



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA

Doce (12) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Asunto : Sentencia de primera instancia #00028
Trámite : Acción de tutela
Dcho Invocado : Igualdad, trabajo, debido proceso y demás derechos conexos
Demandante : Juan Andrés Suarez Ospina
Demandados : Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC-
Dirección De Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-
Universidad Sergio Arboleda
Fundación Universitaria del Área Andina
Radicación : 66001-31-03-002-2021-00237-00

I. OBJETO

Dictar sentencia de primera sede en el asunto referenciado, una vez concluido el trámite previsto por el Dto. 2591/91.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes

Relatados en la solicitud de tutela, pueden sintetizarse así:

El día 10-09-2020 se publicó el Acuerdo No. 0285 de 2020 *“por medio del cual se convoca y establece reglas del proceso de selección de ingreso para proveer empleos en vacantes definitivas al sistema específico de carrera administrativa de la plata de personal de la DIAN, proceso de selección DIAS No. 1461 de 2020”*.

Arguye el accionante que en dicho acuerdo se estableció las etapas para los cargos de nivel profesional, los ejes temáticos a evaluar, el procedimiento para asistir al concurso de formación y el puntaje que se le daría a cada etapa siendo divididos en dos fases.

Relata que superó cada una de las etapas de la fase 1 del concurso de la prueba convocada para el pasado 5-07-2021, siendo publicado los resultados de los ejes temáticos el 5-08-2021, el cual obtuvo los siguientes resultados:

1. Prueba de competencia básica u organizacionales: puntaje 72.53%
2. Prueba de competencia conductuales o interpersonales: 87.65%
3. Prueba de integridad: puntaje 81.81%

Para un total de puntaje de 81.75%

Por lo que superó el puntaje mínimo aprobatorio de 70 puntos.

Sin embargo, pese haber superado las pruebas y haber continuado en el concurso, las entidades accionadas no lo convocaron a la fase II -Concurso de formación-, toda vez que establecieron en el acuerdo de la convocatoria que solo convocarían a las tres primeras personas de la lista; no obstante, advierte que en caso de que estos no estén interesados en continuar en el curso de formación, es decir, desisten, la DIAN no tendría en cuenta a ninguna persona de la lista del concurso, lo que quiere decir que la entidad nombraría a cualquier persona, sin tener en cuenta la meritocracia.

Así las cosas, se ve en la necesidad de instaurar la presente acción de tutela, toda vez que se evidencia la vulneración a sus derechos constitucionales como aspirante que continua en concurso para ocupar una de las 296 vacantes existentes para el cargo de Gestor I código 301 de la DIAN.

2. Pretensión

Solicita se expida resolución en la que se le convoque a curso de formación, con el fin de que sus derechos fundamentales no se sigan lesionando.

Así mismo, que se conmine a la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- para que como entidad reguladora y administradora de la carrera administrativa para que en futuras convocatorias sea garante de los principios constitucionales y legales para los cuales fue creada.

3. Trámite procesal

Correspondió el asunto a esta agencia judicial por reparto del 29-09-2021. Mediante auto del 30-09-2021 se dispuso la iniciación de su trámite, concediendo el término de un día a los accionados para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción.

Negándose la medida provisional solicitada toda vez que en su momento no se observaron que las cautelas reclamadas sean urgentes y necesarias, a la luz del cuadro fáctico y jurídico que trasluce la demanda.

4. Oposición.

4.1 La Comisión Nacional Del Servicio Civil -CNSC- actuando a través del abogado del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad, en término contesta la acción, proponiendo la improcedencia de la acción de tutela por no cumplirse con el principio de subsidiariedad, toda vez que la tutela esta instituida como un medio judicial de carácter residual y subsidiario.

Por otra arista, relata la inexistencia de un perjuicio irremediable; pues no toda circunstancia contraria al goce efectivo de derechos o prerrogativas del individuo configura un perjuicio irremediable, este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, circunstancias que no se perciben en la presente acción de tutela, pues el accionante no demostró la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que reclama y no puede alegar la vulneración de sus derechos, pues desde un inicio los aspirantes aceptaron las reglas del proceso de selección.

