

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CINCUENTA Y CINCO (55) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN:	TUTELA
PROCESO N°.	11001-33-42-055-2021-00001-00
ACCIONANTE:	PEDRO JULIO MORENO PARRA
ACCIONADOS:	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC
ASUNTO:	FALLO DE TUTELA N°. 006

Procede el Despacho a proferir sentencia dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Pedro Julio Moreno Parra, identificado con cédula de ciudadanía N°. 79.326.479, en nombre propio, en contra de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, igualdad, acceso a cargos públicos por mérito y el debido proceso administrativo.

I. Objeto

El accionante pretende:

1. Que se ordene a la CNSC y a la DIAN **suspender el concurso de ingreso.**
2. Que se ordene a la CNSC y a la DIAN desarrollar el proceso de selección en el orden legalmente establecido, **es decir realizando primero el concurso de ascenso y posteriormente el de ingreso.**
3. **Inaplicar lo dispuesto en el artículo 27.3 del Decreto Ley 071 de 2020** para efectos de la pretensión anterior, atendiendo a la imposibilidad actual de aplicar tal normativa.
4. **Que la convocatoria de concurso de ascenso se realice para el 30% (alrededor de 1.980 cargos) del total de las vacantes definitivas** que actualmente hay en la DIAN (6.600), o menos únicamente si se descartan como desiertas algunas vacantes del primer 30%.
5. **Que el concurso de ascenso se desarrolle y ejecute en orden jerárquico** (sic) descendente conforme con la estructura de cargos a disposición hasta completar los 1.980
6. Que, como resultado del concurso de ascenso, **se establezca el uso de las listas de elegibles en iguales condiciones a las establecidas para los demás trabajadores del Estado** (carrera general y específicas), reconociendo para los trabajadores de carrera de la DIAN los derechos que otorgó para los trabajadores del Estado la ley 1960 de 2019. Negrillas fuera de texto

II. Hechos

Entre los hechos narrados por el tutelante, se destacan:

1. El accionante **ocupa el cargo de Gestor III, Grado III, Código 303, desde el 10 de agosto de 1995**, como funcionario de carrera de la DIAN.
2. **La DIAN y la CNSC, convocaron a concurso de ingreso**, mediante Acuerdo 0285 de 10 de septiembre de 2020, “Proceso de Selección DIAN N°. 1461 de

2020”, publicado el 16 de septiembre del mismo año, **sin que se hubiese convocado previamente al concurso de ascenso.**

3. La última convocatoria identificada con el N°. 128 por parte de la CNSC, fue publicada el 9 de noviembre de 2009; sin embargo, a pesar de que las listas de elegibles empezaron a quedar en firme a finales de 2012 y comienzos del 2013, la DIAN en aplicación del Decreto 969 de mayo 17 de 2013, impidió su uso y pese a que, dicho decreto fue declarado nulo por el Consejo de Estado, **la planta no se proveyó totalmente con la lista de elegibles, pues se consideró vencida su vigencia.** Negrillas fuera de texto

III. Actuación Procesal

Mediante auto de 13 de enero de 2021, el Despacho admitió la presente acción y ordenó notificar al Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN - Doctor José Andrés Romero Tarazona o quien haga sus veces y al Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC - Doctor Jorge Alirio Ortega Cerón o quien haga sus veces. Así mismo, se ordenó que se publicaran en sus páginas web oficiales, la información pertinente respecto a la presente acción de tutela (escrito de tutela y auto admisorio), con el fin de que los interesados en la misma, se hicieran parte de la presente acción de tutela, si así lo decidían, tal como obra en el expediente.

Posteriormente, mediante auto de 15 de enero de 2021, se requirió nuevamente a las entidades accionadas para que certificaran si habían dado cumplimiento al numeral quinto del auto admisorio de 13 de enero de 2021, correspondiente a la publicación del escrito de tutela y auto admisorio en sus páginas web.

Cumplido el término otorgado para ejercer su derecho de defensa y contradicción, las entidades accionadas, contestaron la acción de tutela.

Respuestas Accionadas

1. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN

La entidad accionada mediante correo electrónico de 15 de enero de 2021, informó que la DIAN, ha sido notificada de varias acciones de tutela por los mismos hechos, por lo que solicitó que según lo establecido en las reglas de competencia, se remitiera al juzgado que conoció primero.

De otro lado, en correo electrónico de 15 de enero del año en curso, solicitó se niegue el amparo constitucional por improcedente, en atención a que el actor cuenta con otros mecanismos de defensa. En efecto, señaló que el accionante puede acudir al medio de control de simple nulidad, que cuenta con medidas cautelares preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, que permiten proteger el derecho de forma inmediata y garantizar de forma provisional el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Agregó que, la acción de tutela no resulta procedente por no haberse demostrado la existencia de un perjuicio irremediable, pues el cargo desempeñado actualmente por el actor no fue ofertado, aunado a que, no se ha limitado su derecho a concursar.

A su vez, afirmó que no se han vulnerado los derechos fundamentales del actor, en el entendido en que las actuaciones de la entidad se han ceñido a la normatividad especial que la rige, la cual contempla la posibilidad y no la obligación, de que por decisión del Director General de la DIAN, se realice el concurso de ascenso.

Finalmente, señaló que contrario a lo manifestado por el accionante, el artículo 2 de la Ley 1969 de 2019, que reformó el artículo 29 de la Ley 909 de 2004, que regula el estatuto del sistema general de carrera administrativo, no es aplicable al sistema específico de carrera que rige a la DIAN, de acuerdo a lo establecido en el artículo 147 del Decreto Ley 071 de 2020, norma especial.

2. Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC

La entidad mediante correo electrónico de 15 de enero de 2021, remitió oficio radicado N°. 20211400029311, con el que dio respuesta a la tutela, solicitó que se declare improcedente la acción de constitucional, por no cumplir con el requisito de subsidiariedad y no haberse probado la existencia de un perjuicio irremediable.

Adicionalmente, indicó que las pretensiones no cuentan con un fundamento fáctico, porque el accionante está vinculado a la DIAN, y a pesar de que el concurso de 2020, sea de ingreso, no quiere decir que los procesos de selección planeados para el 2021 y 2022, no vayan a realizar el concurso de ascenso. Igualmente, señaló que el proceso de selección N°. 1461 de 2020, oferta 96 empleos y 1.500 vacantes, lo que quiere decir que no se vulnera la regla de oferta del 30%, de las vacantes definitivas, para realizar el concurso de ascenso contemplado en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 y el artículo 26 del Decreto Ley 71 de 2020.

De otro lado, expresó que no se están vulnerando los derechos del accionante, en el entendido en que la igualdad y el mérito, son principios rectores del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN, y fueron acogidos por el Acuerdo N°. 0285 de 10 de septiembre de 2020.

Concluyó argumentando que, el Decreto Ley 071 de 2020, contempla un nivel de discrecionalidad, y no una orden de cumplir con la regla del 30% del concurso de ascenso. En efecto, señaló que en la etapa de planeación de manera conjunta con la DIAN, se determinó que el proceso de selección de 2020, sería de ingreso, en atención a que las disposiciones normativas, no impusieron orden para adelantar los procesos inicialmente de ascenso y posteriormente de ingreso.

Tercero Interesado

El señor Juan Díaz Valencia, tercero interesado, a través de correo electrónico de 18 de enero de 2021, solicitó ser reconocido en el trámite constitucional, al encontrarse inscrito en el proceso de selección para proveer los cargos de la planta de personal de la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales - DIAN.

En dicho sentido, manifestó que no se cumple con el requisito correspondiente a que: *“El número de los servidores escalafonados que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos que se van a convocar a concurso es igual o superior al número de empleos a proveer.”*, en atención a que, el accionante informó que de los 6.600 empleos, 6.300, se encuentran provistos en provisionalidad, pues la norma exige que para que se pueda adelantar el concurso de ascenso, el número de los servidores que deben cumplir los requisitos debe ser igual o superior a los empleos a proveer.

Expresó que, la norma especial que se aplica a la DIAN, no establece la obligación de adelantar el concurso, sino que simplemente determina que si se da el cumplimiento de los requisitos se podría adelantar el mismo.

A su vez, considera que el concurso adelantado por la DIAN, no vulnera los derechos fundamentales del accionante, teniendo en cuenta que para proveer las vacantes se

compite en igualdad de condiciones por las personas que desean ingresar a la entidad, como por los empleados que pretenden ascender.

