



DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO

Santa Marta, diecisiete (17) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

Rad. 2023-00016-00

ASUNTO

Procede el despacho a resolver acción de tutela instaurada por el señor Freddy John Ramos contra la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, siendo vinculados la Comisión Nacional de Servicio Civil –CNCS- y a todas las personas que participaron en la Convocatoria Proceso de Selección DIAN No. 2238 de 2021 en la modalidad de ASCENSO, creada mediante Acuerdo No 2212 del 31 de diciembre de 2021, por la presunta violación de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y a la igualdad.

SUPUESTO FÁCTICO:

Manifiesta el accionante Freddy John Ramos Ramos, entre los hechos más relevantes sostiene que es titular de derechos de

carrera administrativa en la planta permanente de la Unidad Administrativa Especial Dirección De Impuestos Y Aduanas Nacionales (en adelante DIAN) en el empleo denominado Gestor II Código 302, Grado 02, actualmente encargado en el cargo Gestor III, Código 303, Grado 03.

Que la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC), mediante el Acuerdo № 2212 del 31 de diciembre de 2021, convocó y estableció las reglas del Proceso de Selección de Ascenso para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la DIAN, identificado como Proceso de Selección DIAN No. 2238 de 2021.

Puesto que cumplía con las condiciones para inscribirme al concurso de méritos en la modalidad de ascenso, decidí inscribirme al referido proceso de selección para optar por una (1) de las veintidós (22) vacantes definitivas del empleo identificado con el código OPEC No. 169454, denominado Gestor III, Código 303, Grado 03, cuyo propósito, funciones y requisitos de estudios y experiencia aparecen descritos en el sistema virtual SIMO de la CNSC.

Que, de igual forma el anexo técnico que acompañó al acuerdo definió más específicamente que las etapas a desarrollarse en su orden, las cuales fueron: 1- Adquisición de derechos de participación e inscripciones; 2- Verificación de requisitos mínimos; 3- Pruebas escritas; 4- Valoración de antecedentes; 5- Curso de formación y evaluación final de curso de formación; 6- Exámenes médicos y de aptitudes psicofísicas; 7- Conformación y adopción de listas de elegibles.

Que, de las mencionadas etapas, se han surtido hasta la última, es decir, hasta cuando fueron expedidas las listas de elegibles para cada OPEC ofertada. Para la OPEC a la cual me inscribí, la lista de elegibles fue conformada mediante Resolución CNSC No. 1013 del 06 de febrero de 2023 en la cual ocupé la posición número 40 de un total de 51 elegibles.

Que en vista que no logró ocupar un puesto de mérito según el número de vacantes ofertadas por la OPEC, no logré obtener el derecho a que se le nombrara en período de prueba en asenso; no obstante, puesto que podían darse novedades sobre el surgimiento de vacantes y con ello la movilidad de la lista de elegibles durante su vigencia, guarda la expectativa de lograr un nombramiento a futuro.

En virtud del artículo 39° del acuerdo que reguló la convocatoria que se refiere a la vigencia de dos (2) años de las listas de elegibles, en la página web del Banco Nacional de Lista de Elegibles (BNLE)² se estableció la situación jurídica de mi lista de elegibles, así:

Fecha en que adquirió firmeza: 14 de febrero de 2023

Tipo de firmeza: Firmeza completa

Fecha de vencimiento de la lista: 13 de febrero de 2025

Que es menester contextualizar al despacho sobre la forma como ocurrió la vulneración de sus derechos fundamentales y por qué resulta urgente y necesario un amparo constitucional a su favor, de la siguiente manera:

“a) Recientemente la CNSC en conjunto con la DIAN, convocaron a un nuevo concurso de méritos en las modalidades ingreso y ascenso, convocado mediante Acuerdo № CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022 “Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección de Ingreso y Ascenso para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, Proceso de Selección DIAN 2022”.

