



Barranquilla, noviembre cinco (5) de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN: **08-001-31-09-004-2021-00079-00**  
ACCIONANTE: LUIS MIGUEL PATERNINA MONTIEL  
DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS: IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS y CONFIANZA LEGÍTIMA  
ACCIONADO: OPERADOR UNIÓN TEMPORAL MÉRITO Y OPORTUNIDAD DIAN 2020 -COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN y a los aspirantes a la OPEC No. 126586, nivel profesional, Gestor III grado 3 código 303 dentro del proceso de selección DIAN No. 1461 del año 2020.

#### ASUNTO A DECIDIR:

Procede el Despacho a resolver la Acción de Tutela presentada por el señor LUIS MIGUEL PATERNINA MONTIEL, en contra del OPERADOR UNIÓN TEMPORAL MÉRITO Y OPORTUNIDAD DIAN 2020 -COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN y a los aspirantes a la OPEC No. 126586, nivel profesional, Gestor III grado 3 código 303 dentro del proceso de selección DIAN No. 1461 del año 2020, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS y CONFIANZA LEGÍTIMA.

#### I. ACCIONANTE:

- LUIS MIGUEL PATERNINA MONTIEL, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.129.579.564 de Barranquilla, quien recibe notificaciones en el Correo electrónico: [luismpaternina@hotmail.com](mailto:luismpaternina@hotmail.com)

#### II. ACCIONADAS:

- OPERADOR UNIÓN TEMPORAL MÉRITO Y OPORTUNIDAD DIAN 2020, quien recibe notificaciones en el correo electrónico [juridicoproyecto@areandina.edu.co](mailto:juridicoproyecto@areandina.edu.co)
- COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC, quien recibe notificaciones en la Carrera 16 N.º 96-64 Piso 7 de Bogotá D.C. y/o en el correo electrónico: [notificacionesjudiciales@cns.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@cns.gov.co)
- DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN, quien recibe notificaciones en el correo electrónico: [aalbaj@dian.gov.co](mailto:aalbaj@dian.gov.co)
- Los aspirantes a la OPEC No. 126586, nivel profesional, Gestor III grado 3 código 303 dentro del proceso de selección DIAN No. 1461 del año 2020 I.

#### III. HECHOS:

El señor LUIS MIGUEL PATERNINA MONTIEL presenta Acción de Tutela en contra de la OPERADOR UNIÓN TEMPORAL MÉRITO Y OPORTUNIDAD DIAN 2020 -COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN y a los aspirantes a la OPEC No. 126586, nivel profesional, Gestor III grado 3 código 303 dentro del proceso de selección DIAN No. 1461 del año 2020, por las siguientes razones:

- Señala que mediante Proceso de Selección la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, a través de la CNSC, realiza la convocatoria 1461 de 2020 para la provisión de 1500 vacantes definitivas para ingreso a carrera administrativa, entre esas la OPEC No. 126586, nivel profesional, Gestor III grado 3 código 303, al que se inscribió y quedó registrado con número de inscripción aspirante 333142582.



- Que en el proceso de selección en mención a la OPEC 126586 que se inscribió, se aplicaron cuatro pruebas denominadas: (i) Competencias Básicas u Organizacionales, (ii) Competencias Funcionales, (iii) Prueba de Integridad y (iv) Prueba sobre Competencias Conductuales o Interpersonales, cuyos resultados fueron publicados el día 05 de agosto de 2021 y frente a los cuales presentó complemento de reclamación únicamente frente a los resultados de la Prueba de Integridad y la Prueba sobre Competencias Conductuales o Interpersonales el día 24 de agosto de 2021 en la plataforma SIMO, luego de que se le autorizó la revisión y observancia del material de las pruebas el día 22 de agosto de 2021 en el lugar I.E.D Germán Vargas Cantillo.
- Que los resultados a las reclamaciones sobre las pruebas escritas se publicaron el día 24 de septiembre de 2021 sin que se resolviera la reclamación presentada por el accionante, por lo que mediante tutela 08001311000720210041200 de fecha 29 de septiembre (acción de tutela de la cual desistió, por haber recibido respuesta a la reclamación de parte del accionado el día 5 de octubre de 2021), se solicitó el amparo al derecho fundamental al debido proceso, entre otros.
- Que estando en curso la acción de tutela antes mencionada, el accionado profirió alcance de respuesta a la reclamación bajo No. RECPE-DIAN-4145.1.
- Que el 05 de octubre de 2021 generó derecho de petición ante la CNSC bajo radicado 20213201606442, solicitando corrección de la fórmula con que se realizó el cálculo del resultado de la Prueba de Integridad por encontrarla errada.
- Que el 20 de octubre de 2021 recibió respuesta del derecho de petición radicado 20213201606442. Después de revisado el documento de respuesta al radicado 20213201606442 y con relación a la calificación sobre la Prueba de Integridad se permite reiterar reclamación ya que ignoraba su solicitud de fondo, de acuerdo con las siguientes observaciones:

En cuanto a la fórmula matemática utilizada para la calificación de la Prueba de Integridad en específico se lee en el documento:

En cuanto a la prueba de integridad el puntaje directo se calculó como el cociente entre la suma de la codificación de las respuestas del evaluado y la máxima puntuación posible en la prueba. La fórmula matemática correspondiente es:

$$PDI = 100 * \frac{x}{3 * n}$$

Donde,

- PDI: es la calificación obtenida para el aspirante en la prueba
- $x$ : corresponde a la suma de las respuestas de las preguntas definitivas del aspirante en la prueba.
- $n$ : corresponde al número total de preguntas definitivas que hacen parte de la prueba. Se excluyen las que por análisis psicométrico no cumplieron los parámetros de calidad técnica requeridos.

Para este caso,  $x$  se calcula de la siguiente manera:

$$x = \sum_j^n RI_j$$

$RI_j$  es corresponde al puntaje obtenido por el aspirante en cada ítem de la prueba de Integridad (1, 2, 3 dependiendo la opción de respuesta seleccionada o 0 en caso de omisión).

En cuanto a la calificación sobre la Prueba de Integridad se lee en el documento:

- Para la prueba de Integridad (**clasificatoria**) se hace uso del puntaje directo. Así pues, para su caso en particular se tiene los siguientes datos. Así pues, para su caso en particular se tiene los siguientes datos:

$$88,50 = 100 * \frac{77}{3 * 29}$$

Reiterando que el cálculo anterior está errado ya que las preguntas de la Prueba de Integridad en el cuadernillo de prueba, comprendían entre la número 25 y la número 60, para un total de 36 preguntas, de las cuales fueron eliminadas según la hoja de claves suministrada el día 22 de agosto durante la observancia, un total de 9 preguntas (30, 34, 36, 37, 39, **41**, 43, **47** y 50), lo que deja un total de 27 preguntas definitivas que hacen parte de la prueba, y es FALSO que las preguntas 41 y 47 no fueron eliminadas, tal como lo afirman en la respuesta allegada al suscrito (donde afirman que las preguntas eliminadas



son las 30, 34, 36, 37, 39, 43, y 50), ignorando que en la hoja de claves versaba muy claramente la palabra ELIMINADA sobre las preguntas 41y 47. Lo anterior evidencia un mal procedimiento, un presunto fin turbio y una presunta ilegalidad ya que casualmente en esas dos preguntas donde se desconoce el resultado y que la hoja de claves no lo contenía por versar que estaban ELIMINADAS, el resultado no fue de 3 puntos en cada una para un total de 6, lo que pudo colocar al accionante en una mejor posición, por un resultado más alto de haber sido así, en cambio, se le están computando ilegalmente dos preguntas que claramente fueron eliminadas y sobre las cuales asumo que en sumatoria de puntos da un total de 4 puntos, obtenidos de la diferencia de los 73 puntos obtenidos y los supuestos 77 puntos que la CNSC dice que obtuvo.

