

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO 24 PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO

Bogotá D.C, cinco (5) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Tutela No. 2023-00135

Accionante: HENRY GERMAN VELOZA CALDERON

*Accionado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL; DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y
ADUANAS NACIONAL DIAN*

Decisión: Niega amparo a los derechos al debido proceso, igualdad y acceso a cargos públicos

ASUNTO

Dentro del término señalado por el artículo 29 del decreto 2591 de 1991, procede este Despacho a emitir fallo dentro de la presente acción de tutela formulada por el señor HENRY GERMAN VELOZA CALDERON en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC) y la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONAL (DIAN), quien consideró que se le están vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a cargos públicos.

ACONTECER FACTICO

Afirma el accionante que ingresó a laborar en la DIAN el 19 de marzo de 2013 y fue nombrado en carrera administrativa en el cargo de Gestor IV. Que participó en la Convocatoria de Ascenso N° 2238 realizada por la CNSC para proveer vacantes en la DIAN, en el empleo denominado *Inspector III Código 307 Grado 7 OPEC 16945*.

Que con ocasión a tal convocatoria se emitió la resolución 950 de 2023 por parte de la CNSC, mediante la cual se conformaba la lista de elegibles para proveer el mencionado cargo. Refiere que obtuvo un puntaje de 87,03 y actualmente esta ocupando el primer puesto en esa lista, dado que la persona que tuvo mayor puntaje que él, ya fue nombrada en la vacante ofertada.

Indica que para el mismo empleo denominado *Inspector III Código 307 Grado 7 OPEC 127247*, se había realizado otro proceso de selección anterior, pero en la modalidad abierta. Que con ocasión a ello, se emitió la resolución N° 11459 de 2021 por medio de la cual se creó la lista de elegibles para proveer tal cargo, siendo que se habían ofertado 3 vacantes, las cuales ya fueron ocupadas.

Manifiesta que los empleos ofertados en ambas convocatorias son idénticos pues tienen las mismas funciones y demandan los mismos requisitos mínimos. Que por ende en la actualidad existen dos listas de elegibles vigentes para proveer el mismo cargo.

Asevera que mediante decreto 419 de 2023 se amplió la planta de personal de la DIAN creando 159 empleos para Inspector III Código 307 Grado 7. Que para proveer esos nuevos empleos, la DIAN y la CNSC discrecionalmente procedieron a utilizar únicamente la lista de elegibles de la resolución N° 11459 de 2021 OPEC 127247 del concurso abierto, sin tener en cuenta la lista de elegibles de la resolución N° 950 de 2023 OPEC 169452 del concurso de ascenso. Lo anterior se verificó al consultar la pagina web de la entidad, donde se observa que respecto de la resolución N° 11459 de 2021 se estaban ofertando 29 nuevos cargos, pero en torno a la resolución N° 950 de 2023, no aparecen nuevas vacantes ofertadas.

ACTUACION PROCESAL

Mediante auto del 23 de agosto de 2023 este despacho avocó el conocimiento de la acción impetrada y corrió traslado del escrito de tutela a las entidades accionadas, para que en el plazo de dos días, ejercieran su derecho de defensa. Posteriormente se decidió vincular oficiosamente a los integrantes de las listas de elegibles N° 11459 de 2021 y N° 950 de 2023 para que si a bien lo tenían, procedieran a intervenir en el presente trámite de tutela.

La **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)** respondió el requerimiento, aseverando que se efectuó una primera convocatoria N° 1461 de 2020 en la modalidad de ingreso. Con ocasión a la misma, se profirió la resolución N° 11459 de 2021 para conformar lista de elegibles para proveer tres vacantes definitivas en el empleo denominado INSPECTOR III Código 307 grado 07, OPEC 127247. Que dicha lista de elegibles cobro firmeza el 1 de diciembre de 2021 y se nombraron a los elegibles en orden de merito. Lo anterior, dado que la lista de elegibles se originó única y exclusivamente para proveer las vacantes de los empleos ofertados a concurso. Que esa lista de elegibles tendría vigencia de dos años.

Posteriormente se realizó la convocatoria N° 2238 de 2021 en la modalidad de ascenso. Con ocasión a la misma, se profirió la resolución N° 950 de 2023 para proveer una vacante del cargo INSPECTOR III Código 307 grado 07 , lista en la cual el accionante ocupó la posición N° 2.