Con relación a la participación del accionante en el presente proceso de selección, constatado el SIMO se encuentra que cuenta con Inscripción No. 335320241 al empleo del nivel Profesional, identificado con OPEC No. 127490, denominado Gestor I, código 301, grado 1, que corresponde a un empleo 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.

Sobre el estado actual del Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020, es preciso traer a colación el artículo 3 del Acuerdo No. 0285 de 2020:

ARTÍCULO 3. ESTRUCTURA DEL PROCESO DE SELECCIÓN. El presente proceso de selección comprende las siguientes etapas:

- Convocatoria y divulgación.
- Adquisición de Derechos de Participación e Inscripciones.
- Verificación de Requisitos Mínimos, en adelante VRM, de los participantes inscritos.
- Aplicación de pruebas de selección a los participantes admitidos.
- Conformación y adopción de las Listas de Elegibles para los empleos ofertados en este proceso de selección.

Así las cosas, hace mención a que no hay perjuicio respecto del accionante por cuanto las reglas fueron claras desde el 21 de septiembre de 2020, que se publicó el Acuerdo No. 0285 de 2020 y posterior a ello su Anexo modificado parcialmente, para que toda la ciudadanía conociera las condiciones en las que se surtiría el Proceso de Selección DIAN No.1461 de 2020, además, el 9 de junio de 2021 fue publicada la Guía de orientación al aspirante para la presentación de Pruebas Escritas, lo cual sólo demuestra que hubo suficiente tiempo para que los aspirantes conocieran las reglas del proceso de selección aludido y que hubo publicidad y transparencia para los aspirantes en condiciones de igualdad y oportunidad. Así mismo, se debe resaltar que los aspirantes tienen la obligación de leer y conocer los requisitos y condiciones para participar en el proceso de selección.

En síntesis, solicita declarar la improcedencia de la presente acción constitucional, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

4.2 La Unidad Administrativa Especial Dirección De Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN-, a través de apoderada judicial, en término contesta la demanda, proponiendo la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues lo solicitado desborda las competencias legales atribuidas a la UAE-DIAN, toda vez que, la atención de lo solicitado como se encuentra en cabeza de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL como ente encargado de la administración y vigilancia de la carrera administrativa de los servidores públicos, entendiéndose que el concepto de administración y vigilancia comprende la función de organizar, desarrollar y controlar, la carrera administrativa y las convocatorias correspondientes.

Así las cosas, solicita declarar la falta de legitimación por pasiva y por ende desvincular a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por no tener la competencia para atender la pretensión del accionante.

4.3 El Coordinador Jurídico de Proyectos de la Unión Temporal Mérito y Oportunidad DIAN 2020, contesta la acción, relatando que verificado el Sistema SIMO se encuentra que el accionante presentó reclamación inicial frente a los resultados de la prueba en dicho sistema y al estar inscrito en los empleos del Nivel Profesional de los Procesos Misionales, el pasado 17 de septiembre de 2017, se dio respuesta a la reclamación mediante oficio de radicado RECPE-DIAN-5378, en la cual se brindó respuesta de fondo a la inquietud presentada.

Sobre los argumentos del accionante, expresa que en cuanto a la inquietud del accionante sobre la Resolución que convoca a CURSO DE FORMACIÓN o FASE II, a los tres (3) primeros que pasaron los conocimientos básicos, informa lo siguiente:

La Unión Temporal Mérito y Oportunidad DIAN 2020, actúa como operador del Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020, y es competente ÚNICAMENTE para atender las reclamaciones, derechos de petición y acciones judiciales dentro de las etapas de VERIFICACION DE REQUISITOS MINIMOS Y PRUEBAS ESCRITAS, etapa que se reactivó según lo establecido en el Decreto 1754 de 2020.