Por otro lado, señaló que el accionante cuenta con mecanismo judiciales dispuestos en la Ley 1437 de 2011, para debatir los hechos objeto de la presente acción constitucional, por lo que no se cumplen los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

IV. Pruebas

- **Accionante**

1. Fotocopia del certificado ordinario N°. 157754615 de 8 de enero de 2021, expedido por la Procuraduría General de la Nación, en el que consta que el señor Pedro Julio Moreno Parra, no registra sanciones, ni inhabilidades vigentes.
2. Copia de la petición de información presentada por el accionante al Subdirector de Gestión de Talento Humano de la DIAN (E), el 8 de enero de 2021.
3. Fotocopia de las actas de grado y posgrado adelantados por el accionante, con los títulos de abogado, especialista en Instituciones Jurídico Políticas y Derecho Público, y en Derecho Administrativo.

- **Accionados**

- 1. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN**

1. Copia de la Resolución N°. 000204 de 23 de octubre de 2014.
2. Copia de la Resolución N°. 000074 de 9 de julio de 2015.
3. Copia de la tutela radicada en el Juzgado 48 Penal del Circuito de Bogotá con Función de Conocimiento y el auto admisorio.
4. Copia de captura de pantalla consulta de procesos realizada de la Rama Judicial, expedientes N°. 11001032500020200104500 y 11001032500020200100000.

- 2. Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC**

1. Copia del Anexo *“POR EL CUAL SE ESTABLECEN LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LAS ETAPAS DE VRM, PRUEBAS ESCRITAS Y CURSO DE FORMACIÓN DEL “PROCESO DE SELECCIÓN DIAN No. 1461 DE 2020”, EN LA MODALIDAD DE INGRESO, PARA PROVEER EMPLEOS EN VACANCIA DEFINITIVA PERTENECIENTES AL SISTEMA ESPECÍFICO DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE SU PLANTA DE PERSONAL”*.
2. Copia del Acuerdo N°. 0285 de 10 de septiembre de 2020, *“Por el cual se convoca y se establecer las reglas del Proceso de Selección de Ingreso para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020”*
3. Copia de las OPECS reportadas y certificadas por la DIAN.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 1 del Decreto 1983 de 2017, 37 del Decreto 2591 de 1991, y teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad demandada, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

5.2. Problema Jurídico

Estudiado el expediente, el despacho advierte que se centra en determinar: *i)* si la acción de tutela es procedente en el presente caso; de ser así, *ii)* si la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN y la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, al no haber adelantado el concurso de ascenso con antelación a la apertura del concurso de ingreso denominado: “*Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020*”, para proveer los cargos de planta de la DIAN, vulneraron los derechos fundamentales al trabajo, igualdad, acceso a cargos públicos por mérito y al debido proceso del accionante.

5.3. Acción de Tutela

Es preciso indicar que, el artículo 86 de la Constitución Política, consagró la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad o de los particulares.

Por su parte, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991¹, establece que este mecanismo sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la acción de tutela se utilice como un instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable; circunstancia que debe probarse para acceder a la protección aludida.

5.3.1. Procedencia

El Despacho reitera que la acción de tutela tiene carácter residual, vale decir, que procede en tanto el accionante no disponga de otros medios de defensa judicial para lograr la protección de sus derechos, en tal sentido, el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución dispone: “*Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”.

A su vez, el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela no procederá: “*Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable...*”

Acentuando la anterior norma, la Corte Constitucional en Sentencia T-177 de 2011, establece:

En los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional. La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o

¹ “Por el cual se reglamenta la acción de tutela”.

menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.
Negrillas fuera del texto

La norma y la jurisprudencia citada, nos indica que para amparar los derechos de una persona por medio de la acción de tutela, es necesario que exista una amenaza real, que no se disponga de otro medio, y/o que se encuentre en un estado de especial protección por parte del Estado.

5.3.2. Subsidiariedad

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T- 076 de 2009, ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, haciendo énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección.

(...) la acción de tutela no puede convertirse en un instrumento adicional o supletorio al cual se pueda acudir cuando se dejaron de ejercer los medios ordinarios de defensa dentro de la oportunidad legal, o cuando se ejercieron en forma extemporánea, o para tratar de obtener un pronunciamiento más rápido sin el agotamiento de las instancias ordinarias de la respectiva jurisdicción. Su naturaleza, de conformidad con los artículos 86 de la Carta Política y 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991, es la de ser un medio de defensa judicial subsidiario y residual que sólo opera cuando no existe otro instrumento de protección judicial, o cuando a pesar de existir, se invoca como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, de manera que no puede utilizarse para remplazar los procesos judiciales o administrativos, pues su finalidad no es otra que brindar a las personas una protección efectiva, real y eficaz, para la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales. En consecuencia, riñe con la idea de admitirla a procesos administrativos o judiciales en curso o ya terminados, en cuanto unos y otros tienen mecanismos judiciales ordinarios para la protección de derechos de naturaleza constitucional o legal, que por lo tanto la hacen improcedente.
Negrillas fuera del texto

Así pues, la Corte ha venido sosteniendo que la acción de tutela resulta improcedente cuando con ella se pretenden sustituir mecanismos ordinarios de defensa que no fueron utilizados a su debido tiempo o simplemente no han sido utilizados.

Lo planteado por la jurisprudencia tiene como objetivo fundamental la racionalización del ejercicio de la acción de tutela, en orden a evitar que a través de este medio extraordinario de protección constitucional, las personas pasen por alto los mecanismos ordinarios de resolución de conflictos establecidos en el ordenamiento.

5.3.3. Inmediatez

La inmediatez es creada para que el amparo de los derechos fundamentales sea de manera rápida, inmediata y eficaz.

Es así, que si se presenta demora en la presentación de la tutela, deberá ser improcedente, por ende, se debe acudir a los mecanismos ordinarios administrativos o de defensa judicial.

La Corte Constitucional en Sentencia T- 792 de 2009 estableció que:

(...) la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en el hecho de que el mismo exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos. Esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el supuesto vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse, según ha dicho la Corte, en cada caso concreto, con plena observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En ese sentido, la misma Corporación en Sentencia T – 987 de 2008, indicó:

El presupuesto de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la tutela, debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno, con esta exigencia se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premie la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica. Tal condición está contemplada en el artículo 86 de la Carta Política como una de las características de la tutela, cuyo objeto es precisamente la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados. En relación con el plazo razonable, esta Corte ha considerado que el mismo debe medirse según la urgencia manifiesta de proteger el derecho, es decir, según el presupuesto de inmediatez y según las circunstancias específicas de cada caso concreto.

Luego, para que proceda la acción de tutela, deberá establecerse el tiempo que dura el accionante en reclamar, pues tratándose de derechos fundamentales su exigencia debe ser inmediata.

Conforme a los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales se concluye, que la tutela, **i.) tiene un carácter subsidiario, y ii.) procede cuando no existen otros medios de defensa judicial**, pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de derechos fundamentales y se convertiría en un recurso ordinario.

5.4. Derechos Fundamentales Presuntamente Vulnerados

En este caso se aducen como transgredidos los derechos fundamentales al trabajo, igualdad, acceso a cargos públicos por mérito y debido proceso.

5.5. Derecho Fundamental – Normas y Jurisprudencia Aplicables

5.5.1. Derecho al Trabajo

Respecto del derecho al trabajo, la Corte Constitucional, manifestó:

*De igual manera, la jurisprudencia constitucional [14] ha considerado que la naturaleza jurídica del trabajo cuenta con una triple dimensión. En palabras de la Corporación la “lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, **porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias** (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber*

*social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.*² Negrillas fuera de texto

5.5.2. Derecho a la Igualdad

El artículo 13 de la Constitución Política, consagra el derecho fundamental a la igualdad, en los siguientes términos:

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

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

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

Respecto a la igualdad de trato, se hace necesario desarrollar reglas o criterios de evaluación para determinar cuando una persona se encuentra en una situación de especial protección que amerite utilizar criterios diferentes, los cuales serán usados bajo algunas condiciones especiales.

En estudio del concepto del derecho a la igualdad, la Corte Constitucional, en Sentencia C-090 de 2001, afirmó:

Una simple aproximación a la idea de igualdad, como concepto, como principio, o como derecho reconocido al interior de un ordenamiento jurídico, revela inmediatamente que se trata de una noción que no responde a un sentido unívoco sino que admite múltiples acepciones aplicables de acuerdo con las particularidades de cada caso. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la igualdad se manifiesta como un derecho relacional que involucra usualmente, cargas, bienes o derechos constitucionales o legales, y cuya efectiva garantía, no se traduce en la constatación de una paridad mecánica y matemática, sino en el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto”.