Refiere que los dos procesos de selección en los cuales se ofertó el empleo de INSPECTOR III son diferentes en su naturaleza, pues uno fue de ingreso y el otro fue de ascenso. Enfatizan en que en los acuerdos que rigieron ambas convocatorias, no se estableció la posibilidad de unificación de listas de elegibles.

Que si bien posteriormente se emitió el decreto 927 de 2023 en el que se establecía la obligación de utilizar esas listas de elegibles para proveer vacantes generadas con posterioridad al concurso, tal norma no estipuló la figura de la unificación de listas de elegibles. Refiere que el uso de las mismas se esta realizando de acuerdo a los lineamientos dispuestos por la DIAN. Concluye aseverando que la pretensión del accionante no esta llamada a prosperar y que la misma no tiene sustento jurídico.

Por su parte, la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)** manifestó que la provisión de empleos mediante el uso de listas de elegibles es un ejercicio que realiza de manera armónica y mancomunada con la CNSC. Que esta ultima entidad es quien tiene la potestad de determinar una eventual equivalencia de empleos a fin de señalar y remitir la lista de elegibles con la cual se han de proveer los cargos. En torno a la pretensión principal del accionante referente a la unificación de listas, ello es una facultad de resorte de la CNSC.

En lo tocante a la pretensión del demandante atinente a que se le nombre en periodo de prueba como consecuencia de la unificación de la lista de elegibles, así como la aplicación del artículo 36 del decreto 927 de 2023, asevera que ello no es factible por cuanto la provisión de nuevos empleos se deberá hacer de manera escalonada y siempre teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestal.

El ciudadano CAMILO CARLOS CABALLER CORTES actuando como tercero interviniente, coadyuvó las pretensiones del accionante, aseverando que él también se encuentra en la misma situación del demandante, por cuanto se encuentra en el puesto N° 7 de la resolución 950 de 2023. Considera que se están vulnerando los derechos fundamentales invocados, al no tener en cuenta la existencia de esa lista de elegibles y al proveer los nuevos cargos únicamente haciendo uso de la Resolución 11459 de 2021. Que en aplicación al artículo 30 del decreto 927 de 2023, se debió proveer de un 30 a un 50% de vacantes en la modalidad ascenso. Además, cita el artículo 7 del acuerdo N° 300 de 2013 emitido por la DIAN que establece la forma que como se debe organizar el Banco Nacional de Listas de Elegibles.

La ciudadana DIANA PATRICIA REYES DACOSTA actuando como tercero interviniente, coadyuvo las pretensiones del accionante, aseverando que la lista de elegibles 45932-2 que adquirió firmeza el 13 de febrero de 2023 no ha sido objeto de ampliación en cuanto al numero de vacantes a proveer y que se esta ignorando que algunos de los puntajes de esta lista, son superiores a la otra lista que también está en firme. Que ello repercute en un desconocimiento al principio del mérito, mas aun cuando los empleos y sus funciones son iguales. Ello además se traduce en una conculcación al derecho fundamental de acceso igualitario a cargos públicos.

El ciudadano MARIO ANDRES REYES BARBOSA actuando como tercero interviniente, coadyuvó las pretensiones del accionante indicando que la acción de tutela es procedente para evitar un perjuicio irremediable, toda vez que la DIAN ha creado 29 cargos de INSPECTOR III solo para la OPEC 127247 y que no se ha tenido en cuenta la resolución 950 de 2023 donde él ha ocupado el puesto N° 5, excluyendo así a todas las personas que la conforman. Que se le esta cercenando la posibilidad de tener un mejor trabajo, mejores ingresos y mejor calidad de vida.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico:

De conformidad con el acontecer factico establecido en el escrito de tutela, se debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿La CNSC y la DIAN han vulnerado los derechos al trabajo, debido proceso, igualdad y acceso a cargos públicos de la accionante, al no proceder con la unificación de dos listas de elegibles para proveer vacantes respecto de un cargo equivalente?

Con el fin de resolver lo anterior, se traerá a colación el principio meritocrático para el acceso a cargos públicos; posteriormente se estudiara el concepto de derecho adquirido; seguidamente se analizará la finalidad de una lista de elegibles; finalmente se abordará el caso en concreto.

1. *Merito como criterio para la provisión de cargos públicos:*

Según lo ha dicho la Corte Constitucional, el mérito como criterio para el acceso a cargos públicos consiste en que

“El Estado pueda contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual

el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública”. Igualmente, el mismo precepto establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público. En los términos de este artículo: “Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público”¹.

