

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL



SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: HENRY LOZADA PINILLA

Bucaramanga, seis (6) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Procede la Sala a resolver la acción de tutela promovida por el señor GUILLERMO ENRIQUE SAAVEDRA RODRÍGUEZ contra la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN Y LA SECCIONAL DE BUCARAMANGA -DIVISIÓN DE GESTIÓN DE LA OPERACIÓN ADUANERA, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y los DESIGNADOS EN LA RESOLUCIÓN 003188 DEL 20 DE ABRIL DE 2015, éstos últimos vinculados de oficio por la Sala ante el interés legítimo en las resultas de la acción, interpuesta para la protección de los derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso y la igualdad, presuntamente vulnerados por los accionados.

ANTECEDENTES

Afirmó el accionante que ingresó como empleado de carrera administrativa en el cargo de Asesor de Servicio, Analista V, Código 205, Grado 05 en la sede de la DIAN de Montería desde el 20 de febrero de 2009; que el 8 de enero de 2013 fue ubicado en la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga en donde ha desarrollado funciones relacionadas (similares) a las de cargo de Gestor III

Código 3030, Grado 03, las que se catalogan como experiencia profesional.

Afirmó que inició estudió Administración de Empresas en la Universidad Nacional Abierta y a Distancia -UNAD y terminó materias el 15 de diciembre de 2012 conforme lo acredita la constancia del 25 de abril de 2015 emitida por la Institución en cita; que mediante Boletín No- 142 del 24 de octubre de 2014 la DIAN divulgó el plan de provisión de empleos 2014-2015, para la provisión definitiva de vacantes de empleos de carrera a través de la figura del encargo y del nombramiento en provisionalidad, señalándose los criterios y lineamientos para el efecto.

Tras informar que en el plan se indicaron como reglas para aplicar a encargo del sistema específico de carrera, no tener evaluación de desempeño sobresaliente, no haber sido sancionados disciplinariamente durante el año inmediatamente anterior y cumplir los requisitos y el perfil del empleo que se a proveer mediante encargo, expuso que se presentó para ocupar en encargo el cargo de Gestor III, Código 3030, Grado 03 que exige como requisito título profesional y dos (2) años de experiencia tal como lo establece la Resolución No. 0013 del 04 de noviembre de 2008 de la DIAN, vigente para la fecha de la convocatoria.

Luego de relacionar las funciones del empleo Gestor III, Código 3030, Grado 03 (Fls. 2 y 3) afirmó que el 20 de abril de 2015 se expidió la Resolución No. 3188, publicada el 22 del mismo mes y año, mediante la cual se otorgan unos encargos del citado empleo en la División de Gestión Aduanera de Bucaramanga en la que no fue incluido porque "NO POSEE EXPERIENCIA RELACIONADA".

Con base en el Decreto 760 de 2005 y a lo indicado en el portal de la DIAN, el 24 de abril de 2015 interpuso reclamación ante la Comisión de Personal para exponer las razones por las que considera que sí satisface la experiencia requerida.

Aseveró que mediante Oficio 0002446 del 27 de julio de 2015 se dijo:

"El artículo 24 de la Ley 909 de 2004, establece que el encargo debe recaer en un funcionario que cumpla el perfil de competencias exigidas para ocupar el empleo vacante, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia.

El artículo 14 del Decreto 1885 de 2014, preceptúa en cuanto a la experiencia:

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

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

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

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

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

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

En el caso que nos ocupa, la experiencia que presenta el reclamante obrante en la historia laboral es referente a su cargo de Analista V y la requerida para el cargo a encargas es de profesional relacionada" (Fls. 2 vto y 3).