*(...), entonces, al juicio que se hace sobre una determinada circunstancia, de tal forma que resulta indispensable tomar en consideración las condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los miembros de una comunidad jurídica y el entorno en el que se desenvuelven. **Así, puede decirse que la vigencia del derecho a la igualdad no excluye necesariamente la posibilidad de dar un tratamiento diferente a personas y hechos que, de acuerdo con sus condiciones, hacen razonable la distinción.***³ Negrillas fuera de texto

De manera que, en aplicación del derecho a la igualdad, las autoridades no pueden hacer distinciones subjetivas que carezcan de justificación alguna, pues, si imparten un trato diferencial, éste debe fundamentarse en consideraciones razonables y objetivas que hagan viable la misma, esto es, que exijan o ameriten un trato diferente por referirse a personas que se encuentran en condiciones distintas.

5.5.3. Debido Proceso

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-593 de 2014

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-090 de 2001.

El derecho al debido proceso, se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en los siguientes términos: “... **El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.** (...)”
Negrillas fuera de texto

Es decir, que desde la Carta Magna, se imponen a las autoridades y a las personas que ejercen funciones públicas, el deber de respetar el debido proceso en todas sus actuaciones, garantizando con ello su observancia, no solo en el ámbito jurídico sino también en lo administrativo, esa garantía se traduce en el respeto que debe tener la administración a las formas previamente definidas, a la salvaguarda de los principios de contradicción e imparcialidad, de que la actuación administrativa se surtirá respetando todas sus etapas, ajustándose al ordenamiento jurídico legal y a los preceptos constitucionales. En esa dirección, en Sentencia T-200 de 2011, la Corte Constitucional, señaló:

(...) Sobre el debido proceso administrativo la Corte ha precisado que su cobertura se extiende a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que cubre todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares, y a los procesos que adelanta la administración con el fin de garantizar la defensa de los ciudadanos.” Negrilla fuera de texto

Luego, debe recordar el despacho que, el debido proceso se aplica al desarrollo de cualquier actuación que adelanta una entidad pública o particular que ejerza funciones públicas, garantizándose así, los derechos de defensa y contradicción.

5.5.4. Acceso a Cargos Públicos

De conformidad con lo establecido en el artículo 125 de la Constitución Política, la Carrera Administrativa constituye un sistema técnico de administración de personal, que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y que ofrece estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y ascenso al servicio público.

La finalidad de la Carrera Administrativa, es 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*”⁴.

Para ello, se debe contar las esclusas que garantizan la escogencia los servidores más idóneos, en ese camino, la Sala Plena de la Corte Constitucional en Sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas, que por regla general conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera, esto es, que debe estar precedida de las fases, de: *i.)* convocatoria, *ii.)* reclutamiento, *iii.)* aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de lista de elegibles; enfatizando en que aquellas deben adelantarse, con apego al principio de buena fe y los derechos a la igualdad y debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, cuando la administración, luego de agotadas las diversas fases del concurso, clasifica a los concursantes mediante la conformación de una lista de elegibles, está expidiendo un acto administrativo de contenido particular, “**que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas**”

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 682 de 2016.

que la conforman"; es decir, se generan derechos subjetivos que por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social, siempre que medie indemnización previa del afectado. Negrillas fuera de texto

5.5.5. Principio de Mérito

Entre los principios que son aplicables a la carrera administrativa, se señalan: igualdad, mérito y estabilidad. En relación con el mérito, la Corte Constitucional en sentencia C-034 de 2015, conceptuó:

*Igualmente, y frente a la interpretación que la Corte Constitucional ha efectuado de las disposiciones constitucionales sobre la carrera, **se estableció que la misma está fundamentada en el mérito**, en la capacidad del funcionario público, la cual es considerada como un elemento destacado de la carrera e implica que tenga el carácter de regla general que a la misma le corresponda. Por tal motivo, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que **los principios generales de la carrera están dirigidos a la eficacia del criterio del mérito para acceder, permanecer o retirarse del empleo público**⁷³ y, por tal motivo, el artículo 125 superior establece al criterio del mérito como regla general⁷⁴.*

*Cabe resaltar que la Corte Constitucional ha considerado al mérito como un fundamento contenido en la Carta Política de Colombia **para ingresar y ascender a la carrera pública**.*

*Por lo anterior, **se debe considerar al mérito como una condición esencial para ingresar, permanecer y ser promovido en la función pública**, por lo que es el Legislador a quien le corresponde determinar el régimen jurídico conveniente, indicando que el sistema de nombramiento, las condiciones y requisitos para determinar los méritos y calidades de los aspirantes y los motivos de retiro del servicio oficial, cuenta con un amplio margen de configuración dentro de los límites con los que cuenta la carrera como un principio dentro del ordenamiento superior y el marco constitucional establecido para desarrollar el criterio que ha sido desarrollado también por la jurisprudencia constitucional.*
Negrillas fuera de texto

5.5.6. Concursos - Cerrados y Abiertos

La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre la constitucionalidad de normas que regulan los concursos de méritos; en este sentido, ha determinado que a pesar de que el legislador cuente con un margen razonable de libertad para la configuración y diseño de los mecanismos utilizados para la valoración del mérito de los aspirantes para el ingreso y ascenso, debe siempre respetar las finalidades de orden constitucional de la carrera.

Es así como, dicho órgano de cierre consideró apropiado pronunciarse sobre la clasificación de los concursos de mérito en abiertos y cerrados, para lo cual, en Sentencia C-1262 de 2005, realizó una relación de las posturas jurisprudenciales históricamente adoptadas, así:

13.- En una primera etapa la jurisprudencia constitucional declaró exequibles los concursos cerrados de ascenso, como modalidad para proveer cargos de carrera. Se afirmó al respecto que "...tal instrumento tiene fundamento en las normas constitucionales y, además, es <razonable y proporcional a las finalidades constitucionales que se persiguen con la carrera administrativa,> porque no excluye de manera absoluta el derecho de los no escalafonados en la

carrera de la entidad a participar en un concurso de ascenso que sea mixto, es decir, en el cual se proteja el derecho de acceder a un cargo público, sin privilegios contrarios a la igualdad de oportunidades, pero al mismo tiempo se reconozca a los inscritos en carrera la posibilidad de ascender como un estímulo necesario para cumplir las finalidades inherentes a la carrera y garantizar los derechos de los que ya ingresaron a ella y tienen una experiencia de servicio en la propia entidad.”

En la Sentencia C- 110 de 199923 se dijo que “la circunstancia de que se establezca el concurso cerrado para quienes están escalafonados, en modo alguno implica que siempre tenga que acudir a éste cuando se trata de ascender funcionarios, porque la administración puede, por razones del buen servicio administrativo, determinar que en este caso se haga un concurso mixto en el cual tengan cabida tanto los funcionarios que ya vienen prestando sus servicios a la entidad y que desean ascender en el escalafón, como las personas ajenas a ésta.”

14.- No obstante a partir de la Sentencia C-266 de 2002, la Corte Constitucional, cambió de manera expresa su jurisprudencia al respecto. *Afirmó que “[l]a jurisprudencia que admitía la constitucionalidad de los concursos cerrados para el ascenso en la carrera contradice la Constitución, específicamente los artículos 125, 13, 41 y 209.” Lo cual se ha venido fundamentando en que (i) no hay lugar a distinguir entre modalidades de concursos para el acceso o ingreso a la carrera y modalidades de concursos para ascenso, pues el artículo 125 constitucional no establece dicha distinción; (ii) el fundamento sustancial para la provisión de cargos de carrera (ingreso o ascenso) es el mérito, que prohíbe incluir dentro de los parámetros de selección de personal criterios diferentes a aquellos que pretendan medir objetivamente el mencionado mérito de los aspirantes; y (iii) el reconocimiento de factores que sólo sean aplicables a unos concursantes y a otros no, como criterio de selección en los concursos, resulta desproporcionado incluso frente al derecho al reconocimiento e incentivo laboral a que tienen todos los trabajadores.*

15.- *Respecto del primer fundamento ha determinado este Tribunal Constitucional que el contenido del artículo 125 de la Carta, dispone a este respecto dos subprincipios relevantes, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera salvo las excepciones constitucionales y legales y que el mecanismo para ser nombrado en carrera es el concurso público, salvo que la Constitución o la ley haya establecido para ellos otro sistema de nombramiento, caso en el cual ya no son de carrera:*

*“En consecuencia, el nombramiento de funcionarios en cargos de carrera debe hacerse, **salvo excepciones constitucionales o legales**, mediante concurso público. La disposición constitucional no distingue si se trata de nombramientos **para ingresar o ascender en la carrera al establecer el concurso público como condición del nombramiento del funcionario que pretende ocupar un cargo de carrera**. Si la Constitución no distingue entre el ingreso a la carrera y el ascenso a la misma – sino que por lo contrario impone, en ambos casos, que se cumplan <los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes> (art. 125 C.P.) –, **no corresponde al intérprete distinguir entre estas dos eventualidades para efectos de determinar el alcance de la regla general sobre el nombramiento por concurso público**. El concurso público tiene como función no sólo la escogencia según los méritos y calidades del aspirante (arts. 125 y 209 C.P.), sino el aseguramiento de la igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.) en el acceso a las funciones y cargos públicos (art. 40 num. 7 C.P.). De limitarse el mecanismo de nombramiento de funcionarios de carrera por vía del concurso público sólo al*

ingreso a la carrera y excluirlo, así sea parcialmente, del ascenso en la carrera, no sólo se desconocería el texto del artículo 125 de la Carta, sino que se vulnerarían los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.”²⁵ [Énfasis fuera del texto]

(...)