2. Derecho adquirido. Concepto:

El Consejo de Estado ha definido los derechos adquiridos como

“Aquellas situaciones jurídicas individuales definidas y consolidadas bajo la vigencia de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente al patrimonio de una persona. Para que el derecho sea considerado como «adquirido», es necesario que se hayan cumplido los supuestos que la norma prevé para obtenerlo; es decir, todas las condiciones y requisitos fijados en esta respecto de un determinado sujeto. Vale precisar que el respeto y la garantía de no ser desconocido depende, además de lo anterior, de que se hubiese obtenido con respeto del ordenamiento jurídico”²

En tratándose de concursos de méritos, se ha dicho que la lista de elegibles surte un efecto inmediato y crea derechos respecto de las personas en ella incluidas y de manera particular acerca de quien ocupa el primer lugar.

3. De la finalidad de la lista de elegibles:

Según la Corte Constitucional, la lista o registro de elegibles

“Es un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Junto con la etapa de la convocatoria, es una fase hito y concluyente del sistema de nombramiento por vía del concurso público, dado que a través de su conformación, la entidad pública con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas

¹ Corte Constitucional, Sentencia SU 446 de 2011

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicado 2013-00499 de 2020.

*ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta. Este acto tiene una vocación transitoria toda vez que tiene una vigencia específica en el tiempo”.*³

4. Análisis del caso en concreto:

De los hechos narrados en el escrito de tutela, de las pruebas aportadas, así como de las respuestas emitidas por las entidades accionadas, se ha logrado establecer que en efecto, el señor VELOZA CALDERON se presentó a concurso de méritos en la convocatoria Ascenso N° 2238 de la DIAN. Que se encuentra dentro de la lista de elegibles N° 950 de 2023 para proveer vacantes del cargo *Inspector III Código 307 Grado 7 de la DIAN*, en primera posición con un puntaje de 87.03.

Que actualmente existe una lista de elegibles anterior que también está vigente, la N° 11459 de 2021, la cual emanó de un concurso de méritos en la modalidad de ingreso, también para proveer vacantes del cargo *Inspector III Código 307 Grado 7 de la DIAN*.

Hemos de advertir en primera medida, que ambas listas de elegibles obedecen al principio del mérito, pues están elaboradas en estricto orden descendente y cumplieron con el propósito de proveer las vacantes para las cuales se convocaron. En efecto, al examinar la lista N° 11459 de 2021, observamos que tal acto administrativo es claro en establecer que la conformación de ese listado se hacía para proveer tres (3) vacantes definitivas en el empleo denominado *Inspector III Código 307 Grado 7 OPEC 127247*. Según la información suministrada por la DIAN y la CNSC, tales vacantes ya fueron provistas con las personas que integraban esa lista.

Misma situación se presenta con la lista N° 950 de 2023, dado que en ese acto administrativo se estableció que la conformación de ese listado se hacía para proveer una (1) vacante definitiva del empleo denominado *Inspector III Código 307 Grado 7 OPEC 169452*. Según la información suministrada por la DIAN y la CNSC, tal vacante ya fue provista con la primera persona que integraba esa lista.

Partiendo de lo anterior, se hace hincapié en que según la Corte Constitucional,

“La lista o registro de elegibles tiene dos cometidos: el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: el de las plazas a proveer. El segundo, que durante su vigencia, la administración

³ Corte Constitucional, Sentencia SU 446 de 2011

haga uso de ese acto administrativo para ocupar sólo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros”.⁴ (negrilla fuera del texto original)

Por ende, es dable aseverar que las listas han cumplido con la regla atinente a la coherencia en la provisión de cargos con las plazas ofertadas. Es menester enfatizar que tal regla de la convocatoria es ley para los aspirantes, quienes la aceptaron al momento de inscribirse en los procesos meritocráticos.