Se evidencia que los accionados no han sido capaces de leer por lo menos la solicitud y corroborar físicamente el objeto de la declaración tal como lo solicita. De igual manera, este mismo caso de calificación sobre 29 preguntas y no sobre 27, está pasando por otra OPEC en la misma Prueba de Integridad, lo que indica claramente que los accionados están cometiendo un error que no quieren admitir. Presumiendo que, como la observancia, no todos los concursantes convocados tomaron nota de las preguntas eliminadas y no a todos les conviene que este error se subsane, entonces no se ha masificado aún más el caso que nos ocupa.

Los resultados en la Prueba de Integridad son los siguientes:

Pregunta valida	Puntaje obtenido
25	3
26	2
27	2
28	3
29	3
31	2
32	3
33	3
35	3
38	3
40	3
42	3
44	3
45	2
46	2
48	3
49	3
51	3
52	2
53	3
54	1
55	3
56	3
57	3
58	3
59	3
60	3
<b>Total</b>	<b>27</b>
	<b>73</b>

Dicho lo anterior, y haciendo uso de la fórmula matemática empleada para la Prueba de Integridad específicamente, el cálculo de la calificación es:

$$90,12 = 100 * \frac{73}{3 * 27}$$

En la observancia realizada y verificada 3 veces el día 22 de agosto, se evidencia lo anteriormente expuesto que abarca un total de 27 preguntas definitivas y un total de 73 puntos obtenidos.

- Que revisada la respuesta emitida por la CNSC confirma la existencia de un error en el cálculo de la Prueba de Integridad, ya que el número total de preguntas sobre la base que se debe calificar es sobre 27 preguntas, por haber sido eliminadas 9 preguntas del total de 36, que a decir por la CNSC no fueron tenidas en cuenta para ningún aspirante.



- Que la CNSC en la respuesta de reclamación siempre hace alusión que las preguntas eliminadas no fueron tenidas en cuenta para el cálculo de ningún aspirante, lo cual flagrantemente viola el derecho a la igualdad por cuanto al accionante si se le están teniendo en cuenta dos preguntas eliminadas, las cuales están haciendo que el puntaje de calificación de la Prueba de Integridad sea inferior al real.
- Alega que si a ningún aspirante, a decir por la CNSC se le tuvo en cuenta las preguntas eliminadas, cuál es la razón de los accionados para tenerla en cuenta en el puntaje final contrariando por demás las reglas preestablecidas del concurso, cuando esto es algo que claramente lo perjudica y que no existe ningún criterio objetivo que los faculte para cometer tal acción en su contra, transgrediendo y vulnerando sus derechos y la confianza que los aspirantes a concursos de méritos le tienen a este tipo de procesos.
- Considera que, tratándose de este tipo de actos, es decir, la respuesta a las reclamaciones, las mismas no tienen recursos y tampoco son susceptibles de ser demandados ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, ya que a decir por el Consejo de Estado en sentencia 2012-00680 de 2020 Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS: *“En los concursos de méritos la jurisprudencia ha sido del criterio que los actos administrativos que se expiden durante el transcurrir del proceso son preparatorios y de trámite y que solo la lista de elegibles es el acto definitivo susceptible de ser enjuiciado. Sin embargo, también se ha dicho que cuando el acto de trámite le impide al aspirante continuar su participación se convierte en el acto definitivo que definió su situación jurídica y, en consecuencia, puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”*, siendo necesario reiterar que él se encuentra actualmente ocupando la posición 32 de 28 vacantes, por lo que no se cumple el presupuesto de la excepción referida en la anterior cita, siendo el mecanismo de acción de tutela el único llamado a resolver la situación (i) por la vulneración de derechos y (ii) por la inexistencia de otros mecanismos de defensa.
- Considera que si el juez se apartara de lo que el Consejo de Estado establece según la jurisprudencia antes citada, arguyendo que sí existe otro mecanismo de defensa para el asunto que se revela, tratándose de nulidad y restablecimiento de derecho, tal mecanismo no sería eficaz ni efectivo frente a la protección de derechos aquí solicitada, tal y como la sentencia de la Corte Constitucional T-059 de 2019 establece, dada la demora de un proceso contencioso y del límite de vigencia en el tiempo que tiene la lista de elegibles, acto que se nutre directamente de las calificaciones que ya se encuentran en firme.
- Señala que el reclamo que se hace es en derecho, y lo único que busca es que se le dé la calificación que realmente obtuvo, porque ello va a materializar los principios rectores del concurso de mérito y a su vez, le brindará al suscrito la posibilidad de poder acceder a una de las 28 vacantes ofertadas en la OPEC a la que se inscribió.
- Manifiesta que leyendo otras tutelas que se han presentado sobre el Proceso de selección DIAN 1461 de 2020 se da cuenta que existe otro caso similar al que le ocupa pero que se presenta en la OPEC No. 126535, la cual se encuentra identificada así: ACCIÓN DE TUTELA 2021-00190-00, ACCIONANTE: LUZ MERY CAMPO REYES, por lo que se presume error de cálculo sobre la misma Prueba de Integridad.

#### IV. ELEMENTOS DE INFORMACIÓN:

- Memorial de solicitud de tutela y anexos.
- Recibida la solicitud de amparo mediante auto adiado 22 de octubre de 2021 este Despacho ordenó dar trámite correspondiente de acuerdo al Decreto 2591 de 1991.
- COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), describió el traslado que se le hizo del escrito de tutela.
- DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN, describió el traslado que se le hizo del escrito de tutela.