16.- Por lo anterior se reafirma la conclusión de la Corte, según la cual a la regulación de la provisión de cargos de carrera, **no puede subyacer distinción alguna según si el cargo se va a proveer con personal externo a la entidad que realiza el concurso o por empleados de dicha entidad que aspiran a ascender al mencionado cargo.** Para que las disposiciones normativas que regulan la forma de proveer los cargos de carrera en las entidades públicas se ajusten a la Constitución **deben diseñar los concursos de tal manera que no se establezca una regulación y unas condiciones para quienes pretenden ingresar a la carrera y otras para quienes pretenden ascender dentro de la mencionada carrera.** La disposición normativa deberá ser en este aspecto igualitaria.

17.- La segunda justificación a partir de la que la Corte consideró inconstitucionales los concursos cerrados, y según la cual el fundamento sustancial que ampara la realización de los concursos es garantizar la provisión de cargos de carrera con base en el mérito, ha derivado para esta Corporación en la obligación de velar por el establecimiento de normas que garanticen una evaluación objetiva del mérito de quienes concursan para quedar en el cargo. De este modo se ha limitado la libertad del legislador para regular los sistemas de concurso “...de modo que se garantice la adecuada prestación del servicio público, [por lo que] no pueden desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes que se satisfacen mediante la participación igualitaria en los procedimientos legales de selección de los funcionarios del Estado. El derecho a la igualdad no significa que el aspirante que toma parte en un concurso adquiere sin más el derecho a ser designado en el cargo. La ley está facultada para señalar los requisitos y condiciones necesarios para ingresar a los cargos de carrera y para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125). El principio de igualdad, sin embargo, se opone a que la ley al regular el mecanismo de ingreso a la función pública, establezca requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes teniendo en cuenta el cargo a proveer, que serían barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales. Para asegurar la igualdad, de otra parte, es indispensable que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca.”²⁶ [Énfasis fuera del texto]

Igualmente, de manera reiterada y consistente la Corte Constitucional ha reconocido en el mérito un criterio fundamental “...para determinar el acceso al ascenso y el retiro de la función pública.”²⁶ En la sentencia C-266 de 2002 se hizo mención a pronunciamientos de la Corte en dicho sentido, por ejemplo las sentencias “...relativas al ascenso en la carrera diplomática y consular”²⁷, a la inconstitucionalidad de la imposibilidad de participar en concursos de ascenso en

²⁵ C-371 de 2000, reiterada en la C-733 de 2005

²⁶ C-266 de 2002

²⁷ [Cita del aparte transcrito] Corte Constitucional, Sentencia C-292 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

la DIAN diferentes al correspondiente a la categoría inmediatamente superior⁸, a las calidades requeridas para el cargo de notario⁹ y a los méritos para la promoción en la carrera docente¹⁰. **Lo anterior porque cualquier tipo de trato privilegiado o preferencial a servidores públicos, así sean de carrera, es contrario a la calidad y al mérito como criterios para el ingreso, el ascenso y la permanencia en la función pública (art. 125 C.P.).**"

18.- La observancia del mérito, como elemento fundamental que debe inspirar los concursos al cabo de los cuales se proveerán los cargos de carrera, trae como consecuencia la verificación - por parte del juez de control de constitucionalidad - de la disposición de condiciones de igualdad en la evaluación de los aspirantes que participan en un concurso para acceder a un cargo de la carrera. **En este orden, junto con los concursos cerrados quedaron también proscritas aquellas formas de evaluación de los aspirantes en donde se establecen requisitos que aplican para unos aspirantes pero no para otros. Esto es consecuencia lógica de la declaratoria de inconstitucionalidad de los concursos cerrados por excluir de la posibilidad de participación en ellos a algunas personas, pues de nada serviría permitir que todas las personas que cumplen con los requisitos del cargo participen en el concurso para su provisión, si a todas no se les evalúa igual.**

19.- A su vez lo anterior sustenta el tercer fundamento al que la Corte acudió para determinar como contrarios a la Constitución los concursos cerrados para adjudicar cargos de carrera. Así pues, sobre los criterios adicionales, como por ejemplo la posibilidad de reconocer a los empleados inscritos en carrera su experiencia y desempeño en su cargo, en la realización de un concurso en el participen aspirantes inscritos en carrera como no-inscritos, ha dicho la Corte:

"A juicio de este Tribunal, aun considerando que el sistema de concurso cerrado puede resultar adecuado para hacer realidad el objetivo de estimular a los funcionarios escalafonados o inscritos en carrera y reconocerles su experiencia y buen desempeño en el ejercicio de sus funciones, dicho proceder "es innecesario" en el entendido que puede acudir a otros métodos menos lesivos de las garantías reconocidas a terceros -quienes también por sus calidades podrían acceder al cargo- y, a su vez, más apropiados e idóneos para asegurar tanto la observancia de tales fines lícitos, como la eficiencia de la función pública y la igualdad en la posibilidad de acceso a la misma en todas sus fases."¹¹
[Énfasis fuera de texto]

(...)

El resultado de esta ponderación, ha dejado claro para la Corte Constitucional que la noción de carrera administrativa como reguladora de la provisión de cargos en las entidades del Estado, propone privilegiar la igualdad en el acceso a las plazas de la carrera y reconocimiento objetivo del mérito en quien lo tenga, independientemente de si se está o no inscrito en la misma. (...)

20.- Lo anterior fue reiterado recientemente en la sentencia C-733 de 2005, mediante la cual la Corte declaró la inexequibilidad del artículo 56 transitorio¹² de

⁸ [Cita del aparte transcrito] Corte Constitucional, Sentencia C-725 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁹ [Cita del aparte transcrito] Corte Constitucional, Sentencia C-097 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz.

¹⁰ [Cita del aparte transcrito] Corte Constitucional, Sentencia C-973 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹ C-1079 de 2002, reiterando lo dispuesto en la C-266 de 2002

¹² Ley 909 de 2004. "Artículo 56.- A los empleados que a la vigencia de la presente ley se encuentren desempeñando cargos de carrera, sin estar inscritos en ella, y se presenten a los

la Ley 909 de 2004¹³, el cual disponía que los empleados, que para la entrada en vigencia de la mencionada ley se encontraban desempeñando cargos de carrera sin estar debidamente inscritos en ella, al momento de concursar para ostentar dicho cargo en propiedad se les reconocería la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en su ejercicio. La Sala argumentó que “[s]egún jurisprudencia reiterada de la Corte, el ingreso a los cargos de carrera administrativa y el ascenso en los mismos, debe hacerse mediante la determinación de los méritos y calidades de los aspirantes, como una manifestación concreta del derecho a la igualdad y al desempeño de funciones y cargos públicos; sin que le esté permitido al legislador, al diseñar el sistema de concurso, desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes mediante la participación igualitaria en los procesos de selección de los funcionarios del Estado.” [Énfasis fuera del texto]

Y en concreto sobre el reconocimiento de la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en el desempeño del cargo, como elemento constitutivo de la selección en las listas de elegibles en desarrollo del concurso; se consideró que la norma acusada (art 56 trans L.909/04) consagraba en efecto “...un trato distinto entre los aspirantes que se desempeñan en provisionalidad y los demás, pues prevé una evaluación adicional para los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, a la fecha de la vigencia de la ley, y que aspiren a dichos cargos, que termina estableciendo a favor de éstos una ventaja injustificada con respecto a los demás aspirantes, y por lo tanto violatoria del derecho a la igualdad y del derecho de acceso a cargos públicos. El privilegio consiste en que a estos empleados, además de los factores comunes que se les tendrán en cuenta a todos los aspirantes, relativos a sus calidades académicas y experiencia, también se les toma en cuenta, de manera adicional, una evaluación de antecedentes, de experiencia, de antigüedad, de conocimiento y de eficiencia en el ejercicio del cargo para el cual se concursa, lo que representan una ventaja frente a quienes concursan y no se encuentran ocupando el cargo respectivo, según lo disponga la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual no se encuentra justificada.” [Énfasis fuera de texto]

21.- De lo anterior se sigue que las regulaciones de los sistemas de concursos no pueden establecer criterios de selección, cuya evaluación no sea susceptible de ser aplicada a todos los concursantes, incluyendo tanto a los inscritos en carrera como a los no-inscritos. El establecimiento de factores que pretenden incentivar a los empleados de carrera mediante la oportunidad de promoción, incorporados como elementos constitutivos de la selección de personal para cargos de carrera mediante concurso, es contrario a la Constitución en tanto privilegia injustificadamente a algunos participantes en detrimento de otros. Negrillas fuera del texto original.

