda **derechos particulares y concretos**, como es la posibilidad de exigir un nombramiento en período de prueba, en el caso de que la posición ocupada en lista sea lo suficientemente buena para alcanzar a un nombramiento, de acuerdo a la cantidad de vacantes que se estén proveyendo.

Es menester tener en cuenta lo anterior, por cuanto esta clase de actos administrativos cuentan con unas prerrogativas importantes que no tienen los actos administrativos de carácter general, sobre lo cual se refiere el artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

ARTÍCULO 97. REVOCACIÓN DE ACTOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO. *Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.*

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

PARÁGRAFO. *En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa.*

Es decir que, en aras de preservar la **buena fe pública, seguridad jurídica y principio de legalidad respecto de la firmeza de un acto administrativo** denominado lista de elegibles, lo que se debe hacer es efectuar mi nombramiento en período de prueba y en caso de que la administración crea que dicho acto es contrario a la constitución o la ley, **demandar el mismo ante el juez competente**, es decir, ante el juez contencioso administrativo, puesto que el medio de control dispuesto para ello, según lo ha confirmado el Consejo de Estado³, es **la nulidad y restablecimiento del derecho**, así:

En la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se conserva la misma técnica legislativa utilizada en la codificaciones precedentes, consistente en no consignar de manera explícita un

³ Consejo de Estado. Sentencia 2013-00577 del 25 de junio de 2020. C.P. William Hernández Gómez. Rdo. 05001-23-33-000-2013-00577-01(3887-16)

mecanismo judicial autónomo o específico (medio de control) para que la Administración demande sus propios actos administrativos, manteniéndose eso sí, la línea legislativa de concederte la atribución, facultad o competencia, para hacer uso de los medios de control previstos para que pueda acudir a la Jurisdicción a enjuiciar sus decisiones, obviamente en las mismas condiciones que los particulares.

[...] Revocación de actos de carácter particular y concreto. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular. **Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberte demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.**

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

Parágrafo: En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa.

A partir del contenido del artículo 97 del CPACA, es oportuno resaltar los siguientes elementos:

- (i) Los actos administrativos de carácter particular y concreto no pueden ser revocados sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular;
 - (ii) Contrario a lo que acontecía en la vigencia del Código Contencioso Administrativo anterior, no se incluyeron excepciones en relación con dicho consentimiento;
 - (iii) Se incluyen en la obligación de contar con la mencionada anuencia las otrora excepciones respecto de actos que resultaban de la aplicación del silencio administrativo positivo sobre los cuajes se configuraran las causales generales de revocatoria y frente a los actos obtenidos por medios fraudulentos;
 - (iv) De esta manera, si el titular niega el consentimiento en tratándose de actos contrarios a la 'Constitución o a la ley, surge un deber en cabeza de la administración de demandar su propio acto ante la jurisdicción contencioso administrativa, y;**
 - (v) Si la administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo debe demandar sin acudir al procedimiento previo de conciliación, solicitando el juez su suspensión provisional
- (...)

A su vez ha establecido el mismo Consejo de Estado que los actos administrativos proferidos dentro de un concurso de méritos no pueden ser controvertidos mediante la acción electoral, sino por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derechos, como se puede concluir del texto que a continuación se trae a colación de la misma providencia:

en aquellos casos en que se llevan a cabo las etapas de un concurso de méritos, los actos resultantes del mismo no pueden ser controlados a través de dicho medio sino por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la medida que jurídicamente son actos administrativos laborales que reconocen una prerrogativa a quien obtuvo la mayor calificación.

91• En otras palabras, no estamos ante un acto de elección de la administración, sino en la consolidación de un derecho en cabeza de aquella persona que cumplió los requisitos y obtuvo el puntaje establecido para poder ocupar la vacante, a través del concurso de méritos correspondiente. Dice el máximo órgano de lo contencioso administrativo:



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

“En consecuencia, como en las designaciones por concurso de mérito, el nominador se limita a “elegir” al mejor candidato, de conformidad con tres evaluaciones realizadas, aquel no puede demandarse en nulidad electoral, pues en esta clase de designaciones el acto simplemente reconocerá el derecho de un candidato a ocupar el cargo por ser el mejor.

Con lo anteriormente puesto en cita, queda claro el procedimiento que debe seguirse para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos que generan efectos jurídicos otorgando derechos de carácter particular y concreto cuando ya se encuentra en firme, procedimiento con el que se conservan o respetan los principios de confianza legítima, buena fe pública y legalidad, pero a la vez se garantizan mis derechos particulares ya consolidados al haber quedado en firme en una posición en lista de elegibles.

Por último, respecto de los derechos particulares y concretos que dan los actos administrativos denominados listas de elegibles, es dable referir lo siguiente:

La Honorable Corte Constitucional al analizar un caso similar al hoy analizado y ratificando lo dicho por la Sentencia **SU-913 de 2009**, profirió la Sentencia **T-340 de 2020**, donde refirió:

*“estableció que una lista de elegibles **genera en las personas un derecho de carácter subjetivo a ser nombradas en el cargo para el cual concursaron**, cuando este quede vacante o esté siendo desempeñado por un funcionario en encargo o provisionalidad, de manera que **la consolidación del derecho “se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”**.*

Es por lo anterior que, al haberse dado creación a un número de vacantes en la planta de personal de la DIAN que es suficiente para alcanzar hasta mi posición en lista de elegibles, eso me otorgó **el derecho personal y concreto o subjetivo a ser nombrada en período de prueba**, puesto que mi lista de elegibles se encontraba vigente y en firme en ese momento, por lo que debe producir los efectos jurídicos que la presunción de legalidad le confieren y que el principio de confianza de los asociados en los actos de la administración genera, toda vez que ese acto hace parte del ordenamiento jurídico y solo podrá ser retirado o excluido, bajo los procedimientos previamente establecidos dentro del mismo orden legal.

Así lo establece la Corte Constitucional en la sentencia **SU 067 del 2022** cuando se refiere a la presunción de legalidad de los actos administrativos:

*“(…) el respeto por el acto propio impone restricciones a las autoridades, que normalmente no les serían oponibles debido a la legalidad del acto que pretenden acometer, con fundamento en el comportamiento que aquellas han venido observando. La limitación surge, entonces, de la contraposición entre el nuevo proceder y la línea de conducta previa; esta última infunde en los administrados expectativas de continuidad y, también, **una razonable convicción de legalidad de las actuaciones que ha provocado o consentido la Administración**. Tal incongruencia, en la medida en que anota la previsibilidad de su obrar, **lesiona el principio de la seguridad jurídica y da pie a la exigencia de un comportamiento distinto”***

Por todo lo anterior, considero que si la DIAN advertía el no cumplimiento de un requisito mínimo en mi contra, contaba con la posibilidad de solicitar mi exclusión de la lista de elegibles para que mi posición en lista no cobrara

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com

✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

firmeza y me otorgara derechos particulares; o superada dicha oportunidad, podía demandar sus propios actos y podía desplegar las acciones que la Ley le otorga (Ley 190 de 1995 y C.P.A.C.A), porque si bien la entidad nominadora tiene el deber legal de verificar requisitos previo al acto de nombramiento, también es cierto que en caso de encontrar acreditado el incumplimiento de requisitos mínimos puede demandar dicho acto administrativo, e incluso, si se considera extremadamente urgente que ese acto dejara de producir efectos, entonces la administración en calidad de demandante, puede solicitar al Juez, el decreto de las medidas cautelares como la suspensión de los actos que contraríen la Constitución y la Ley.

8°. En ese sentido, a manera de conclusión de lo explicado en el punto anterior, debo afirmar que: **1-** Se me incluyó en una lista de elegibles por parte de la CNSC por haber superado satisfactoriamente el concurso de méritos; **2-** Mi posición en lista de elegibles cobró firmeza, puesto que no fue adelantada en mi contra una solicitud de exclusión, generando así efectos jurídicos y otorgando derechos de carácter particular para mí, entre los cuales está el de obtener un nombramiento en período de prueba; **3-** Que aunque en apariencia la DIAN podía revisar mi hoja de vida antes de efectuar mi nombramiento de conformidad con el **artículo 38 del Decreto Ley 927 de 2023**, esta norma no es aplicable en este momento porque no es cuando la entidad está recibiendo la lista de elegibles (lo cual ocurrió el **20 de noviembre de 2021**), y que además los **artículo 4 y 5 de la Ley 190 de 1995** que aparecen consignados en tal artículo como el procedimiento a seguir en caso de no encontrar acreditados los requisitos mínimos del empleo, **NO** indican en ningún inciso que deba efectuarse la abstención de un nombramiento, sino que se refieren a la revocación de nombramientos. **4-** Que al tener plenos efectos jurídicos el acto administrativo denominado lista de elegibles, la misma debe ser usada por parte de la DIAN, pues de lo contrario se entraría a vulnerar los principios de presunción de legalidad de los actos administrativos y de seguridad jurídica y buena fe pública. **5-** Que al tratarse de actos administrativos de carácter particular, la única forma de suspender o anular sus efectos jurídicos, en caso de no contar con la autorización del elegible para que sean revocado su nombramiento, es mediante la orden de un juez administrativo quien es el único competente para ello; **6-** Que el medio de control para controvertir actos administrativos proferidos en el marco de un concurso público de méritos convocado por la CNSC, tales como las listas de elegibles y resoluciones de nombramiento, es el de nulidad y restablecimiento del derecho.

9°. Ahora bien, como una evidencia clara de que son correctas las críticas hechas por mí a la abstención del nombramiento que me fue mal realizado por parte de la DIAN, es dable darle a conocer el siguiente caso donde, al igual que a mí, a un elegible de una convocatoria hecha por el SENA se le estaba absteniendo de efectuar el nombramiento por falta de cumplimiento de los requisitos mínimos cuando la lista de elegibles ya tenía plena firmeza, y en el que se le terminó dando la razón al demandante:

Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No 5, M. P. Angélica Alexandra Sandoval Ávila, Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho Demandante: Carlos Emel Ruiz Higuera, Demandados: Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, Expediente: 15001-23-33-000-2021-00638-00 del diez (10) de agosto de dos mil veintitrés (2023)⁴, donde la entidad demandada pretendía ABSTENERSE DE GENERAR EL NOMBRAMIENTO por la supuesta falta del cumplimiento de los requisitos mínimos del empleo, situación que la CNSC ya había definido con anterioridad y por lo cual había autorizado a que el elegible demandante fuera nombrado.

⁴ Se adjunta el fallo en formato pdf.