#### V. RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS:



### 5.1. UNIÓN TEMPORAL MÉRITO Y OPORTUNIDAD DIAN 2020:

El doctor JORGE ANDRÉS CASTAÑEDA CORREAL, en su calidad de Coordinador Jurídico de Proyectos de la Unión Temporal Mérito y Oportunidad DIAN 2020, señala lo siguiente:

- Afirma que en fecha 24 de septiembre de 2021 a través del Sistema SIMO esta delegada mediante radicado RECPE-DIAN.4145 de fecha 17 de septiembre y alcance a la misma bajo radicado RECPE-DIAN.4145-1 de fecha 5 de octubre de 2021 le dio respuesta de fondo a la reclamación interpuesta informando las razones técnicas por las que no fue posible acceder a las pretensiones en las preguntas 31, 45, 46, 52, 54 y 177, resolviendo las dudas generadas respecto a los ítems señalados.
- Señala que se aplicó de forma específica la fórmula de obtención del puntaje, sin embargo, determinó técnicamente que no procedía modificación alguna en el puntaje inicialmente publicado por tanto en el documento se ratificó como definitivo el puntaje así:  
*Prueba de Competencias Básicas u Organizacionales (ELIMINATORIA): 72,09*  
*Prueba de Competencias Funcionales: (ELIMINATORIA):75,45*  
*Prueba de Competencias Conductuales o Interpersonales: (CLASIFICATORIA):86,66*  
*Prueba de Integridad: (CLASIFICATORIA): 88,50*
- Alega que, con respecto a la acción de tutela frente a la Prueba de Integridad presentada por el accionante, es menester indicar que el proceso de eliminación fue procedente frente a los siguientes ítems:

Ítem Prueba de Integridad.	Estado de Pregunta
30	ELIMINADA
34	ELIMINADA
36	ELIMINADA
37	ELIMINADA
39	ELIMINADA
43	ELIMINADA
50	ELIMINADA

Ratificando que el total de preguntas eliminadas en la Prueba de Integridad correspondió a 7 ítems lo cuales se pueden evidencia en la aplicación de la fórmula matemática para el caso concreto:



Así las cosas, es importante aclarar que, en lo relacionado a la prueba de integridad el puntaje directo se calculó como el cociente entre la suma de la codificación de las respuestas del evaluado y la máxima puntuación posible en la prueba. La fórmula matemática correspondiente es:

$$PDI = 100 * \frac{x}{3 * n}$$

Donde,

- PDI: es la calificación obtenida para el aspirante en la prueba
- x: corresponde a la suma de las respuestas de las preguntas definitivas del aspirante en la prueba.
- n: corresponde al número total de preguntas definitivas que hacen parte de la prueba. Se excluyen las que por análisis psicométrico no cumplieron los parámetros de calidad técnica requeridos.

Para este caso, x se calcula de la siguiente manera:

$$x = \sum_j^n RI_j$$

RI<sub>j</sub> es corresponde al puntaje obtenido por el aspirante en cada ítem de la prueba de Integridad (1, 2, 3 dependiendo la opción de respuesta seleccionada o 0 en caso de omisión).

Así las cosas, para el caso en concreto se evidencia que:

$$88,50 = 100 * \frac{77}{3 * 29}$$

En consecuencia, se reitera la fórmula aplicada para el caso particular. De igual forma, se mantiene el puntaje de 88,50 en lo referente a la Prueba de Integridad.

- Resalta que en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, en donde se prevé la actuación temeraria de la siguiente manera: “*Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes*”. Poniendo en conocimiento que el accionante presentó misma acción de tutela ante el JUZGADO SÉPTIMO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE BARRANQUILLA radicado bajo el número 080013110007-2021-00412-00 y ante el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA radicado bajo el número 202100233 incurriendo así en una conducta temeraria.
- Indica que el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA profirió fallo de la acción de tutela bajo radicado 202100233 y se determinó NEGAR la acción de tutela instaurada por LUIS MIGUEL PATERNINA MONTIEL contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la UNIÓN TEMPORAL MÉRITO Y OPORTUNIDAD DIAN 2020, ya que la convocatoria señalaba los términos para hacer las respectivas reclamaciones contra ella, así como la exhibición de las pruebas y estos términos fueron utilizados por el accionante y se le contestó por la UNIÓN TEMPORAL MÉRITO Y OPORTUNIDAD DIAN 2020. Además, el accionante mediante la presente acción de tutela solicita se revise nuevamente el examen no obstante dicha etapa ya fue superada dentro del procedimiento señalado para ello en la convocatoria.
- Manifiesta que la acción de tutela carece de fundamento fáctico y jurídico pues no existe violación alguna de los derechos toda vez que se ha concedido al aspirante la posibilidad de acceder al material de la prueba, tomar los apuntes necesarios para poder complementar su reclamación dentro de los dos días hábiles siguientes al acceso y posteriormente complementar su reclamación inicial tal como lo hizo en respeto de los principios de igualdad, mérito, transparencia, publicidad y demás concordante que rigen el proceso de selección.
- Que las peticiones fueron resueltas por la institución mediante la correspondiente respuesta que cierra la etapa de atención a reclamaciones y publicación de resultados finales de la



prueba escrita en términos de igualdad con la totalidad de aspirantes que han presentado reclamación y en respeto al debido proceso.

- Asevera que la acción de tutela es improcedente ante la inexistencia de un perjuicio irremediable, dado que el derecho al debido proceso o a la igualdad del accionante en ningún momento se han visto amenazados pues la institución ha seguido a cabalidad el deber ser establecido en el Acuerdo No.0285 de 2020 y en su anexo el cual fue modificado parcialmente por el Acuerdo No. 0332 de 2020 frente a cada una de las etapas del concurso.
- Solicita se declare la carencia actual del objeto, se denieguen las pretensiones solicitadas por no ajustarse a fundamento legal alguno; en caso de no ajustarse la denegación se declare la improcedencia por no ser ajustable al procedimiento constitucional.

## 5.2. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC):

El doctor JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SÁNCHEZ MURCIA, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC, señala lo siguiente:

- Señala que la acción de tutela no cumple con el requisito de legitimación en la causa por activa; indicando que si bien el accionante presentó acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales, es cierto que el accionante solo cuenta con una simple expectativa como lo manifiesta en el desarrollo de los hechos, sin embargo, se debe aclarar que el simple hecho de considerar haber respondido de forma correcta las pruebas escritas no es óbice para suponer dentro del concurso, dado que acreditarse el conocimiento básico frente a las calidades y competencias que debe tener el aspirante que ocupará definitivamente el cargo al superar todas y cada una de las etapas previstas dentro del concurso de méritos aunado a que la simple expectativa no da origen al derecho de admisión.
- Estima que la controversia de la acción de tutela gira en torno al inconformismo del accionante respecto a la normatividad que rige el concurso de méritos, la etapa de pruebas escritas, situaciones que se encuentran plenamente reglamentadas en el Acuerdo rector del concurso de méritos, acto administrativo de carácter general, respecto del cual el accionante cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertirlos, razón por la que la acción de tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos.
- Señala que la parte accionante había instaurado acción de tutela identificado con número de radicado 08-001-33-33-004-2021-00233-00 admitida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla, que tiene por objeto decidir sobre la presunta existencia de la vulneración de los derechos fundamentales señalados por el accionante en la presente acción de tutela, y profirió fallo de primera instancia el pasado 21 de octubre de 2021 lo que da tránsito a cosa juzgada.
- Que, con respecto a la solicitud de suspensión del Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020 para la OPEC 126586 es incongruente con la situación fáctica expuesta por el accionante pues teniendo en cuenta doctrina y jurisprudencia consolidada existe dos presupuestos elementales para la adopción de medidas cautelares: i) el “*fumus boni iuris*” y ii) “*periculum in mora*” como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia SU-913 de 2009, M.P Juan Carlos Henao Pérez:

*MEDIDAS CAUTELATES-Principio periculum in mora y principio fumus boni iuris analizados para suspender los nombramientos de notarios y modificar las listas de elegibles hasta que se resolviera la tutela de unificación. De allí la medida provisional ordenada por la Corte Constitucional mediante el Auto 244 de 2009, por la cual se decretó suspender los nombramientos de notarios y modificaciones en las listas de elegibles hasta tanto se resolviera la presente tutela de unificación, en tanto se analizaron dos de los más importantes principios que rigen la práctica de medidas cautelares, para efecto de garantizar un justo término de equidad en el proceso. Estos son: el periculum in mora y el fumus boni iuris, los cuales deben aparecer de forma concurrente para asegurar la proporcionalidad y congruencia de la medida. El primero, periculum in mora, tiene que ver con el riesgo de que al no adoptarse la medida cautelar sobrevenga un perjuicio o daño mayor del que se expone en la demanda, que, de no precaverse, transforme en tardío el fallo definitivo. Tiene igualmente que ver con un temor fundado de que el derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso. El segundo, fumus boni iuris, aduce a un principio de veracidad en cuanto a la afectación del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal. Estos*



dos principios, asegura la doctrina, deben operar de manera concurrente, al punto que la falta de uno de estos elementos, debe dar lugar a que: i. se rechace la medida cautelar ó ii. se otorgue la medida, pero de manera limitada. Por ejemplo, si el valor de la causa en juicio ejecutivo es proporcionalmente mínimo a la solvencia del demandado, la medida carecerá de *periculum in mora*, caso en el cual no habrá necesidad de hacer juicio alguno sobre el principio *fumus boni iuris*, pues de plano resulta innecesaria la medida (Resaltado fuera del texto).

Por lo tanto, frente al “*fumus bonis iuris*” el accionante en ninguna de las premisas demuestra que el Curso de Formación del Proceso de Selección DIAN No. 1641 de 2020 cuya suspensión solicita, es la causa de la presunta violación a los derechos fundamentales a los que alude. Y, frente al “*periculum in mora*” no se acredita que represente peligro alguno el no adoptar la medida solicitada en la acción de tutela y no advierte probado un perjuicio irremediable al accionante que dé cuenta de que sus derechos fundamentales pueden ser violentados mientras se resuelve la acción de tutela.

- Precisa que con relación a la participación del accionante en el presente proceso de selección, constatado el SIMO se encuentra que cuenta con Inscripción No. 333142582 al empleo del nivel Profesional, identificado con OPEC No. 126586, denominado Gestor III, código 303, grado 3, que pertenece a los empleos diferentes a los del nivel Profesional de los Procesos Misionales de la DIAN y resultó admitido en atención a que acreditó los requisitos mínimos exigidos en el empleo, además, en las Pruebas Escritas superó los componentes eliminatorios, obteniendo los siguientes puntajes:  
-Prueba de Competencias Básicas u Organizacionales: 72,09  
-Prueba de Competencias Funcionales: 75,45  
-Prueba de Integridad: 88,50  
-Prueba sobre Competencias Conductuales o Interpersonales: 86,66  
Para un puntaje ponderado de 81,39.
- Precisa que el 18 de junio de 2021 concluyó la etapa de Verificación de Requisitos Mínimos, y los resultados de las Pruebas Escritas fueron publicados el 5 de agosto de 2021, contra las cuales se podía realizar reclamación de los resultados obtenidos únicamente a través del SIMO durante los días hábiles 6, 9, 10, 11 y 12 de agosto de 2021, además, la reclamación se pudo completar durante los dos días siguientes al acceso al material de pruebas, es decir, los días 23 y 24 de agosto para complementar la reclamación inicial.
- Indica que consultado el SIMO se encuentra que el accionante interpuso reclamaciones Nos. 421805857 y 421806060 contra los resultados de las Pruebas Escritas y solicitó el acceso a las mismas, jornada que se llevó a cabo el día 22 de agosto de 2021 a la que ASISTIÓ el accionante. Y, la respuesta a la reclamación interpuesta fue comunicada al accionante en los términos del artículo 33 de la Ley 909 de 2004 a través de SIMO, ingresando con usuario y contraseña el 24 de septiembre de 2021, fecha que oportunamente fue comunicada mediante Aviso Informativo del 8 de septiembre de 2021 en aras de salvaguardar el principio de igualdad.
- Reitera que como lo indicó el Operador del Proceso de Selección en la respuesta a la acción de tutela:

(...) Finalmente, se aplicó de forma específica la fórmula de obtención del puntaje, sin embargo determinó técnicamente que no procedía modificación alguna en el puntaje inicialmente publicado, por tanto en el documento RECPE-DIAN-4145 se ratificó como definitivo el puntaje así:

Prueba de Competencias Básicas u Organizacionales (ELIMINATORIA): 72,09  
Prueba de Competencias Funcionales: (ELIMINATORIA): 75,45  
Prueba de Competencias Conductuales o Interpersonales: (CLASIFICATORIA): 86,66  
Prueba de Integridad: (CLASIFICATORIA): 88,50

Ahora bien frente a los argumentos expuestos por el accionante en el escrito de tutela es pertinente indicar al despacho para mayor claridad lo siguiente:

Frente a la Prueba de Integridad presentada por usted, es menester indicar que el proceso de eliminación fue procedente frente a los siguientes ítems:

Ítem Prueba de Integridad.	Estado de Pregunta
30	ELIMINADA
34	ELIMINADA
36	ELIMINADA
37	ELIMINADA
39	ELIMINADA
43	ELIMINADA
50	ELIMINADA

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, se ratifica que el total de preguntas eliminadas en la Prueba de Integridad correspondió a 7 ítems, lo cual se puede evidenciar en la aplicación de la fórmula matemática para el caso en concreto (...)