Luego, los concursos cerrados han sido calificados como inconstitucionales, y se ha establecido que para que los sistemas de concursos se ajusten a la normatividad constitucional, estos deben establecer la misma regulación para el concurso de ascenso que para el de ingreso, es decir, no puede ser una más restrictiva que la otra, pues debe permitir una evaluación en condiciones de igualdad que conlleve la determinación objetiva del mérito de cada concursante, estén estos vinculados o no a la entidad.

5.5.7. Concurso de Méritos

concursos convocados para formar listas de elegibles para proveer dicho cargos, destinadas a proveerlos en forma definitiva, se les evaluará y reconocerá la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en su ejercicio.”

¹³ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

Como reiteradamente lo expresado la Corte Constitucional y el artículo 86 de la Carta Magna lo estipula, la acción de tutela **“solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”**, de manera que su procedibilidad se supedita a que el accionante no tenga a su alcance otros mecanismos de defensa o que al tenerlos, no sean los idóneos o eficaces para garantizar la defensa de sus derechos, por último, cuando busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual, procederá de manera transitoria, esto es, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto en vía judicial ordinaria.

En este sentido, dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, cuando la vulneración de los derechos se alega con fundamento en los efectos de un acto administrativo, el accionante está en la obligación de debatir el mismo en sede judicial, mediante los medios de control que el ordenamiento procesal administrativo ha estatuido para ello.

En efecto, la Corte Constitucional en anteriores oportunidades, reiteró la procedencia excepcional de la acción de tutela en casos de concursos de méritos, cuando los mecanismos ordinarios no resultan ser los más eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales, en este sentido, en la sentencia T-388 de 1998, se estableció que en atención a la prolongación de los términos para la resolución del proceso a través de la jurisdicción administrativa, no había verdadera garantía de acceso al cargo concursado, sino simplemente una compensación de carácter económica. En igual sentido, se profirieron las sentencias T-095 de 2002 y la SU-913 de 2009.

No obstante lo anterior, con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011, se contempló la posibilidad de adoptar medidas provisionales en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como la reducción de los términos de los procesos, por lo que se varió el estudio de procedencia, en atención a que al igual que la acción de tutela, los mecanismos implementados por la citada normatividad permiten suspender los actos que eventualmente se encuentren vulnerando los derechos fundamentales de la parte accionante. Cabe destacar que, en la sentencia SU-355 de 2015, la Corte Constitucional enfatizó en la improcedencia de la tutela como mecanismo subsidiario, dada la idoneidad y eficacia de los medios de control y medias cautelares, contempladas en la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos:

*[...] Si bien la Corte reitera la regla de procedencia establecida en la SU-712 de 2013, su aplicación en el caso ahora estudiado no conduce a la misma conclusión a la que se arribó en aquella ocasión. En efecto, la regulación que en materia de suspensión provisional introdujo la Ley 1437 de 2011 y la comprensión que de ella ha tenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, **permiten a este Tribunal concluir que el accionante cuenta, prima facie, con un medio judicial no solo idóneo sino también temporalmente eficaz para debatir oportunamente la posible violación de sus derechos y plantear la adopción de una medida de protección si se cumplen las condiciones para ello [...]**.*

En cuanto a la efectividad de las medidas cautelares, la Corte Constitucional en Sentencia T-059 de 2019, señaló:

*15. Ahora bien, recientemente, mediante la sentencia SU-691 de 2017, la Sala Plena tuvo la posibilidad de pronunciarse nuevamente respecto de la eficacia de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez. En esa providencia, **esta Corte consideró que estas***

nuevas herramientas permiten garantizar la protección de los derechos de forma igual o, incluso superior a la acción de tutela en los juicios administrativos, pero ello no significa la improcedencia automática y absoluta de la acción de tutela como mecanismo de protección subsidiario de los derechos fundamentales, ya que los jueces constitucionales tienen la obligación de realizar, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en concreto de los medios de defensa alternos y, en ese sentido, están obligados a considerar: “(i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados”.

16. Sumado a lo anterior, es importante resaltar que un requisito de acceso a las acciones previstas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es el agotamiento de la etapa previa de conciliación extrajudicial, cuando el objeto de la pretensión pueda ser objeto de este medio alternativo de resolución de conflictos, situación que interrumpe el término de caducidad de la acción hasta que se logre el acuerdo conciliatorio; hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley; hasta que se expidan las constancias de no conciliación o hasta que se venza el término de 3 meses, lo que ocurra primero^[73].

17. Debido a ello, **pese a la existencia de medios de defensa ordinarios que puedan ser idóneos para la protección de los derechos fundamentales invocados, lo cierto es que la acción de tutela puede ser procedente, de manera excepcional, con la finalidad de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.**

18. Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley^[74]. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico^[75].

(...)

20. Así las cosas, las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento. Por ejemplo, cuando se trata de un cargo, para el que la Constitución o la ley previeron un periodo fijo y corto, como es el caso de los gerentes de Empresas Sociales del Estado, y del cual ya ha

transcurrido un término importante. (...) Negrillas y subrayado fuera de texto original.

En conclusión, la postura de la Corte Constitucional, ha sido enfática en determinar que en materia de concursos de méritos la acción de tutela no procede por regla general, dado que, con la expedición de la Ley 1437 de 2011, se previó la implementación de medidas cautelares para la protección efectiva de los derechos fundamentales de manera transitoria; sin embargo, el juez constitucional tiene el deber de analizar la procedencia de dicho amparo en cada caso concreto, dependiendo de las circunstancias específicas.

5.5.8. Normas de Concurso

Inicialmente debe señalarse que, el artículo 125 de la Constitución Política, establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado, son de carrera, exceptuando aquellos de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y demás que determine la ley.

Con relación a la carrera administrativa, la jurisprudencia constitucional la ha definido como *“un sistema técnico en el que se administra el personal de organismos y entidades estatales, teniendo como objetivo la preservación de la estabilidad y del derecho de promoción de los trabajadores, garantizando la excelencia en la prestación del servicio y la eficiencia en la administración pública y de las actividades estatales, generando igualdad de oportunidades para ingresar, capacitarse y ascender en el servicio público, basándose solamente en el mérito y en las calidades de los aspirantes”*¹⁴

De otro parte, el artículo 130 de la Constitución Política, consagró que la vigilancia y administración de la aplicación de las normas de carrera administrativa, se encuentra a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, funciones que fueron enunciadas en el artículo 12 de la Ley 909 de 2004.

- Ley 909 de 2004

La mencionada norma, tiene por objeto regular el sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que regulan el ejercicio de la gerencia pública, aplicable entre otros, a los empleados públicos de carrera de las entidades de nivel territorial departamental, distrital, municipal y entes descentralizados.

No obstante lo anterior, el artículo 4.1 de la Ley 909 de 2004, contemplo los sistemas específicos de carrera administrativa, en atención a la singularidad y especificidad de las funciones que cumplen las entidades, las cuales tienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa, para el ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal, contempladas en las leyes que regulan la función pública. En este sentido, en su numeral 2, estableció que es un sistema específico de carrera administrativa, el que regula el personal de la DIAN.

En otras palabras, la legislación no ordenó una carrera administrativa idéntica para todas las entidades del Estado, sino que por el contrario reconoció la existencia de regímenes especiales, como para el caso específico de selección, promoción y retiro, de los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas -DIAN; lo anterior, como consecuencia de la amplia potestad de configuración política del legislador, de acuerdo al objetivo de la carrera administrativa para cada entidad.

Sobre este punto, la Corte Constitucional en sentencia C-063 de 1997, determino que la diferencia de trato, como consecuencia de la libertad de configuración política del

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-034/15

legislador para la consecución de fines constitucionales, no conlleva necesariamente a la vulneración de la igualdad, en las siguientes palabras:

10- Un trato legal diferente no implica automáticamente una violación de la igualdad, siempre y cuando el Legislador persiga objetivos constitucionales legítimos y la diferencia de trato constituya un medio adecuado, proporcionado y razonable para la consecución de la finalidad perseguida. El principio de la igualdad no puede ser entendido como una prohibición de las diferencias, sino como una exigencia de que las distinciones que se establezcan tengan una justificación objetiva y razonable. En otras palabras, el principio de igualdad tan sólo veda la arbitrariedad en las diferencias de trato.