En cuanto a las demás etapas que son propias de proceso de selección de la DIAN, como lo es la FASE II o CURSO DE FORMACIÓN del “proceso de selección DIAN no. 1461 de 2020”, en la modalidad de ingreso, para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al sistema específico de carrera administrativa de su planta de personal, alegado, es pertinente señalar que estas etapas no han sido contratadas y no tienen vínculo o relación alguna con la Unión Temporal Mérito y Oportunidad DIAN 2020, de manera que esta DELEGADA CARECE DE COMPETENCIA para pronunciarse frente a lo manifestado.

Finalmente se reitera que el hecho de no acceder a las pretensiones establecidas en el escrito de reclamación o tutela no configura una violación al debido proceso, al derecho a la igualdad ni al acceso a cargos públicos puesto que se le indica de

manera clara las razones por las cuales no es posible acceder a las pretensiones señaladas, brindando una respuesta de fondo a la misma.

De igual manera, la tutela es improcedente ante la inexistencia de un perjuicio irremediable, dado que el derecho al debido proceso del accionante en ningún momento se ha visto amenazado; pues esta delegada ha seguido a cabalidad el deber ser establecido en el acuerdo rector y anexo de especificaciones técnicas frente a cada una de las etapas del concurso.

Así las cosas, arguye que no se evidencia a la luz de los hechos que no existe prueba tan si quiera sumaria por parte del accionante de riesgo o vulneración constitucional o de derecho fundamental alguno, pues se demuestra que se ha respetado todas las etapas procesales y lo que en realidad pretende el accionante es desestimar los procedimientos administrativos establecidos.

Por lo cual solicita declarar la carencia actual de objeto, se denieguen todas las pretensiones solicitadas y en caso de no ajustarse la denegación, se declare improcedente la acción constitucional por no ser ajustable al procedimiento.

III. CONSIDERACIONES

Es competente este Despacho judicial para componer el reclamó constitucional, en tanto la supuesta vulneración alegada y sus efectos se producen en la ciudad de Pereira Rda. La acción se dirige, además, contra una entidad pública del orden nacional. (Art. 2.2.3.1.2.1. Núm. 2° Dto. 1983/2017).

El artículo 86 de la Constitución Política, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; no obstante, dispone que este mecanismo “(...) *solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*”

A partir de esa disposición se ha decantado que los presupuestos de procedencia de ese mecanismo extraordinario de protección de los derechos fundamentales son i) legitimación, ii) inmediatez, iii) subsidiariedad y iv) relevancia constitucional.

Tales presupuestos son concurrentes, de manera que la ausencia de al menos uno de ellos es suficiente para tornar improcedente el resguardo constitucional y releva del análisis sobre la eventual vulneración de los derechos fundamentales.

Por el extremo activo, está legitimado el promotor del amparo, quien actúa en causa propia, como aspirante admitido al concurso de méritos objeto de cuestionamiento y por lo mismo titulares de los derechos invocados.

Lo propio cabe afirmar de la CNSC, por el extremo pasivo, en tanto se le señala de vulnerar los derechos del peticionario con la no convocatoria a la Fase II del concurso reprochado.

En sentido contrario, no está legitimadas la Universidad Sergio Arboleda y la Fundación Universitaria del Área Andina, como operadores del concurso de mérito, en tanto no se le atribuye conducta alguna trasgresora de las garantías del accionante. Ni La DIAN pues para esta entidad es que se aspira el cargo, sin que tenga influencia en el concurso de méritos realizado.

¹Sobre la procedencia de la acción de tutela, en materia de concursos de méritos, la C.C. ha sostenido que no puede emplearse como mecanismo principal y definitivo para cuestionar actos administrativos, pues para ese propósito están instituidas

las acciones contencioso – administrativas, en las cuales procede la suspensión provisional.

En ese orden de ideas, el juez de tutela no puede sustituir al juez administrativo en la definición de la validez de los actos, ni suponer que podría suspenderlos provisionalmente pues ello representaría invadir el ámbito constitucional de dicha jurisdicción; por lo tanto, tiene explicado que, por regla general, es improcedente la acción de tutela frente a actos administrativos que ejecutan un proceso de concurso de méritos², y quien pretenda discutirlos, debe acudir al mecanismo que para tales fines exista en la jurisdicción administrativa.