b) El problema con esta nueva convocatoria es que aun cuando la lista de elegibles, Resolución CNSC No. 1013 del 06 de febrero de 2023, tiene vigencia hasta el 13 de febrero de 2025 y cuenta con un total de 51 elegibles que superamos todas las fases del concurso de méritos, la DIAN sacó a concurso en la modalidad ascenso vacantes que corresponden al MISMO CARGO que había sido ofertado mediante la OPEC No. 169454 a la cual me inscribí en la anterior convocatoria, y que en el manual de funciones de la entidad aparece con el Código de la Ficha del empleo No. AT – OP - 3011. La nueva OPEC para este cargo es la OPEC No. 198490, en la cual se están ofertando un total de noventa y siete (97) vacantes, tal como se observa en el siguiente pantallazo obtenido desde la plataforma virtual SIMO. (Anexa pantallazo)

Que como se lee en el propósito de las vacantes ofertadas mediante OPEC No. 198490, este coincide con el propósito del empleo identificado en el manual de funciones de la DIAN con el Código de la Ficha del empleo No. AT – OP – 3011, por lo tanto, no queda duda de que las vacantes que se habían ofertado en el anterior concurso mediante la OPEC No. 169454, corresponden al MISMO EMPLEO ofertado en el nuevo concurso mediante OPEC No. 198490, puesto que los dos coinciden idénticamente en propósito, funciones, requisitos de estudios y experiencia y, por ende, están identificados en el manual de funciones de la DIAN con la misma Ficha del empleo No. AT – OP – 3011.

c) Entonces, vista la existencia de 97 nuevas vacantes que se van a ofertar en el nuevo concurso de méritos que corresponden al mismo

empleo al cual yo me había postulado en la convocatoria pasada y dado que yo ya superé un extenso concurso de méritos y quedé inscrito en una lista de elegibles, supuse que en virtud del principio del mérito y en aplicación de la Ley 1960 de 2019, dichas vacantes, en lugar de ser provistas en un nuevo concurso de méritos, debería ser provistas con mi lista de elegibles en orden de mérito, puesto que nos encontramos inscritos un total de 51 elegibles para 22 vacantes, y vamos a restar cerca de 30 elegibles que no vamos lograr un nombramiento en período de prueba en la audiencia de escogencia de vacantes que la DIAN debe realizar en los próximos días.

d)

(...).

e) Como se observa, la DIAN trajo a colación el artículo 34 del Decreto Ley 071 de 2020, que aparece consignado en el artículo 35 del Acuerdo que reguló la convocatoria, el cual establece que las listas de elegibles única y exclusivamente van a ser usadas para la provisión de los mismos empleos por los cuales se concursó cuando a los elegibles nombrado se los retire del servicio por alguna de las causales contenidas en la Ley 909 de 2004 y Decreto 1083 de 2015.

(...).

Que, en ese sentido es dable que su despacho pueda tomar como base este fallo para determinar las consideraciones para tener en cuenta y las órdenes a dar en defensa de mis derechos fundamentales, pues en suma se trata de asuntos similares, frente a la misma entidad accionada y donde se confrontó el mismo inciso segundo del artículo 34 del Decreto Ley 071 de 2020 frente a las normas generales de carrera administrativa. (Anexo apartes del fallo)

Que aunado a lo que se ha dicho, solicita que se preste atención a que ver que en el nuevo concurso de méritos, la DIAN va a proveer un total de 97 vacantes que corresponden al mismo empleo al cual concursé con OPEC No. 169454, entonces, si se proveen las 22 vacantes de que se ofertaron en mi OPEC, restaríamos cerca de 30 elegibles inscritos en lista de elegibles a la espera de un nombramiento, por lo que el despacho, en caso de que otorgue la protección deprecada de sus derechos fundamentales, podría ordenar que mediante audiencia pública de escogencia de vacantes se provean tantas vacantes como elegibles estamos inscritos en mi lista, y que las restantes sí se saquen a un nuevo concurso de méritos, pues, aunque de esta forma no se esté garantizando plenamente el principio de economía por los gastos de un nuevo concurso, los principios del mérito, celeridad y eficacia sí se estarían acatando plenamente, y con ello se estarían protegiendo los derechos fundamentales tanto de los nuevos partícipes que aspiran a estas vacantes, así como los derechos fundamentales de quienes ya hacemos parte de la lista de elegibles y nos encontramos a la espera de un nombramiento.

