

Bogotá D.C., 26 de junio de 2024

HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL
Bogotá D.C.

Ref.: **ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Jeison Eduardo Garcia Ariza, ciudadano colombiano mayor de edad, obrando en nombre propio, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., respetuosamente me dirijo a ustedes en uso de mis derechos y deberes consagrados en el numeral 6 del artículo 40 y en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política de 1991, con el fin de interponer la acción de inconstitucionalidad contra el inciso tercero del párrafo transitorio del artículo 36 del Decreto Ley 927 de 2023 “*por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial (DIAN) y la regulación de la administración y gestión de su talento humano*”, por cuanto contraría la Constitución Política en sus artículos 29 y 125 como se sustenta a continuación:

I. NORMA CONSTITUCIONAL VULNERADA

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuación judicial y administrativa. El artículo versa así:

“**Artículo 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

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

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

El artículo 125, que establece que los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera y su nombramiento se realizará a través de concurso público. Este artículo versa así:

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

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

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

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

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

Parágrafo. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.”

II. NORMA DEMANDADA

La norma que vulnera la Constitución Política de 1991, en sus artículos 29 y 125, es el inciso tercero del parágrafo transitorio del artículo 36 del Decreto Ley 927 de 2023 *“Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial (DIAN) y la regulación de la administración y gestión de su talento humano”*, que se encuentra subrayado a continuación:

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

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

Parágrafo 1°. Si al hacer uso de la lista de elegibles no se acepta el nombramiento o no se acude a la posesión dentro del término establecido en las normas legales se entenderá que la persona queda excluida de la lista y se continuará con la provisión de los empleos en estricto orden de resultados.

Parágrafo 2°. Para asegurar que la Entidad adelante sus competencias en todas las seccionales y delegadas con altos niveles de excelencia y con los mejores perfiles profesionales, los empleados públicos que superen el período de prueba deberán permanecer en el lugar o sede donde se encuentra el empleo público mínimo dos (2) años. Lo anterior sin perjuicio de las potestades que corresponde al Director de reubicación de los empleos públicos en la planta global y flexible y, en general, de manejo de personal para atender las necesidades del servicio.

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

El proceso de selección cuya convocatoria y reglas se encuentran establecidas en el Acuerdo número CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022, seguirá su curso con independencia de la etapa en que se encuentre y, una vez conformada la lista de elegibles, esta deberá ser utilizada dentro del término de su vigencia para proveer las vacantes ofertadas y aquellas que se generen con posterioridad derivadas de la ampliación de la planta de personal, siempre y cuando los requisitos del empleo sean los mismos y sus funciones iguales o equivalentes.

En todo caso, las listas de elegibles a que hace referencia el presente párrafo transitorio no podrán utilizarse si el empleo público se encuentra provisto mediante encargo o provisionalidad. Estos cargos públicos deberán ser ofertados en una nueva convocatoria aplicando las reglas previstas en este decreto ley. [Subrayado fuera del texto]

III. FUNDAMENTOS DE LA VIOLACIÓN

La Sentencia C-285/15, en ponencia del honorable Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, reconoce que la carrera administrativa en Colombia se organiza en tres categorías o modalidades: (i) Sistema general de carrera, (ii) sistemas especiales de origen constitucional y (iii) sistemas especiales de carrera de origen legal. De estas tres modalidades, el sistema específico de carrera administrativa de la DIAN se configura como un sistema especial de carrera de origen legal, cuya administración y vigilancia es competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC.

El origen legal del sistema específico de carrera administrativa de la DIAN es la Ley 909 de 2004 “*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.*” que establece en su artículo 4 lo siguiente:

“Artículo 4º. Sistemas específicos de carrera administrativa.

1. Se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública.

2. Se consideran sistemas específicos de carrera administrativa los siguientes:

* El que regula el personal que presta sus servicios a los cuerpos oficiales de bomberos.

- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).

- El que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

- El que regula el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología.

- El que rige para el personal que presta sus servicios en las Superintendencias.
- El que regula el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.
- El que regula el personal que presta sus servicios en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.
- El que regula el personal que presta sus servicios a los cuerpos oficiales de bomberos

3. La vigilancia de estos sistemas específicos corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil.” [Negrita fuera del texto]

Lo anterior, permite afirmar que la Dirección de Impuestos de Aduanas Nacionales DIAN cuenta con un sistema específico de carrera administrativa, el cual cuenta con una regulación específica en varios aspectos, siendo uno de ellos la reglamentación sobre el ingreso de personal vigilado y administrado por la CNSC.