Expuso que el acto administrativo 0002446 del 27 de julio de 2015 "*ostenta una falsa motivación*" en primer lugar porque el Decreto 1885 de 2014 no es real, pues el correcto es el Decreto 1785 de 2014; la experiencia requerida para el cargo de Gestor III Código 303, Grado 03 no es profesional relacionada conforme lo establece la Resolución No. 183 del 11 de noviembre de 2013 de la DIAN, "Por la cual se adoptan los *requisitos mínimos para la provisión de los empleos en la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*", vigente para la fecha de la asignación del encargo, exige título profesional y dos (2) años experiencia profesional.

Luego de indicar que se entiende por experiencia relacionada a voces del artículo 14 de la Resolución No. 1785 de 2013, argumentó que se refiere a funciones similares a las del cargo a proveer, como las que en su caso ha ejercido desde el 20 de febrero 2009 a la fecha, sumado a que terminó materias de Administración de Empresas, como ya se dijo, de manera que su experiencia debe catalogarse como experiencia profesional relacionada.

Expuso que ante el desconocimiento de la administración de su cumplimiento de requisitos, la DIAN encargó a un funcionario perteneciente "*a otro proceso, pues de acuerdo a la metodología adoptada por la entidad para la provisión de encargos, ese es el proceder en el evento de no encontrar funcionario del mismo proceso y dependencia que cumpla con los requisitos mínimos*" (Fl. 4) y por errónea interpretación del requisito de experiencia se nombró a persona del proceso de Gestión Masiva y no a él, pese a tener derecho.

Con todo, expuso que también posee experiencia relacionada con el Proceso de Gestión Masiva durante cuatro años aproximadamente, "*que apuntan necesariamente a la habilitación o autorización de usuarios del*

TAC, incurriéndose en incumplimiento a lo establecido en el lineamiento para la provisión de empleos mediante encargo, esto es: "precisamente con respecto a la provisión de empleos mediante encargo- 2. La primera fase del proceso se realizará con los encargos de los servidores del mismo proceso y lugar administrativo donde se encuentre ubicada la vacante" (Fl. 4).

Luego de señalar que el cargo al que aspiraba en encargo requiere es de experiencia profesional y aun cuando la razón expuesta por la DIAN fue la de no satisfacer el de experiencia relacionada, afirmó cumplir con el requisito de experiencia profesional relacionada, ocupándose de discriminar lo que a su desempeño en la Entidad ha correspondido (Fls. 4 y 4 vto., numeral 18); aseguró que apeló ante la Comisión Nacional del Servicio Civil el oficio 0002446 del 27 de julio de 2015, entidad que mediante Resolución No. 4478 de 2015, rechazó, por improcedente, la reclamación y ordenó el archivo de las diligencias; que repuso la Resolución No. 4478 de 2015 siendo confirmada.

Manifestó que la negativa de las accionadas para nombrarlo en encargo en el cargo de Gestor III, código 303, grado 03, por no cumplir el requisito de experiencia relacionada sin realizar el análisis imparcial a los argumentos expuestos y las pruebas aportadas, vulneran el debido proceso administrativo; que el 15 de diciembre de 2015 petitionó a la DIAN certificar de acuerdo al Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales de la DIAN *"que los Roles correspondientes a CONTROLADOR DE ZONA FRANCA Código 213 y CONTROLADOR DE TRÁNSITOS (sic) ADUANEROS Código 199 corresponden al NIVEL PROFESIONAL (Gestor I), del Proceso de Operación Aduanera"* y certificar su *"experiencia profesional relacionada"*; que la DIAN mediante oficio 0003904 del 22 de diciembre de 2015 dijo haber remitido su solicitud a la Coordinación de historias laborales y

a la subdirección de procesos y competencias laborales para el efectos, sin haber sido expedidas como se solicitaron,

En consecuencia demanda para que se declare que las funciones que ha desempeñado en la DIAN desde la fecha de culminación de materias de Administración de Empresas, diciembre 15 de 2012, y hasta la fecha constituyen experiencia profesional relacionada; ordenar a la DIAN expedir la certificación laboral solicitada señalando el tiempo de experiencia relacionada y experiencia profesional de acuerdo a las funciones realizadas después de terminar materias del programa de Administración de Empresas; ordenar a las accionadas incluirlo en el listado de asignados por cumplir con los requisitos para el encargo en el cargo de Gestor III, Código 303, Grado 03 y por ende nombrarlo en encargo en el División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional Bucaramanga y corresponderle mayor derecho para el efecto.