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com
✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



En resumen de lo dicho por la Alta Corporación en dicho asunto que comparte situaciones fácticas y jurídicas con mi caso particular, es conveniente traer a colación la publicación hecha en la página web de la rama judicial⁵ sobre este asunto, donde se indicó:

Una vez conformada la lista de elegibles, la entidad destinataria puede pedir la exclusión de algún participante. No obstante, ya resuelta la solicitud por parte de la CNSC en favor del aquel, la entidad no puede abstenerse de nombrarlo.

De acuerdo con las previsiones normativas y jurisprudenciales señaladas en la providencia, afirmó el Tribunal Administrativo de Boyacá que una vez las listas de elegibles provenientes de un concurso de méritos se encuentran en firme, son de obligatorio cumplimiento para las partes, esto es, para las entidades nominadoras y los participantes del proceso de selección.

No obstante, lo anterior, el Decreto 760 de 2005 previó el procedimiento a través de cual, una vez sean conformadas, la entidad destinataria de las listas puede solicitar la exclusión de alguno de los participantes, si considera que hay motivos por los cuales no podría llevarse a cabo su nombramiento.

Dicha circunstancia ocurrió en caso concreto, pues el SENA le solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil la exclusión del actor de la lista de elegibles para proveer las vacantes de Instructor, Código 3010, Grado 1-20, ofertado en la OPEC 58499, argumentando que "No acredita experiencia relacionada con MECATRÓNICA. Las certificaciones de la UNAD no indican área y las demás no están relacionadas con Mecatrónica."

Al respecto señaló la corporación judicial que la actuación del SENA en este punto, se ajustó a derecho. Y que de este trámite surgió la Resolución Nro. 20202120019275 del 22 de enero de 2020 por medio de la cual, la CNSC excluyó de la lista de elegibles al demandante. Sin embargo, la decisión fue revocada en virtud del recurso de reposición presentado por este, y la actuación administrativa finalizó con la Resolución Nro. 8381 de 2020, donde la Comisión resolvió mantener incólume la lista de elegibles.

De ello la Sala concluyó anticipadamente, que la situación jurídica del demandante ya había sido resuelta por la entidad competente (CNSC), frente a su permanencia o no en la lista de elegibles, por lo que no era dable que el SENA reabriera la discusión en la Resolución Nro. 15-01186 de 2020, al considerar que debían ser analizados nuevamente los certificados aportados en el proceso de selección.

En efecto, si bien se observó en el acto demandado que la abstención de nombrar al demandante se llevó a cabo en cumplimiento de la obligación prevista en el Decreto 1083 de 2015, de verificar la acreditación de los requisitos mínimos, lo cierto era que las dudas respecto de esto ya habían sido saneadas por la CNSC, y en criterio del Tribunal, las consideraciones de los actos administrativos expedidos por dicha autoridad, tendrían que haber sido el soporte jurídico del SENA para nombrar en período de prueba al demandante. Lo anterior, sin desconocer que en todo caso la sola firmeza de las listas de elegibles las convirtió en verdaderos actos administrativos de obligatorio cumplimiento y por tal razón, a la entidad demandada no le estaba permitido apartarse de las mismas.

Agregó que el desconocimiento de un acto administrativo ejecutoriado, de carácter particular y concreto que reconoce derechos subjetivos a las personas que conforman la lista de elegibles, a través de un acto administrativo como el de "abstención de nombramiento", solamente concreta la incursión en causales de nulidad de este último, habida cuenta que con este se sustrae la competencia exclusiva de la Comisión, a efectos de modificar la lista de elegibles.

Sin embargo, resaltó la Sala que lo anterior no impedía que el acto administrativo (lista de elegibles) pudiera ser discutido ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues las mismas características de definitivo, particular y concreto, permitían que fuera posible llevarlo al análisis de su juez natural.

Ahora bien, recordó que el criterio expuesto por el Consejo de Estado, también ha sido reiterado por la Corte Constitucional, haciendo énfasis en que, con base en los principios de buena fe y confianza legítima aplicables a los participantes de los procesos de selección, las listas de elegibles "son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme".

⁵https://www.ramajudicial.gov.co/novedades1?p_p_auth=2Shb5kLd&p_p_id=101&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&101_assetEntryId=156695127&101_type=content&101_groupId=12187200&101_urlTitle=una-vez-conformada-la-lista-de-elegibles-la-entidad-destinataria-puede-pedir-la-exclusion-de-algun-participante-no-obstante-ya-resuelta-la-solicitud-p

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com

✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

En ese orden, se concluyó que los actos administrativos demandados estaban incurso en las causales de nulidad de infracción a las normas en que debía fundarse por desconocer la firmeza de las listas de elegibles prevista en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 760 de 2005, y sin competencia por parte del SENA, al no estarle permitido discutir de manera autónoma la composición de la lista de elegibles en firme, provista por la CNSC.

En virtud de lo precedente, la Sala accedió a las pretensiones de la demanda y declaró la nulidad de los actos administrativos censurados. A título de restablecimiento del derecho se ordenó la expedición del acto administrativo de nombramiento en periodo de prueba del demandante en el empleo de Instructor, Código 3010, Grado1-20, OPEC 58499, y que el SENA reconociera y pagara los salarios y prestaciones correspondientes para dicho empleo por el periodo comprendido entre el 14 de octubre de 2020 y el 1 de agosto de 2021.

Rad: 15001233300020210063800. Sentencia de fecha: 10-08-23.

Lo destacable del caso en mención, es lo que vengo advirtiendo desde mi escrito inicial de reposición, que el acto administrativo denominado lista de elegibles cuando ya se encuentra en firme, es decir, un acto administrativo ya ejecutoriado lo cual ocurre una vez resuelto por la CNSC el procedimiento de solicitud de exclusiones, es un acto administrativo carácter particular y concreto que reconoce derechos de igual categoría a quienes conformamos la lista, por lo que la entidad nominadora con posterioridad a ello no puede modificar la lista o solicitar exclusiones o efectuar abstenciones de nombramiento, puesto que eso atenta los principios de la buena fe y confianza legítima aplicables a los procesos de selección.

En ese sentido, puesto que la DIAN no elevó la solicitud de exclusión en mi contra dentro de los **5 días siguientes a la expedición de mi lista de elegibles**, permitió que quedara en firme mi posición en lista de elegibles y que la lista obtuviera una firmeza completa, otorgándome derechos de carácter particular y concreto, por lo que, recibida la autorización para el uso de mi lista por parte de la CNSC (**07 de julio de 2023⁶**), debió generar mi nombramiento en periodo de prueba, pues de lo contrario entraría a vulnerar los derechos, principios y garantías constitucionales mencionados por el Tribunal y que invoqué en mi escrito inicial de reposición.

Por otra parte, tal como lo indica el Tribunal Administrativo de Boyacá, si la entidad nominadora estaba en desacuerdo con la decisión de NO excluirme de la lista de elegibles, bien pudo haber demandado la lista mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, al ser el medio idóneo para plantear tal discusión, algo que la Gobernación de Boyacá nunca hizo, haciendo caducar el término de 4 meses que tenía para ello.

En este orden de ideas, la entidad no puede pretender reparar sus propios errores intentando revivir un escenario de discusión que ya fue superado hace mucho tiempo a mi favor, pretendiendo abstenerse de efectuar mi nombramiento en periodo de prueba, con fundamento en las razones explicadas.

Es por lo anterior que expuse en mi escrito de reposición las razones por las cuales la DIAN se estaba saltando el debido proceso y con eso vulnerando mis garantías constitucionales, porque no le asiste la facultad de abstenerse de generar mi nombramiento o solicitar mi exclusión de la lista de elegibles, porque lo impide la fuerza ejecutoria del acto administrativo denominado lista de elegibles, un acto administrativo de carácter particular y concreto que me otorgó derechos de igual categoría, entre los que se encuentran el de obtener un nombramiento en periodo de prueba con forme a la autorización que brinde la CNSC.

⁶ Se adjunta la autorización dada por parte de la CNSC.

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com
✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



10°. Siendo de ese modo, exijo a la DIAN a que acate los principios de los que habla el Alto Tribunal en el caso expuesto, para lo cual es importante traer a colación lo que respecto de ellos ha indicado la Honorable Corte Constitucional en el marco de concursos públicos convocados por la CNSC, pronunciamiento que hizo mediante **Sentencia SU-067 del 2022** diciendo:

150. Oponibilidad de la buena fe a la Administración y a los administrados. La disposición constitucional **impone la obligación en comento tanto a la Administración como a la ciudadanía.** Sin embargo, reconoce que su rigor no es el mismo en ambos casos: «[D]ado su poder y considerada su mayor posibilidad de abusar en casos concretos ante la indefensión de los gobernados»^[116], las autoridades se encuentran llamadas a responder en mayor grado a estas demandas de rectitud y transparencia. De ahí que la disposición haya establecido la presunción de buena fe en favor de los particulares, y no de la Administración^[117]. Esta última debe acreditar de manera cierta la corrección y la legalidad de sus actuaciones, pues el hipotético deber ciudadano de suponer la corrección del obrar público resulta inadmisibles en un Estado constitucional de derecho.

151. En cuanto a su campo de aplicación respecto de la Administración, esta corporación ha establecido que **«no se limita al nacimiento de las relaciones jurídicas sino que se extiende al desarrollo de las mismas, hasta su extinción»**^[118]. **De lo anterior se sigue que el mandato de probidad y honestidad que impone la buena fe resulta aplicable siempre, sin excepción, a todas las actuaciones que emprenden las autoridades públicas**^[119]. Los ciudadanos, según esto, si bien deben observar esta prescripción, albergan una expectativa reforzada, que debería permitirles confiar en que el obrar de las instituciones se ajustará en todo caso a estas altas expectativas de corrección y legalidad. Corresponde a los jueces, especialmente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, encargarse de asegurar el efectivo cumplimiento de este compromiso de parte de las autoridades.

152. Aplicación del principio de la confianza legítima en el marco específico de los concursos de méritos. La jurisprudencia constitucional ha establecido que el principio de la confianza legítima es plenamente aplicable en el ámbito específico de los concursos de méritos. En concreto, ha manifestado que «los aspirantes en un concurso tienen derecho a la confianza legítima»^[120]. **Ello implica el reconocimiento de que «ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento, y que producen efectos jurídicos, no pueden ser objeto de cambios bruscos e intempestivos por parte de la Administración, defraudando la buena fe y la transparencia con la que deben actuar los organismos del Estado»**^[121]. En este sentido, la Corte ha advertido que «quien participa en un concurso público para proveer un cargo **lo hace con la seguridad [de] que se respetará[n] las reglas impuestas.** Cuando éstas se desconocen por la entidad que lo ha convocado, **más aún cuando se cambian después de haberse realizado todo el trámite, se defrauda la confianza de la persona»**^[122].