Que en caso de no acceder a esta solicitud de medida urgente provisional y dejar que se siga a las siguientes etapas del concurso de méritos, para impulsar la defensa de mis derechos fundamentales deberé acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa e incursionarme en un proceso judicial que puede durar entre 5 y 10 años en obtener fallo, lo cual haría por demás engorrosa la defensa de mis derechos fundamentales, además de entorpecer enormemente el nuevo proceso de selección para la provisión de las vacantes ofertadas por la OPEC No. 198490. Aunado a ello, existe actualmente una posición jurisprudencial

tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, que ha instituido la ineficacia y falta de idoneidad de los mecanismos de defensa ante la jurisdicción contenciosa administrativa en el marco de concursos de méritos convocados por la CNSC, y donde se estableció que la acción de tutela es el mecanismo idóneo y principal de defensa judicial para estos asuntos que por sus particularidades conllevan la vulneración de derechos fundamentales y necesitan de una protección pronta que no puede ofrecer la jurisdicción contenciosa administrativa.

PRETENSIONES:

Solicita el accionante Freddy John Ramos, que se tutelen sus derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades, al trabajo, al debido proceso y en especial el derecho al mérito y al acceso a cargos públicos a través del mérito, que se encuentran consignados en la Constitución Política de 1991. En consecuencia, se ordene a la Unidad administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, lo siguiente:

1°. Que se aplique la excepción de inconstitucionalidad sobre el inciso segundo del artículo 34 del Decreto Ley 071 de 2020, norma consignada en el artículo 35° del acuerdo que reguló la convocatoria y también en el artículo séptimo de mi lista de elegibles, para que las mismas no se hagan aplicables a la Convocatoria Proceso de Selección DIAN No. 2238 de 2021, y en su lugar se apliquen las normas generales de carrera administrativa contenidas en el parágrafo 1 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 201522 y el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 que fue modificado por el artículo 6° de la Ley 1960 de 201923, de

forma que los cargos vacantes existentes en la planta de personal de la DIAN que correspondan a mismos empleos respecto de la OPEC No. 169454 a la cual me presenté y que van a ser ofertados en el nuevo proceso de selección de la DIAN mediante la OPEC No. 198490, sean provistos haciendo uso de mi lista de elegibles en orden de méritos por encontrarse en plena vigencia, antes de que las mismas se provean mediante el nuevo concurso de méritos convocado por la CNSC y la DIAN,

ACTUACIÓN PROCESAL:

El Despacho en auto calendado del 06 de marzo del 2023, admitió la presente acción de tutela y ordenó notificar y surtir el traslado pertinente a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, siendo vinculados la Comisión Nacional de Servicio Civil –CNCS- y a todas las personas que participaron en la Convocatoria Proceso de Selección DIAN No. 2238 de 2021 en la modalidad de ASCENSO, a quienes se les concedió un término de tres días, para que se pronunciaran sobre lo expresado por la accionante en el libelo de la tutela.

En respuesta suministrada al traslado de tutela por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, expuso lo siguiente:

“Respecto a la pretensión del accionante, esta Comisión solicita ser desvinculada de la presente tutela, teniendo en cuenta que se advierte una FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, toda vez que, si bien es cierto que la CNSC llevó a cabo el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes definitivos en la planta de personal de la Dirección de Impuestos y Aduana Nacionales - DIAN, también lo es que

esta Comisión no tiene competencia para administrar la planta de personal de dicha entidad, ni tiene la facultad nominadora, así como tampoco tiene incidencia en la expedición de los actos administrativos de nombramiento en periodo de prueba y posesión de los elegibles.