La acción fue admitida por auto del 24 de agosto de 2016, contra la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN Y LA SECCIONAL DE BUCARAMANGA -DIVISIÓN DE GESTIÓN DE LA OPERACIÓN ADUANERA, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y los DESIGNADOS EN LA RESOLUCIÓN 003188 DEL 20 DE ABRIL DE 2015, para que ejercieran su derecho a la defensa y contradicción, ordenándose la publicación del auto admisorio y del texto de la demanda de tutelas en la página web de la Rama Judicial y la DIAN.

RÉPLICA

El Director Seccional de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga, actuando como delegado del Director General de la DIAN, expuso

que la acción de tutela no está instituida para el reconocimiento de derechos de origen legal, como el de ser beneficiado con un "encargo", esto es una situación administrativa de origen legal reglada por el artículos 28 del Decreto Ley 765 de 2005 y el artículo 6° del Decreto 3626 e 2005; expuso que no resulta plausible que el accionante pretenda atacar la Resolución 3188 del 20 de abril de 2015 "por la cual se efectúan unos encargos" a través de una acción de tutela en lugar a acudir la Juez natural de lo contencioso administrativo, por lo que alegó la existencia de otro mecanismo de defensa judicial para atacar la Resolución ya citada y el Auto 1440 del 15 de diciembre de 2015, actos administrativos que cuentan con mecanismos de control conforme a la Ley 1437 e 2011.

Aseveró que tampoco se acredita un perjuicio irremediable que de paso a la prosperidad de la acción en forma transitoria, ni se promovió la tutela con la inmediatez que la caracteriza, teniendo en cuenta que la decisión definitiva fue conocida desde el 15 de diciembre de 2015, fecha del Auto 1440 por el cual se resuelve el recurso de reposición contra la Resolución 3188 de 2015.

Negó la vulneración de derecho fundamental del accionante para cuyo efecto luego de referirse al procedimiento de encargos en la DIAN en desarrollo de la provisión de empleos 2014-2015, porque para el cargo de Gestor III 3030 03 asociado al proceso de operación aduanera, se exige el requisito de experiencia profesional relacionada de dos años, acorde con la Resolución 00183 de 2013 artículo 4° que señala que la experiencia de que trata el artículo 14 del Decreto 2772 de 2005, modificado por el artículo 1° del Decreto 4476 se determinará en cada ficha del Manuel Específico de Funciones y el accionante acredita título profesional del 26 de abril de 2013, razón por la cual al 29 de abril de 2015, fecha de la

Resolución del encargo, no acredita la experiencia profesional relacionada exigida para el ejercicio del empleo.

Negó la vulneración del derecho fundamental de petición, al haber dado respuesta a las solicitudes formuladas por el ciudadano, para cuyo efecto anexó copia de las respuestas brindadas.

La Comisión Nacional del Servicio Civil, no sin antes argumentar sobre el carácter subsidiario y excepcional de la acción de tutela, alegó falta de legitimación porque la Ley 909 de 2004, artículos 24 y 25 y el Decreto 1227 de 2005 en su artículo 9 establecen el encargo como un derecho preferencial para los servidores que se encuentren en carrera y el procedimiento para el efecto debe ser adelantado por la Unidad de Personal o quien haga sus veces en la respectiva entidad, que para el acaso es la Seccional Bucaramanga -División de Gestión de la Operación Aduanera de la DIAN y no de la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues ésta conoce del asunto *"en caso de la existencia de un funcionario con derechos de carrera administrativa a quien se le vulnere el derecho preferencial, siempre y cuando acrediten los requisitos para su ejercicio, posean las aptitudes y habilidades para su desempeño; en el momento en que se evidencie"* (Fl. 162), siendo de cargo de la unidad de personal o quien haga sus veces en la entidad verificar los requisitos y criterios con base en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004; que el nominador y servidor responsable de la unidad de personal o quien haga sus veces, deberán publicar en la cartelera institucional y/o en lugar visible y asequible de la Institución por cinco (5) días hábiles, los resultados de los estudios de verificación de los requisitos para encargo y pasado ese término sin presentarse solicitud de revisión alguna contra el resultado del estudio, este se considera definitivo.

