

Señor
JUEZ MUNICIPAL (REPARTO)
E.S.D

Accionante: EILEEN MILEDY RESTREPO CASTRO
Accionados: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

ACCION DE TUTELA VULNERACION DERECHOS FUNDAMENTALES.

Yo Eileen Miledy Restrepo Castro, identificada con Cedula de Ciudadanía 66.785.685 de Palmira (Valle), Interpongo ACCION DE TUTELA en contra de la Dirección Especial De Impuestos Y Aduanas Nacionales – DIAN, Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, vinculación del Ministerio de Hacienda, por la vulneración a mis derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, acceso al desempeño de funciones y cargos públicos por mérito, convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 artículo 26 “PACTA SUNT SERVANDA” compromisos ingreso OCDE, consagrados en los artículos 13, 29, 125, 93, 209, y 40 numeral 7 de la Constitución Política de Colombia, además de todos aquellos que como juez constitucional encuentre violentados con ocasión de la participación en el Proceso de Convocatoria ofertado con el Proceso de Selección DIAN.

1. HECHOS.

PRIMERO:

La CNSC expidió el Acuerdo No. 08 del 29 de diciembre de 2022 “Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección de Ingreso y Ascenso para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, Proceso de Selección DIAN 2022” y su respectivo Anexo.

SEGUNDO:

Me postulé al cargo técnico, denominación: analista V, grado: 5, código: 205, número OPEC: 198414.

Analista v

nivel: técnico denominación: analista v grado: 5 código: 205 número opec: 198414 asignación salarial: \$5273758 vigencia salarial: 2022

PROCESO DE SELECCIÓN DIAN 2022 - MODALIDAD INGRESO Cierre de inscripciones: 2023-11-20

Total de vacantes del Empleo: 2 [Manual de Funciones](#)

TERCERO:

La OPEC 198414 contiene dos vacantes ofertadas, ocupando yo el puesto No.3 con un puntaje de 79.02.

Número de inscripción aspirante	Resultado total
595430103	81.39
623229339	79.03
571340713	79.02
597330387	78.74
604591419	78.57
600433938	78.11
630760586	77.20
605070529	76.98
605348488	76.72
607691790	75.88

CUARTO:

Fue emitida la RESOLUCIÓN № 7331 de marzo 11 de 2024, 2024RES-400.300.24-023408 “Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer dos (2) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado ANALISTA V, Código 205, Grado 5, identificado con el Código OPEC No. 198414, diferente al Nivel Profesional del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, Proceso de Selección DIAN 2022 - Ingreso”. Es decir que yo sería la persona que sigue en la lista de elegibles teniendo presente que estoy de tercera y las dos personas que se encontraban con un mayor puntaje le fueron provistos las dos vacantes mencionadas.

QUINTO:

El presidente de la Republica mediante Decreto 419 de 2023 autoriza ampliación de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-. El cual menciona:
ARTÍCULO 1. Ampliación de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN.

A la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN que comprende los empleos de que tratan los artículos 2 y 3 del Decreto 4051 de 2008, 1 del Decreto 4953 de 2011, 1 del Decreto 2393 de 2015, 1 del Decreto 2394 de 2015, 3 del Decreto 2153 de 2017, 1 del Decreto 2184 de 2017 y 1 del Decreto 1744 de 2020, se le crean con carácter permanente los siguientes empleos en el número, denominación, código y grado que se señala a continuación:

3. Planta Global.

Total, número De empleos	Denominación	Código	Grado	Fase	
				Empleos por compromiso ingreso a la OCDE 2018	Empleos Plan de Choque 2023-2026
185 (Ciento ochenta y cinco)	Analista V	205	05	155 (Ciento cincuenta y cinco)	30 (Treinta)
230 (Doscientos treinta)	Analista IV	204	04	220 (Doscientos veinte)	10 (Diez)
430 (Cuatrocientos treinta)	Analista III	203	03	315 (Trescientos quince)	115 (Ciento quince)
448 (Cuatrocientos cuarenta y ocho)	Analista II	202	02	340 (Trescientos cuarenta)	108 (Ciento ocho)
534 (Quinientos treinta y cuatro)	Analista I	201	01	508 (Quinientos ocho)	26 (Veintiséis)
70 (Setenta)	Facilitador IV	104	04	70 (Setenta)	
154 (Ciento cincuenta y cuatro)	Facilitador III	103	03	154 (Ciento cincuenta y cuatro)	
179 (Ciento setenta y nueve)	Facilitador II	102	02	179 (Ciento setenta y nueve)	
71 (Setenta y uno)	Facilitador I	101	01	71 (Setenta y uno)	

El artículo 3 del Decreto 0419 del 21 de marzo de 2023 establece que la provisión de los cargos creados por el ingreso a la OCDE se hará en 2023 y los "Empleos para el Plan de Choque 2023-2026" se distribuirán y **proveerán en el año 2024**:

“Distribución y provisión. La provisión de los empleos se efectuará de conformidad con lo establecido en la ley y en el sistema específico de carrera de la DIAN, y la distribución se hará de conformidad con lo previsto en el artículo 115 de la Ley 489 de 1998, el Director General de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y aduanas Nacionales -DIAN-, distribuirá y proveerá los empleos de la fase ‘Empleos por compromiso ingreso a la OCDE 2018’ en el año 2023.

Los empleos de la fase "Empleos para el Plan de Choque 2023-2026" se distribuirán y proveerán en el año 2024, sin exceder el monto de la disponibilidad presupuestal y en todo caso, en los años 2025 y 2026 se podrá efectuar la distribución y la provisión de los empleos que se crean en el artículo 1° del presente decreto, para lo cual se tendrá en cuenta la estructura, los planes, los programas, necesidades del servicio de la entidad, las disposiciones legales vigentes, y la disponibilidad presupuestal para la vigencia fiscal correspondiente.”