En el presente caso, no sólo el accionante no demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama; sino que no existe perjuicio irremediable en lo que pretende controvertir, en la medida que, es necesario que el actor acredite objetivamente la necesidad instantánea de proteger un derecho amenazado, frente al particular, la Corte Constitucional en Sentencia T – 451 de 2010.

consultado el Sistema de apoyo para la Igualdad y Oportunidad- SIMO, se encuentra que el señor FREDDY JOHN RAMOS RAMOS, parte accionante, en el marco del Proceso de Selección DIAN No. 2238 de 2021, se inscribió para el empleo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, OPEC No. 169454, cuyo número de registro correspondió al 487549839, como da cuenta su certificado de inscripción anexo al presente informe.

En el marco del desarrollo del Proceso de Selección DIAN No. 2238 de 2021 y de conformidad con las pruebas establecidas para el mencionado empleo (tabla 3 del artículo 17 del Acuerdo de Convocatoria), el citado aspirante en la Prueba de Competencias Conductuales o Interpersonales obtuvo un puntaje de 75.80/100 puntos, en la Prueba de Valoración de Antecedentes obtuvo un puntaje de 75.00/100 puntos y en la Evaluación Final del Curso de Formación obtuvo un puntaje de 74.46/100 puntos.

Teniendo en cuenta lo anterior, el señor FREDDY JOHN RAMOS RAMOS integró, en estricto orden de mérito, la Lista de Elegibles conformada por la Resolución No. 1013 de 2023, en la posición 40, con un puntaje de 74.90.

En consideración a que el accionante ocupó la posición 40 de la referida lista y que se ofertaron 22 vacantes para el empleo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, OPEC No. 169454, en el Proceso de Selección DIAN No. 2238 de 2021, el citado quedó con la expectativa a ser nombrado en periodo de prueba, supeditado a que los titulares de varias de esas vacantes sean retirados del servicio dentro de la vigencia de la lista, debido a su posición en la misma.

Desde ya, se sostiene que el señor FREDDY JOHN RAMOS RAMOS no puede solicitar un nombramiento en periodo de prueba, en un empleo que no fue ofertado en el Proceso de Selección DIAN No. 2238 de 2021, ya que estaría desconociendo las reglas del concurso y las disposiciones del Decreto Ley 71 de 2020, las cuales gozan de presunción de legalidad.

De otra parte, el accionante hace una interpretación errada del orden de prioridad de que trata el artículo 21 del Decreto Ley 71 de 2020, para justificar su interpretación errada para el uso de las listas en el Sistema de Carrera de la DIAN. La correcta interpretación de esta norma consiste en que toda vacante definitiva se proveerá conforme a ese orden, pero en el evento de llegar al del nombramiento en periodo de prueba, éste podrá efectuarse siempre que la vacante se haya ofertado al respectivo proceso de selección, porque así lo dispone el artículo 34 del citado decreto.

A su turno, vista la OPEC del Proceso de Selección DIAN 2022, se encuentra que se ofertó el empleo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, OPEC 198490, con 97 vacantes, las cuales no fueron ofertados para los Procesos de Selección DIAN Nos. 1461 de 2020 y 2238 de 2021, de manera que este empleo no puede ser provisto con las listas de elegibles de los concursos anteriores y este hecho no constituye en algo irregular como lo pretende hacer ver el accionante.

Es más, uno de los fundamentos para adelantar el nuevo proceso de selección, se encuentra en el párrafo transitorio del artículo 32 del Decreto Ley 71 de 2020, que determina que para los años 2020, 2021 y

2022, se convocará a concurso para la provisión definitiva de los empleos de la planta de personal de la DIAN, de forma anual.

Igualmente, se informa que el empleo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, OPEC 198490, ofertado para el Proceso de Selección DIAN 2022, modalidad Ascenso, se encuentra en inscripciones, las cuales finalizan el viernes 10 de marzo de 2025.

De suerte que los funcionarios de carrera que se han inscrito para el mismo ya cuentan con una expectativa consistente a que se les oferte 97 vacantes para este empleo.