- Lo anterior, deja en evidencia que el número total de ítems eliminados en la Prueba de Integridad corresponde a 7, no como afirma el accionante erróneamente al señalar que fueron 9, pues dicha información es proporcionada directamente por la UNIÓN TEMPORAL MÉRITO Y OPORTUNIDAD DIAN 2020, quien en el presente proceso de selección actúa como Operador.
- Concluye estableciendo que **i)** la solicitud de suspensión del Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020 para la OPEC No. 126586 no es procedente debido a la ausencia de *periculum in mora* y *fumus bonis iuris*, que de decretarse podría ver afectados los derechos de los otros participantes en el marco del Proceso de Selección, principalmente el principio de confianza legítima, el derecho a acceder a cargos públicos y el principio constitucional de mérito, **ii)** acceder a las pretensiones de la acción de tutela es aceptar que los términos y condiciones procedimentales están al arbitrio de la voluntad de quienes concursan en el Proceso de Selección DIAN 1461 de 2020 pese a no estar investidos de tal autoridad, serían los participantes quienes establecerían los términos del Concurso, abriendo la posibilidad de que otros aspirantes también lo soliciten, aunado al hecho de que acceder a tales pretensiones conlleva a violentar el derecho de igualdad de los participantes, pues las reglas del proceso de selección establecieron que los aspirantes con su inscripción aceptan todas las condiciones y reglas establecidas para este proceso de selección, **iii)** acceder a las pretensiones de la acción de tutela es aceptar que el accionante pase por alto las reglas del proceso de selección, a su vez también es importante indicar que bajo las reglas del proceso de selección, no se contempló que los aspirantes decidieran sobre la calificación o eliminación de preguntas, así como tampoco realizar recalificaciones de Pruebas Escritas, **iv)** la inconformidad con ocasión a los resultados de las Pruebas Escritas del referido proceso de selección únicamente se puse presentar en el SIMO durante los días hábiles 6, 9, 10, 11 y 12 de agosto de 2021 teniendo en cuenta que los resultados fueron publicados el 5 de agosto de 2021, tal como fue comunicado en Aviso Informativo el 29 de junio de 2021. Además, la reclamación se pudo completar durante los dos días siguientes al acceso al material de pruebas, es decir, el día 23 y 24 de agosto, para que los aspirantes que asistieron a la mencionada jornada completaran su reclamación inicial, tal como lo hizo el accionante, desvirtuando así el principio de subsidiaridad de la acción de tutela dado que en efecto existe un mecanismo idóneo para que los aspirantes manifiesten su inconformidad, **v)** el accionante interpuso las reclamaciones Nos. 421805857 y 421806060 contra los resultados de las Pruebas Escritas y solicitó acceso a las mismas y asistió a la jornada, por lo que la respuesta a la misma fue comunicada al accionante el día 24 de septiembre de 2021 en los términos del artículo 33 de la Ley 909 de 2004 a través de SIMO ingresando con usuario y contraseña en la fecha que oportunamente se comunicó el día 8 de septiembre de 2021 mediante Aviso Informativo en aras de salvaguardar el principio de igualdad de los aspirantes que reclamaron en el proceso de selección, que de manera conjunta se publicaron las respuestas, frente a las cuales no procede recurso alguno. Sin embargo, sin respetar los términos de la etapa del proceso y ya habiendo empleado el mecanismo idóneo para la protección de sus derechos, se tiene que el accionante interpuso tutela que como ya se dijo es de carácter subsidiario, dejando de lado el debido proceso, como se dispuso en las reglas del proceso de selección, **vi)** el operador del proceso de selección emitió alcance a la respuesta a la reclamación, indicándole los argumentos frente a las preguntas reclamadas, se le indicó la fórmula matemática empleada para obtener los resultados de las Pruebas Escritas, **vii)** se puede evidenciar que el número total de ítems eliminados en la Prueba de Integridad corresponde a 7, no como afirma el accionante erróneamente al señalar que fueron 9, pues dicha información es proporcionada directamente por la UNIÓN TEMPORAL MÉRITO Y OPORTUNIDAD DIAN 2020, quien en el presente proceso de selección actúa como operador, **viii)** con relación a los empleos diferentes a los del Nivel Profesional de los Procesos Misionales, tenemos que en estos momentos la CNSC se encuentra realizando el despliegue administrativo necesario para la conformación y adopción de las Listas de Elegibles, para lo cual es preciso indicar que se informó a los aspirantes de los empleos diferentes a los del Nivel Profesional de los Procesos Misionales que en cumplimiento de los artículos 25 y 26 del Acuerdo No. 0285 de 2020, el próximo 23 de noviembre de 2021 se publicaran en el sitio web de la CNSC [www.cnsc.gov.co](http://www.cnsc.gov.co), enlace Banco Nacional de Listas de Elegibles, las Listas de Elegibles de dichos empleos, **ix)** el accionante pretende pasar por alto las reglas del proceso de selección, a su vez también es importante indicar que, bajo las reglas del proceso de



selección, no se contempló una nueva fecha para la realización de las Pruebas Escritas, así como tampoco realizar recalificaciones a las mismas, **x)** se advierte la posible temeridad a fin que su honorable judicatura establezca si ocurre su configuración. Asimismo, tenemos que obra sentencia del día 21 de octubre de 2021, bajo radicado No. 08-001-33-33-004-2021-00233-00, que niega las pretensiones de la Acción de Tutela incoada por el accionante debido a que se le ha contestado en oportunidad y conforme a las reclamaciones pedidas, **xi)** la petición elevada por el accionante con radicado de entrada CNSC No. 20213201606442 del 5 de octubre de 2021 fue resuelta en los términos de ley, mediante el radicado de salida CNSC No. 20212241361001 del 13 de octubre de 2021 y en razón de ello, no es procedente la solicitud de amparo en tanto la respuesta ofrecida por la CNSC tiene fundamento en el Acuerdo del proceso de selección, aun cuando fuera negativa a lo solicitado por el accionante. **xii)** la tutela es improcedente por no corresponder con la naturaleza subsidiaria de la misma y no haberse probado un perjuicio irremediable, y **xiii)** no existe violación alguna a los derechos fundamentales alegados por el accionante por parte de esta CNSC por las razones anteriormente expuestas.

- Solicita se declara la improcedente de la acción de tutela.

#### VI. DERECHOS INVOCADOS:

El accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales a la IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS y CONFIANZA LEGÍTIMA.

#### VII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

##### 7.1. Competencia.

El artículo 86 de la Constitución Nacional establece la regla general de que la acción de tutela puede ser presentada ante cualquier juez, en todo momento y lugar, en busca de la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

Los Decretos 2591/91, 306/92, 1382/00, reglamentan la acción de tutela y señalan que ella sólo es procedente cuando no existen otros medios o mecanismos de defensa por su carácter residual y subsidiario que lo definen a la luz de lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Nacional; excepto cuando se utilice como mecanismo de transitorio para evitar un perjuicio irremediable o inminente.

Como consecuencia de lo anterior, y de lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, este Despacho es competente para conocer en primera instancia de la acción de tutela ejercida por el señor LUIS MIGUEL PATERNINA MONTIEL en contra del OPERADOR UNIÓN TEMPORAL MÉRITO Y OPORTUNIDAD DIAN 2020 -COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN y a los aspirantes a la OPEC No. 126586, nivel profesional, Gestor III grado 3 código 303 dentro del proceso de selección DIAN No. 1461 del año 2020, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS y CONFIANZA LEGÍTIMA.

##### 7.2. De la acción de tutela

El Estado garantiza a las personas el derecho a un proceso justo y adecuado, por lo que, en cualquier procedimiento administrativo, judicial, disciplinario, etc., deben respetarse los derechos fundamentales. Para evitar abusos que pueda cometer la administración, por lo que el DEBIDO PROCESO, apunta hacia la erradicación de la arbitrariedad, impidiendo que se obstaculice también, el DERECHO DE DEFENSA.



El Debido Proceso tiene reglas de legitimación, representación, notificación, términos, competencias, recursos, garantías a favor del administrado, etapas que deben cumplirse, etc., y con el fin de para evitar arbitrariedad y asegurar una organización administrativa racional.

Este derecho al DEBIDO PROCESO aparece consignado en la Carta Magna en su artículo 29, cuyo carácter fundamental proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no solo las actuaciones judiciales, sino también las administrativas en la definición de los derechos de los individuos. Es pues, una defensa de los procedimientos, en especial de la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, según la fórmula clásica o lo que es lo mismo de la posibilidad de ejercer el derecho de defensa.