Explicó los recursos y la llamada Reclamación Laboral en el marco de la Ley 909 de 2004 que pueden interponer los funcionarios de carrera administrativa que se sientan trasgredidos el derecho preferencial a encargo, distinguiendo entre éste y aquellos, la competencia para resolverlos, afirmando que:

"...cuando se trate de reclamar un derecho como el de encargo, presuntamente vulnerado por un Acto Administrativo de nombramiento en encargo, presuntamente vulnerado por un Acto Administrativo de nombramiento en encargo o provisionalidad por parte de un servidor de carrera que considera ostentar mejor derecho, el mecanismo a utilizar deberá ser el de la reclamación laboral contemplada en la Ley 909 de 2004, reglamentada por el Decreto Ley 760 de 2005, sin que por ninguna circunstancia sea viable utilizar los recursos de reposición y apelación, así como, la forma que establece el CPACA para su presentación (subsidio) y que el solicitante alega ya que para estas situaciones en los único que es pertinente remitirse a la Ley 1437 de 2011, debido a los vicios propios del Derecho ibídem, es para los términos de su presentación y trámite.

En tal virtud, es claro que en el caso de marras se presenta un defecto sustancial que impide a esta instancia acometer la labor de revisión de la postura de la Comisión de Personal, ante la carencia de presentación de reclamación laboral en segunda instancia por parte del interesado, situación que por sustracción de materia hace irrealizable el trámite de segunda instancia" (Fl. 163 vto).

En consecuencia, aseguró que la competencia para pronunciarse sobre las pretensiones es de la Seccional de Bucaramanga – División de Gestión de la Operación Aduanera de la DIAN; solicitó declarar improcedente el amparo deprecado en su contra.

CONSIDERACIONES

1.- La acción de tutela consagrada en la Constitución Política de Colombia en el Art. 86, se previó para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando resulten amenazados o quebrantados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en casos excepcionales. Procede cuando el afectado no disponga de otro

medio de defensa judicial o cuando a pesar de existir, no resulten oportunos o suficientes para enervar la violación del derecho fundamental.

2.- Corresponde a la Sala establecer si la tutela es procedente para declarar que la funciones desempeñadas por el accionante desde el 15 de diciembre de 2012 y hasta la fecha constituyen experiencia profesional relacionada; si se ha vulnerado su derecho fundamental de petición por parte de la DIAN y para conminar a los accionados para incluir al accionante en el listado de asignados para la provisión en encargo para el cargo de Gestor III, código 303, grado 3 en la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Seccional Bucaramanga, por cumplir con los requisitos exigidos para ello y tener mejor derecho de acuerdo a lo dispuesto para el efecto.

3.- Acorde con los lineamientos generales, la acción de tutela es improcedente ante la existencia de medios de defensa judicial al alcance de los ciudadanos, es por lo que la Sala encuentra que los debates relacionados en punto al desarrollo de convocatorias, resultados y censuras en la aplicación de las normas que las reglamentan, en este caso para ocupar en encargo o en provisionalidad cargos de carrera de la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Seccional Bucaramanga, debe plantearse en el marco de las acciones ordinarias, ante el Juez natural quien con observancia del debido proceso y en franca lid estudie a ultranza sobre la legalidad de las decisiones adoptadas respecto del derecho reclamado por el servidor de carrera de la DIAN.