153. **Esta corporación ha destacado que la principal consecuencia que se sigue de la aplicación de la confianza legítima en los concursos de méritos es la obligación, que recae en la Administración, consistente en observar las normas que ella misma se ha impuesto para la tramitación de estas actuaciones administrativas:** «[L]os concursos, cuya finalidad sea el acceso a la función pública, deben sujetarse estrictamente a los procedimientos y condiciones fijados de antemano y que las reglas que los rigen son obligatorias, no sólo para los participantes sino también para la administración que, al observarlas, se ciñe a los postulados de la buena fe (C.P. art. 83), cumple los principios que según el artículo 209 superior guían el desempeño de la actividad administrativa y respeta el debido proceso (C.P. art. 29), así como los derechos a la igualdad (C.P. art. 13) y al trabajo (C.P. art. 25) de los concursantes. **Una actitud contraria defrauda las justas expectativas de los particulares y menoscaba la confianza que el proceder de la administración está llamado a generar»**^[123].

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com

✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

(...)

De lo anterior se extrae que la administración, en mi caso la DIAN, está en la obligación de respetar la confianza legítima en cuanto a las reglas de juego y derechos subjetivos o situaciones jurídicas ya consolidados con base en esas reglas, incluse ante las expectativas legítimas que pudieron presentarse, resultando en que un cambio intempestivo de las reglas de juego es una evidente vulneración a las garantías constitucionales, puesto que implica la defraudación a la **buena fe y la transparencia con la que deben actuar los organismos del Estado**, resultando en que solamente el respeto por dichas reglas de juego ya establecidas implica la garantía **a los postulados de la buena fe (C.P. art. 83), cumple los principios que según el artículo 209 superior guían el desempeño de la actividad administrativa y respeta el debido proceso (C.P. art. 29), así como los derechos a la igualdad (C.P. art. 13) y al trabajo (C.P. art. 25) de los concursantes**, debido a que **una actitud contraria defrauda las justas expectativas de los particulares y menoscaba la confianza que el proceder de la administración está llamado a generar.**

11°. Ahora bien, aun cuando ha quedado claro que la DIAN está haciendo un uso indebido de la figura de la abstención de nombramiento por lo referido anteriormente y así vulnerando múltiples de mis garantías procesales y constitucionales, por otra parte me gustaría referir que los argumentos bajo los cuales la DIAN considera que solamente aporté 1 año de experiencia profesional y no 2 años que eran el requisito mínimo de experiencia del empleo, están así mismo equivocados. Esto por lo que se comenta a continuación:

a- Sobre la experiencia profesional relacionada y el cumplimiento de los requisitos mínimos del empleo:

Para exponer mis argumentos sobre este punto, en primer lugar me gustaría referirme al concepto de **Experiencia Profesional Relacionada** y los conceptos ligados a este, que se encuentran regulados por las siguientes normas que están actualmente vigentes:

- Decreto 019 de 2012 "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública."

ARTÍCULO 229. Experiencia profesional. Para el ejercicio de las diferentes profesiones acreditadas por el Ministerio de Educación Nacional, la experiencia profesional se computará a partir de la terminación y aprobación del pensum académico de educación superior.

Se exceptúan de esta condición las profesiones relacionadas con el sistema de seguridad social en salud en las cuales la experiencia profesional se computará a partir de la inscripción o registro profesional.

- Decreto 1083 de 2015 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública."

ARTÍCULO 2.2.2.3.7 Experiencia. Se entiende por experiencia los conocimientos, las habilidades y las destrezas adquiridas o desarrolladas mediante el ejercicio de una profesión, arte u oficio.

Para los efectos del presente decreto, la experiencia se clasifica en profesional, relacionada, laboral y docente.

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com

✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

Experiencia Profesional. Es la adquirida a partir de la terminación y aprobación del pensum académico de la respectiva formación profesional, en el ejercicio de las actividades propias de la profesión o disciplina académica exigida para el desempeño del empleo.

En el caso de las disciplinas académicas o profesiones relacionadas con el Sistema de Seguridad Social en Salud, la experiencia profesional se computará a partir de la inscripción o registro profesional.

La experiencia adquirida con posterioridad a la terminación de estudios en las modalidades de formación técnica profesional o tecnológica, no se considerará experiencia profesional.

Experiencia Relacionada. Es la adquirida en el ejercicio de empleos o actividades que tengan funciones similares a las del cargo a proveer.

(...)

ARTÍCULO 2.2.2.3.8 Certificación de la experiencia. La experiencia se acreditará mediante la presentación de constancias expedidas por la autoridad competente de las respectivas instituciones oficiales o privadas.

Cuando el interesado haya ejercido su profesión o actividad en forma independiente, la experiencia se acreditará mediante declaración del mismo.

Las certificaciones o declaraciones de experiencia deberán contener como mínimo, la siguiente información:

1. Nombre o razón social de la entidad o empresa.
2. Tiempo de servicio.
3. Relación de funciones desempeñadas.

Cuando la persona aspire a ocupar un cargo público y en ejercicio de su profesión haya prestado sus servicios en el mismo período a una o varias instituciones, el tiempo de experiencia se contabilizará por una sola vez.

Cuando las certificaciones indiquen una jornada laboral inferior a ocho (8) horas diarias, el tiempo de experiencia se establecerá sumando las horas trabajadas y dividiendo el resultado por ocho (8).

Al encontrarse el concepto de experiencia profesional relacionada íntimamente ligado al concepto de experiencia profesional, lo primero es determinar que se trate de experiencia profesional, para lo cual se debe comprobar que se trata de experiencia obtenida con posterioridad a la obtención del título profesional o a la terminación y aprobación del pensum académico de la formación profesional.

En ese sentido, puesto que obtuve mi título profesional en el año 2002 y la experiencia que aporté da cuenta del desempeño de empleos de nivel profesional con posterioridad a la expedición de mi título, puede afirmarse con seguridad que la experiencia aportada por mí es experiencia profesional.

Ahora bien, una vez hecho o anterior, para comprobar que se trata de experiencia profesional relacionada, lo siguiente a realizar es entablar una comparación entre las funciones consignadas en las certificaciones laborales aportadas y las funciones del cargo al cual se pretende aspirar para obtenerlo en encargo.

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com
✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

b- Previamente a hacer dicho procedimiento, es menester referirse a la clase de certificaciones que pueden efectivamente demostrar experiencia profesional relacionada, respecto de lo cual se pronunció en uno de los primeros momentos la Honorable Corte Constitucional, mediante Sentencia **C-177 de 1993**, donde precisó la exigencia de experiencia relacionada contenida en una ley, así:

Así las cosas, la experiencia que exige la Ley pudo haber sido adquirida por medios diferentes a los que la norma consagra de manera excluyente como prueba. Pudo ser adquirida mediante contratos realizados con personas naturales o con personas jurídicas vinculadas a actividades distintas a las expresamente señaladas en la ley que se estudia (...)

Encuentra entonces esta Corte que la norma discrimina sin razón objetiva los contratos realizados con personas jurídicas relacionadas directamente con las actividades de la construcción o de la ingeniería eléctrica, de todos aquellos contratos realizados con personas naturales o vinculadas a otro tipo de actividades (...)

De igual modo, tal y como lo pone de presente el señor Procurador, tratándose de personas jurídicas, no puede darse más valor a las certificaciones provenientes de las relacionadas directamente con las actividades de la construcción y de la ingeniería eléctrica sobre aquellas provenientes otro tipo de empresas, pues esta discriminación atenta contra el principio de igualdad y vulnera el ejercicio del derecho al trabajo

De lo anterior, se extrae que la Corte Constitucional comenzó a avizorar un escenario en el cual, para optar a un empleo de carrera administrativa, muchas veces se exigía experiencia relacionada, pero donde erróneamente se le estaba dando preponderancia a certificaciones laborales provenientes de la misma entidad donde se ubica el cargo o que fueran expedidas por entidades pertenecientes al mismo ámbito laboral, en perjuicio de certificaciones laborales que no eran expedidas por entidades como las anteriores, pero que contenían funciones que en esencia estaban relacionadas por las funciones exigidas por el cargo al que se pretendía aspirar. En ese sentido, La Corte determinó que se trataba entonces de una valoración equivocada y discriminatoria de certificaciones laborales y que para determinar si se trataba de experiencia relacionada, lo importante era analizar que las funciones desempeñadas y certificadas sean similares (no iguales) al empleo al que se quiere aspirar, más allá de la entidad que expidió tal certificación.

Al respecto se pronunció con posterioridad el Consejo de Estado, en la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 30 de junio de 2011, C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Expediente 2009-00031-00 (0658-09), donde analizó lo siguiente respecto de las expresiones "experiencia relacionada" y "experiencia relacionada directamente con las funciones del cargo" respecto de algunos cargos habidos para ese entonces en las Superintendencias de la Administración Pública Nacional:

El Decreto 775, "por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa para las Superintendencias de la Administración Pública Nacional", en su artículo 22 dispuso:

ARTÍCULO 22. ASPECTOS A SER EVALUADOS. *De acuerdo con el perfil, funciones y necesidades específicas del cargo a proveer, se podrán tener como aspectos a ser evaluados, entre otros, los siguientes:*

22.1 Educación. Formación académica relacionada con las funciones del cargo a desempeñar.

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com
✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

22.2 Experiencia. La general y la relacionada directamente con las funciones del cargo y la evaluación de desempeño si fuere del caso.

La Corte Constitucional declaró inexecutable el aparte subrayado por considerar que la disposición aludida establecía, además de la experiencia general, la experiencia relacionada directamente con las funciones del cargo y la evaluación del desempeño, **lo cual resultaba contrario al orden constitucional**, en cuanto vulneraba el principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos de carrera, **por ser requisitos que sólo podían cumplir empleados de carrera, especialmente de cada Superintendencia en concreto.**

Dijo la Corte:

Ahora bien, al establecer la norma demandada, como uno de los aspectos de evaluación, **la experiencia relacionada directamente con las funciones del cargo y la evaluación del desempeño. Sin duda, se está tomando como parámetro de evaluación una medida discriminatoria con aquellos ciudadanos que no pertenecen a la carrera administrativa o que perteneciendo a ella no han desempeñado el cargo a proveer.** En consecuencia, se está vulnerando la posibilidad de que los ciudadanos accedan al desempeño de cargos públicos en condiciones de igualdad, derechos de raigambre Constitucional establecidos en los Arts. 13 y 40 numeral 7.