A su vez, el artículo 53 de la Ley 909 de 2004 le confirió al Presidente de la República de Colombia la facultad para establecer las normas y demás regulaciones del sistema específico de carrera administrativa de la DIAN. El artículo versa así:

“Artículo 53. Facultades extraordinarias. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese de precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de promulgación de esta Ley, para expedir normas de fuerza de ley que contengan:

1. El procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil, para el cumplimiento de sus funciones.
2. El sistema general de nomenclatura y clasificación de empleos aplicable a las entidades del orden territorial que deban regirse por la presente ley.
3. El sistema de funciones y requisitos aplicable a los organismos y entidades de los órdenes nacional y territorial que deban regirse por la presente ley, con excepción del Congreso de la República.
4. El sistema específico de carrera para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro del personal de las superintendencias de la Administración Pública Nacional, de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.
- 5. Las normas que modifiquen el sistema específico de carrera para los empleados de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.**
6. Las normas que regulen el sistema específico de carrera administrativa para los empleados públicos que prestan sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.” [Negrita fuera del texto].

En ese sentido, el sistema específico de carrera administrativa de la DIAN, está a la fecha reglamentado por el Decreto Ley 927 de 2023 “*por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial (DIAN) y la regulación de la administración y gestión de su talento humano*”, que derogó el Decreto Ley 71 de 2020 “*por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN.*”.

Respecto al Decreto Ley 71 de 2020, debe resaltarse que fue la base para el desarrollo de dos procesos de selección adelantados por la CNSC: *2238 de 2021- DIAN Ascenso*, reglamentado a través del Acuerdo No. 2212 de 31 de diciembre de 2021 de la CNSC y *DIAN 2022*, reglamentado a través del Acuerdo No. CNT2022AC000008 de 29 de diciembre de 2022 de la CNSC.

En ambos acuerdos, se estableció que el uso de las listas de elegibles generadas en el marco de dichos procesos de selección estaría reglamentado por lo establecido en el artículo 34 del Decreto Ley 71 de 2020, el cual indicaba lo siguiente:

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

La lista de elegibles deberá ser utilizada en estricto orden descendente para proveer única y exclusivamente las vacantes que pudieren presentarse en los empleos que fueron ofertados como consecuencia del retiro del servicio del titular.”

Lo anterior, se configuró como norma reguladora del uso de lista de elegibles de ambos procesos de selección tanto para la CNSC, la DIAN como ente nominador y para los aspirantes, que una vez finalizados ambos concursos de méritos hicieron parte de las listas de elegibles. Respecto a estos últimos, debe señalarse que el uso de las listas de elegibles tiene lugar para aquellos participantes que inicialmente no ocuparon posición meritória, pero que luego de la dinámica del talento humano de la entidad existen vacantes definitivas del mismo empleo y en consecuencia estos aspirantes tienen el derecho de ser nombrados en periodo de prueba.

Esta es la razón principal por la cual las listas de elegibles cuentan con una vigencia, justamente para proveer vacantes definitivas del mismo empleo o su equivalente, que inicialmente no habían sido ofertadas. En ese sentido, fue la razón por la cual muchos aspirantes a pesar de no ocupar posición meritória, optaron por pagar y realizarse los exámenes médicos que estaban establecidos en el Decreto Ley 71 de 2020, porque ello les permitió ocupar las listas de elegibles y contar con la probabilidad de ser nombrados en periodo de prueba en el caso de generarse alguna vacante definitiva en el mismo empleo o su equivalente.

A pesar de lo anterior, el Decreto Ley 927 de 2023, que derogó el Decreto Ley 71 de 2020, a través del inciso tercero del párrafo transitorio demandado, modificó la norma reguladora de ambos procesos de selección en relación al uso de las listas de elegibles, vulnerando con ello el derecho al debido proceso de los aspirantes que participaron e integran las listas de elegibles de los concursos *2238 de 2021- DIAN Ascenso* y *DIAN 2022*.