SEXTO:

El párrafo transitorio del artículo 36 del Decreto Ley 927 del 7 de junio de 2023 autorizó a la DIAN a: *“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**”.*

Que la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, presentó al Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, el correspondiente estudio técnico de que trata el artículo 46 de la Ley 909 de 2004 modificado por el artículo 228 del Decreto-Ley 019 de 2012, los artículos 2.2.1.4.1 y 2.2.12.3 del Decreto 1083 de 2015 y el artículo 2 del Decreto 397 de 2022 para efectos de modificar la planta de personal, obteniendo concepto favorable de ese Departamento Administrativo.

SEPTIMO:

La provisión de la planta de cargos se encuentra supeditada a la disponibilidad presupuestal y a la financiación de los empleos, de acuerdo con los recursos presupuestales que sitúe el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la presente vigencia. Y refiere que la Comisión Nacional del Servicio Civil, es quien, definirá las listas de elegibles de empleos iguales o equivalentes y posiciones a emplear.

Que la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, expidió certificado de viabilidad presupuestal para los efectos del presente decreto y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República mediante concepto OFI23-00020703 del 8 de febrero de 2023 señaló que era necesario fortalecer la DIAN con un número de personal suficiente que pueda incrementar los resultados de las metas de recaudo.

El párrafo transitorio del artículo 36 del Decreto Ley 927 del 7 de junio de 2023 dispone en su primera parte lo siguiente: *“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**”.*

Los empleos de la fase "Empleos para el Plan de Choque 2023-2026" se distribuirán y proveerán en el año 2024.

El Director de la DIAN expidió la Circular No. 000005 del 31 de julio de 2023, a fin de dar cumplimiento al parágrafo transitorio del artículo 36 del Decreto 0927 de 2023, para proveer vacantes definitivas incluidas aquellas derivadas de la ampliación de la planta de personal conforme al Decreto 0419 del 21 de marzo de 2023, con listas de elegibles producto de los concursos realizados en virtud del parágrafo transitorio de artículo 32 del Decreto-Ley 071 de 2020, incluidas aquellas derivadas de la ampliación de la planta de personal.

OCTAVO:

El nuevo régimen laboral de la DIAN conforme al Decreto 0927 de 2023, es ir dejando a un lado la provisionalidad de cargos y proveer de manera definitiva las vacantes, en consecuencia esta situación ha dado lugar a diferentes tutelas entre ellas radicado 2023-00295-01 la cual en segunda instancia el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, falló ordenando a la DIAN proveer 154 vacantes para el empleo de facilitador III, de la planta global, compromiso OCDE, a favor de Maritza Guampe Ballesteros por hechos idénticos a los referidos en esta solicitud constitucional, ordenando tutelar los derechos violentados y a la DIAN realizar los correspondientes nombramientos usando la lista de elegibles que no tenía como priorizada.

NOVENO:

Mediante resolución 001687 del 29 de febrero de 2024, la DIAN acata el fallo mencionado el numeral anterior.

2. PRETENSIONES

- a. Que me sean TUTELADOS mis DERECHOS FUNDAMENTALES a la igualdad, debido proceso administrativo, acceso al desempeño de funciones y cargos públicos por mérito, acceso a la carrera administrativa, además de todos aquellos que como juez constitucional encuentre violentados por el accionado.
- b. Se ordene a la Dirección Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN y a la Comisión Nacional Del Servicio Civil – CNSC, que, en el término perentorio de la inmediatez, de acuerdo con sus competencias, gestionen las acciones correspondientes para realizar mi nombramiento en periodo de prueba como paso inicial para ingreso a la carrera administrativa, **haciendo uso de la lista de elegibles** para ser nombrada en uno de los cargos que se encuentran en vacancia dentro de la entidad dada por ascensos, pensionados, retiros o por la ampliación de planta realizada para el cumplimiento con la OCDE y del Plan de Choque 2023-2026 (185 cargos en total creados para Analista V), utilizando la lista de empleos ya sea que se ubique en el mismo cargo denominado Analista V, Código 205, Grado 05 identificado con OPEC No.198414 o en uno equivalente, resaltando el mérito por encima de los

puestos ocupados por provisionales ya que según el Plan Anual de Vacantes existen 145 personas en provisionalidad y 36 en encargo.

- c. Se ordene la suspensión del término de vigencia de la lista de elegibles como medida preventiva hasta tanto se garantice la efectividad del goce de los derechos vulnerados por los accionados.

PETICION ESPECIAL: solicito sea tenido en cuenta el concepto expresado como respuesta a PQRS en relación a los empleos equivalentes:

Ref.: Respuesta a su solicitud instaurada a través del Sistema de Recepción de Quejas, Reclamos, Sugerencias, Peticiones y Felicitaciones con No. de Asignación 2024DP000035089.

... Teniendo en cuenta que ANALISTA 5 tiene diferentes procesos y subprocesos, se tiene en cuenta solo que pertenezca a ese cargo o depende también de las características de las diferentes OPEC pertenecientes a analista 5?

Sobre el particular es de señalar que artículo 7 del Decreto Ley 0927 de 2023, indica que “La DIAN tendrá un sistema de planta global y flexible consistente en un banco de cargos para todo el territorio nacional, que serán distribuidos por el Director General entre las distintas dependencias de la entidad, atendiendo a las necesidades del servicio”. En tal sentido, la ubicación de los empleos en las dependencias junto con sus denominaciones y respectivo perfil de descripción de empleo están asociadas a las necesidades propias del servicio, por ende, no están sujetos a la estructura de las dependencias o procesos. Si bien es cierto que se cuenta con un banco de cargos con una cantidad determinada de vacantes por denominación, código y grado, no es posible determinar, ni establecer su ubicación, ni el proceso o subproceso al cual apoyarán, por cuanto esta determinación solamente se establecerá en el momento en que el Director decida proveer la vacante, según las necesidades del servicio, determinando el proceso o subproceso, así como la ubicación geográfica y dependencia a la que se asignará.