El derecho al DEBIDO PROCESO comprende no solo la observancia de los pasos que la ley impone a los procesos judiciales y a los procesos y trámites administrativos, sino también el respeto de las formalidades propias de cada juicio, que se encuentran en general, contenidos en los principios que los inspiran, el tipo de interés en litigio, las calidades de los jueces y funcionarios encargados de resolver.

En el caso que nos ocupa, encontramos que se demandan los derechos fundamentales a la IGUALDAD, AL TRABAJO, AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, AL ACCESO A CARGOS PÚBLICOS, presuntamente vulnerados por parte del OPERADOR UNIÓN TEMPORAL MÉRITO Y OPORTUNIDAD DIAN 2020 -COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN, al considerar el accionante que hubo desconocimiento del principio de la CONFIANZA LEGÍTIMA, dentro del concurso por cuanto se cometieron errores en la calificación de la prueba de integridad.

### 7.3. Asunto jurídico:

La sentencia T-623 de 2009, señala lo siguiente:

***Segunda. Lo que se debate.***

*Corresponde a esta Sala decidir si en el caso sometido a revisión prospera la demanda de tutela, en cuanto el actor considera que la Universidad del Sinú y la Comisión Nacional del Servicio Civil vulneraron sus derechos fundamentales “a la igualdad, al trabajo y al debido proceso”, al no tener en cuenta su título de bachiller pedagógico y excluirse de la lista de elegibles, en la convocatoria para la provisión de docentes y directivos docentes en el Departamento de Sucre.*

***Tercera. La existencia de otro mecanismo de defensa judicial eficaz hace improcedente la acción de tutela, salvo que exista un perjuicio irremediable. Reiteración de jurisprudencia.***

*La Corte reiteradamente ha señalado que uno de los factores de procedencia de la acción de tutela está supeditado a la inexistencia o la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, cuando éste es idóneo para restablecer el derecho atacado, situación que podrá determinarse por el juez de tutela en el caso concreto, frente a los hechos y el material probatorio correspondiente<sup>11</sup>.*

*El inciso 3° del artículo 86 de la Constitución somete la acción de tutela al presupuesto de subsidiariedad, esto es, que el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En desarrollo de la norma superior, en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 taxativamente se consagraron las causales de improcedencia de la acción de tutela (num. 1°).*

*Esa subsidiaridad guarda relación con el papel que también le corresponde al juez en sus actividades comunes, como guardián de los derechos fundamentales y de la Constitución que en todo proceso le corresponde ser<sup>12</sup>. Así, deviene claramente que la acción de tutela, por su carácter excepcional, no es el mecanismo a utilizar per se para obtener el amparo de derechos fundamentales cuando exista otra vía de defensa judicial, salvo que se configure un perjuicio irremediable, el cual ha de estar probado y debe ser inminente y grave<sup>13</sup>.*

*Cabe repetir, de esta manera, que el carácter subsidiario y excepcional de la acción de tutela implica que ésta sólo pueda ser ejercida cuando no se disponga de otro mecanismo de defensa judicial, o en el evento en que aun existiendo resulte ineficaz, o que sea necesario el amparo, en forma transitoria, para evitar que se produzca un perjuicio irremediable.*

*Al respecto en sentencia T-128 de febrero 22 de 2007, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, esta corporación expuso:*



“... dado que contra los actos administrativos que vulneran un derecho fundamental particular, procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y que al emplear dicha vía, el interesado puede solicitar la suspensión provisional del acto, la Corte ha considerado que ‘no le es dable al juez de tutela entrar, mediante una decisión judicial, a revivir los términos para interponer recursos que en su momento no fueron utilizados, o revivir los términos de caducidad establecidos para ejercer las acciones judiciales procedentes, pues la acción de tutela no es un mecanismo judicial, alterno, supletivo, concomitante o una tercera instancia, a la cual se pueda acudir para remediar aquellas actuaciones judiciales dejadas de hacer por la negligencia o mera liberalidad del particular, como tampoco para reemplazar al juez ordinario al que eventualmente le corresponda dirimir determinado asunto en virtud del ejercicio de la acción judicial correspondiente.’<sup>[4]</sup>

La Corte Constitucional ha señalado que en los eventos excepcionales en los que procede la tutela contra actos administrativos que vulneren derechos fundamentales, por regla general, ésta se concede como mecanismo transitorio. Así lo señaló en la sentencia T-514 de 2003<sup>[5]</sup> en donde indicó al respecto lo siguiente:

‘la Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo’.

No obstante, esta Corporación también ha admitido que en ciertos casos, cuando existe una vía de hecho en un acto administrativo y se observa la existencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela procederá no sólo como mecanismo transitorio, sino que excepcionalmente podrá concederse de forma definitiva<sup>[6]</sup>.”

Por tanto, como regla general relacionada con lo anteriormente expuesto, la acción de tutela que pretenda atacar un acto administrativo es improcedente, pues en el ordenamiento jurídico está consagrada la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, medio de defensa judicial propio, específico y eficaz, que inclusive prevé la suspensión provisional, excluyendo la protección prevista en el artículo 86 de la Carta, salvo la existencia de un perjuicio irremediable.

#### **Cuarta. El caso bajo estudio.**

1. Corresponde a la Sala de Revisión determinar si en realidad fueron conculcados los derechos fundamentales reclamados por el actor, debido a que presentó en junio de 2006 prueba para el concurso público abierto de méritos tendiente a proveer cargos directivos y docentes etno educadores en el Departamento de Sucre (f. 16 cd. inicial), obteniendo como puntaje 65.73 con resultado aprobado, pero fue excluido por no haber acreditado título de licenciado o profesional. Adicional a ello, en octubre de 2008 la Gobernación de Sucre dio por terminado su nombramiento como docente en provisionalidad.

Posteriormente, allegó diploma y acta de grado como licenciado en educación básica con énfasis en humanidades, lengua castellana e inglés, con graduación en diciembre de 2007.

Se debate entonces la legalidad de los actos mediante los cuales se dispuso excluir del concurso de méritos al demandante, asunto que debe resolver la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, si el peticionario ejerciere la acción correspondiente. Por ello, es en esa esfera de la Administración de Justicia donde procedería decidir acerca de la presunta violación del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, de insistirse sobre las circunstancias dentro de las cuales se ha expedido un acto y las consecuencias eventualmente generadas en contra de derechos fundamentales.

Así las cosas, ante actos administrativos, amparados por la presunción de legalidad, que generen inconformidad en cuanto a consecuencias consideradas como ilegítimamente nocivas, la preceptiva vigente prevé los mecanismos contenciosos y los estrados judiciales competentes. Consecuentemente, si la legalidad de los actos reprochados no ha sido cuestionada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no es la acción de tutela el medio idóneo para encauzar pretensiones no reclamadas apropiadamente.