Por lo expuesto, no le asiste derecho al accionante en solicitar un nombramiento en periodo de prueba, con un empleo que no fue ofertado en el proceso de selección para el cual el citado participó.

En respuesta suministrada por parte de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- al traslado de tutela, dijo lo siguiente:

“En efecto, y tal como lo consigna en su escrito de tutela en el literal d) del numeral 9º del acápite de hechos, el señor FREDDY JOHN RAMOS RAMOS cita una consulta elevada a la Coordinación de Selección y Provisión del Empleo de la Subdirección de Gestión del Empleo Público de la Dirección de Gestión Corporativa de la UAE-DIAN, consulta esta y su correspondiente respuesta que nos permitimos transcribir a continuación, porque la misma es la base para la interposición de la presente acción, y a su vez es determinante para demostrar la improcedencia de la tutela instaurada.

Mediante correo electrónico de fecha 18 de febrero de 2023 el señor Carlos Eduardo Barriga Neira inquiriere sobre el uso de las listas de elegibles de ascenso en los siguientes términos:

"...De manera atenta me permito preguntar, si luego de proveer las vacantes ofertadas inicialmente en el concurso de ascenso DIAN 2238 de 2021 que está terminando, ¿harán uso de las listas de elegibles vigentes?"

Lo anterior, debido a que los elegibles que formamos parte de dichas listas, observamos con extrañeza, que nuevamente acaban de sacar en el nuevo concurso de ascenso DIAN 2022 vacantes ofertadas en los mismos empleos en los cuales ya habíamos participado en la anterior convocatoria de ascenso DIAN 2238 de 2021 y que quedamos en las listas de elegibles; dando la impresión de que no serán usadas para proveer las vacantes actualmente existentes en la planta."

La Coordinación de Selección y Provisión del Empleo de la Subdirección de Gestión del Empleo Público de la UAE-DIAN a través de correo electrónico de fecha 23 de febrero de 2023 da respuesta al señor Carlos Eduardo Barriga Neira en los siguientes términos:

"...Apreciado Carlos Eduardo:

Reciba un cordial saludo. Hemos recibido su solicitud del 18 de febrero (ver correo que antecede), mediante la cual solicita información sobre el uso de las listas de elegibles.

Sobre el particular, es importante traer a colación el artículo 34 del Decreto Ley 071 de 20201, que señala:

"ARTÍCULO 34. USO DE LISTA DE ELEGIBLES. Una vez provistos los empleos objeto del concurso, la lista de elegibles tendrá una vigencia de dos (2) años, contados a partir de la firmeza de dicha lista.

Siempre y cuando la convocatoria así lo prevea, la lista de elegibles podrá ser utilizada en estricto orden descendente para proveer única y exclusivamente las vacantes que pudieren presentarse en los empleos que fueron ofertados como consecuencia del retiro del servicio del titular.

En concordancia con lo anterior el artículo del Acuerdo 0285 de 2020 señala:

“ARTÍCULO 35. USO DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. En aplicación de las disposiciones del artículo 34 del Decreto Ley 71 de 2020, “(...) la[s] Lista[s] de Elegible[s] podrá[n] ser utilizada[s] en estricto orden descendente para proveer única y exclusivamente las vacantes que pudieren presentarse en los empleos que fueron ofertados como consecuencia del retiro del servicio del titular.”

Por lo expuesto, el uso de las listas del su proceso de selección DIAN 2020 podrán ser empleadas para cubrir solamente las vacantes ofertadas en dicha vigencia, en otras palabras, se deberán producir las novedades en la lista de elegibles necesarias para llegar hasta su posición, permitiéndole desarrollar las fases dispuestas en el Acuerdo 0285 de 2020.

En consecuencia, la Oferta Pública de Empleos de Carrera contenida en el concurso de méritos 2022 está regulado por otras disposiciones y características, avaladas por la CNSC. De forma tal que, le invitamos a continuar participando en las convocatorias que continuará ofreciendo la Entidad, para así obtener posición meritoria desde un inicio lo que garantizará de manera directa derechos sobre el empleo de su aspiración.”