³La regla de la residualidad y subsidiaridad del amparo constitucional admite al menos dos excepciones: i) cuándo el accionante lo ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, que debe ser inminente, requerir medidas urgentes, grave e impostergable y ii) cuándo el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para proteger el derecho amenazado.

Al respecto dijo la Corte Constitucional:

En principio, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos de contenido particular y concreto, ya que para controvertir estos actos el juez natural es la jurisdicción contenciosa administrativa, instancia en la cual los afectados pueden hacer uso de dos mecanismos de defensa.

De un lado, en ejercicio del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, se puede interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, según el artículo 152, numeral 2° del mismo código, en caso de que sea manifiesta la infracción de una de las disposiciones invocadas, también se puede solicitar la suspensión provisional del acto administrativo demandado.

De otro lado, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo dispone que toda persona podrá solicitar que se declare la nulidad de los actos administrativos cuando quebranten las normas en que deberían fundarse, hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

...
Sobre la base de lo expuesto, la persona que estime vulnerados sus derechos por un acto administrativo puede solicitar alternativamente la nulidad y restablecimiento del derecho o, en la medida en que esta acción no se ejerza dentro del término legalmente establecido para ello, pedir la nulidad simple del acto, caso en el cual la pretensión debe ser exclusivamente el control de legalidad en abstracto de dicho acto.”⁴

En esa misma línea, la Corte Suprema de Justicia, en un caso similar al que ahora la ocupa la atención del despacho, expresó:

“3.2. En ese orden, la subsidiariedad de la acción se hace evidente en este asunto porque la demandante tiene a su haber –de persistirle inconformidad con la interpretación por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil- la acción de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la facultad, incluso, frente al perjuicio que reclama, para solicitar la suspensión provisional del acto, trámite regulado en el artículo 229 y ss. de la Ley 1437 de 2011 y que en virtud del artículo 233 ejusdem puede resolverse incluso desde la admisión de la demanda.

3.3. De allí que no resulta admisible la pretensión de la accionante tendiente a la sustitución del juez natural por el juez de tutela, en la medida en que la jurisprudencia constitucional ha sido pródiga en señalar que de cara a concursos abiertos los derechos de los aspirantes no son absolutos sino meras expectativas frente

² CC. T-722 de 2014, T-247 de 2015 y T-572 de 2015 y T-425 de 2019, entre otras

³ T-090/13

⁴ Sentencia T-956 de 2011. MP. Jorge Iván Palacio Palacio

a las resultas de los mismos, luego ello quiebra la alegada vulneración de los derechos fundamentales invocados a través del mecanismo subsidiario.

Tesis que ha sido reiterada por la Corte Constitucional al referir que cuando la presunta amenaza de derechos fundamentales que se invoca en sede de tutela deviene de la interpretación que hace el funcionario competente, en este caso, la Comisión Nacional del Servicio Civil, sobre el alcance de determinada norma y sin que aquella se torne apartada o distante de un normal proceso de interpretación, contrario sensu, debidamente argumentada, de manera alguna podrá viabilizarse su protección a través de la acción de tutela.

3.4. Por manera que, no se evidencia que las entidades accionadas hayan incurrido en una violación a derecho fundamental alguno, puesto que en el ejercicio de sus facultades emitieron la correspondiente respuesta a sus reclamaciones atinentes con irregularidad presentada con algunas de las preguntas y el resultado obtenido de la prueba de valoración de antecedentes; siendo cosa diferente que le asista inconformidad y por tal razón, debe hacer uso de los mecanismos de defensa que el ordenamiento le ofrece.

Aquí es importante señalar a la recurrente que el argumento de disminuirse la posibilidad de acceder al primer lugar en la lista de elegibles al afectarse su puntuación no persuade, toda vez que ello es una simple expectativa si en cuenta se tiene la situación de los demás aspirantes, quienes también están en la posibilidad de figurar en los primeros lugares, de ahí que no hay razones para pensar que de accederse a sus pretensiones la modificación en la calificación sea suficiente para ubicarla en la parte alta de la lista. Aquí se corrobora la afirmación en el sentido que mientras no se produzca la respectiva lista de elegibles no puede hablarse de menoscabo de derecho fundamental alguno en el evento que se omita el nombramiento, ya que todo lo actuado hasta ese momento se traduce en una simple posibilidad de figurar en ella y ser luego designado en el cargo al cual se aspira.