*De esta forma, **la planta global, permite que en forma general se determinen los empleos que se requieren en la respectiva entidad, sin que sean designados a una dependencia en particular, lo que permite que sean movidos de una dependencia a otra de acuerdo con las necesidades de la entidad, logrando así una administración más ágil y dinámica con una mejor utilización del recurso humano.** Así las cosas, la planta de personal de la DIAN no se comporta como una planta estructural.*

Por lo anterior, solicito igualmente por favor tener en cuenta las once (11) OPEC de Analista V para realizar dicha provisión en orden de puntuación de las OPEC en forma global; en mi caso en particular estoy de primera después de los dos puestos meritorios de mi lista OPEC 198414 (puntaje 79.02) y observo listas con menores puntajes que el mío que incluso ya están en posición meritoria en los mismos.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

Resolución 001687 de 29 de Febrero 2024:

Con la cual la DIAN da cumplimiento a sentencia que ordena utilizar la lista de elegibles de Facilitador III para proveer 154 vacantes, razón por la cual se realizó la desvinculación del personal que estaba en dichos cargos bajo criterio de provisionalidad. Lo anterior se menciona aludiendo a los criterios de mérito e igualdad.



Establece en el considerando:

Que en el trámite de impugnación de la decisión proferida por el “a quo” el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en providencia del 15 de diciembre de 2023, dentro del proceso de Tutela No. 76001-33-33-017-2023-00295-01 ordenó en Segunda Instancia:

“ORDENAR a la DIAN que al momento de proveer las 154 vacantes de facilitador iii (sic), código 103, grado 3 de la planta global, compromiso OCDE, tenga en cuenta la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 11409 del 20 de noviembre de 2021.

Debe hacerlo conforme al procedimiento de asignación de vacantes propio de la entidad y tener en cuenta que existen personas con mejor derecho que la demandante por posición en la lista y/o situaciones administrativas especiales.

Hasta el 31 de diciembre de 2023 la entidad demandada debe informar a los miembros de la lista de elegibles que integra la demandante y a la Comisión Nacional del Servicio Civil que esa lista será tenida en cuenta al momento de proveer las referidas 154 vacantes. (...).”

El Decreto Ley 1072 de 1999 en su art 31 numeral 5 dispone que:

“5. Lista de elegibles. Con base en los resultados del concurso y con quienes hayan aprobado el mismo, se conformará una lista de elegibles cuya vigencia será de dos (2) años en estricto orden de mérito. Los empleos objeto de la convocatoria serán provistos a partir de quien ocupe el primer puesto de la lista y en estricto orden descendente.

Las listas de elegibles podrán ser utilizadas para proveer vacantes en el mismo cargo, o en otros iguales, similares o de inferior jerarquía siempre y cuando se cumplan los requisitos y

exigencias que el Director General establezca, para lo cual deberá tener en cuenta las líneas de carrera por procesos, los puestos de trabajo y la formación técnica, profesional y especializada”.

El Decreto ley 71 de 2020 dispuso lo siguiente en su art 34:

“ARTÍCULO 34. Uso de lista de elegibles. Una vez provistos los empleos objeto del concurso, la lista de elegibles tendrá una vigencia de dos (2) años, contado a partir de la firmeza de dicha lista.

Siempre y cuando la convocatoria así lo prevea, la lista de elegibles podrá ser utilizada en estricto orden descendente para proveer única y exclusivamente las vacantes que pudieren presentarse en los empleos que fueron ofertados como consecuencia del retiro del servicio del titular.”

El Decreto 927 de 2023 artículo 36 indicó lo siguiente:

“ARTÍCULO 36. Uso de lista de elegibles. Una vez provistos los empleos objeto del concurso, la lista de elegibles tendrá una vigencia de un (1) año, contado a partir de su firmeza.

*La lista de elegibles deberá ser utilizada en estricto orden descendente para vacantes generadas con **posterioridad** a la convocatoria, siempre y cuando los requisitos del empleo sean los mismos y sus funciones iguales o equivalentes.*

(...)

*PARÁGRAFO TRANSITORIO. 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.”*

Normas constitucionales y convencionales de referencia:

El constituyente del 91, consagró la acción de tutela, para reclamar de las autoridades jurisdiccionales en todo momento y lugar, la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades y en casos especiales por los particulares.

En los términos del artículo 86 de la Carta Política, el amparo constitucional es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando la acción u omisión de cualquier autoridad pública e incluso de los particulares, amenace tales intereses esenciales.

Sin embargo, este medio procesal es residual y subsidiario, por lo que en armonía con el Art. 6° del Decreto 2591 de 1991, sólo procede cuando el afectado no disponga de otro instrumento judicial contemplado en el ordenamiento jurídico, caso en el cual, la tutela entra

a salvaguardar de manera eficaz los derechos invocados o aún, si éste existiere, no resulte idóneo para su protección.

De acuerdo con lo dispuesto en el Art 209 de la Constitución Política *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”*

La procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos:

Frente a este tema, la jurisprudencia ha manifestado en reiteradas ocasiones que no procede por regla general la tutela en materia de concurso de méritos, sin embargo, expresa que existen unas excepciones a dicha regla con las cuales se pretende proteger los derechos fundamentales del tutelante, los cuales se pasan a explicar en la Sentencia T- 319 /2014, en los siguientes términos:

“Por consiguiente, si hubiere otras instancias judiciales que resultaren eficaces y expeditas para alcanzar la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía de tutela. Es decir, la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, pues el amparo no puede desplazar los mecanismos de defensa previstos en la correspondiente regulación común”.

De esta manera, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos esta Corporación ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos.

En este sentido, esta Corporación en **sentencia T-315 de 1998**, señaló:

“La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño

fundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”

De igual forma, en la **sentencia SU-133 del 2 de abril de 1998**, la Corte indicó que en algunas ocasiones los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos de carrera. Afirmó la referida providencia:

“Así las cosas, esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.”

En el mismo sentido, la **Sentencia T-425 del 26 de abril 2001** se pronunció en los siguientes términos:

“En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto: la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata”.

En la **Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002**, la Corte reiteró esta posición:

“... existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos.”

En los mismos términos, en la **Sentencia SU-913 de 2009**, la Corte Constitucional concluyó que *“si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para tener la entidad de excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, esto es, acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de*

derechos que requieren atención inmediata”.