Como quiera que el fundamento de la Corte para declarar inexecutable la expresión contenida en el artículo 22 del Decreto 775 de 2005 fue la discriminación y desigualdad que recaía sobre aquellas personas ajenas a las Superintendencias, **era menester sacar del mundo jurídico la expresión “relacionada directamente con las funciones del cargo y la evaluación de desempeño, si fuere del caso”; sin que eso signifique que el factor experiencia relacionada”, para determinar los requisitos generales para ocupar empleos públicos, quedó proscrito del ordenamiento jurídico.**

En efecto, una cosa es el “factor” de experiencia relacionada propiamente dicho y otra muy diferente es que la experiencia que se les exigía a los aspirantes a ocupar un cargo de carrera en las Superintendencias fuera directamente relacionada con las funciones del cargo, pues como bien razonó la Corte en su momento, dicha exigencia hacía alusión a una experiencia específica propia de la carrera de cada Superintendencia en particular, la cual sólo la podían acreditar los funcionarios que ya habían tenido vinculación con la entidad convocante.

(...)

En ese orden, resulta muy diferente fijar como factor para el cumplimiento de requisitos para acceder a un empleo público una experiencia relacionada en empleos que tengan funciones similares a las del cargo a proveer, la cual sí puede ser acreditada por un amplio espectro de población interesada que desempeña sus funciones o actividades, tanto en el sector público como en el privado, a exigir una experiencia que sólo pueda acreditar un grupo determinado, como lo es la directamente relacionada con las funciones del cargo. (Negrita por fuera del texto original)

La importancia de este precedente jurisprudencial, es que proscribió la idea de que la experiencia relacionada deba ser la obtenida en la misma entidad y cargo al cual se aspira, bien sea en concurso de méritos o para el proceso interno de encargos dentro de una entidad pública, así como proscribió la idea de que al realizar la comparación de funciones para determinar si se trata de experiencia relacionada, las funciones deban tener una redacción igual o compartir la mayoría de palabras entre sí, sino que debe existir una semejanza o equivalencia en las acciones contenidas en dichas funciones, tal como se verá más adelante.

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com
✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

Aunado a lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado en concepto de fecha 2 de febrero de 2012, C.P. Dr. William Zambrano Cetina, Rad. 2011-00086, precisó:

Experiencia Relacionada. Es la adquirida en el ejercicio de empleos o actividades que tengan funciones similares a las del cargo a proveer. (...) Como se observa, la experiencia profesional se refiere en particular a aquélla adquirida en el ejercicio de las actividades propias de la profesión o disciplina exigida para el desempeño del respectivo empleo. Será además relacionada cuando haya sido obtenida en empleos o actividades similares a las del cargo a proveer (...)

Siendo ello así, no existe duda de que la experiencia profesional relacionada adquirida en los sectores público y privado puede ser válidamente acreditada para efecto de tomar posesión de los empleos públicos. De allí que la experiencia profesional relacionada exigible para acceder a un empleo público sea la adquirida en el ejercicio de empleos públicos o privados que tengan funciones similares a las del cargo a proveer, más no directamente relacionados con el mismo, pues esta última sólo podrán acreditarla las personas que han detentado el respectivo empleo público. (Negrilla y subrayado fuera de texto original)

De lo anterior, reitero que la experiencia relacionada se basa en el análisis de las funciones de las certificaciones laborales y el empleo a proveer, pero sin que dichas funciones estén directamente relacionadas con el empleo. Esta postura venía siendo estudiada por el Consejo de Estado previamente, tal como se puede observar en la sentencia del 5 de mayo de 2010 proferida en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Expediente 52001-23-31-000-2010-00021-01(AC), C.P. Susana Buitrago Valencia, donde expresó acerca de la experiencia profesional relacionada que:

La Sala, como en anteriores oportunidades, reitera que el hecho de que la Administración establezca como regla que para acceder a determinado cargo se deba acreditar experiencia profesional relacionada con las funciones de ese cargo, no es violatorio ni del derecho a la igualdad ni del derecho al trabajo, ni del derecho de acceso a los cargos y funciones públicas. Es válido que la administración establezca el perfil que se requiere cumplir para que se pueda acceder a determinado cargo o empleo público. Uno de esos requisitos puede ser el de acreditar que el aspirante ha tenido en el pasado **otros empleos o cargos o actividades que guarden cierta similitud** con las funciones que debería desempeñar en caso de que fuera nombrado en el cargo para el cual se ha presentado. Empero, **no se trata de que deba demostrarse que ha cumplido exactamente las mismas funciones, pues ello implicaría que la única manera de acreditar experiencia relacionada, sería con el desempeño del mismo cargo al que se aspira, lo que resulta a todas luces ilógico y desproporcionado.** Pero sí se debe probar que existe una experiencia en cargos o actividades **en los que se desempeñaron funciones similares.** (Negrilla fuera de texto original)

c- De ese modo, queda claro entonces que para llegar a la conclusión de que un aspirante cuenta con experiencia profesional relacionada respecto del cargo al cual aspira, en primer lugar resultan válidas las certificaciones laborales expedidas por entidades públicas o privadas aunque pertenezcan a otro nicho comercial o de aplicación laboral, donde debe darse preponderancia a la comparación entre las funciones efectivamente realizadas y las del cargo al cual se aspira, y no tanto a la denominación del cargo o el campo de desempeño laboral de la empresa que certifica. En segundo lugar, que tratándose de experiencia profesional relacionada, lo debido a realizar después de determinar que se trata de experiencia profesional, es realizar una comparación de las funciones consignadas en las certificaciones laborales y las del cargo al que se aspira, donde deben encontrarse ciertas similitudes o semejanzas, mas no igualdades entre ellas, para lo cual es necesario tomar como base las normas expedidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, como entidad vigilante de los derechos de carrera administrativa a nivel nacional.

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com
✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

Para lo anterior, en primer lugar se debe aclarar que no existe una norma, acuerdo o criterio unificado que específicamente indique el procedimiento que debe seguirse a la hora de realizar la comparación entre funciones contenidas en certificaciones laborales y las que requiere un empleo al cual se pretende obtener, para determinar si se cuenta con experiencia profesional relacionada, solamente existen, como hemos visto, reglas generales contenidas en normas y en jurisprudencia del Consejo de Estado y Corte Constitucional por las cuales se indica que entre dichas funciones **no debe existir como tal una igualdad**, sino una semejanza o equivalencia que permita analizar lógicamente que las funciones están relacionadas.

d- Por lo anterior, es necesario hacer uso del **criterio auxiliar de analogía**, que permita dar aplicación a mi caso particular a normas que regulan temas similares, ante la ausencia de una norma específica que lo regule.

De ese modo, es dable mencionar que la **Comisión Nacional del Servicio Civil** ha instituido un procedimiento similar relacionado con la comparación de funciones, el cual debe seguirse para encontrar si un cargo resulta ser equivalente a otro; procedimiento por el cual puede llegarse a la misma conclusión respecto del análisis de funciones, que es determinar si las funciones de un cargo y otro resultan ser similares entre sí, en ese caso para determinar equivalencias entre cargos, pero que para el presente asunto, sirve para determinar que las funciones contenidas en las certificaciones laborales y las funciones del cargo al cual se aspira, tienen cierta semejanza que haga que se trate de experiencia profesional relacionada.

Este procedimiento está contenido en el **Criterio Unificado CNSC del 22 de septiembre de 2020**, el cual establece que se puede determinar que se trata de empleos equivalentes al realizar un análisis, en este caso específicamente entre las funciones, así:

EMPLEO EQUIVALENTE.

*Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, **sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones**, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia de los empleos de las listas de elegibles. Para analizar si un empleo es equivalente a otro, se deberá:*

(...)

CUARTO: *Con los empleos seleccionados anteriormente, se deberá identificar los elementos que determinan la razón de ser de cada uno de los empleos, el propósito principal y **las funciones esenciales**, esto es las que se relacionan directamente con el propósito.*

*Una vez seleccionados los elementos anteriormente descritos, **se deberá revisar que la acción de al menos una (1) de las funciones o del propósito principal del empleo de la lista de elegibles contemple la misma acción de alguna de las funciones o del propósito del empleo a proveer.***

Entendiéndose por “acción” la que comprende el verbo y el aspecto o aspectos sobre el que recae este, sin que esto implique exigir experiencia específica, la cual se encuentra proscrita en el ordenamiento jurídico colombiano. Por ejemplo, las funciones “proyectar actos administrativos en temas de demandas laborales” y “proyectar actos

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com
✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



administrativos en carrera administrativa” contemplan la misma “acción” que es proyectar actos administrativos y por lo tanto, los dos empleos poseen funciones similares.

Si se analiza esta misma situación con base en el Decreto 1083 de 2015, los empleos equivalentes deben contener las siguientes características:

ARTÍCULO 2.2.11.2.3 Empleos equivalentes. Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, (...)

De lo anterior, hay que notar que el estudio de funciones reglado por la Comisión Nacional del Servicio Civil para determinar la equivalencia entre empleos, es un procedimiento similar o análogo al procedimiento de comparación de funciones contenidas en certificaciones laborales para determinar si se trata de experiencia profesional relacionada a las de un empleo al que se pretende aspirar, de lo cual se extrae que al realizar la comparación entre las funciones para esto último, por lo menos una de las acciones (verbos o actividades) contenidas en alguna de las funciones de las certificaciones laborales y el empleo a proveerse, deba ser coincidente.

e- En ese sentido, a manera de conclusión, se puede afirmar que la experiencia profesional relacionada, es aquella que se obtuvo con posterioridad a la obtención del título profesional y además que la funciones desempeñadas y certificadas guarden relación con las funciones relacionadas con el cargo al cual se pretende aspirar. Asimismo, que para realizar la comparación de funciones, entre ellas no debe existir una identidad plena o una coincidencia temática, sino que debe verificarse que existista la similitud mencionada por el criterio unificado de la CNSC, es decir, que las funciones, al compararse, guarden similitud en **al menos una de las acciones** contenidas en las funciones del cargo al cual se participó y las certificaciones laborales aportadas; de igual forma, se concluye que no hace falta que sean varias funciones las que coincidan entre sí, sino que, con comprobarse que **al menos una de las acciones** sea coincidente, con ello puede determinarse que se trata de experiencia profesional relacionada.

Con base en todo lo anteriormente expuesto, me permito afirmar que no es cierto lo dicho por parte de la DIAN para abstenerse de realizar mi nombramiento, sobre que de las certificaciones laborales que aporté no pueda extraerse que la experiencia se trate de experiencia profesional relacionada, por cuanto **al menos** una de las acciones de las funciones contenidas en mis certificaciones laborales, es coincidente con al menos una de las acciones de la OPEC a la cual me presenté, lo cual se comprueba con el documento que adjunto a la presente acción denominado **“Comparación de funciones”**, en el cual realizo un análisis de las funciones bajo la regulación contenida en el Criterio Unificado CNSC del 22 de septiembre de 2020, donde concluí lo siguiente:

CONCLUSIÓN DE LA COMPARACIÓN DE FUNCIONES:

En los cargos desempeñados cuyas funciones fueron analizadas en comparación a las funciones de la OPEC, existe por lo menos una función que es SIMILAR entre sí, es decir, que comparten al menos una **acción** relacionada, entendido acción como **el verbo y objeto** sobre el que recaen, según la definición del **Criterio Unificado CNSC del 22 de septiembre de 2020**, por lo tanto puede afirmarse que se trata de experiencia profesional relacionada, la cual suma un total de **6 años, 4 meses, 17 días**.