2. Reiterando lo expuesto, en términos normativos y jurisprudenciales, la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que



*impliquen vulneración o amenaza de derechos fundamentales, frente a lo cual el sistema jurídico no tenga previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces.*

*Entonces, como ha establecido la Corte Constitucional en desarrollo del inciso 3° del artículo 86 superior, hay lugar a la procedencia de la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamentó este instrumento de amparo, señala que la existencia de esos medios de defensa principales debe ser apreciada en concreto, en lo que respecta a su eficiencia, frente a las circunstancias particulares en las que se encuentra el solicitante.*

*Tal perjuicio irremediable también se estructura cuando: “(i) los medios de defensa ordinarios no sean idóneos para evitar o poner fin a la vulneración del derecho fundamental invocado, y (ii) que en el caso concreto se requiera de medidas urgentes e imposterables para evitar la consumación del perjuicio irremediable, así existan otros medios de defensa judicial, pero no expeditos, para la protección de los derechos afectados.”<sup>1</sup>*

*3. De lo antes anotado se colige que, en presencia de otros mecanismos de defensa judicial, es imperativo para el Juez de tutela comprobar con certeza que esos medios resultan ineficaces para la protección de los derechos fundamentales, o que la existencia de circunstancias especiales en las que se encuentra el peticionario, hace que el juicio de procedibilidad del amparo sea efectuado con un criterio más amplio.*

*En conclusión y como bien se decidió en las instancias, no es la acción de tutela el instrumento adecuado para que el actor cuestione el incumplimiento de los requisitos mínimos para concursar. Por ello, al tenor de lo expuesto, la presente acción se torna improcedente.*

Como lo ha expresado en diferentes ocasiones la Honorable Corte Constitucional, la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 Superior, ha sido establecida como un mecanismo de carácter excepcional, residual, encaminado a la protección directa, efectiva e inmediata de los derechos fundamentales de las personas frente a las violaciones o vulneraciones de que pueden ser objeto, bien por parte de las autoridades públicas, o de los particulares, en los casos previstos en la ley.

De igual forma, la Corte ha sido clara en señalar que la acción de tutela resulta improcedente cuando quien la instaure dispone de otro medio de defensa judicial para la protección de su derecho, a menos de que se instaure como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Lo anterior quiere decir entonces, que es requisito indispensable para su procedencia la inexistencia de otro mecanismo idóneo de defensa judicial, a través del cual el interesado pueda reclamar válida y efectivamente la protección del derecho que considera conculcado o amenazado. Es en este sentido que, en varias oportunidades, la Corte ha resaltado el carácter subsidiario de esta acción constitucional, como uno de sus elementos esenciales.<sup>1</sup>

Igualmente, ha sostenido la Corte que el amparo no busca excluir a la jurisdicción ordinaria del conocimiento de los asuntos que le son propios. La tutela es un mecanismo que asegura en forma especial y excepcional la intangibilidad del núcleo esencial de los derechos fundamentales vulnerados, cuando no existan instrumentos ordinarios que permitan dicha protección. Por ello, la acción de tutela resulta improcedente, en virtud de su naturaleza subsidiaria y residual, cuando el actor tiene o tuvo a su disposición otros mecanismos judiciales de defensa.<sup>2</sup>

Es que la acción de tutela fue instituida exclusivamente para resolver controversias de orden constitucional, y, por lo tanto, a través de este mecanismo, no es dable ventilar controversias que versen sobre derechos de diferente rango.

Ahora bien, existiendo otro medio de defensa judicial, en principio, no es la Acción de Tutela el mecanismo adecuado para la protección de los intereses del señor LUIS MIGUEL PATERNINA MONTIEL, según las voces del artículo 86 de la Constitución, a cuyo tenor "esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial".

<sup>1</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-568 de 1994, T-654 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-684 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>2</sup> T-669 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero.



La Corte Constitucional en sentencia T-091 de 2018, reitera esta posición y dice que:

### 3.3. Subsidiariedad

44. La acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial efectivo para la protección de sus derechos fundamentales o, en caso de existir tal recurso judicial, se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable<sup>3</sup>. El carácter subsidiario de esta acción “impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales (...) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”<sup>4</sup>.

45. No obstante, la Corte ha advertido que el estudio de la subsidiariedad de la acción de tutela no consiste en una mera verificación formal de la existencia de otros mecanismos judiciales o administrativos<sup>5</sup>. Por el contrario, le corresponde al juez constitucional analizar la situación particular del accionante y los derechos cuya protección se solicita, con el fin de comprobar si aquellos resultan eficaces para la protección de los derechos fundamentales<sup>6</sup>. Por ejemplo, en los asuntos que involucran derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, el análisis del cumplimiento del requisito de subsidiariedad es menos riguroso, debido al interés superior de los menores de edad, garantizado por el artículo 44 de la Constitución.

46. De manera reiterada, la Corte ha advertido que el juez constitucional debe determinar si los medios de defensa judicial disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien acude a la acción tutela<sup>7</sup>. Si no es así, puede otorgar el amparo de dos maneras distintas: (i) como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria, y (ii) como mecanismo eficaz de protección de los derechos fundamentales. La primera posibilidad implica que si bien las acciones ordinarias pueden proveer un remedio integral, no son lo suficientemente expeditas para evitar un perjuicio irremediable. La segunda, que el medio de defensa ordinario no ofrece una solución integral para la protección de los derechos fundamentales comprometidos.

47. La existencia de las otras vías judiciales debe ser analizada en cada caso concreto, en cuanto a su eficacia. Si no permiten resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrecen una solución integral para el derecho comprometido, es procedente la acción de tutela como mecanismo de amparo definitivo de los derechos fundamentales invocados.

La sentencia T-375 de 2018 nuevamente se pronuncia y dice que:

### Subsidiariedad

1. El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que “permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”<sup>8</sup>. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.

En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

2. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad<sup>9</sup>:

(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como **mecanismo definitivo**; y,

(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.

<sup>3</sup> Constitución Política, artículo 86.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-037 de 2009.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-721 de 2012.

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencias T-043 de 2014, T-402 de 2012 y T-235 de 2010.

<sup>7</sup> Ver, entre otras, las sentencias SU-961 de 1999, SU-1052 de 2000, T-747 de 2008, T-500 de 2002, T-179 de 2003, T-705 de 2012 y T-347 de 2016.

<sup>8</sup> Sentencia T-603 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); Sentencia T-580 de 2006 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>9</sup> Sentencia T-662 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).



3. En cuanto a la primera hipótesis, que se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que ésta no puede determinarse en abstracto sino que, por el contrario, la aptitud para la efectiva protección del derecho debe evaluarse en el contexto concreto<sup>10</sup>. El análisis particular resulta necesario, pues en éste podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados.

4. Ahora bien, en cuanto a la segunda hipótesis, cabe anotar que su propósito no es otro que el de conjurar o evitar una afectación inminente y grave a un derecho fundamental. De este modo, la protección que puede ordenarse en este evento es temporal, tal y como lo dispone el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, el cual indica: “[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

Así mismo, dicha excepción al requisito de subsidiariedad exige que se verifique: (i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto del daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable; (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 las garantías fundamentales en riesgo<sup>11</sup>.

5. Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

Igualmente el asunto que nos atañe es ajeno al ámbito de la jurisdicción constitucional en sede de tutela, por la naturaleza puramente legal de sus pretensiones cuya definición cuenta con las instancias, medios y procedimientos administrativos y judiciales ordinarios correspondientes y en los eventos en que la función del juez sea prevenir una posible amenaza contra derechos fundamentales, no es posible ordenar un pronunciamiento declarativo de derechos de competencia de otras jurisdicciones, debido a que una decisión de esa naturaleza debe ser objeto de debate, acumularse suficiente material probatorio y elementos de juicio que permitan fundamentar una decisión de esa categoría. Lo que, en un procedimiento tan corto, como lo constituye la acción de tutela, no es dado emitirlo.

El reconocimiento de las pretensiones que desea obtener el accionante mediante la acción de tutela tiene reconocido en el ordenamiento jurídico un término procedente y unas instancias especiales, que, está en cabeza de las entidades pertinentes (OPERADOR UNIÓN TEMPORAL MÉRITO Y OPORTUNIDAD DIAN 2020 -COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNCS) y la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN), encargadas de resolver el litigio que por dicho motivo se produzca. Cuenta entonces el accionante, con otros medios idóneos para reclamar la protección a los derechos invocados y no es, repetimos, en sede de tutela, dada la característica residual, subsidiaria y extraordinaria que tiene este mecanismo constitucional.

El accionante está en condiciones de ejercer ante las entidades correspondientes las pretensiones reclamadas por esta vía, las cuales, por razones legales, le corresponde dirimir a aquellas instancias, de conformidad a lo plasmado en la parte motiva de esta decisión.

En el informativo no aparecen factores objetivos que demuestren circunstancias extraordinarias y apremiantes que ameriten la prevalencia del amparo constitucional sobre la vía legales correspondientes, por lo que no debe ser dilucidado por vía de tutela.

Cabe resaltar que las actuaciones cuestionadas por el accionante no constituyen un perjuicio irremediable que amerite la protección, de manera excepcional, por vía de la acción de tutela. Específicamente en lo relacionado con el perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha establecido que:

<sup>10</sup> Sobre el particular, la Corte ha establecido que “el medio debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Además, debe ser un medio eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho” (Sentencia T-040 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo).

<sup>11</sup> Sentencias: T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), entre otras.



*"En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable."<sup>12</sup>*

En el presente caso no fue acreditada la existencia de un perjuicio irremediable que amerite la procedencia excepcional de la tutela, El eventual perjuicio ocasionado al actor, no comporta la consumación de un daño antijurídico de carácter irreparable que no pueda ser cuestionable mediante la protección que ofrecen los otros medios judiciales y extrajudiciales existentes, por lo que corresponde a la justicia ordinaria definir la legalidad de tal medida. Entonces, resulta claro para esta agencia judicial, que es improcedente conceder la presente Acción de Tutela como mecanismo transitorio, por cuanto no existe ni está demostrado que se haya causado un perjuicio irremediable, el cual es entendido como el que emerge grave e inminente, no superable de otra forma, sino a través del amparo constitucional. Pero, en este asunto, no refulge ninguna evidencia o elemento probatorio que nos permita suponer fundadamente que los derechos alegados por el actor se encuentran en vía de extinción y que solo por medio de esta acción, es posible su protección; pues recuérdese que no nos encontramos frente a una lesión del mínimo vital, y, por ende, lesión a su subsistencia; por lo que huelga concluir que no se materializa ningún perjuicio irremediable, que viabilice su otorgamiento, ni siquiera como mecanismo transitorio.

En resumen, dos causales de improcedencia se presentan en este caso, siendo estas: (I) Para la protección de los derechos reclamados, el actor cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, que deben ejercitarse y, (II) En el presente caso no fue acreditada la existencia de un perjuicio irremediable que amerite la procedencia excepcional de la tutela.

#### VII.1. DERECHO A LA IGUALDAD:

El derecho a la igualdad es aquel derecho que tienen todos los seres humanos a ser reconocidos como iguales ante la ley, y de disfrutar de todos los demás derechos otorgados de manera incondicional, es decir, sin discriminación por motivos de nacionalidad, raza, creencias o cualquier otro motivo.

La igualdad es ante la ley (igualdad formal) y ante las diferentes regulaciones económicas y sociales que se deben llevar a cabo, dentro de las prácticas sociales, (igualdad material) y en ese orden de ideas, es el Estado quien debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

En relación con la violación al derecho a la igualdad, señalado por el accionante, vemos que no está demostrado que el accionante haya sido tratado por las accionadas en forma diferente a los demás participantes que están en sus mismas condiciones. Por ello no podemos decir que se haya vulnerado este derecho, cuando no presenta la prueba sumaria de esta vulneración.

Este despachador constitucional reitera que el accionante cuenta con las instancias, medios y procedimientos administrativos y judiciales ordinarios, en los cuales se recaudará suficiente material probatorio y elementos de juicio que permitan fundamentar una decisión de esa categoría, lo que no es dable en el corto término de la acción constitucional.

Por lo anterior, se **DECLARARÁ IMPROCEDENTE** la acción de tutela instaurada por el señor **LUIS MIGUEL PATERNINA MONTIEL** en contra del **OPERADOR UNIÓN TEMPORAL MÉRITO Y OPORTUNIDAD DIAN 2020 -COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)**, a la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN** y a los

<sup>12</sup> Sentencia T-1316 de 2001.



aspirantes a la OPEC No. 126586, nivel profesional, Gestor III grado 3 código 303 dentro del proceso de selección DIAN No. 1461 del año 2020, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS y CONFIANZA LEGÍTIMA.

Se ordenará al OPERADOR UNIÓN TEMPORAL MÉRITO Y OPORTUNIDAD DIAN 2020 - COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN, notifiquen a través de su portal Web o de cualquier medio disponible, a todos los vinculados en esta actuación, de la presente decisión.

En razón y mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BARRANQUILLA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad constitucional,

FALLA:

1.- DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela, instaurada por el señor LUIS MIGUEL PATERNINA MONTIEL en contra del OPERADOR UNIÓN TEMPORAL MÉRITO Y OPORTUNIDAD DIAN 2020 -COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN y a los aspirantes a la OPEC No. 126586, nivel profesional, Gestor III grado 3 código 303 dentro del proceso de selección DIAN No. 1461 del año 2020, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS y CONFIANZA LEGÍTIMA, por las razones anotadas en la parte motiva de este fallo.

2.- ORDENAR al OPERADOR UNIÓN TEMPORAL MÉRITO Y OPORTUNIDAD DIAN 2020 - COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN, notifiquen a través de su portal Web o de cualquier medio disponible, a todos los vinculados en esta actuación, de la presente decisión.

3.- NOTIFICAR a las partes por el medio más eficaz.

4.- Contra la presente decisión procede recurso de impugnación dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación, acorde con el artículo 31 del decreto 2591/91. En caso de no ser impugnada se remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Si no fuese seleccionada por la HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión, una vez recibida en el despacho, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PABLO ANDRÉS VILLAMIL DUARTE  
JUEZ