De los concursos públicos de méritos:

Los concursos públicos de méritos tienen fundamento en el artículo 125 Constitucional, que dispone :*“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.”* Con ellos precisamente se pretende que el acceso al empleo público corresponda a criterios objetivos, de imparcialidad y mérito según las capacidades, la preparación y las aptitudes de los aspirantes con el fin de escoger a quien mejor pueda desempeñarse.

De la lectura del precepto Constitucional también se desprende la necesidad de seguir con los lineamientos que la Ley fije para acreditar los méritos y calidades de los aspirantes, esto con el fin de asegurar derechos fundamentales tales como el debido proceso y la igualdad, además del cumplimiento de los deberes que han de caracterizar la actuación administrativa.

El sistema de carrera no sólo pretende garantizar que los servidores públicos tengan la experiencia, el conocimiento e idoneidad necesaria para prestar sus servicios, sino garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública, bajo criterios de imparcialidad y objetividad.

Al respecto, adquiere especial relevancia el debido proceso en el marco de los concursos de méritos, cuyo alcance ha sido definido por el Alto Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

“4.3. Ahora bien, el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional” (artículo 29 Superior).

Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso, así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles. Hacer caso omiso a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación.”

Precisamente, sobre el tema la Sala Plena de esta Corporación al asumir el estudio de varias acciones de tutela formuladas contra el concurso público de méritos que se adelantó para proveer los cargos de notarios en el país, mediante sentencia SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), señaló que (i) las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. En este punto, esta Sala de Revisión estima que si por factores exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por los partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa; y, (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido.” Sentencia T-090 de 2013.

En relación con la obligatoriedad de la convocatoria del concurso de méritos y su efecto vinculante a las entidades que desarrollan el mismo y los aspirantes, la H. Corte Constitucional en su jurisprudencia, ha señalado (H. Corte Constitucional, sentencia T-829 de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Expediente:T-3.524.549.):

“Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado consagrados en el artículo 1° de la Carta Política.

(...)

“La importancia de la carrera administrativa como pilar del Estado Social de Derecho, se puso de relieve por esta Corporación en la sentencia C-588 de 2009, al declarar la inexecutable del Acto Legislativo No 01 de 2008, que suspendía por el término de tres años la vigencia del artículo 125 constitucional. En el mencionado pronunciamiento se indicó que el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado que se consagra en el artículo 1 constitucional, cuyo incumplimiento o inobservancia implica el desconocimiento de los fines estatales; del derecho a la igualdad y la prevalencia de derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el acceso a cargos públicos y el debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, en dicho pronunciamiento se concluyó que **“la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por lo mismo, una de las**

garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución”, en donde la inscripción automática, sin el agotamiento de las etapas del proceso de selección, resultaba abiertamente contraria a los principios y derechos en los que se erige la Constitución de 1991.

(...)

3.4. La convocatoria es, entonces, **“la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”**, y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración *debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada”*.

El principio constitucional del mérito como principio rector del acceso al empleo público. Este tema se trató por parte de la Corte Constitucional, en reciente Sentencia T –340/ 20 así:

3.5.1. El artículo 125 de la **Constitución Política** elevó a un rango superior el principio de mérito como criterio predominante para la designación y promoción de servidores públicos. Así, consagró como regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y que el ingreso a ella se hará mediante concurso público. **Con esta norma el constituyente hizo explícita la prohibición de que factores distintos al mérito pudiesen determinar el ingreso y la permanencia en la carrera administrativa.**

Según lo ha explicado esta Corporación (Ver Sentencias C-901 de 2008 y C-588 de 2009), la constitucionalización de este principio busca tres propósitos fundamentales:

El primero de ellos es asegurar el cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa previstos en los artículos 2 y 209 Superiores. En este sentido, se ha dicho que la prestación del servicio público por personas calificadas se traduce en eficacia y eficiencia de dicha actividad. Además, el mérito como criterio de selección provee de imparcialidad a la función pública.

El segundo es materializar distintos derechos de la ciudadanía. Por ejemplo, el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos; el debido proceso, visto desde la

fijación de reglas y criterios de selección objetivos y transparentes previamente conocidos por los aspirantes; y el derecho al trabajo, ya que una vez un servidor público adquiere derechos decarrera, solo la falta de mérito puede ser causal para su remoción.

El tercer y último propósito perseguido por el artículo 125 Superior, es la igualdad de trato y oportunidades, ya que con el establecimiento de concursos públicos, en los que el mérito es el criterio determinante para acceder a un cargo, cualquier persona puede participar, sin que dentro de este esquema se toleren tratos diferenciados injustificados, así como la arbitrariedad del nominador. Concretamente, la Corte ha sostenido que el principio de mérito *“constituye plena garantía que desarrolla el principio a la igualdad, en la medida en que contribuye a depurar las prácticas clientelistas políticas en cuanto hace al nombramiento de los servidores públicos o cuando fuese necesario el ascenso o remoción de los mismos, lo que les permite brindarles protección y trato sin discriminación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*. (Sentencia SU-086 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

El principio del mérito se concreta principalmente en la creación de sistemas de carrera y en el acceso a cargos públicos mediante la realización de concursos. Este último corresponde a los procesos en los que a través de criterios objetivos se busca determinar la idoneidad, capacidad y aptitud de los aspirantes para ocupar un cargo, teniendo en cuenta la categoría del empleo y las necesidades de la entidad. De suerte que, las etapas y pruebas en cada convocatoria deben estar dirigidas a identificar las cualidades, calidades y competencias de los candidatos, para, con dichos resultados, designar a quien mayor mérito tiene para ocupar el cargo.

Respecto de la función del concurso público como garantía de cumplimiento del mérito, en la Sentencia C-588 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), en la cual se declaró inexecutable el Acto Legislativo 01 de 2008, “por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”, esta Corporación afirmó que:

“Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, pues el Constituyente lo previó como un mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa” (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo). Así pues, el sistema de concurso ‘como regla general regula el ingreso y el ascenso’ dentro de la carrera (y, por ello, ‘el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos’, pues sólo de esta manera se da cumplimiento al precepto superior conforme al cual ‘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’ (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C.1122 de 2005. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

El concurso es así un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impide que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios 'subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante" (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-211 de 2007. M. P. Alvaro Tafur Galvis).

4. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Procedencia de la acción de tutela en concurso de méritos.

En primer lugar, debe hacerse mención de que la acción de tutela es un mecanismo creado por la Constitución de 1991 a través del cual se busca de manera ágil y oportuna, la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad, instituido como un medio preferente, sumario e idóneo para reclamar la protección y garantía de los valores constitucionales.

En ese contexto, la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 constitucional, determina, entre otras cosas, que el afectado no cuente con otros mecanismos de defensa o que, existiendo, los mismos no resulten idóneos y eficaces, para solucionar la controversia.

En materia de concursos de méritos, ha entendido la jurisprudencia que, para excluir la acción de tutela de estos casos, el mecanismo con el que cuente el interesado, debe resultar eficaz e idóneo, ya que, en otras circunstancias, sería inocuo establecer la existencia de una acción que no garantice la supremacía de la Constitución.

Al efecto señaló la Corte Constitucional lo siguiente: *"En lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo. La acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales"* (C.C. ST-180 de 2015).

Acción De Tutela En Materia De Lista De Elegibles Próximas A Vencer

Sobre la materia la Corte Constitucional en sentencia SU 553 de 2015 determinó que:

“la acción de tutela era procedente, cuando la persona que pretende acceder al cargo para el cual participó en un curso de méritos, se ve expuesta al riesgo de que el registro o la lista de elegibles pierda vigencia y, como consecuencia de ello, no pueda garantizarse la protección de su derecho por las vías judiciales existentes, lo que generaría un perjuicio irremediable (...).”

De ahí que, en ciertos casos, cuando la acción de tutela se interpone contra actos administrativos relacionados con concursos de méritos, el perjuicio irremediable que se pretendería evitar son las consecuencias negativas que se derivan de la pérdida de vigencia de la lista de elegibles, las cuales no se podrían impedir si exige al tutelante el previo agotamiento de los medios de control dispuestos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo para reclamar la protección de su derecho, por la extensa duración de su trámite.

En esa línea de argumentación, la jurisprudencia constitucional ha señalado *que ‘los registros de elegibles tienen vocación temporal y exigir en todo caso la actuación ante la vía judicial contenciosa puede acarrear demoras que harían nugatorio el derecho afectado ante la inminente pérdida de vigencia del registro de elegibles antes de que se pudiera adoptar una decisión en tal jurisdicción’*”.

Conforme la procedencia subsidiaria y excepcional de la acción de tutela, se tendría que no habría lugar a ello, cuando se ventilan hechos concernientes a concursos de méritos; no obstante, ha establecido la Corte Constitucional que es procedente el estudio de la misma en casos excepcionales. Específicamente, en lo que tiene que ver con la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos, se ha precisado, por parte del precedente constitucional, que existen dos casos en los cuales la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo: (i) *“aquellos casos en los que la persona afectada no tiene un mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional”* y (ii) *cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediadamente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción.* (Subrayado fuera de texto).

Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el Juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el Juez Constitucional. La procedencia de la acción de tutela para anular los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos, tiene una inescindible relación con la necesidad de proteger los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y debido

proceso, los cuales, en la mayoría de las ocasiones, no pueden esperar el resultado de un proceso ordinario o contencioso administrativo.

Sobre los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.

Subsidiariedad.

En lo concerniente a la imposibilidad de que el juez de tutela reemplace los mecanismos ordinarios para la resolución de conflictos puestos a su consideración, dada su naturaleza subsidiaria y residual, ha dicho el máximo Tribunal Constitucional que:

“El inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política y el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, revisten a la acción de tutela de un carácter subsidiario por cuanto solo es procedente cuando no se dispone de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Vale señalar que los medios de defensa judiciales deben ser valorados en cuanto a su idoneidad y eficacia, respecto a las circunstancias en que se encuentre el solicitante...” (Subrayado fuera de texto). *Sentencia T-103 de 2014 MP Jorge Iván Palacio.*

Ahora bien, en desarrollo del principio de subsidiariedad, la jurisprudencia constitucional ha señalado que en los casos en que el accionante tenga a su alcance otros medios o recursos de defensa judicial, la acción de tutela procederá de manera excepcional de forma indirecta, cuando: (i) los medios de defensa judicial no son idóneos (dimensión material) y eficaces (dimensión temporal) para proteger los derechos presuntamente conculcados; (ii) a pesar de que los medios de defensa judicial son idóneos, la acción de tutela debe concederse como mecanismo transitorio de protección para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales; y (iii) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela...”. (Subrayado fuera de texto).

Para el caso se evidencia una ineficacia del medio de defensa ordinario por lo cual es procedente la acción de tutela por cumplir todos los elementos característicos de un perjuicio irremediable: i) La inminencia de la materialización del perjuicio irremediable al estar próxima a vencer la lista de elegibles, el 25 de noviembre de 2023. ii) La urgente adopción de medidas por parte del juez constitucional. iii) El daño grave que se causaría, y: iv) Lo impostergable de la protección del juez constitucional para evitar el vencimiento de la lista y la materialización de la violación de los derechos deprecados en esta acción.

Acerca de la acreditación del perjuicio irremediable como presupuesto para utilizar la acción de tutela como mecanismo transitorio, la misma Corporación mencionó que:

“(...) En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser

grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”. Sentencia T-081 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

Por todo lo mencionado es factible que se considere este medio como el idóneo toda vez que se está frente a un perjuicio irremediable ya que la mencionada lista de elegibles está próxima a vencer (25 de noviembre de 2023), lo que hará inviable el nombramiento y por tanto se declare la suspensión del término de vigencia de esta lista hasta tanto las entidades accionadas realicen las acciones correspondientes para garantizar el goce de los derechos aquí relacionados.

El derecho al debido proceso con relación al principio del mérito y el acceso a cargos y funciones públicas.