Ahora bien, se ha corroborado que existe un hecho sobreviniente, consistente en que con posterioridad a la emisión de las listas de elegibles que actualmente se encuentran ejecutoriadas, se dispuso la ampliación de la planta de personal de la DIAN, a través del decreto 419 del 21 de marzo 2023. Según la información suministrada por el accionante, para el cargo *Inspector III Código 307 Grado 7* se han abierto al día de hoy 29 vacantes. Para proveer estas nuevas plazas, no se realizó un nuevo concurso de méritos por parte de la CNSC, sino que se procedió a la utilización de una de las listas de elegibles que actualmente se encuentran vigentes, en particular la N° 11459 de 2021. Ello en virtud de lo normado en el artículo 36 del decreto 927 de 2023 que reza:

“En aplicación de los principios de economía, sostenibilidad fiscal y austeridad del gasto, las listas de elegibles resultantes de los concursos realizados en virtud del párrafo transitorio del artículo 32 del Decreto-Ley 071 de 2020, luego de que los empleos ofertados sean provistos en estricto orden de méritos, deberán ser utilizadas dentro del término de su vigencia para proveer vacantes generadas con posterioridad a las convocatorias, así como aquellas derivadas de la ampliación de la planta de personal, siempre y cuando los requisitos del empleo sean los mismos y sus funciones iguales o equivalentes”

Al analizar la anterior disposición normativa, vemos que la misma no trae aparejado un mandato referente a la forma de priorizar o preferir una lista sobre otra, a la hora de proveer las nuevas plazas. Simplemente dicta que se deben utilizar las listas de elegibles de los concursos realizados en virtud del párrafo transitorio del artículo 32 del Decreto-Ley 071 de 2020, cosa que se ha cumplido en el *sub iudice*, pues la CNSC ha abierto 29 nuevas vacantes para ser cubiertas con la lista N° 11459, la cual emanó de un concurso realizado en el año 2021 y por ende se circunscribe a lo establecido en el mentado párrafo transitorio

Ahora bien, el señor VELOZA CALDERON asevera que las entidades demandadas actuaron arbitrariamente cuando decidieron utilizar únicamente la lista de ingreso N° 11459 de 2021 para

⁴ Ibidem

proveer las 29 nuevas vacantes, dejando a un lado la lista de ascenso N° 927 de 2023. Ello por cuanto según el libelista, se desconoció lo preceptuado en el acuerdo 300 de 2013 de la CNSC, que establece:

“El Banco Nacional de Listas de Elegibles de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- se organizará de la siguiente manera:

a. Se agruparán los elegibles que se hayan inscrito a empleos que pertenezcan a un mismo nivel jerárquico y que tengan el mismo código y grado.

b. Se organizarán los elegibles en orden descendente, de acuerdo al puntaje total obtenido en la lista de elegibles en que se encuentren”.

Además, según el accionante también se desobedeció la ley 1960 de 2019 que en su artículo 2, numeral 3 reza:

“Si se cumple con los anteriores requisitos se convocará a concurso de ascenso el treinta (30%) de las vacantes a proveer. El setenta (70%) de las vacantes restantes se proveerán a través de concurso abierto de ingreso...”

Lo anterior por cuanto para VELOZA CALDERON, la norma en cita obligaba a la administración a proveer esas 29 nuevas plazas, con una distribución de 30% para la lista de ascenso y 70% para la lista de ingreso.

Sin embargo, este despacho considera que el argumento del accionante no está llamado a prosperar, por dos razones: primero, porque el acuerdo 300 de 2013 no establece en modo alguno, un criterio de priorización a la hora de utilizar una lista sobre otra. Simplemente está ordenando la creación de las listas a partir de una clasificación de cargos por código y grado y su posterior elaboración de manera descendente según el puntaje obtenido en **la lista de elegibles en que se encuentren**, dejando entrever con esto último, que cada lista es independiente y dimana de actos administrativos autónomos

La segunda razón que desemboca en la no prosperidad de la refutación del libelista, tiene que ver con una errónea interpretación del artículo 2 de la ley 1960 de 2019, pues ese artículo solo reglamenta la **realización de concursos de ascenso** así como el porcentaje de vacantes que se deberán ofertar para estos tipos de concurso. Pero ello no quiere decir que con posterioridad a la finalización de las convocatorias, se deba hacer la distribución de nuevas plazas en las proporciones indicadas para listas de elegibles ya en firme, menos aun cuando el número de plazas a proveer, deben ser

enunciadas y precisadas en los albores del proceso meritocrático, es decir, cuando se publican los acuerdos que dan apertura a los concursos.

Así pues, es dable aseverar que la actuación de la CNSC y la DIAN, referente a la utilización únicamente de la lista N° 11459 de 2021 para proveer 29 nuevas vacantes del cargo de *Inspector III Código 307 Grado 7*, no vulnera ninguno de los preceptos normativos traídos a colación por el accionante.