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com
✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

En ese sentido, puesto que el procedimiento mediante el cual la DIAN realizó la comparación de funciones es por demás subjetivo y superficial, por cuanto no se respalda en una norma o procedimiento claro que indique la forma como debe compararse las funciones, es dable que, por criterio auxiliar de analogía, sea aplicado el procedimiento contenido en el criterio mencionado, por cuanto es la forma de evitar que dicho análisis de funciones esté cargado de parcialidad o subjetividad y con ello evitar el riesgo de afectar los derechos fundamentales de quienes debimos ser nombrados en período de prueba.

12°. Por último, ya aclarado el contexto fáctico y jurídico de mi caso particular, es conveniente aclarar además que requiero de la urgente protección de derechos fundamentales que me pueda brindar su despacho, puesto que de permitir que la abstención de mi nombramiento se concrete al resolver mi recurso de reposición, deberé acudir a los medios de control en la jurisdicción contenciosa administrativa, los cuales no me resultarán eficaces ni idóneos para la defensa de estos derecho de carácter fundamental invocados, porque dichos mecanismos no cuentan con la capacidad jurídica para proteger de forma rápida, ágil e idónea la protección de mis derechos fundamentales vulnerados o en riesgo de vulneración, puesto que:

1- Los medios de control en la jurisdicción contenciosa administrativa no son el mecanismo idóneo para la defensa de los denominados **derechos fundamentales**, como sí lo es la acción de tutela; **2-** Aunque en la jurisdicción contenciosa administrativa puedan solicitarse medidas cautelares desde la interposición de la demanda, estas implicarían el cumplimiento de requisitos de forma y contenido previamente a que sean otorgadas, que no es posible darles cumplimiento por las particularidades de mi asunto, en especial porque las mismas no procederían puesto que significaría pausar el nombramiento en la vacante que me corresponde por derecho por un término indefinido de mínimo **5 años** que duraría el proceso hasta la sentencia de primera instancia; **3-** De iniciar un proceso en la jurisdicción contenciosa administrativa, este tendría una duración mínima de 3 a 5 años, tiempo durante el cual mis derechos fundamentales van a encontrarse en suspensión hasta cuando se decida en primera o segunda instancia, así como los derechos de los demás elegibles de la lista, mientras que el cargo al cual aspiré en la convocatoria y que debería estar ocupando, va a estar ocupado por una persona que estará nombrada en provisionalidad o en encargo, es decir, que no demostró el mérito para acceder al cargo, y con ello además se me impide que adquiera la experiencia y prerrogativas laborales que un cargo de carrera administrativa otorga, lo cual no puede ser recuperado mediante un medio de control. **4-** Consistente con lo anterior, aunque hubiera iniciado un proceso en la jurisdicción contenciosa administrativa y hubiera obtenido victoria, al darle cumplimiento al fallo dentro de 5 a 7 años, no me van a poder proveer el cargo que debí haber obtenido en la convocatoria años atrás, porque este va a estar ocupado por un servidor que, aunque no debió obtener el cargo en un principio, consiguió el cargo de buena fe y sus derechos sobre el cargo no podrán ser vulnerados, resultando entonces que solamente me va a ser reconocida por parte de la DIAN una suma de dinero a manera de indemnización por los salarios dejados de percibir y por la imposibilidad de nombrarme en período de prueba en el cargo, impidiendo que obtenga lo que buscaba en un inicio cuando me inscribí al concurso de méritos, que era obtener un cargo de carrera administrativa y hacer carrera como tal, obteniendo salarios y experiencia laboral y con la posibilidad de ascender dentro de la entidad pública mediante el mérito o encargos, por lo que a todas luces se desdibuja el fin último del mérito como pilar fundante del actual estado democrático Colombiano y este es remplazado con el dinero proveniente de una indemnización.

Por lo explicado, y de conformidad con lo que ha instituido la Honorable Corte Constitucional en múltiples providencias que se expondrán más adelante, es dable que se realice un pronunciamiento de fondo en sede de

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com

✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

tutela sobre el meollo del asunto, más allá del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, porque de otra forma mis derechos fundamentales van a quedar desamparados o en la incertidumbre de que en realidad puedan ser protegidos en debida forma en un extenso proceso en la jurisdicción contenciosa administrativa y además para evitar el perjuicio irremediable del vencimiento de mi lista de elegibles sin que se efectúe mi nombramiento.

Asimismo, también es dable advertir que la presente acción de tutela también resulta procedente por vía de excepción para que se realice un pronunciamiento de fondo, porque esta la interpongo además con el ánimo de evitar que se generen perjuicios irremediables en mi contra, que de otra forma no pueden ser evitados, relacionados con el próximo vencimiento de mi lista de elegibles sin que se efectúe mi nombramiento en período de prueba y eso pueda servir de excusa más adelante para la entidad para rehusarse a realizarlo.

13º. Expuesto lo anterior, para finalizar es necesario profundizar respecto de la **procedencia de la acción de tutela en el marco de concursos de méritos convocados por la CNSC como mecanismo principal de defensa de los derechos**, de la siguiente manera:

Debo indicar que soy consciente de que en materia de concursos de méritos, por su ámbito íntimamente relacionado con el derecho administrativo, su despacho podría llegar a la conclusión anticipada de que la presente acción se tornaría improcedente por faltar al principio de subsidiariedad de la acción de tutela, no obstante, es menester informar a su despacho que por las particularidades que acarrearán los concursos de méritos que hacen que estén íntimamente relacionados con la garantía de diversos derechos fundamentales, se ha venido construyendo una reciente posición jurisprudencial tanto en la Corte Constitucional como en el Consejo de Estado, que ha instituido a la acción de tutela como el mecanismo principal de defensa en el marco de concurso de méritos al profundizar sobre la procedencia de la acción de tutela en el marco de un concurso de méritos convocados por la CNSC, por lo cual se determinó de la falta de idoneidad de acudir a los mecanismos ordinarios de defensa en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de las medidas cautelares que en dicha jurisdicción pueden solicitarse, lo cual se explica a continuación:

Si bien en un principio, al conocer de una acción de tutela relacionada con un concurso de méritos, los jueces constitucionales resolvían la improcedencia de la acción por el principio de subsidiariedad, argumentando que se debía acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sobre todo cuando existían listas de elegibles vigentes, dicha postura ha sufrido diversos cambios con el paso del tiempo. En ese sentido, la postura actual tomada por Jueces y Magistrados en sus roles constitucionales es que acontece una falta de idoneidad y de eficacia de los medios de control y medidas cautelares que pueden pedirse en la jurisdicción contenciosa administrativa, cuando se trata de derechos fundamentales que están en pugna en el marco de un concurso de méritos convocado por la CNSC.

En un comienzo existía una posición jurisprudencial por la cual debe declararse la improcedencia de una acción de tutela simplemente con determinar que existen mecanismos principales de defensa disponibles, como los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Si bien dichos precedentes resultaban válidos y hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano, reitero que no puede olvidarse que las normas jurídicas y en especial los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, van actualizándose cada día a las nuevas realidades sociales que se van presentando y por ello son cambiantes, sobre todo cuando se aplican a casos o situaciones

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com

✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

especiales como lo es un concurso de méritos, de modo que las líneas jurisprudenciales van variando o van surgiendo nuevas tendencias, en algunos casos para ser más garantistas de derechos fundamentales y en otros para ser más rígidos y limitar así la garantía de los derechos (sobre todo basándose en los principios de la acción de tutela como los de subsidiariedad e inmediatez), o podía llegar el caso en que concomitantemente se esté dando estudio y aplicación a dos posiciones jurisprudenciales en apariencia contrarias sobre asuntos similares, por lo cual no podían analizarse las situaciones desde un solo punto de vista que resultara conveniente o fácil de decidir, sino que debían tenerse en cuenta todas las aristas de las situaciones que se discuten en sede de tutela, antes de decidir sobre la procedencia o improcedencia de una acción, pues de ello dependería la vulneración o garantía de derechos fundamentales.

En ese sentido, debo ilustrar que tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁷, como la del Consejo de Estado⁸, han sido enfáticas al señalar que la acción de tutela **ES PROCEDENTE** frente a controversias originadas en concursos de méritos para la provisión de empleos públicos convocados por la CNSC si el proceso de selección se encuentra en curso.

Al respecto, en un primer momento las diferentes secciones del Consejo de Estado⁹ establecían en sus sentencias que cuando ya existen listas de elegibles que se encuentren en firme, eso crea situaciones jurídicas particulares y derechos ciertos, de manera que la acción de tutela no sería el mecanismo adecuado para dejarlas sin efectos jurídicos, pues se podrían afectar derechos subjetivos y lo que corresponde es demandar dicho acto administrativo haciendo uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho¹⁰.

No obstante, en numerosos pronunciamientos las mismas Altas Cortes¹¹, en casos como el de estudio, han reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, diciendo:

“(...) En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la

⁷ Ver sentencia T-049-19

⁸ 3 Sección Segunda Subsección A. Radicación número: 25000-23-42-000-2012-01030-01, Sentencia del 17 de enero de 2013. CP Alfonso Vargas Rincón; Sección Cuarta. Radicación número: 13001-23-31-000-2012-00435- 01, Sentencia del 27 de septiembre de 2012. CP William Giraldo Giraldo; y Sección Quinta. Radicación número: 23001-23-31-000-2011-00627-01, Sentencia del 19 de julio de 2012. CP (E) Susana Buitrago Valencia.

⁹ 4 Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A. Radicación número: 25000-23-15-000-2011-02081-01, Sentencia del 08 de noviembre de 2011. CP Gustavo Eduardo Gómez y Sección Primera. Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00513-01, Sentencia del 15 de agosto de 2013. CP María Elizabeth García González

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B. Radicación número: 54001-23-31-000-2012-00058-01, Sentencia del 8 de mayo de 2012. CP Gerardo Arenas Monsalve y Sección Cuarta. Radicación número: 19001- 23-31-000-2011-00010-01, Sentencia del 16 de marzo de 2011. CP Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez.

¹¹ Así se observa por ejemplo en la sentencia T-112A de 2014, en la que se citan varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional, relativos al asunto.

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com
✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño

suspensión del acto¹². Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.

3.2. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos **(i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹³, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable¹⁴; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.**

La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes **han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles** y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar¹⁵. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado.