La Constitución Política de 1991 elevó el derecho al debido proceso administrativo a rango fundamental, motivo por el cual es susceptible de protección por vía de tutela. En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 constitucional

“(…) el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. La Corte Constitucional ha estudiado el aludido derecho en el marco que hace referencia al concurso de méritos para ocupar cargos públicos. Este derecho ha sido definido como “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”. Sentencia T-214 de 2004

La definición jurisprudencial resalta el carácter secuencial y reglado de la actuación de los poderes públicos para la consecución de los fines legal y constitucionalmente establecidos. Estas actuaciones deben ajustarse al principio de legalidad y atender otros principios constitucionalmente relevantes como la buena fe y la confianza legítima de los administrados. Este derecho, al igual que el derecho a la igualdad, en ciertos casos tiene un carácter instrumental, pues precisamente del estricto cumplimiento de las garantías constitutivas del debido proceso administrativo y de las regulaciones legales que determinan la actuación del poder público, se deriva la salvaguarda de otros derechos fundamentales, como el derecho de acceso a cargos y funciones públicas y el principio de mérito y el empleo público, señalados en el artículo 40 y 125 de la C. P.

Derecho Fundamental De Acceder Al Desempeño De Funciones Y Cargos Públicos Por Mérito

Sobre la materia la Corte Constitucional señala:

“El derecho fundamental a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, como derecho político, es una expresión concreta del principio de participación en el ejercicio y control del poder público. Por esta razón, la Corte ha precisado que ‘(...) el ejercicio de cargos y funciones públicas merece protección, a la luz de la Constitución Colombiana, no únicamente por lo que significa en sí mismo sino por lo que representa, al tenor del artículo 40, como medio encaminado a lograr la efectividad de otro derecho -genérico- cuál es el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a objeto de realizar la vigencia material de la democracia participativa.’

De la redacción del artículo 40-7 de la Constitución, se deduce que este derecho protege tanto el acceso a, como el desempeño de, cargos y funciones públicas. La garantía de acceso es aplicable a las personas que no ejercen el cargo, como es obvio; mientras que la protección al desempeño cobija a la persona que cumple los requisitos para ejercer el cargo, o efectivamente lo está desempeñando. Esto es relevante porque las garantías de protección tienen un alcance diferenciado. (...)”

En lo que hace referencia a otro de los derechos alegados, el numeral 7o del artículo 40 de la Carta Política consagra el derecho a “acceder al desempeño de funciones y cargos públicos”. Desde sus inicios, la Corte ha destacado el carácter fundamental de dicho derecho. En la sentencia T-003 de 1992, la Corte señaló al respecto:

“(...) Está de por medio, sin lugar a dudas, la efectividad de un derecho que, si bien, dada su naturaleza política, no ha sido reconocido por la Constitución a favor de todas las personas sino únicamente a los ciudadanos colombianos que no sean titulares de doble nacionalidad, tiene, respecto de ellos, el carácter de fundamental en cuanto únicamente la seguridad de su ejercicio concreto permite hacer realidad el principio de la participación, que se constituye en uno de los esenciales dentro de la filosofía política que inspira nuestra Carta, lo cual encuentra sustento no solo en la misma preceptiva constitucional, en su Preámbulo y en sus artículos 1, 2, 3, 40, 41, 103 a 112, entre otros, sino en el texto de la papeleta por medio de la cual el pueblo colombiano votó abrumadoramente el 27 de mayo de 1990 por la convocatoria de una Asamblea Constituyente, cuyo único propósito expreso consistió en “fortalecer la democracia participativa”. El derecho específico al ejercicio de cargos y funciones públicas merece protección, a la luz de la Constitución Colombiana, no únicamente por lo que significa en sí mismo sino por lo que representa, al tenor del artículo 40, como medio encaminado a lograr la efectividad de otro derecho -genérico- cuál es el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a objeto de realizar la vigencia material de la democracia participativa”.

Si ello es así, tal protección puede ser reclamada, en casos concretos, mediante el uso del mecanismo de la acción de tutela, concebida precisamente como medio idóneo para asegurar que los derechos trascienden del plano de la ilusión al de la realidad. Carácter vinculante y obligatorio de la convocatoria en concurso público de méritos La H. Corte Constitucional ha señalado que las normas y reglas de una convocatoria para un concurso público de méritos son obligatorias para los participantes y la administración: En resumen, la convocatoria en el concurso público de méritos es la norma que, de manera fija, precisa y concreta reglamenta las condiciones y los procedimientos que deben cumplir y respetar tanto los participantes como la administración. Son reglas inmodificables, que tienen un carácter obligatorio, que imponen a la administración y a los aspirantes el cumplimiento de principios como la igualdad y la buena fe.

Las reglas del concurso auto vinculan y controlan a la administración, y se vulnera el derecho del debido proceso cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Solo en casos excepcionales, y por “factores exógenos”, como señala el precedente de la Corporación, cuando se varían las etapas o normas, dicha modificación debe ser publicitada a los participantes.

Con base en ello, deviene de la jurisprudencia y de las normas vigentes que los concursos de méritos en todas sus etapas, constituyen actuaciones regladas y vinculantes, a las cuales se debe dar irrestricto cumplimiento, siendo la excepción el caso en que deban ser modificadas por alguna situación en particular del proceso, evento en el cual deberán ser publicitadas e informadas a los interesados como lo fue la expedición de los decretos 419 de 2023 y 927 de 2023, que modificaron las condiciones de la convocatoria en cuanto a las vacantes disponibles y el uso obligatorio de todas las listas de elegibles de acuerdo a las nuevas vacantes creadas.

El sistema de carrera administrativa.

El artículo 125 de la Constitución Política de Colombia establece que «los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera», exceptuándose aquellos de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales, así como los demás que determine la Ley. En ese orden, se previó un régimen de carrera administrativa para el acceso y desempeño de los cargos públicos, cuyo propósito es garantizar que las condiciones de **ingreso**, ascenso, permanencia y retiro obedezcan a criterios reglados, **ajenos a la voluntad del nominador**.