La Corte recuerda además que en ámbitos en donde el Legislador dispone de amplia libertad de configuración política, como se señaló anteriormente es el caso que se estudia, el control de constitucionalidad se hace más flexible con el fin de no contrariar la libre acción del Legislador. Así pues, no es asunto del juez constitucional examinar si el Legislador dictó una regulación conveniente o injusta, siempre y cuando se respeten los límites constitucionales extremos. En tales eventos, el juicio de igualdad debe ser menos estricto, y por ende, son legítimas todas aquellas diferenciaciones que se adecúan razonablemente a la finalidad permitida, esto es, no prohibida por la Constitución. Negritas fuera del texto original.

En igual sentido, el órgano de cierre constitucional, en Sentencia C-034 de 2015, señaló sobre la libertad de configuración del legislador en materia de carrera, que:

La Corte Constitucional ha indicado frente a la libertad de configuración legislativa sobre carrera que la misma debe ser ejercida dentro de los límites impuestos por la propia Constitución, por lo que el Legislador tiene un amplio margen de libertad de configuración para diseñar el sistema de carrera y de mecanismos en los que se valoran los méritos de los aspirantes a ingresar o ascender dentro de la misma y del retiro del servicio estatal.

El Constituyente dejó en cabeza del Legislador, la facultad de regular la carrera, como mecanismo de acceso a las entidades y órganos del Estado, teniendo como único parámetro, garantizar los principios y valores que inspiran la Carta fundamental, entre ellos el derecho a la igualdad.

En este sentido, el Legislador puede establecer los principios y criterios que guían los sistemas de evaluación sobre el desempeño de los funcionarios de carrera, así como los momentos y clases de evaluación, los procedimientos, las garantías procesales aplicables y las consecuencias de tal evaluación. Otra de las facultades con las que cuenta el legislador es diseñar el régimen disciplinario de los funcionarios de carrera, codificarlo en un instrumento único, o regularlo en varios, tipificar faltas nuevas y establecer distintas sanciones, e instituir el procedimiento para imponer las sanciones. Igualmente, cuenta con la facultad de regular y estructurar causales de retiro adicionales a las consagradas en el artículo 125 constitucional, no relacionadas directamente con la evaluación del desempeño o con la violación del régimen disciplinario, como la regulación del retiro de funcionarios por haber llegado a la edad de retiro forzoso, por la posesión de funcionarios de carrera en cargos de libre nombramiento y remoción sin la comisión respectiva, o como consecuencia de la fusión, liquidación de entidades públicas o de la supresión de cargos.

Hay que resaltar, que en reiteradas oportunidades, esta Corporación ha indicado que la competencia del legislador no es ilimitada ya que debe estar estrechamente relacionada con el objetivo que busca el sistema de carrera el

cual consiste en garantizar que el ingreso y permanencia en los empleos de carrera sea de acuerdo al mérito, con procesos de selección en donde se garantice la transparencia y objetividad sin ningún tipo de discriminación conforme al artículo 125 de la Constitución Política.

En este sentido, la competencia del Legislador para determinar las excepciones a la carrera es ejercida de forma debida desde que no se altere la naturaleza de las cosas, esto es, no se invierta el orden constitucional que determina como regla general la carrera, por cuanto la alteración de ese orden implicaría “discriminaciones injustificadas o carentes de razonabilidad”.

Según la jurisprudencia, los contornos de tal facultad, se encuentran delimitados por tres objetivos fundamentales: (i) la búsqueda de la eficiencia y eficacia en el servicio público; (ii) la garantía de la igualdad de oportunidades, y (iii) la protección de los derechos subjetivos consagrados en los artículos 53 y 125 de la Constitución.

5.5.9. Normas Concurso - DIAN

Ahora bien, mediante el Decreto Ley 071 de 24 de enero de 2020, se estableció y reguló el Sistema Específico de Carrera de los Empleados Públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, así como las normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN, en la que se contempló:

ARTÍCULO 4. *Ámbito de aplicación.* *El presente régimen es aplicable en su integridad al personal que desempeñe los empleos pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN.*

De igual forma, el presente Decreto-ley regirá para los empleados vinculados mediante nombramiento provisional u ordinario en todo aquello que les sea aplicable.

(...)

Artículo 7. *Entes y órganos competentes.* *Son entes y órganos competentes para la administración, vigilancia y para la gestión interna del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN, los siguientes:*

7.1 De Administración y Vigilancia:

La Comisión Nacional del Servicio Civil.(...)

Artículo 8. *Comisión Nacional del Servicio Civil.* *A la Comisión Nacional del Servicio Civil le corresponde, por expreso mandato del artículo 130 de la Constitución Política, la administración y vigilancia del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN.*

A la Comisión Nacional del Servicio Civil, en ejercicio de la función de administración y vigilancia, le corresponde ejercer las competencias señaladas en la Constitución Política, en la Ley 909 de 2004 y en las normas que la modifiquen, adicionan o sustituyan .La Comisión Nacional del Servicio Civil adelantará las funciones de administración y vigilancia del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN, aplicando las normas específicas desarrolladas para el efecto en el presente Decreto-ley, y con la colaboración de las dependencias de la DIAN que tienen asignadas funciones de gestión interna.

(...)

ARTÍCULO 18. Oferta de empleo público. La oferta de empleo público constituye el conjunto de empleos vacantes en forma definitiva con disponibilidad presupuestal para su nombramiento, o provistos de manera transitoria con nombramiento provisional o encargo y que deben ser provistos a través de concurso de méritos realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil. La oferta de empleo público debe indicar el nivel jerárquico, categoría, código y grado al cual corresponda el empleo.

(...)

ARTÍCULO 22. Formas de proveer los empleos de carrera administrativa. Las vacancias definitivas y temporales de los empleos de carrera administrativa se proveerán de las siguientes formas:

22.1 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.

(...)

Artículo 24. Obligatoriedad de los concursos. El ingreso y el ascenso en los empleos públicos del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política, se hará por concurso público. (...)

Artículo 25. Del ingreso. Para la provisión definitiva de los empleos de la DIAN, podrán adelantarse concursos de ingreso en los cuales participarán todos los ciudadanos que aspiren a prestar sus servicios como empleados públicos de la DIAN, y que reúnan los requisitos exigidos para el efecto.

Artículo 26. Concurso de ascenso. Para la provisión definitiva de los empleos de la DIAN, **se podrán adelantar concursos de ascenso** con la finalidad de reconocer la capacitación y desempeño de los servidores escalafonados en el Sistema Específico de Carrera Administrativa de la Entidad.

El concurso será de ascenso cuando:

26.1 La vacante o vacantes a proveer pertenezcan a la planta de personal de la DIAN en los niveles profesional, técnico o asistencial.

26.2 Existan servidores públicos con derechos de carrera del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos que se van a convocar a concurso, y

26.3 El número de los servidores escalafonados que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos que se van a convocar a concurso es igual o superior al número de empleos a proveer.

Si se cumple con los anteriores requisitos se podrá convocar a concurso de ascenso hasta por el treinta por ciento (30%) de las vacantes a proveer. Las vacantes restantes se proveerán a través de concurso de ingreso.

Si en el desarrollo del concurso de ascenso no se inscribe al menos un número igual de servidores escalafonados en carrera por empleo a proveer, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos se realizará mediante concurso de ingreso.

Quienes se hayan inscrito inicialmente, continuarán en el concurso de ingreso sin requerir una nueva inscripción.

(...)

Artículo 27. Requisitos para participar en el concurso de ascenso. Para participar en los concursos o procesos de selección de ascenso, el empleado de carrera deberá cumplir los siguientes requisitos:

27.1 Acreditar derechos de carrera en el Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN.

27.2 Reunir los requisitos y condiciones exigidos para el desempeño del empleo, según se establece en el Manual Específico de Requisitos y Funciones.

27.3 Acreditar las competencias laborales a través de la certificación que expida la Escuela de Impuestos y Aduanas, o la correspondiente universidad o institución de educación superior acreditada por el Ministerio de Educación Nacional.

27.4 Haber obtenido calificación excelente o sobresaliente en la evaluación de desempeño, en el año inmediatamente anterior a la convocatoria.

27.5 No haber sido sancionado disciplinaria ni fiscalmente dentro de los cinco (5) años anteriores a la convocatoria.

PARÁGRAFO. La DIAN, al reportar la Oferta Pública de Empleos, deberá identificar los empleos que se deben proveer a través del concurso de ascenso. La Comisión Nacional del Servicio Civil validará la información y determinará el tipo de concurso en el acto administrativo que fije las reglas del proceso de selección.

28.1 Convocatoria. Es el acto administrativo expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, que previa coordinación y planeación con la DIAN, determina de manera precisa las reglas a que ha de sujetarse el proceso de selección para el ingreso o ascenso en el Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN. (...)

(...)