...

3.6. Ahora, válido es resaltar que tratándose de concursos de méritos, si bien la tendencia de la Corte Constitucional ha tomado más fuerza frente a la viabilidad de la acción de amparo en ciertos casos, la misma se observa constante tratándose de procesos finiquitados en los cuales, habiéndose consolidado expectativas a favor de los aspirantes, las autoridades encargadas omiten los resultados y los derechos que se ven reflejados en las listas de elegibles; de manera particular, de ser designado en caso de figurar en el primer lugar. Situación diferente acaece cuando lo que se pretende a través de la acción de tutela es cuestionar una etapa particular del proceso concursal, que es precisamente lo que hace la demandante en el asunto bajo estudio...

3.7. En el caso de la memorialista, tan sólo le asiste una expectativa en la provisión del cargo al cual aspira y por ello no puede señalarse de entrada la violación de sus derechos, puesto que no se ha configurado en su favor ninguna situación que le confiera prerrogativa alguna en los términos expuestos en la anterior cita jurisprudencial.

3.8. Con todo, en atención a las distintas posiciones al respecto y aceptando en gracia a discusión que el máximo Tribunal de la justicia contencioso administrativa considera que las acciones en cuestión no proceden contra los actos de trámite, así como que los aquí cuestionados estarían comprendidos en dicha categoría; el carácter residual y subsidiario de la tutela imponía precisamente a la quejosa acudir a las mismas para que, en dicho caso, no existiera ninguna duda sobre la no idoneidad de tales medios de defensa, lo cual tornaría viable al mecanismo constitucional. Sin embargo, optó por soslayar el ejercicio de las primeras para acudir directamente a la segunda, siendo tal proceder el que la Sala reprocha y a partir del cual da por insatisfecho el presupuesto atinente a la subsidiariedad, argumento que suficiente para denegar el cuestionamiento de la recurrente sobre el punto.

4. Finalmente, la tutela se ofrece igualmente improcedente aun como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en el entendido que en modo alguno se acreditó de qué forma el mismo se configura en el presente caso de conformidad con los presupuestos exigidos por la jurisprudencia, relacionados con la inminencia".⁵ (Subrayas fuera del texto original)

⁵ Sala de Casación Penal, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, sentencia STP2232-2017 del 16 de febrero de 2017

Ante la claridad del precedente citado, puede entonces concluirse que es la jurisdicción ordinaria la competente para conocer de los procesos en que se controvierta la legalidad del acto administrativo que instituyó el concurso de méritos.

En consecuencia, no es la tutela el mecanismo idóneo para ordenar se deje sin efecto esa decisión, toda vez que el demandante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para obtener lo que pretende por esta vía y por eso, el amparo es improcedente porque no se satisface el presupuesto de la subsidiariedad.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira Risaralda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero. Declarar improcedente la acción de tutela incoada por el señor JUAN ANDRÉS SUARES OSPÍNA en contra de la Comisión nacional del servicio civil – CNSC-, la Dirección de impuestos y aduanas nacionales -DIAN- la universidad Sergio Arboleda y la Fundación universitaria del área andina.

Segundo. Notificar este fallo a las partes por un medio que asegure su eficacia.

Tercero. Si en el término de tres días no se impugna el fallo, se enviará en eventual revisión a la Corte Constitucional. Cumplido ese trámite, archivar las diligencias.

Notifíquese,

JDRT

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Roncancio Cardona
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 002
Pereira - Risaralda

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

Código de verificación:

5e210d472d69e078214bd181bec605f5a3ef9344ef531550f96043eead4dd16d

Documento generado en 12/10/2021 07:22:44 p. m.

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