Ahora bien, VELOZA CALDERON ha argumentado que por principio del mérito, la asignación de los nuevos cargos ofertados debería realizarse a partir de una lista unificada, en la que se fusionen las personas tanto de la lista N° 11459 como los de la N°927 y en estricto orden de puntuación, se de lugar a un único listado.

Al respecto, ha de advertirse en primera medida una incoherencia de este último argumento con lo expuesto anteriormente por el accionante: decía por un lado que las plazas debían distribuirse en proporción de 70% para la lista abierta y 30% para la lista de ascenso, pero luego asevera que hay que proceder con la fusión de las listas para que se provean los vacantes en orden descendente y ya no en la proporción descrita.

Pero al margen de la incongruencia citada, lo cierto es que resulta improcedente tal pretensión, pues ello implicaría la vulneración a múltiples derechos adquiridos. Tal como se establecido por el Consejo de Estado en Radicado 2013-00499 de 2020, *“la lista de elegibles surte un efecto inmediato y crea derechos respecto de las personas en ella incluidas”*. Consideramos entonces, que las personas que están en una lista de elegibles en firme, tienen el derecho adquirido a ocupar la posición asignada en tal listado, pues tal como lo ha afirmado la Corte Constitucional, *“la consolidación de este derecho se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”*⁵

Ese derecho, por haberse otorgado con apego al ordenamiento jurídico, no puede ser desconocido, *“salvo que sea necesario limitarlo para garantizar principios y valores de un mayor valor Consagrados en la Constitución Política, como la solidaridad y el interés general”*,⁶ cuestión que no ocurre en el caso *sub iudice*.

A propósito de lo anterior, la corte constitucional en sentencia su 913 de 2009 también se ha pronunciado, haciendo patente la *“inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez éstas se*

⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU 446 de 2011

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicado 2013-00499 de 2020.

encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos”.

Por lo anteriormente mencionado, consideramos que la pretensión de VELOZA CALDERON referente a la unificación de listas, significaría eliminar de la vida jurídica un acto administrativo en firme que creó derechos adquiridos, por vía de tutela, para luego conculcar el derecho a las personas que están en la lista N° 11459, porque se tendría que ordenar la emisión de otro acto administrativo en el cual se les desmejoraría la posición que ya se les había asignado, resultando desplazadas a posiciones más bajas.

Además, a propósito del derecho a la igualdad, no se podría hacer la equiparación solicitada por el actor, pues como ya se ha advertido en múltiples oportunidades, una lista se formó por la modalidad de ingreso y otra por la modalidad de ascenso. Entonces, la primera está conformada por cualquier ciudadano colombiano que cumpliera con los requisitos de ley; mientras que la segunda solo está conformada por funcionarios que ya venían ejerciendo cargos en la DIAN; no hay forma de equiparar tales calidades en una única lista unificada.

En conclusión, consideramos que las entidades demandadas no han vulnerado ningún precepto del ordenamiento jurídico a la hora de utilizar únicamente determinada lista de elegibles para la provisión de nuevas plazas públicas; y que no hay fundamento legal ni constitucional para ordenar una “unificación de listas de elegibles” tal como lo pretende el demandante. Consecuentemente tampoco habrá lugar a ordenar el nombramiento en periodo de prueba del accionante, para el cargo de *Inspector III Código 307 Grado 7*.

5. Otras consideraciones:

Comoquiera que en este proceso se ordenó la vinculación oficiosa de los integrantes de las listas de elegibles N° 950 de 2023 y N° 11459 de 2021 para que si a bien lo tenían, se pronunciaran en el presente trámite constitucional, se ordenará a la CNSC la publicación de esta providencia en su página web para que pueda ser conocida por los prenombrados.

6. Decisión:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el amparo constitucional a los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos del señor HENRY GERMAN VELOZA CALDERON identificado con C.C 445541, por las razones expuestas en la parte considerativa de este fallo

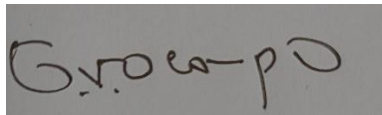
SEGUNDO: ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL la publicación de esta providencia en su pagina web.

TERCERO: NOTIFICAR esta sentencia, al tenor de lo normado en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

CUARTO: De no ser impugnado el presente proveído, envíese a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

El Juez



GUILLERMO DE JESÚS VILLADA OCAMPO