Sobre lo citado hasta el momento, la providencia referida habla de un elegible o accionante que haya ocupado el primer lugar en listas de elegibles y no fue nombrado en período de prueba a pesar de la existencia de vacantes definitivas, lo cual genera que los mecanismos de defensa ante la jurisdicción contenciosa administrativa **resulten ineficaces** para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, que descendiendo a mi caso particular, es menester referir que me encuentro en una situación fáctica y jurídica similar, puesto que me encuentro

¹² Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-368 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-244 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-800A de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

¹³ Esta subregla de procedencia excepcional de la acción de tutela la contempla el artículo 86 de la Constitución Política.

¹⁴ En sentencia T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), se explicaron los elementos que ha de tener el perjuicio irremediable: "A)... inminente: 'que amenaza o está por suceder prontamente'. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. (...) "B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...) "C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconvenientes. "D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...) "De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio"

¹⁵ Sentencias T-175 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo), T-606 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y T-169 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa).

actualmente inscrito en una lista de elegibles ocupando una **posición meritoria** según el número de vacantes ofertadas por mi OPEC, pero las entidades se rehúsan a adelantar las actuaciones administrativas a su cargo tendientes a generar mi nombramiento en período de prueba, de lo cual deviene la urgencia con la cual se requiere de la protección de los derechos fundamentales que se encuentran en pugna, relacionados con el principio del mérito contenido en el artículo 125° de la Constitución Política de Colombia.

Entonces, se tiene que el precedente jurisprudencial y las subreglas en él establecidas, me resultan aplicables, pues, en suma, requiero de medidas urgentes en protección de los derechos fundamentales invocados, especialmente al mérito, a la igualdad de oportunidades e igualdad en el acceso a la administración de justicia, al debido proceso y al trabajo, las cuales solamente me las puede otorgar el trámite constitucional de tutela y no así acudir a los medios de control en la jurisdicción de lo contencioso administrativo **ni las medidas cautelares que en esta jurisdicción podría solicitar, tal como se expondrá un poco más adelante.**

De igual manera, en sentencia T-049-19 la Corte Constitucional expuso que “(...) *la tutela procede pese a la existencia de lista de elegibles (...) cuando su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales (...)*”; y el Consejo de Estado, sobre la materia sostuvo:

*(...) De todo lo anterior, la Sala advierte que en asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, **las acciones ordinarias no garantizan la protección de los derechos fundamentales**, pues “[...] tan solo consiguen una compensación económica del daño causado, la reelaboración de la lista de elegibles (cuando inconstitucionalmente se ha excluido a un aspirante o se le ha incluido en un puesto inferior al que merece) y, muchas veces, la orden tardía de nombrar a quien verdaderamente tiene el derecho de ocupar el cargo, pero sin que realmente pueda restablecerse el derecho a permanecer en él durante todo el tiempo que dura el proceso contencioso administrativo”; de suerte tal, que la acción de tutela presentada por el actor, **se instituye como el mecanismo idóneo, rápido y oportuno con el que cuenta para salvaguardar los derechos que considera conculcados.** (...).*

Conforme al marco jurisprudencial expuesto, se tiene entonces que, para resolver de fondo mi asunto particular, resulta procedente la presente acción de tutela como mecanismo principal de defensa, dado que, en caso de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el medio de control de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta los tiempos y formalidades que requieren dichos medios de control para dar una decisión, no puede garantizarse la debida protección de mis derechos fundamentales invocados, pues al momento cuando sea proferida una decisión en sede administrativa aun cuando la decisión fuera favorable, realmente no podría restablecerse mi derecho a un nombramiento en período de prueba, sino solamente el pago de una compensación económica, visto que para entonces el proceso de selección ya habría culminado y el cargo estaría ocupado y habría un servidor público con derechos subjetivos de carrera administrativa sobre este cargo y la única salida sería demandar nuevamente ante la jurisdicción contenciosa administrativa el nombramiento de este servidor, lo cual haría desproporcionada e interminable la defensa de mis derechos fundamentales.

Asimismo, las medidas cautelares en la jurisdicción administrativa tampoco podrían garantizar que durante el proceso contencioso administrativo pueda ser nombrado y permanecer en el cargo al cual concursé, o de igual manera, tampoco sería razonable que durante el proceso se suspenda la ejecución de las demás etapas del concurso de méritos hasta tanto sea tomada una decisión por el juez administrativo, teniendo en cuenta que eso podría tardarse varios años y afectar los derechos de múltiples elegibles.

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com
✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



Para apoyar lo anterior, y tal como indiqué en mi escrito inicial de tutela, es menester señalar que recientemente han sido proferidos distintos fallos de tutela por la Corte Constitucional que tratan el tema de la procedencia de la acción de tutela en el marco de un concurso de méritos, variando la línea jurisprudencial que se venía tomando y que fue expuesta con anterioridad, dentro de los que se destaca la Sentencia **T-340 de 2020**¹⁶ que adujo lo siguiente sobre el tema de la procedencia de la acción de tutela en concursos de méritos convocados por la CNSC y sobre la falta de idoneidad de las medidas cautelares que en la jurisdicción contenciosa administrativa pueden solicitarse, así:

*Ahora bien, desde una perspectiva general, la Corte ha sostenido que, pese a la existencia de las vías de reclamación en lo contencioso administrativo, **existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. La primera, se presenta cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, causal que tiene plena legitimación a partir del contenido mismo del artículo 86 del Texto Superior y, por virtud de la cual, se le ha reconocido su carácter de mecanismo subsidiario de defensa judicial. Y, la segunda, cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales.***

Sobre esta última, en la Sentencia T-059 de 2019^[20], en el marco de un concurso de méritos, la Corte manifestó que:

*a “Las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. **Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento. (...)**”*

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

*“Por último, es importante poner de presente que, **pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela, se podría satisfacer mediante la solicitud de medidas cautelares,** lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra **el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales.** // Lo anterior, en la medida en que tal y como se estableció en las Sentencias C-645 de 2017, C-588 de 2009, C-553 de 2010, C-249 de 2012 y SU-539 de 2012, el mérito es un principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, en la medida en que tiene un triple fundamento histórico, conceptual y teleológico. **En efecto, el principio del mérito se estableció en el***

¹⁶ <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-340-20.htm>



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

ordenamiento jurídico con la finalidad de proscribir las prácticas clientelistas, para garantizar un medio objetivo de acceso, permanencia y retiro del servicio público y, por último, para hacer efectivos otros derechos que encuentran garantía plena a través de éste, al tiempo que se materializan los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución. (...)

En el marco específico de las medidas cautelares, la Corte también ha dicho que el juez de tutela tiene la facultad de proteger los derechos fundamentales como objetivo prioritario de acción, y ello lo hace de forma inmediata y con medidas más amplias^[22]; y, además, precisó que, **aunque se debe revisar dicha herramienta al hacer el estudio de subsidiariedad, lo cierto es que existen importantes diferencias entre la medida cautelar y la acción de tutela, las cuales pueden resumirse así:**

“(i) es necesario seguir y ajustarse al procedimiento descrito en la norma y acudir mediante abogado debidamente acreditado, situación que no ocurre con la acción de tutela, como quiera que este es un instrumento que puede ser usado de manera personal por el titular de los derechos vulnerados, sin necesidad de seguir una forma preestablecida, (ii) por regla general, para que una medida cautelar sea decretada, es imperativo prestar caución para asegurar los posibles perjuicios que con ésta se puedan causar^[23] y, (iii) la suspensión de los actos que causen la vulneración de los derechos no es de carácter definitivo, puesto que estas herramientas son transitorias y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio, en contraposición con la protección que brinda el amparo constitucional, que en principio, es inmediato y definitivo.”^[24]

En este orden de ideas, se concluye que la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, y que, **más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares**, teniendo en cuenta, como ya se dijo, la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, **siendo, prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático**, como lo señaló expresamente Sentencia T-059 de 2019.

Para la Sala, en este caso, **la acción de tutela procede como mecanismo principal de protección de los derechos al trabajo y al acceso a cargos públicos, en un contexto indefectible de amparo al mérito como principio fundante del orden constitucional**. Por las razones que a continuación se exponen:

En primer lugar, el accionante actualmente ocupa el primer lugar en la lista de elegibles (...) Así las cosas, como lo manifestó este Tribunal en la citada Sentencia T-059 de 2019, se observa que, en esta oportunidad, la controversia implica verificar el “(...) **principio de mérito** como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo **y se convierte en un asunto de carácter constitucional**, que toma necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales”^[27]

En segundo lugar, se avizora en este caso una de las causales mencionadas en la citada providencia, a fin de determinar que, en concreto, los medios ante lo contencioso administrativo no son siempre eficaces, concierne a que “(...) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta”. Al respecto, como se mencionó en el acápite de antecedentes, su vigencia se limitó a dos años, por lo que si ella quedó en firme el día 31 de julio de 2018, la posibilidad de aplicarla se extendió hasta máximo el 30 del mismo mes pero de este año, de suerte que hoy en día no cabe proceder a su uso y, **en caso de no asumir la revisión de lo resuelto por el juez de instancia y decretar la improcedencia de la acción de tutela, prácticamente el accionante no tendría mecanismo alguno para reclamar su acceso a la función pública, y se estaría, por razones meramente formales, excluyendo la verificación del mérito como principio fundante del Estado colombiano. (...)**

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com

✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

En tercer lugar, como ya se dijo, la exclusión de la procedencia del amparo llevaría a que, al momento de proferirse una decisión definitiva en sede de lo contencioso administrativo, la lista de elegibles definitivamente ya no estaría vigente y, por ende, el accionante no podría ocupar el cargo al que –según alega– tiene derecho, **con lo cual únicamente podría recibir una compensación económica**. Esta realidad descarta la eficacia de la garantía de acceso a cargos públicos y excluye la verificación del mérito, en contravía del mandato del artículo 2 del Texto Superior, **que impone como obligación del Estado velar por el goce efectivo de los derechos, lo cual no se satisface con el reconocimiento de una compensación económica**.

Y sobre las **medidas cautelares** que pueden solicitarse en la jurisdicción contenciosa administrativa, adujo la misma providencia:

Además de las razones previamente expuestas, se considera que la pretensión del accionante no se enmarca dentro del escenario de efectividad de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, por las siguientes razones:

Primero, porque la suspensión de un acto administrativo exige que se aprecie una posible violación de la ley, que surja del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas invocadas como vulneradas. En este caso, no se advierte la existencia de una oposición normativa que sea evidente, como lo demanda la ley y lo requiere la jurisprudencia del Consejo de Estado, sino de una controversia en la que se solicita darle aplicación directa al criterio de mérito que introduce la Constitución, con la particularidad de que, en el curso de la tutela, se produjo un proceso de tránsito legislativo que, como lo advierte la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, contaba con un criterio unificado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, conforme al cual la Ley 1960 de 2020, en cuyo artículo 6 se dispone que la lista de elegibles se aplicará “en estricto orden de méritos” para cubrir “las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad”, únicamente se debía aplicar para los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria hayan sido aprobados después de su entrada en vigor, esto es, el 27 de junio de 2019 y, en el caso bajo examen, tal actuación tiene su origen en el año 2016. Por consiguiente, no se trata de un caso en donde se advierta la simple confrontación de normas como supuesto legal que habilite la medida cautelar de suspensión provisional, en los términos del artículo 231 del CPACA.