Es así que el sistema de carrera administrativa se ha entendido como la forma en la que se garantiza, no sólo la excelencia en la función pública, al escogerse a las personas más calificadas, sino un verdadero escenario donde se materializa la protección de derechos fundamentales (C.C. ST-180 de 2015), caracterizado por un proceso de selección que se realiza en diferentes fases: convocatoria, reclutamiento, pruebas o instrumentos de selección, listas de elegibles y período de prueba.

En ese orden de ideas, las reglas de las diversas etapas del concurso son las leyes del mismo y resultan inmodificables, a no ser, que resulten inconstitucionales, en virtud de lo cual, no sólo resulta vinculada la administración, sino las personas que deciden voluntariamente someterse a las mismas para aspirar a un cargo público. Y, en virtud de la ampliación de la planta, se toma este decreto como anexo a las reglas del concurso lo que lo hace vinculante.

Por otra parte, en lo que atañe a la naturaleza de la lista de elegibles, se ha referido que son actos administrativos de contenido particular que crean derechos subjetivos y expectativas legítimas para los aspirantes que la conforman, dependiendo del puesto que ocuparon. Así, los integrantes de la lista de acuerdo con las vacantes existente tienen por mandato constitucional, no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido a ser nombrado en el cargo correspondiente.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

1. a) Empleos públicos de carrera; (Ver Art. 2.2.2.1.1, Decreto 1083 de 2015.)
2. b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
3. c) Empleos de período fijo;
4. d) Empleos temporales.

Ley 1960 de 2019. ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

“ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende: 1. (...) 2 (...) 3 (...)

4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán 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.** (Subrayas y negrillas fuera de texto).

La honorable Corte Constitucional se pronunció expresamente sobre los nombramientos en vacantes similares a las convocadas, objeto de esta reclamación, en la Sentencia C-331/22:

Referencia: Expediente D-14536

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3o numeral 3.3 (parcial), 12 numeral 12.1, 13 numerales 13.3 (parcial), 13.6 (parcial) y 13.7, 21 numeral 21.4, 27 (parcial), 28 numeral 3 y literal b), 29 numeral 29.2 (parcial) y literales a) y b), 30, 31, **34 (parcial), 35 (parcial)**, 61, 62, 131 y 147 del Decreto Ley 071 de 2020, “Por el cual se

establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN”.

Allí precisó en los numerales 205 y 206 que cuando existen listas de elegibles vigentes deberán usarse para surtir los empleos similares a los señalados en dichas listas, así:

(...) 205. Durante su vigencia, la lista de elegibles es vinculante para la Administración. En los sistemas de carrera administrativa regulados por la Ley 909 de 2004, la entidad para la cual se efectúa el proceso de selección tiene la obligación de usar la lista de elegibles con el fin de 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”. (Subrayado propio).

Observa la Corte que, por medio de la Ley 1960 de 2019, el legislador varió parcialmente la regla de utilización de la lista de elegibles que antes traía la Ley 909 de 2004. La Ley 909 de 2004 estipulaba que ese registro sólo debía usarse en la provisión de las vacantes “para las cuales se efectuó el concurso”. Es decir que con la lista de elegibles se suplían única y exclusivamente las vacantes de los cargos frente a las cuales se había realizado la oferta pública de empleo. En cambio, la Ley 1960 de 2019 estatuye que con dicha lista también se proveen las vacantes definitivas de cargos equivalentes a los que salieron a concurso, aunque no hayan sido convocados, y que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

*206. Luego de la mencionada reforma, la Corte Constitucional ajustó su jurisprudencia, para sostener que el uso obligatorio de la lista de elegibles es también aplicable al nuevo supuesto contemplado en el artículo 6o de la Ley 1960 de 2019. **En las sentencias T-340 de 2020 y T-081 de 2021 se dispuso que el nominador de las instituciones sometidas al régimen de carrera también está obligado a usar ese acto administrativo para cubrir las nuevas vacantes definitivas que se produzcan con posterioridad a la convocatoria del concurso y que correspondan al “mismo empleo” que fue ofertado en términos de denominación, grado, código, funciones, propósitos y asignación básica (...).** (Negrillas y subrayado propio).*

208. En el marco de los sistemas especiales de carrera, la Corte Constitucional ha reconocido que el legislador puede estipular que la lista de elegibles se use para proveer cargos diferentes a los ofertados en la convocatoria del concurso, siempre que ambos tipos de empleos compartan la misma naturaleza, perfil y denominación.

209. En particular, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 45 de la Ley 201 de 1995 según el cual el Defensor del Pueblo puede usar la lista de elegibles para “proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación”. Según la Sentencia C-319 de 2010, la palabra “podrá” contenida en la norma estudiada es conforme a la Constitución “en el entendido de que cuando se trate de proveer

una vacante de grado igual, correspondiente a la misma denominación, el empleo de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador”. En efecto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 125 y 209 de la Constitución, “el nominador no puede contar con la facultad de decidir si hace nombramientos en propiedad en relación con personas que han superado un concurso de méritos” y la provisión de empleos por medio del concurso de méritos “apunta a hacer más eficiente el uso del talento humano y de los recursos públicos”. (Subrayado propio).

210. Con independencia del tipo de sistema de carrera, en varios de sus pronunciamientos la Corte Constitucional ha reiterado que el carácter vinculante de la lista de elegibles se deriva de los principios del mérito en la provisión de los empleos, de la igualdad, de la eficacia, de la economía, de la celeridad y de la imparcialidad que rigen la función pública. En últimas, la obligatoriedad de la lista de elegibles proviene esencialmente de los derechos de los concursantes. (Subrayado propio).