En la respuesta dada por la Entidad resulta evidente y claro, de conformidad con la Ley Especial Vigente, que:

- *La lista de elegibles tendrá una vigencia de dos (2) años contados a partir de la firmeza de dicha misma, una vez provistos los empleos objeto del concurso.*
- *De acuerdo con la Sentencia de C-331 de 2022 proferida por la Honorable Corte Constitucional, la lista de elegibles deberá ser utilizada en estricto orden descendente para proveer única y exclusivamente las vacantes que pudieren presentarse en los empleos que fueron ofertados como consecuencia del retiro del servicio del titular.*
- *El uso de las listas de elegibles resultado de un proceso de selección deberán ser empleadas para cubrir solamente las vacantes ofertadas en dicha vigencia.*
- *La Oferta Pública de Empleos de Carrera contenida en el concurso de méritos 2022 está regulado por otras disposiciones y características, avaladas por la CNSC.*

(...)

De acuerdo con lo anterior, forzoso es concluir que el artículo 34 del Decreto Ley 71 de 2020 como NORMA ESPECIAL contenida dentro del Decreto Ley 71 de 2020 por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN, se aplica preferentemente sobre las NORMAS GENERALES invocadas por el accionante, las cuales regulan la Carrera Administrativa en general (el numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el párrafo 1 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015), tornando improcedente la tutela interpuesta, como en efecto se solicitará por Inexistencia de Derecho Fundamental Vulnerado invocado por el accionante.

Comentario final merece la declaratoria de inexecutable de la Honorable Corte Constitucional en Sentencia de C-331 de 2022 de las

expresiones “Siempre y cuando la convocatoria así lo prevea” y “podrá”, contenidas en el inciso segundo del artículo 34 del Decreto Ley 071 de 2020 – Ley Especial -, sustituyendo esta última por el vocablo por “deberá”, y quedando el inciso segundo del artículo mencionado con la siguiente redacción:

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

Conforme con lo expuesto, respetuosamente consideramos que la tutela interpuesta por señor FREDDY JOHN RAMOS RAMOS es improcedente, en consideración a que la actuación administrativa desplegada por la Entidad de manera alguna conculca los derechos fundamentales invocados por el accionante, y lo pretendido por él resulta improcedente pues una norma especial no puede desconocerse por resultar desfavorable a los intereses del accionante, aplicando en su lugar una norma general que le beneficia.”

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La acción de tutela fue instituida en la constituyente de 1.991 como herramienta excepcional de defensa de los derechos fundamentales, apoyados en la filosofía garantista del ser humano por la que propende un Estado Social de Derecho.

Antes de este precedente constitucional, las personas no disponían de un medio de defensa judicial (especifico) en contra las actuaciones de las autoridades públicas, y en ciertos casos de los particulares, que implicaran la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales.

Rama Judicial
Juzgado Cuarto Penal del Circuito
Fallo Acción de Tutela
Rad.: 2023-00016-00

Conforme lo prevé el artículo 86 Superior, este procedimiento constituye un medio de defensa que avala la efectividad de los derechos esenciales inherentes a toda persona y la eficacia de su protección judicial.

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable. En ese sentido, el análisis de procedencia de la acción de tutela exige del juez constitucional la verificación de la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

Sin embargo, a pesar del margen de actividad del juez constitucional, la acción de tutela ostenta el carácter de subsidiario y residual y, por lo tanto, no puede ser entendida como mecanismo principal de protección de derechos ni como una instancia adicional para controvertir decisiones adoptadas por los jueces ordinarios.

Así en el estudio de la procedencia de la acción de tutela debe darse aplicación al principio de subsidiariedad, ya que como se ha reiterado, la acción de tutela no puede suplir los mecanismos jurídicos ordinarios establecidos por el legislador, ni servir como medio de defensa judicial alternativo para la protección de derechos fundamentales. En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional ha establecido que no resulta admisible buscar a través de la acción de tutela, revivir términos concluidos u oportunidades procesales vencidas, bien sea por la negligencia o por la inactividad injustificada de quien interpone la acción.