Artículo 147. Aplicación preferente. Las disposiciones contenidas en el presente Decreto ley tienen carácter especial, **por consiguiente, de aplicación preferente sobre las normas generales que regulen la carrera administrativa.** Negrillas fuera de texto

5.5.10. Perjuicio Irremediable

El análisis de la procedencia o no de la acción de tutela, también debe partir del estudio que se realice por parte del Juez Constitucional, sobre el perjuicio irremediable que pueda afectar al accionante, en esa dirección la Corte Constitucional, en Sentencia T-318 de 2017, indicó:

(...)

Respecto de dicho mandato esta Corporación ha expresado, en forma reiterada, que aun cuando la acción constitucional ha sido prevista como un mecanismo de defensa judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales, **la propia Carta Política le reconoce un carácter subsidiario y residual**, lo cual significa que solo es procedente supletivamente, **es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo estos, se presente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.**

Bajo esta línea interpretativa, la Corte ha enfatizado que, en la medida en que el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, incluyendo, por supuesto, los raigambre fundamental, la procedencia excepcional del mecanismo de amparo se justifica en razón a la necesidad de preservar las competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, con el propósito de impedir no solo su paulatina desarticulación sino, también, garantizar el principio de seguridad jurídica.

La jurisprudencia constitucional ha precisado que la protección de los derechos constitucionales no es un asunto exclusivamente reservado a la acción constitucional, toda vez que el Texto Superior le impone a las autoridades de la República la obligación de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades (C.P. art. 2º), razón por la cual debe entenderse que los diversos medios judiciales de defensa previstos en la ley han sido estatuidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la propia Constitución le reconoció a la tutela un carácter subsidiario frente a los demás mecanismos de defensa judicial, los cuales se constituyen, entonces, en los instrumentos a los que deben acudir de manera preferente las personas para lograr la protección de sus derechos.

Precisamente, la Corte, en Sentencia T-451 de 2010¹⁵, dijo:

“[L]a acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico”.

Así las cosas, el diseño constitucional, concibió el amparo de tutela como una institución procesal orientada a garantizar “una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales”¹⁶, razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues dicha acción constitucional no pretende reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos que dentro de estos procesos están dirigidos a controvertir las decisiones que se adopten.

¹⁵ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁶ T-608 de 20 de junio de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Con todo, la nota definitoria de subsidiariedad de la acción de tutela impone la obligación al interesado de desplegar todo su actuar para poner en marcha los medios ordinarios de defensa consagrados en el ordenamiento jurídico y así lograr la protección de sus derechos fundamentales. De ahí que, para acudir a la acción de amparo el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios porque la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia de la acción constitucional.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha establecido dos excepciones al principio de subsidiariedad de la acción de tutela:

-La primera está consagrada en artículo 86 Superior al indicar que aun cuando existan otros medios de defensa judicial, **la tutela es procedente si con ella se pretende precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.**

-La segunda, está prevista en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, cuando señala que también procede la acción constitucional cuando el mecanismo ordinario de defensa no es idóneo, ni eficaz para la protección inmediata y plena de los derechos fundamentales, caso en el cual emerge como mecanismo definitivo de protección.

En cuanto al primer supuesto, es decir, el relativo a evitar un perjuicio irremediable, se fundamenta en que la persona tiene a su alcance un medio idóneo y eficaz para la defensa de sus derechos fundamentales, pero que, en aras de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el amparo constitucional se convierte en un mecanismo procedente para brindarle, de manera transitorio, la protección de sus derechos fundamentales, mientras que el juez natural resuelve el caso.

Frente al particular, esta Corporación, en Sentencia T-494 de 2010¹⁷, señaló:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea: (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consuma un daño antijurídico en forma irreparable.”

Conforme a estos criterios, la Corte ha conceptualizado el perjuicio irremediable, así:

“(…) De acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este

¹⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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”.¹⁸

Así mismo, este Tribunal, ha destacado que **cuando se trata de esta hipótesis, el accionante deberá acreditar**: “(i) una afectación inminente del derecho - elemento temporal respecto al daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de los derechos en riesgo”^{19, 20}

Ahora bien, en cuanto al segundo supuesto, que hace referencia a la idoneidad del mecanismo de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que este “**ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata**. La idoneidad del medio judicial puede determinarse, según la Corte lo ha indicado, examinando el objeto de la opción judicial alternativa y el resultado previsible de acudir a ese otro medio de defensa judicial.”²¹. Así, el juez constitucional deberá efectuar un análisis particular del caso concreto, pues en este podría percatarse que **la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o adoptar las medidas necesarias para la protección de los derechos fundamentales afectados**²².

En síntesis, la acción constitucional no puede desplazar al juez ordinario y solo subsidiariamente, en eventos excepcionales definidos por la jurisprudencia, aquella puede invocarse para solicitar una protección transitoria, o una protección definitiva. Cuando se invoca el perjuicio irremediable, **el peticionario debe acreditarlo o aportar mínimos elementos de juicio que le permitan al juez constitucional comprobar la existencia de este elemento**.

Acorde con lo expuesto en precedencia, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, **esta resulta improcedente cuando se utilice como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley**. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no resultan lo suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere la protección constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el afectado se enfrentaría a la ocurrencia inminente de un

¹⁸ T-451 de 2010.

¹⁹ “Sentencias: T-225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-789 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras”.

²⁰ Ibídem.

²¹ Sentencia SU-355 de 11 de junio de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.

²² Ibídem.

perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

(...)

Caso Concreto

Pretende el tutelante que se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y a la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas - DIAN, a través de fallo de tutela, que suspendan el concurso de ingreso “*Proceso de Selección DIAN N°. 1461 de 2020*”, y en su lugar, que se ordene desarrollar el concurso de ascenso, para proveer el 30% de los cargos de la planta de personal de la DIAN. Así mismo, solicitó que se inaplique el artículo 27.3 del Decreto Ley 071 de 2020, y en su lugar, se reconozcan a los empleados de carrera de la DIAN, los derechos otorgados a los empleados del Estado, por la Ley 1960 de 2019.

Así pues, frente a los hechos narrados en la acción de tutela, la accionada **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN**, solicitó que se niegue el amparo constitucional por improcedente, al no cumplirse con el requisito de subsidiariedad, puesto que el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial como nulidad simple, en el que puede solicitar las medidas cautelares preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, que permiten proteger sus derechos de forma inmediata y garantizar de forma provisional el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Señaló que, la acción de tutela no resulta procedente al no haberse demostrado la existencia de un perjuicio irremediable, ya que el cargo del actor no ha sido ofertado y continua desempeñándolo; y que tampoco ha limitado su derecho a concursar.

Por otro lado, considera que no se han vulnerado los derechos fundamentales del accionante, en el entendido en que, las actuaciones de la entidad se han ceñido a la normatividad especial que la rige, la cual, contempla como una posibilidad y no como una obligación, que por decisión del Director General de la DIAN, se realice el concurso de ascenso.

Finalmente, señaló que contrario a lo afirmado por el accionante, de conformidad con lo establecido en el artículo 147 del Decreto Ley 071 de 2020, se debe aplicar la normatividad especial prevista para el sistema de carrera de los empleados públicos de la DIAN, y no el artículo 2 de la Ley 1969 de 2019, que reformó el artículo 29 de la Ley 909 de 2004, que regula el estatuto del sistema general de carrera administrativo.

Por su parte, **la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC**, solicitó que se declarara improcedente la acción de constitucional, por no cumplirse con el requisito de subsidiariedad, y no probarse la existencia de un perjuicio irremediable.

Adicionalmente, indicó que las pretensiones no cuentan con un fundamento factico, al encontrarse el accionante vinculado a la DIAN, y porque a pesar de que el concurso de 2020 sea de ingreso, no quiere decir que los procesos de selección planeados para el 2021 y 2022, no vayan a realizar el concurso de ascenso. Igualmente, señaló que el proceso de selección N°. 1461 de 2020, oferta 96 empleos y 1.500 vacantes, lo que quiere decir que, no se incumple con la regla de oferta del 30%, de las vacantes definitivas, para realizar el concurso de ascenso contemplado en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 y el artículo 26 del Decreto Ley 71 de 2020.

De otro lado, considera que no se están vulnerando los derechos del accionante, en el entendido en que la igualdad y el mérito, son principios rectores del Sistema

Específico de Carrera Administrativa de la DIAN, y fueron acogidos por el Acuerdo N°. 0285 de 10 de septiembre de 2020. Así mismo, adujo que el Decreto Ley 071 de 2020, contempla un nivel de discrecionalidad y no una orden de cumplir con la regla del 30% del concurso de ascenso. Igualmente, señaló que en la etapa de planeación de manera conjunta con la DIAN, se determinó que el proceso de selección de 2020, sería de ingreso, en atención a que las disposiciones normativas no impusieron un orden para adelantar procesos de ascenso e ingreso.