El párrafo transitorio que considero vulnera el derecho al debido proceso de los concursantes es el siguiente:

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

El proceso de selección cuya convocatoria y reglas se encuentran establecidas en el Acuerdo número CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022, seguirá su curso con independencia de la etapa en que se encuentre y, una vez conformada la lista de elegibles, esta deberá ser utilizada dentro del término de su vigencia para proveer las vacantes ofertadas y aquellas que se generen con posterioridad derivadas de la ampliación de la planta de personal, siempre y cuando los requisitos del empleo sean los mismos y sus funciones iguales o equivalentes.

En todo caso, las listas de elegibles a que hace referencia el presente parágrafo transitorio no podrán utilizarse si el empleo público se encuentra provisto mediante encargo o provisionalidad. Estos cargos públicos deberán ser ofertados en una nueva convocatoria aplicando las reglas previstas en este decreto ley.” [Subrayado fuera del texto]

Los dos primeros incisos del parágrafo transitorio establecen que los procesos de selección que se fundamentaron en el Decreto Ley 71 de 2020, como es el caso del Proceso de Selección DIAN 2022 reglamentado a través del Acuerdo No. CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022, seguirán su curso con independencia de la expedición del Decreto Ley 927 de 2023, sin embargo, el tercer inciso con la expresión “*en todo caso*” se contrapone a lo anterior y plantea una condición nueva para los elegibles en lo que respecta al uso de las listas de elegibles: [...] *no podrán utilizarse si el empleo público se encuentra provisto mediante encargo o provisionalidad estos cargos públicos deberán ser ofertados en una nueva convocatoria.*

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-084 de 2018, en ponencia de la honorable Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, manifestó que las normas reguladoras de los concursos de méritos “*deben respetarse de principio a fin, tanto por sus destinatarios como por la administración, lo que incluye obviamente la actividad a cargo del Legislador, sin que resulte válido proceder a modificar o cambiar sus bases o los efectos que de él derivan, pues ello equivaldría no solo a un desconocimiento de la confianza legítima, sino de múltiples derechos y principios de raigambre constitucional, como ocurre con los principios de transparencia, publicidad, buena fe, moralidad e imparcialidad, y los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo*”

Este apartado al generar una nueva condición en el uso de las listas de elegibles y pretender que la misma se aplique de forma retroactiva a los concursos de la DIAN de los años 2021 y 2022, concursos que fueron fundamentados en el Decreto Ley 71 de 2020, vulnera el derecho al debido proceso de los aspirantes al no respetar el principio de legalidad y confianza legítima y por someter a los elegibles a nuevas condiciones de las cuales no pudieron tener conocimiento, condiciones que no eran previsibles cuando se inscribieron a los concursos de méritos indicados.

En segundo lugar, el inciso tercero del parágrafo transitorio del artículo 36 del Decreto Ley 927 de 2023 es inconstitucional porque vulnera el artículo 125 de la Constitución Política de 1991, que establece que *los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera*, debido a que le

confiere a los empleados vinculados a la DIAN mediante encargo o provisionalidad una protección y derecho superior al adquirido por los integrantes de las listas de elegibles de los concursos *2238 de 2021- DIAN Ascenso* y *DIAN 2022*, desconociendo el principio del mérito que debe fundamentar el ingreso a la función pública.

El mérito como lo expresó la Corte Constitucional en sentencia SU-086 de 1999, ponencia del honorable Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, es la regla general para el acceso a la función pública y su inobservancia implica la vulneración de normas constitucionales y de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es así, como el mérito se configura como criterio para garantizar imparcialidad en la función pública, al igual que impide la reproducción de prácticas clientelistas.

En relación a la validez constitucional de los nombramientos provisionales, la Corte Constitucional en sentencia C-077 de 2004, en ponencia del honorable magistrado Jaime Araujo Rentería, expresó que son procedentes cuando:

“(i) con un criterio racional y práctico se impone como una necesidad la provisión del cargo en forma temporal o transitoria, mientras se puede hacer la provisión definitiva”, a efectos de que no se afecte la continuidad del servicio, dado que el nombramiento por concurso requiere la realización de un proceso de selección con sus respectivas etapas, esto es, de un tiempo mínimo para su desarrollo y ejecución; (ii) el nombramiento tiene carácter esencialmente temporal, de acuerdo con los límites y condiciones previstos por el Legislador, vinculados especialmente con la elaboración del concurso para ocupar dichos empleos mediante el sistema de carrera; y (iii) el nombramiento no posibilita la designación de personas que no cumplan con los requisitos del cargo, pues “nadie podrá posesionarse en un empleo (...) sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos.” [**Subrayado fuera del texto**]