Igualmente, se ha sostenido que la acción de tutela no puede ser entendida como último recurso de defensa judicial o como una instancia adicional para obtener la protección de derechos que se estiman vulnerados ni como acción principal para debatir asuntos que, por su naturaleza, resultan ser competencia de otras jurisdicciones.

Por lo tanto, el principio de subsidiariedad debe orientar a la acción de tutela, pues se presume que los mecanismos de defensa ordinarios garantizan el cumplimiento del ordenamiento

jurídico, con respeto y sometimiento a los derechos fundamentales constitucionales.

La jurisprudencia constitucional ha entendido que el requisito de subsidiariedad exige que el peticionario despliegue de manera diligente los medios judiciales que estén a su disposición, siempre y cuando ellas sean idóneas y efectivas para la protección de los derechos que se consideran vulnerados o amenazados. Ha sostenido también que una acción judicial es idónea cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es efectiva cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados.

La idoneidad y efectividad de los medios de defensa judicial no pueden darse por sentadas ni ser descartadas de manera general sin consideración a las circunstancias particulares del caso sometido a conocimiento del juez. En otros términos, no puede afirmarse que determinados recursos son siempre idóneos y efectivos para lograr determinadas pretensiones sin consideración a las circunstancias del caso concreto.

Concordante con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos con la Administración y proteger los derechos de las personas.

En este sentido, la Corte manifestó en la Sentencia T – 030 de 2015: “[q]ue conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable [...]”.

CASO CONCRETO:

El ciudadano Freddy John Ramos, pretende por vía de la acción de tutela, se aplique la excepción de inconstitucionalidad sobre el inciso segundo del artículo 34 del Decreto Ley 071 de 2020, norma consignada en el artículo 35° del acuerdo que reguló la convocatoria y también en el artículo séptimo de la lista de elegibles, para que las mismas no se hagan aplicables a la Convocatoria Proceso de Selección DIAN No. 2238 de 2021, y en su lugar se apliquen las normas generales de carrera administrativa, contenidas en el párrafo 1 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 201522 y el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 que fue modificado por el artículo 6° de la Ley 1960 de 201923, de forma que los cargos vacantes existentes en la planta de personal de la DIAN que correspondan a mismos empleos respecto de la OPEC No. 169454 a la cual se presentó y que van a ser ofertados en el nuevo proceso de selección de la DIAN mediante la OPEC

No. 198490, sean provistos haciendo uso de mi lista de elegibles en orden de méritos por encontrarse en plena vigencia.

En lo que respecta a lo solicitado por el accionante que se declare la excepción de inconstitucionalidad sobre el inciso segundo del artículo 34 del Decreto Ley 071 de 2020, norma consignada en el artículo 35° del acuerdo que reguló la convocatoria y también en el artículo séptimo de la lista de elegibles, por lo tanto, dejar sin efecto el concurso de ingreso y ascenso convocado mediante Acuerdo N° CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022, considera este operador judicial que no es viable, al respecto la Corte Constitucional, expuso:

“La figura de la excepción de inconstitucionalidad es un instrumento establecido por el artículo 4° de la Constitución Política, cuya aplicación se alega para que en caso de presentarse contradicción entre una norma de rango legal y otra de rango constitucional, se aplique esta última, con el fin de preservar las garantías constitucionales, que sólo procede para resolver casos o situaciones concretas o subjetivas, de modo que quien la hace efectiva es la autoridad que conoce del correspondiente caso y sus efectos, por consiguiente, son subjetivos o inter-partes. (...) Ahora bien, para hacer uso de este medio excepcional es necesario que la contradicción sea manifiesta, esto es, que la norma constitucional y la legal riñan de tal manera que del simple cotejo resulte absolutamente incompatible su aplicación simultánea. (...) Las normas Constitucionales, que el actor considera como violadas, disponen que la Constitución es norma de normas y que en caso de incompatibilidad entre ésta y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las normas constitucionales (Art. 4°) y que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (Art. 29). A juicio de la Sala la presunta violación no es manifiesta, palmaria o flagrante, es decir, no puede establecerse de la sola confrontación de la Constitución y la Resolución N° 355 de 2002 y mucho menos para declarar, con base en la

pretendida excepción de inconstitucionalidad, la nulidad de los actos acusados."