De otro lado, **el señor Juan David Díaz Valencia**, en condición de tercero interesado, solicitó que se le vinculara en las presentes diligencias, al encontrarse inscrito en el proceso de selección para proveer cargos en la planta de personal de la DIAN; en primer lugar, manifestó que no se cumple con el requisito correspondiente a que *“El número de los servidores escalafonados que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos que se van a convocar a concurso es igual o superior al número de empleos a proveer.”*, en atención a que el accionante informó que de los 6.600 empleos, 6.300 se encuentran provistos en provisionalidad, pues la norma exige que para que se pueda adelantar el concurso de ascenso, el número de los servidores que deben cumplir requisitos, debe ser igual o superior a los empleos a proveer.

En segundo lugar, señaló que la norma especial que se aplica para la DIAN, no establece la obligación de adelantar el concurso, sino que simplemente determina una posibilidad, cuando se da el cumplimiento de los requisitos. Así mismo, considera que el concurso adelantado por la DIAN no vulnera los derechos fundamentales del accionante, teniendo en cuenta que para proveer las vacantes se compite en igualdad de condiciones por las personas que desean ingresar a la entidad, como por los funcionarios que pretenden ascender.

En tercer lugar, indicó que el accionante cuenta con mecanismo judiciales dispuestos en la Ley 1437 de 2011, para debatir los hechos objeto de la presente acción constitucional, por lo que, no se cumplen los requisitos de procedencia de la acción.

De cara a lo anterior, esta instancia judicial procederá a estudiar la procedencia de la presente acción de tutela; para lo cual, es necesario traer a colación que la Corte Constitucional, ha determinado que por regla general, la acción de tutela no es procedente para controvertir actos administrativos que se expidan en medio del desarrollo de concurso de méritos. Sin embargo, la alta corporación estableció la obligación que tiene el juez de estudiar las circunstancias específicas de cada caso en concreto, para poder determinar si se habilita su procedencia de manera excepcional, así:

20. ... las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento.²³ (...) Negrillas y subrayas fuera de texto

En este sentido, la Corte Constitucional, precisó que con la expedición de la Ley 1437 de 2011, en los procesos judiciales se aplicarán los artículos 137, 138 y 141 de dicho ordenamiento que contemplan los medios de control, de: simple nulidad, y nulidad y restablecimiento del derecho; así como, el artículo 229 y siguientes, que contienen

²³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-059/19.

los preceptos respecto a las medidas cautelares. No obstante lo anterior, el órgano constitucional, estableció el amparo con procedencia excepcional, cuando: 1.) se determine que el medio o recurso existente carece de eficacia e idoneidad, y 2.) se instaure como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable de naturaleza fundamental.

En cuanto a la primera excepción de eficacia e idoneidad de los medios ordinarios, se debe precisar que el accionante cuenta con los medios de control idóneos como son nulidad, y nulidad y restablecimiento del derecho, para cuestionar la legalidad de los actos administrativos expedidos en medio del concurso, máxime al tener la posibilidad de solicitar una medida cautelar de suspensión provisional del acto, con miras a proteger los derechos presuntamente vulnerados, de acuerdo a las reformas introducidas por la Ley 1437 de 2011; cabe destacar que el Consejo de Estado, se pronunció sobre la modificación introducida en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, señalando que la misma constituyó una variación significativa en la labor del juez administrativo, así:

*[...] Sobre el particular, esta Corporación ha precisado que la nueva regulación de la suspensión provisional establecida en el C.P.A.C.A., prescinde de la “manifiesta infracción” exigida en la antigua legislación, y “presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud”. Esta es una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que ello habilita al juez para realizar un estudio de una manera más amplia que la prevista en la legislación anterior [...]*²⁴

Pese a lo anterior, se observa que el accionante no acudió previamente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a demandar y solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos que pretende controvertir mediante este mecanismo constitucional, contexto sobre el cual, no se cumple con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela.

En cuanto a la segunda excepción, se debe señalar que teniendo en cuenta el marco jurídico y probatorio obrantes dentro del expediente, no se probó que dentro del “Proceso de Selección DIAN N°. 1461 de 2020”, que las entidades hayan desplegado actividades que representen un perjuicio irremediable al accionante, de tal forma que, se habilite la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo transitorio de amparo a sus derechos fundamentales.

En este punto, es necesario tener en cuenta que para que se estructure el perjuicio irremediable, este debe ser cierto, es decir, efectivamente se deben apreciar hechos positivos o ciertos, que evidencien afectación de los derechos fundamentales, aspecto que no se observó en el presente caso, puesto que se adelanta un concurso conforme a las normas y procedimientos que guían el concurso específico para ingreso a la DIAN; así mismo, no se determinó que se estén lesionando de manera grave los intereses del tutelante, ya que si bien es cierto, el hecho de no realizar el concurso de ascenso, no le permite presentarse al concurso al interior de la entidad, de todas maneras, puede participar en el concurso abierto que la misma adelanta; por lo cual, no se evidencia necesaria la intervención del juez constitucional para proteger un perjuicio irremediable.

Es decir que, el tutelante no probó que se estructuren los requisitos establecidos por la Corte Constitucional, para que se presente perjuicio irremediable, puesto que no

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-27-000-2013-00014-00(20066).

se evidenció certeza, ni la afectación grave de sus derechos, lo que hace innecesaria la intervención del juez constitucional, tornando improcedente la acción de tutela.

De otra parte, para el despacho es claro que, al existir normas que rigen de manera específica y subsidiaria (Decreto Ley 071 de 2020 y Ley 909 de 2004, y demás normas complementarias) el concurso adelantado por la DIAN, y siendo que lo atacado son actos administrativos de carácter general, estos deben ser controvertidos a través de los medios de control establecidos por el legislador, como son: nulidad, y nulidad y restablecimiento del derecho, y de considerarlo procedente, solicitar medida cautelar; elementos estos, que claramente generan que la discusión planteada escape de la esfera del juez constitucional.

En conclusión, la presente acción de tutela no está llamada a prosperar, ni siquiera de forma transitoria, puesto que no se acreditó la existencia o amenaza de un perjuicio irremediable, y por tanto, el objeto planteado ante el juez constitucional, está fuera del ámbito de protección de los derechos fundamentales, y se concreta es un juicio de legalidad propio de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo que no se presenta el requisito de subsidiariedad de la acción constitucional; en consecuencia, se configura la causal de improcedencia, establecida en el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

Así mismo, debe advertirse que no se consideró pertinente acumular la acción de tutela a otras presentadas, puesto que con esta se busca la protección de los derechos fundamentales del accionante, lo cual debe ser estudiado a la luz del caso concreto.

Finalmente, es necesario indicar que si bien el tercero interesado señor Juan David Díaz Valencia, presentó circunstancias particulares e indicó la forma como consideró debe decidirse la acción, lo cierto es que como arriba se advirtió, el objeto de debate debe darse a través de las vías ordinarias, y no por este medio constitucional.

En caso de no presentarse impugnación en contra del presente fallo, por la secretaría del juzgado se procederá con el envío de este, a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

En mérito de expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la ley.

RESUELVE

PRIMERO.- RECONOCER personería adjetiva al Doctor José Miguel Blanco Gómez, identificado con cédula de ciudadanía número 72.287.297 y Tarjeta Profesional N°. 168.271 del Consejo Superior de la Judicatura, en condición de apoderado de la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales – DIAN, en los términos y con las facultades establecidas en el memorial poder aportado a las diligencias.

SEGUNDO.- NEGAR por improcedente la acción de amparo presentada por el señor Pedro Julio Moreno Parra, identificado con cédula de ciudadanía N°. 79.326.479; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Por la secretaría del juzgado, **NOTIFICAR** la presente decisión a las Partes, a la Agente del Ministerio Público Delegada ante este despacho judicial y al Defensor del Pueblo; conforme a lo dispuesto en los artículos 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

CUARTO.- Por la secretaría del juzgado, **HACER SABER** que contra la presente decisión, procede el recurso de impugnación para ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, **dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.**

QUINTO.- En caso de no ser impugnado el presente fallo, por la secretaría del juzgado, **ENVÍAR** a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad a lo establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO.- Una vez regrese el expediente de la Corte Constitucional, por la secretaría del juzgado, **PROCEDER** al archivo de este, luego de las anotaciones del caso en el Sistema de Gestión Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

LUIS EDUARDO GUERRERO TORRES

JUEZ

**JUEZ - JUZGADO 055 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

184279af7328084f49d2708089c20f5f097ce04eaf470ac6e4064fe71685b213

Documento generado en 25/01/2021 07:04:31 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>