*211. En reiterada jurisprudencia se ha insistido en que la conformación de la lista de elegibles genera un derecho subjetivo en cabeza de las personas allí inscritas, cuya consolidación está determinada “por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”. En otras palabras, como la provisión de cargos públicos se realiza a partir de la existencia de vacantes, la Corte ha señalado que las personas que ocupan los primeros lugares del concurso tienen derecho a ser nombrados en periodo de prueba en los cargos ofertados cuando los mismos queden vacantes. En cambio, los participantes que están en la lista, pero no alcanzan a ocupar una de las plazas, “sólo tienen una mera expectativa de ser nombrados”, pues **el derecho al nombramiento sólo se consolida cuando se “acredita que (a) la persona participó en un concurso de méritos; ([b]) que el nombre fue incluido en la lista de elegibles y (c) que existe una vacante para ser designado”**. (Negrilla y subrayado propio)*

En esa misma sentencia, la honorable corte constitucional señala la necesidad de usar las listas de elegibles para nombrar las vacantes de cargos similares que no fueron ofertados pero que existen en la entidad y no están provistos en forma definitiva, es decir que no están ocupados por funcionarios en carrera administrativa, y expresamente se refiere a las vacantes existentes en la DIAN, así:

“(…) 221. Al respecto, el artículo 22.1 del Decreto Ley 071 de 2020 dispone que: “Las vacancias definitivas se proveerán a través de concurso realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil. En este procedimiento de selección competirán en igualdad de condiciones las personas que deseen ingresar a la DIAN y los empleados públicos que pretendan ascender. En forma excepcional también se podrán proveer mediante encargo y nombramiento provisional, aplicando lo dispuesto para vacancias temporales según lo dispuesto en el presente Decreto- ley”.

222. En función de lo dispuesto en ese artículo, en un contexto en el que la organización de los concursos de méritos implica una importante inversión de tiempo y de dinero, la solución

que mejor garantiza el uso eficiente de los recursos públicos es garantizar que, durante su vigencia, la lista de elegibles sea usada para cubrir las vacantes definitivas sobrevinientes que se presenten en los cargos originalmente convocados.

Esa solución también es la que mejor asegura la gestión eficiente del recurso humano, en un contexto en el que más de la mitad de los empleos de la DIAN están vacantes de manera definitiva. Así, por ejemplo, en el 2020, el 61,4% de los cargos de la DIAN estaba vacante, pues de 10.941 empleos, 6.719 estaban vacantes y debían ser provistos definitivamente a través de la organización de un concurso de méritos. Además, de esos 6.719 cargos definitivamente vacantes, 4,7% (315 empleos) no estaba ni siquiera ocupado transitoriamente por una persona en encargo o en provisionalidad.

Por todo lo dicho, queda evidenciado de manera amplia, de acuerdo a lo señalado por la misma corte constitucional que se debe hacer uso de las listas de elegibles para la provisión de los empleos similares a los ofertados en el concurso de méritos, acreditando el cumplimiento de los requisitos que consolidan el derecho y que son señalados en la sentencia C- 322 de 2022, tales son:

•••

(a) la persona participó en un concurso de méritos;

(b) que el nombre fue incluido en la lista de elegibles y

(c) que existe una vacante para ser designado”.

Con todo lo anterior queda en evidencia que se ostenta el derecho y que la DIAN debe realizar como lo indica la ley y la jurisprudencia, el nombramiento en periodo de prueba que da inicio al proceso para adquirir derechos de carrera administrativa.

• **Constitución Política de Colombia**, Artículo 86 consagra la acción de tutela. Artículo 23 derecho de petición.

• **Ley 909 de 2004**, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

• **LEY 909 ART 31.4 MOD. LEY 1960/19 SRT. 6.** En estricto orden de mérito se cubrirán 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 del concurso en la misma Entidad.

- **Decreto 419 de 2023.** Amplía la planta de personal de la DIAN.
- **Decreto 927 de 2023.** Ordena el uso de las listas de elegibles vigentes.

- **SENTENCIA C-331 DE 2022.** Uso obligatorio de listas de elegibles para cargos creados con posterioridad o similares a los ofertados.
 - **SENTENCIA SU 553 DE 2015.** Corte Constitucional. Tutela procede cuando hay riesgo de vencimiento de listas.
 - **Sentencia T-682/12** Derecho De Acceso A La Carrera Administrativa.
 - **Sentencia C-288/14** Normas Que Regulan El Empleo Público, La Carrera Administrativa, Gerencia Publica.
- **Corte Constitucional**, SU-913 de 2009, reiterada en la SU-446 de 2011; T-340 de 2020 y T-081 de 2021.
- **Corte Constitucional**, SU-446 de 2011 y T-081 de 2021.
 - **Corte Constitucional**, T-081 de 2021, que reiteró la T-340 de 2020.
 - **Corte Constitucional**, C-084 de 2018, citada en la T-081 de 2021.
 - **Corte Constitucional**, T-340 de 2020 y T-081 de 2021.

5. PRUEBAS

Respetuosamente me permito acompañar los siguientes documentos a fin de que obren como prueba en el trámite de la presente actuación constitucional:

1. Acuerdo No. 08 del 29 de diciembre de 2022
2. Resolución № 7331 de marzo 11 de 2024, 2024RES-400.300.24-023408
3. Decreto 419 de 2023
4. Resolución 001687 de 29 de Febrero 2024
5. Copia de Cédula

6. MANIFESTACIÓN JURADA

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 manifiesto bajo la gravedad del juramento que, en mi nombre, por estos mismos hechos e invocando iguales derechos, no he promovido acción de tutela ante alguna autoridad.

7. NOTIFICACIONES

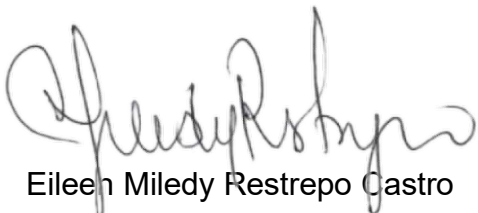
La Comisión Nacional del Servicio Civil y su representante legal podrán ser notificados de sus decisiones, en la Carrera 16 No. 96 – 64 Piso 7 de la ciudad de Bogotá DC., o en la dirección electrónica para notificaciones judiciales que corresponde a: notificacionesjudiciales@cnscc.gov.co

La DIAN en notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co

La suscrita, las recibiré en mis correos electrónicos miledyrestrepo@gmail.com,
miledyrestrepo@hotmail.com y/o al Celular: 3177002783.

Del señor Juez

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Eileen Miledy Restrepo Castro', written in a cursive style.

Eileen Miledy Restrepo Castro
CC 66.785.685 de Palmira (Valle)