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela, dado su carácter subsidiario, no es el estadio para controvertir los actos de convocatoria, cuando existan otros medios de defensa judicial funcionales y eficaces o cuando no se produzca un perjuicio irremediable.

En cuanto a la procedencia excepcional de la acción de tutela como medio de defensa judicial contra actos administrativos que vulneren derechos fundamentales, la Corte ha sostenido de manera reiterada que ésta no procede sino de manera excepcional, salvo que se constate la existencia de un perjuicio irremediable.

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 violatorio, 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, alternativo, 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."

Específicamente, tratándose de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular y concreto, la Corte ha indicado que la excepcionalidad del recurso de amparo se torna especialmente estricta, en tanto no es el mecanismo idóneo para atacarlos ya que, por su propia naturaleza, se encuentran amparados por el principio de legalidad, pues se parte del presupuesto de que la entidad en este caso Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, al momento de manifestarse a través de un acto, debe acatar las prerrogativas constitucionales y legales a las que se encuentra subordinada. De allí que la legalidad de un acto administrativo se presume, obligando a demostrar a quien pretende controvertirlo que aquel se apartó, sin justificación alguna, del ordenamiento jurídico, debate que se debe adelantar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Así las cosas, las acciones de tutela que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares como la denominada suspensión provisional de los efectos del acto administrativo. Sin embargo, tal y como lo señala la Corte Constitucional al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento.

Igualmente, al ser un acto de convocatoria, la Corte Constitucional en reiteradas sentencias, menciona que esta puede ser demandable ante la jurisdicción contenciosa administrativa, por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y que si bien es cierto que obtener sentencia por medio de la jurisdicción puede ser dilatorio, no obsta para que se haga uso de medidas cautelares, para asegurar y hacer efectivo el derecho, en tal sentido la tutela en este caso en particular, no es el medio más idóneo para buscar la protección de los derechos invocados.

Así las cosas, y teniendo en cuenta las pruebas aportadas dentro del trámite tutelar, este despacho judicial procederá a negar la presente acción constitucional por improcedente.

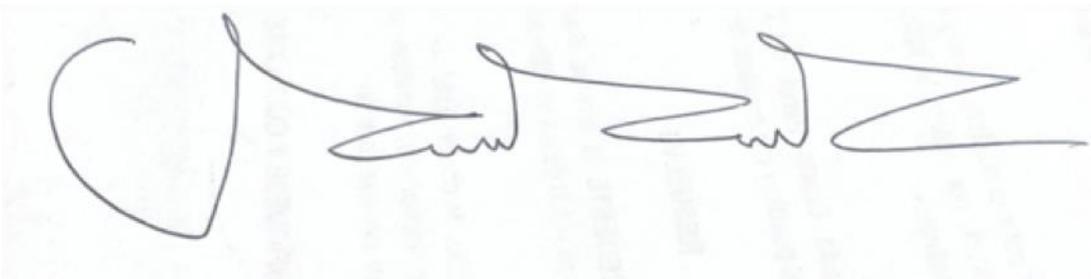
Por lo antes expuesto, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Santa Marta, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero: Declarar la improcedencia de la acción de tutela instaurada por el señor Freddy John Ramos Ramos contra Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- y la Comisión Nacional de Servicio Civil –CNCS-, por lo expuesto en la parte motivo de la presente sentencia.

Segundo: Notifíquese el presente fallo, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991. En caso de no ser impugnado, remítase el expediente digital a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Camilo Andres Melo Montenegro'. The signature is stylized and cursive, with a large initial 'C' and 'M'.

CAMILO ANDRES MELO MONTENEGRO
JUEZ