Bajo ese marco de lectura, el inciso tercero del párrafo transitorio del artículo 36 del Decreto Ley 927 de 2023, vulnera el principio al mérito porque en primer lugar, desconoce que un conjunto de ciudadanos superó los concursos de méritos *2238 de 2021- DIAN Ascenso* y *DIAN 2022*, lo cual les dio el derecho a integrar las respectivas listas de elegibles, impidiendo su nombramiento en periodo de prueba a pesar de que existan vacantes definitivas del mismo empleo o en su empleo equivalente, para garantizar la vinculación del personal encargado y provisional que en comparación con aquellos no superó ningún concurso de méritos.

En segundo lugar, el inciso tercero demandado desnaturaliza el carácter temporal de los nombramientos provisionales o encargados, evitando la provisión definitiva de los empleos ofertados con el uso de las listas de elegibles provenientes de los concursos de méritos *2238 de 2021- DIAN Ascenso* y *DIAN 2022*.

Es decir, el inciso tercero demandado claramente pretende prolongar la vinculación del personal provisional y encargado a la DIAN, desnaturalizando su carácter temporal, a pesar de que el mismo Decreto Ley 927 de 2023 en su artículo 26 y 27 establece lo siguiente:

“Artículo 26. Terminación anticipada del encargo. El Director General de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), dará por finalizado mediante acto administrativo motivado el encargo si se constata alguno de los siguientes supuestos:

26.1 El empleo público cuya vacancia definitiva justificó el encargo, es provisto mediante concurso de méritos.

26.2 Finaliza la situación administrativa que dio lugar a la vacancia temporal.

26.3 El resultado del proceso de evaluación del desempeño denota un insuficiente desempeño de las funciones asignadas.

26.4 Cuando se presente alguna de las causales de desvinculación previstas en el presente decreto ley.

Artículo 27. Terminación del nombramiento en provisionalidad. El Director General de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), dará por finalizada la relación laboral de un empleado vinculado mediante nombramiento provisional si se constata alguno de los siguientes supuestos:

27.1 El empleo público cuya vacancia definitiva justificó la provisionalidad, es provisto mediante concurso de méritos.

27.2 Finaliza la situación administrativa que dio lugar a la vacancia temporal.

27.3 El resultado del proceso de seguimiento laboral denota un inadecuado desempeño de las funciones asignadas. En este supuesto será indispensable que se adelante la correspondiente actuación administrativa, se permita el ejercicio del derecho de contradicción y de defensa y que la decisión se motive.

27.4 Cuando se presente alguna de las causales de desvinculación previstas en el presente decreto.” **[Subrayado fuera del texto]**

El inciso tercero del párrafo transitorio del artículo 36 del Decreto Ley 927 de 2023, impide la aplicación del artículo 26 y 27 del mismo decreto, y en consecuencia no permite la terminación del nombramiento en encargo y provisionalidad a pesar de que el empleo o su equivalente se haya ofertado a través de los concursos de méritos *2238 de 2021- DIAN Ascenso* y *DIAN 2022*, extendiendo la vinculación de este personal a la DIAN y simultáneamente vulnerando el derecho de los elegibles al acceso a cargos públicos regido por el mérito.

Por todo lo anterior expuesto, solicito a la honorable Corte Constitucional declare inexecutable el inciso tercero del artículo 36 del Decreto Ley 927 de 2023, que versa así:

“En todo caso, las listas de elegibles a que hace referencia el presente párrafo transitorio no podrán utilizarse si el empleo público se encuentra provisto mediante encargo o provisionalidad. Estos cargos públicos deberán ser ofertados en una nueva convocatoria aplicando las reglas previstas en este decreto ley.”

IV. COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política, numeral 4.

V. NOTIFICACIONES

El accionante autoriza recibir notificaciones del señor juez en el correo electrónico jeisonpsique@hotmail.com

Atentamente.

Jeison Eduardo Garcia Ariza
jeisonpsique@hotmail.com