Segundo, porque la discusión no permite una medida conservativa, en tanto que lo que se busca es precisamente reclamar un derecho que había sido objeto de una respuesta negativa por parte de la administración. Y tampoco cabe la orden de adoptar una decisión administrativa, por cuanto ella es el sustento propio de la controversia de fondo, y al tratarse de una medida anticipativa, solo se justifica ante la inminencia de un daño mayor, hipótesis de apremio que no resulta evidente en este caso, al tener que verificarse el alcance de una garantía de raigambre constitucional y el tránsito legislativo ocurrido sobre la materia.

Por el conjunto de razones expuestas, se advierte la falta de eficacia e idoneidad de las vías de lo contencioso administrativo para dar respuesta a la controversia planteada, lo que amerita su examen a través de la acción de tutela, como medio principal de protección de los derechos invocados. Por esta razón, se procederá a plantear el problema jurídico bajo examen y a determinar los aspectos que serán objeto de evaluación por parte de este Tribunal, con base en los cuales se adelantará el examen del caso concreto.

De lo puesto en cita de la Sentencia T-340 de 2020, se puede concluir, en primer lugar, que existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. La primera, se presenta cuando existe el riesgo de

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com

✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

ocurrencia de un perjuicio irremediable, y la segunda, **cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales.** Entonces, debe analizarse cada caso con sus particularidades, en aras de determinar si se activa una, otra o las dos hipótesis o subreglas de procedencia de la acción de tutela. Aún con eso, no debe perderse de vista que, como lo ha instituido la Corte Constitucional, la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, **y que, más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares,** teniendo en cuenta, como ya se dijo, la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, siendo prevalente en este escenario, **la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático.**

En segundo lugar, la falta de idoneidad de los medios de control en la jurisdicción contenciosa administrativa, también se basa en que, por ejemplo, de acudir a la nulidad y restablecimiento del derecho, la orden en este proceso no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos por mérito, sino que implicaría una compensación económica o indemnización por la imposibilidad de garantizarlo efectivamente, situación que a todas luces no implica el ejercicio de la labor que el elegible buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico, y que de acuerdo a que la cuestión está íntimamente relacionada con el principio constitucional del mérito, como garantía de acceso a la función pública, ello, bajo todas las perspectivas trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que requiere necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales relacionados con este principio, puesto que de otro modo se desdibuja lo que el constituyente había instituido en el artículo 125° Constitucional.

En tercer lugar, **respecto de las medidas cautelares en la jurisdicción contenciosa administrativa**, en dicho precedente la Corte Constitucional ha establecido ciertas diferencias entre estas y la acción de tutela, por las que no pueden ser equiparadas y no tienen efectos similares, además de que la pretensión del elegible dentro de un concurso de méritos no se enmarca dentro del escenario de efectividad de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, porque la suspensión de un acto administrativo exige que se aprecie una posible violación de la ley, que surja del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas invocadas como vulneradas, situación que no puede extraerse de todos los casos, pues en el fondo del asunto no se advierte la existencia de una oposición normativa que sea evidente, como lo demanda la ley y lo requiere la jurisprudencia del Consejo de Estado, **sino que se trata de una controversia en la que se solicita darle aplicación directa al principio del mérito que introduce la Constitución Política, el cual está estrechamente ligado a la garantía de derechos fundamentales y por lo que el asunto va más allá de una simple confrontación normativa a demandarse.** Por consiguiente, **no se trata de un caso en donde se advierta la simple confrontación de normas como supuesto legal que habilite la medida cautelar de suspensión provisional, en los términos del artículo 231 del CPACA.**

De igual forma, en cuanto a las medidas cautelares que posibilita el CPACA y según lo dicho por la Sentencia T-340 de 2020 al respecto, hay que mencionar que la discusión aquí planteada tampoco permite una medida cautelar conservativa, en tanto que lo que se busca es precisamente reclamar un derecho que había sido objeto de vulneración por la negativa de garantizar su protección o de impulsar su protección por parte de las entidades

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com

✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

accionadas. Y tampoco cabe la orden de adoptar una decisión administrativa, por cuanto ella es el sustento propio de la controversia de fondo, y al tratarse de una medida anticipativa, solo se justifica ante la inminencia de un daño mayor, hipótesis de apremio que no resulta evidente en este caso, al tener que verificarse el alcance de una garantía de raigambre constitucional.

Por estas razones, se advierte la falta de eficacia e idoneidad de las vías de lo contencioso administrativo para dar respuesta a la controversia planteada, sea una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho o las medidas cautelares que en dicha jurisdicción pueden solicitarse, lo que amerita su examen a través de la acción de tutela, como medio principal de protección de los derechos invocados.

Ahora bien, también es dable traer a colación que similarmente a lo dicho, se pronunció la Corte Constitucional en **Sentencia T-081 de 2021**, que en cuanto a la procedencia de la acción de tutela en materia de concursos de méritos, reiteró:

55. Subsidiariedad. Esta Corte, de modo reiterado, ha dispuesto que la acción de tutela solo procede si quien acude a ella no cuenta con otro procedimiento judicial en el ordenamiento jurídico que permita la resolución de sus pretensiones. Por supuesto, esta regla tiene por objeto evitar que aquellos mecanismos sean sustituidos por se por este medio célere e informal. En tal sentido, en caso de existir un medio judicial principal, el actor tiene la carga de acudir a él toda vez que es necesario preservar las competencias legales asignadas por el legislador a cada jurisdicción^[96], salvo que se demuestre que el mismo no goza de idoneidad o eficacia, o que se evidencie un perjuicio irremediable en cuya virtud sea necesario un amparo transitorio^[97].

56. Así, prima facie, este Tribunal ha considerado que la acción de tutela no procede cuando a través de su uso se pretenda atacar decisiones proferidas por la Administración en el marco de un concurso de méritos, pues, el legislador de estableció mecanismos especiales en uso de los cuales el juez de lo contencioso administrativo estaría llamado a conocer de esos asuntos^[98]. Allí podría solicitarse, además, la puesta en marcha de medidas cautelares si es que la protección del bien es urgente y no soportaría el tiempo que tarde la resolución del litigio^[99]. Sin embargo, siguiendo lo advertido en el párrafo anterior, puede que, en algunos supuestos, **a la luz de las circunstancias particulares ofrecidas en el caso, se advierta que este medio judicial no es idóneo ni eficaz. Escenario en el que la acción de tutela devendrá procedente**^[100].

(...)

59. Ahora bien, un proceso judicial ante la jurisdicción contenciosa es ciertamente más dispendioso que el previsto para tramitar una acción de tutela^[104], pero esta simple consideración no hace ineficaz ese medio judicial principal. En virtud de lo previsto en el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011, los procesos declarativos de dicha jurisdicción involucran la posibilidad de medidas cautelares con las cuales se puede alcanzar la protección del objeto del proceso, ya sea por solicitud de las partes y/o decretadas de oficio por el juez.

La condición de procedencia de esas medidas está contenida en el primer inciso del artículo 231 de la misma norma, según el cual “cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com
✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño

60. Con todo, la Sala advierte que, siguiendo consideraciones similares a las expuestas en la Sentencia T-340 de 2020, en los casos sometidos a estudio, acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo pudo ser ineficaz para los actores debido a las condiciones en que se encontraba cada uno.

(...)

*En tal sentido era probable que, de haber acudido a la jurisdicción contenciosa, **para el momento en que se hubiere emitido sentencia y en caso de que la misma hubiese sido favorable a los intereses de los tutelantes, aquella no habría tenido más que una finalidad resarcitoria.** Esto porque, para ese momento, seguramente ya habrían perdido vigencia las listas y, por tanto, **la expectativa de ser nombrados en los cargos pretendidos se habría visto frustrada.***

Además, las medidas cautelares que allí pudieron solicitarse tampoco podían entenderse efectivas. Esto porque, como se advirtió (supra 5), **tales medidas solo proceden cuando se avizore una posible violación de la ley por parte del acto administrativo.** En los casos bajo examen, no se encuentra que esa referida violación sea manifiesta, clara o evidente. (...) **Asimismo, en estos casos no era posible solicitar una medida conservativa^[105] ni exigir una cierta decisión administrativa de carácter anticipado, porque, primero, no existía para ellos un daño inminente y, segundo, establecer los alcances de la Ley 1960 de 2019 en el tiempo es, precisamente, la controversia de fondo. De allí que haberlos conminado en este preciso caso a acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo habría sido desproporcionado.**

Y así lo ha vuelto a recordar la Corte Constitucional mediante la **Sentencia SU 067/22¹⁷**, donde la Honorable Corte Constitucional refirió que:

“En virtud de lo anterior, esta corporación ha manifestado que la acción de tutela no es, en principio, el medio adecuado para reclamar la protección de los derechos fundamentales cuando estos resultan infringidos por la expedición de un acto administrativo. Dicha postura ha dado lugar a una línea jurisprudencial pacífica y reiterada. Su fundamento se encuentra en el hecho de que el legislador ha dispuesto los medios de control de la Ley 1437 de 2011 como los instrumentos procesales para demandar el control judicial de los actos administrativos.

Según este diseño normativo, el proceso judicial que se surte ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo es el escenario natural para la reivindicación de los derechos fundamentales conculcados en este contexto. Allí, los interesados pueden reclamar no solo el control de legalidad correspondiente, sino, además, el restablecimiento de los derechos fundamentales que hayan sido vulnerados. Las medidas cautelares que ofrece la Ley 1437 de 2011, las cuales permitirían prevenir la consumación de un daño definitivo mientras se surte la causa judicial, corroboran la idoneidad de los aludidos medios de control en este campo.

Esta regla general ha sido igualmente acogida en el ámbito de los concursos de méritos. Al respecto, esta corporación ha manifestado que el juez de lo contencioso administrativo es la autoridad llamada a juzgar las violaciones de los derechos fundamentales que ocurran en este tipo de actuaciones administrativas.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha instaurado tres excepciones a la regla general de improcedencia de la acción de tutela, en el campo específico de los concursos de mérito. Los actos administrativos que se dicten en el curso de estas actuaciones administrativas podrán ser demandados por esta vía cuando se presente alguno de los siguientes supuestos: i) inexistencia de un mecanismo judicial que permita demandar la protección del

¹⁷ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/SU067-22.htm>

derecho fundamental infringido, ii) configuración de un perjuicio irremediable y iii) planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias del juez administrativo.