4.- En efecto, el ciudadano cuenta con medios de control ante la jurisdicción contencioso administrativa que le habilita a solicitar,

desde la demanda, medidas cautelares previstas en el artículo 229 de la ley 1437 de 2011, en caso de alegarse la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que dicho sea de paso ni alegó y menos acreditó.

4.- Todas las discusiones respecto a los derechos debidamente reglados y cuyos resultados se emitan a través de actos administrativos, no tienen control vía de tutela por no ser la esencia de la acción el estudio de metodologías, valoraciones o revisión de la experiencia de los aspirantes quienes, como se anticipó, en caso de sentir vulnerados sus derechos amen del alejamiento de las Entidades de las normas sobre el asunto de que se trate, deben ser planteadas ante el juez natural de la causa quien puede incluso suspender, a solicitud de parte, los actos administrativos que eventualmente lleguen a ser demandados.

5.- So pretexto de la vulneración de derechos fundamentales, no pueden esquivarse o eludirse los medios judiciales al alcance de los ciudadanos para el resguardo de los mismos, como alternativo a los que en el derecho positivo se regulan para dichos fines y que permiten en franca lid y con el acopio probatorio y de valoración a ultranza, establecer la ilegitimidad de las actuaciones y las eventuales consecuencias de tal obrar.

6.- Repara la Sala que el juez de tutela no declara derechos sino que los protege sobre la base cierta e indiscutible de su existencia; pues bien, en el asunto bajo examen mientras que el accionante considera tener el derecho porque afirma contar con la experiencia, cual es la exigencia de ley e incluso con la experiencia profesional relacionada que a decir de la DIAN es la requerida para ocupar en encargo el cargo de Gestor III, código 3030, grado 3 en la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección de Impuestos

y Aduanas Nacionales Seccional Bucaramanga, ésta última en cambio, afirma que la experiencia exigida para el cargo es la profesional relacionada que no satisface en el promotor del amparo, quien se graduó el 26 de abril de 2016 luego para el 25 del mismo mes del 2015, data en la que se emitió la Resolución 3188 de 2015 contentiva del listado para proveer cargos en encargo, no contaba con los dos (2) años de experiencia profesional relacionada exigida para el ejercicio del empleo en cuestión.

Así las cosas, como las decisiones relacionadas con el tema son actos administrativos y la acción de tutela no fue prevista para desplazar al medio ordinario de defensa al alcance de los ciudadanos, en este caso en ejercicio de los medios de control previstos en la Ley 1437 de 2011, se torna improcedente la acción para cuestionar la presunción de legalidad de los reviste.

7.- De otra parte, en lo que al derecho de petición se trata, la documental de folios 124 a 127 allegada por la DIAN da cuenta de cuatro solicitudes elevadas por el accionante, ninguna de las cuales coinciden con la expedir una *"certificación laboral señalando el tiempo de EXPERIENCIA RELACIONADA y EXPERIENCIA PROFESIONAL de acuerdo a las funciones realizadas después de haber terminado materias del programa de Administración de Empresa en la UNAD"* (Fl. 1^{vo}), cual es la segunda de las pretensiones tutelares, de manera que como la tutela no funge como medio para el ejercicio del derecho de petición y no se acreditó que el interesado elevara solicitud en tal sentido a la accionada, no hay razón para considerar la vulneración del derecho fundamental de petición.

En consecuencia se impone para la Sala declarar la improcedencia del amparo.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA por intermedio de su Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo solicitado dentro de la acción de tutela de la referencia, acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNSEGUNDO: SI no fuere impugnada esta decisión, dentro de los tres (03) días siguientes a su notificación, REMITASE la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE:

LOS MAGISTRADOS,



HENRY LOZADA PINILLA



HENRY OCTAVIO MORENO ORTIZ



ANTONIO JOSÉ ACEVEDO GÓMEZ