Y a su turno, no debe olvidarse que también el Consejo de Estado ha señalado que los mecanismos judiciales ordinarios dispuestos para controvertir actos administrativos no siempre resultan idóneos y eficaces para la restauración de los derechos vulnerados o amenazados por la agilidad con que se desarrollan las etapas de los concursos. Señaló expresamente la citada Corporación:

*En relación con el tema de la procedencia de la tutela en los concursos de méritos, esta Corporación ha dicho que, en la medida en que **las decisiones que se dictan a lo largo del concurso son actos de trámite y que contra dichos actos no proceden los recursos de la vía gubernativa ni las acciones contencioso administrativas, los demandantes carecen de otros medios de defensa judicial para lograr la reincorporación al concurso.***

Así mismo, también se ha dicho que, de aceptarse, en gracia de discusión, que contra esos “actos de trámite” procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es lo cierto que el citado mecanismo judicial no resulta eficaz ni idóneo para la protección de los derechos fundamentales que normalmente se invocan en esa clase de demandas.

Para la Sala, en efecto, es evidente que ese mecanismo no es idóneo y eficaz, si lo que pretende la parte demandante, como en el presente caso, es que se ordene la rectificación del puntaje otorgado en la prueba de análisis de antecedentes y, por consiguiente, que se corrija el puntaje definitivo. Esta es la pretensión que la actora cree que de ser atendida por el juez de tutela salvaría la amenaza o la vulneración que afrontan sus derechos fundamentales, lo que evidencia que la tutela, como mecanismo ágil de solución de este tipo de conflictos, es el medio adecuado para resolver de forma eficaz y útil lo planteado.”¹⁸

En ese orden de ideas, queda claro que la nueva postura tomada por las altas cortes colombianas, es que debe estudiarse de fondo un asunto cuyas pretensiones se piden mediante una acción de tutela en materia de concursos de méritos, pues si bien los medios de control y las medidas cautelares que pueden solicitarse en la jurisdicción contenciosa administrativa en apariencia resultan idóneos, no cuentan con la eficacia que requiere la protección de derechos fundamentales, ni tampoco se cumplen los presupuestos para la solicitud de medidas cautelares en dicha jurisdicción, así como por el raigambre constitucional que acarrea el principio del mérito que se encuentra en pugna y por la urgencia con que se requiere la protección de este derecho y los derechos relacionados a él, eso sobrepasa el ámbito administrativo y la competencia para conocer y resolver sobre el asunto queda a cargo de los jueces constitucionales, siendo entonces que resultaría desproporcionado, tal como lo ha determinado la Corte Constitucional, exigir que se acuda a dichos medios de control que no resultan ser idóneos ni eficaces para lo que se requiere en la solución de mi caso en concreto que es la defensa de mis derechos fundamentales.

Por lo explicado, y de conformidad con lo que ha instituido la Honorable Corte Constitucional y el Consejo de Estado en múltiples providencias expuestas, las cuales comparten similitud fáctica y jurídica con mi caso particular, es dable que se realice un pronunciamiento de fondo en sede de tutela en segunda instancia sobre mis pretensiones, más allá del cumplimiento de los requisitos comunes de procedibilidad de la acción de tutela y que se verifique o no la

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION QUINTA Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA Bogotá D. C., seis (6) de mayo de dos mil diez (2010) Rad. No.: 52001-23-31-000-2010-00021-01(AC)).



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

ocurrencia de un perjuicio irremediable, porque de otra forma, además del irrespeto al precedente jurisprudencial, también mis derechos fundamentales van a quedar desamparados o en la incertidumbre de que en realidad puedan ser protegidos en debida forma al entablar un extenso proceso en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Conforme a lo anterior, solicito la colaboración de su despacho para que, en observancia de mis derechos fundamentales y garantías constitucionales, así como en cumplimiento de la jurisprudencia vigente sobre la materia específica que trata el presente asunto, declare la procedencia de la presente acción de tutela, para que así pueda pronunciarse de fondo sobre las pretensiones planteadas.

Además, teniendo en cuenta que han sido instituidas como una causales de procedencia de la tutela como mecanismo principal de defensa el que se verifique la imposición de trabas irracionales para que se concreten los derechos de carrera administrativa cuando se ocupó la primera posición de una lista de elegibles y que la lista de elegibles pueda vencer durante una demanda administrativa por medio de control, tal como actualmente ocurre en mi asunto, no debería existir duda de la procedencia de la presente acción para que haya un pronunciamiento de fondo que proteja mis derechos fundamentales.

14°. Para finalizar, vale la pena aclarar que, si bien con fundamento en los recientes pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes Colombianas expuestos en el punto anterior la nueva postura tomada en el marco de concurso de méritos es que la acción de tutela se torna como el mecanismo principal e idóneo de defensa aun cuando no se avizore la ocurrencia de un perjuicio irremediable, lo cierto es que en mi caso sí están por generarse tales perjuicios irremediables en mi contra debido a que mi lista de elegibles va a perder vigencia el **01 de diciembre de 2023**, por lo cual resulta evidente y necesario que se ejecuten medidas urgentes por parte de su despacho que eviten la vulneración y en su lugar garanticen la protección de mis derechos fundamentales.

15°. Con base en lo expuesto, solicito respetuosamente se ordene el cumplimiento de las siguientes:

II. PRETENSIONES

Solicito señor Juez, de manera respetuosa, que se acceda a las siguientes pretensiones:

PRETENSIONES PRINCIPALES

1. Que se **TUTELEN** mis derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad de oportunidades, al trabajo, a la buena fe pública y confianza legítima en el contexto de la presunción de legalidad que envuelve actos administrativos, todos en conexidad con mi derecho fundamental al acceso a cargos públicos por virtud del **mérito**, derechos contenidos en la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991.
2. Que, en consecuencia de anterior, **ORDENE** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES que en el lapso de 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, me notifique de la resolución de mi nombramiento en período de prueba, en ejecución de los efectos jurídicos y derechos subjetivos personales y concretos que obtuve por la firmeza de mi lista de elegibles, y en específico en ejecución de la autorización del uso de mi lista de elegibles para efectuar mi nombramiento que le allegó la CNSC en fecha **07 de julio de 2023**.

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com

✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

3. Que se **ORDENE** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, que una vez hecho lo anterior, me otorgue los términos contenidos en el **Decreto 1083 de 2015** para la aceptación en el cargo y toma de posesión en el empleo.
4. Que se **CONMINE** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES a que a futuro se abstenga de realizar actuaciones administrativas y procedimentales que son vulneradoras del debido proceso para la revocatoria de derechos subjetivos o de carácter particular y concreto, así como son vulneradoras de los principios de confianza legítima, buena fe pública y seguridad jurídica relacionados con el principio de presunción de legalidad que envuelve a los actos administrativos denominados listas de elegibles una vez adquirieron firmeza y plenos efectos jurídicos, y que en su lugar adelanten el debido proceso ordenado por la ley y la jurisprudencia para la revocatoria de derechos de carácter particular y concreto.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

5. Que en caso de que no sea posible acceder a mis pretensiones principales, se ordene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES que en el lapso de 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, me notifique de la solución a mi recurso de reposición interpuesto en fecha **27 de septiembre de 2023** contra la resolución por la cual la entidad se abstuvo de proferir mi nombramiento en período de prueba, al haber superado el término dispuesto por ley para darle trámite, solución y notificación de la solución al recurso de reposición.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

-CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991:

ARTICULO 2. *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

ARTICULO 4. *La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

ARTICULO 13. *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com
✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

ARTICULO 23. *Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.*

ARTICULO 29. *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

-ARTICULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. *Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.*

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. *La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.*

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

ARTICULO 83. *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 éstas.*

ARTICULO 125. *Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com
✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

IV. PRUEBAS.

Con el fin de establecer la vulneración de los derechos constitucionales invocados, solicito a su despacho se sirva considerar las siguientes pruebas enviadas en formato digital pdf:

01. Cédula Luz Moreno
02. Acuerdo Convocatoria DIAN 1461 de 2020
03. Lista de elegibles OPEC 126966
04. Decreto 0419 del 21 de marzo de 2023 amplia planta de personal DIAN
05. Autorización de la CNSC para el uso de listas de elegibles 07 julio 2023
06. Resolución DIAN 007712 del 14 septiembre 2023 abstención nombramiento
07. Radicado recurso de reposición 27 septiembre 2023
08. Recurso de reposición 26 septiembre 2023
09. Decreto 927 del 07 de junio de 2023 Modifica sistema de carrera de la DIAN
10. Comparación de funciones para demostrar experiencia profesional relacionada

V. COMPETENCIA.

Es usted Señor Juez el competente para conocer de la presente acción de tutela, teniendo en cuenta el lugar donde ha ocurrido la violación o vulneración de mis derechos, conforme a lo previsto en el artículo 37° del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 1° numeral 1 del decreto 1382 de 2000, modificado por el decreto 1983 de 2017, teniendo en cuenta el lugar donde ocurrió la vulneración de los derechos fundamentales y que la DIAN y la CNSC son entidades de orden nacional.

VI. JURAMENTO

Para los efectos previstos en el artículo 37° del Decreto 2591 de 1991 manifiesto bajo la gravedad de juramento que no he instaurado acción de tutela por los mismos hechos y derechos violados, ante ninguna autoridad judicial o que, en todo caso, la tutela impetrada presenta hechos nuevos por los cuales es necesario un pronunciamiento de fondo.

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com
✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño



APM
ABOGADOS EN PRO DEL MERITO

VII. ANEXOS

Copias digitales para traslado y para archivo de la presente acción de tutela y todos los documentos relacionados en el acápite de pruebas en su respectivo orden.

VIII. NOTIFICACIONES Y FIRMAS

Recibiré notificaciones en la dirección: Calle 94 # 72 A 92 Casa 71, Bogotá D.C., en el correo electrónico: ljoyuela@gmail.com y en el celular: 3106787288.

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) en la Carrera 8 No 6C-38 Edificio San Agustín en la ciudad de Bogotá D.C. Teléfono, (601) 307-0864 correo electrónico: notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co

Atentamente,

LUZ JULIETTE OYUELA MORENO
C.C. 52.088.291 de Bogotá D.C.

✉ abogadosenprodelmerito@gmail.com
✉ abogadosenprodelmagisterio@gmail.com
☎ 3163056310

San Juan de Pasto - Nariño