



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

Fallo: 142
Proceso: TUTELA 2023-00386-00
Demandante: OSCAR ANDRÉS HERRERA GAMBOA
Demandados: Comisión Nacional de Servicio Civil –CNSC- y Fundación
Universitaria de Área Andina
Tema: Debido Proceso e Igualdad.

JUZGADO TERCERO DE FAMILIA

Bucaramanga, septiembre once de dos mil veintitrés

Decide el Despacho la acción de tutela interpuesta por el señor OSCAR ANDRÉS HERRERA GAMBOA en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y frente a la Fundación Universitaria del Área Andina por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al Debido Proceso y a la Igualdad.

Atendiendo los hechos expuestos se ordenó vincular por el extremo pasivo a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN y al Departamento Administrativo de la Función Pública.

LOS HECHOS DE LA TUTELA

Señala el aquí accionante que se inscribió para el proceso de selección de la DIAN 2022 en la modalidad de ingreso. Que el 2 de agosto del presente año verificó en la página del SIMO encontrando que no fue admitido en dicho proceso de selección, debido a la falta de requisitos mínimos de estudio. Indica que radicó reclamación frente a dicha decisión de la que recibió respuesta el 25 de agosto del año en curso. Atendiendo a lo expuesto solicita se revoque la no admisión en el concurso y por ende amparar los derechos fundamentales invocados.

LA RESPUESTA DE LA PARTE PASIVA

-Departamento Administrativo De la Función Pública-

El señor Director Jurídico del Departamento Administrativo de la Función Pública manifiesta oponerse a la prosperidad de la presente acción en lo que hace con la entidad que representa, lo anterior en virtud a que no tiene injerencia en los hechos expuestos, pues no es el ente encargado de desarrollar o vigilar el proceso de selección de la DIAN 2022 OPEC 198411, pues tales funciones le corresponden a la CNSC, así como a la entidad que proveerá las vacantes, entidades con personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera propia. Señala que no vislumbra vulneración a derechos fundamentales por parte de la entidad que representa, que los argumentos expuestos por la accionante son improcedentes como quiera que justifican sus pretensiones con interpretaciones carentes de validez impulsadas por la respuesta dada a la reclamación elevada por la aquí accionante.



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

Refiere que la convocatoria es ley para las partes y por lo tanto debe acatarse lo allí dispuesto pues en ella se dispuso los requisitos y pruebas a practicar que deben ser cumplidos, pues era del conocimiento del actor y que era un riesgo presentarse o no al mismo, no siendo posible pretender hoy cambiar la estructura del concurso el cual fue previamente establecido, que si no cumplieron algunos de los requisitos de estudio allí estipulados objeto de valoración, la consecuencia por lo tanto era su inadmisión al concurso, sin que ello sea considerado como trasgresión a los derechos fundamentales.

Agrega que las acciones constitucionales que se promueven contra actos administrativos emitidos en el marco de un concurso de méritos por regla son improcedentes como quiera que está establecida la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Administrativa, en la cual pueden pedirse medidas cautelares. Sostiene la entidad que no es competencia del Juez Constitucional decretar la suspensión solicitada.

En síntesis, manifiesta que no se configura ninguna vulneración de derechos fundamentales pues las entidades responsables del concurso han actuado bajo el principio de buena fe. En consecuencia, solicita declarar la improcedencia de la presente acción constitucional.

-Comisión Nacional del Servicio Civil-

El representante legal y Jefe de Oficina Asesora Jurídica de la entidad en su escrito de respuesta manifiesta de entrada que la presente acción constitucional es improcedente debido a que no cumple con el requisito de subsidiariedad, pues a su sentir el actor podría haber presentado su solicitud ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo utilizando el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Que no se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable relacionado con los intereses y derechos fundamentales mencionados en la solicitud de amparo.

Señala que el accionante no pudo demostrar la urgencia, gravedad, inminencia y la necesidad inaplazable de la protección que está buscando, pues se debe a que no puede transferirse la responsabilidad del solicitante en cuanto a la acreditación de estudios y experiencia a la Comisión Nacional del Servicio Civil. Que se establecieron de manera clara los requisitos que debían cumplirse para que la información pudiera ser considerada en la etapa de evaluación, además de que el tutelante tenía conocimiento de esta disposición desde la publicación del Acuerdo CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022, la cual podía ser atacada por medio del mecanismo antes mencionado.

Refiere que el artículo 7 del Acuerdo CNT2022AC000008, contiene los requisitos generales para participar en el Proceso de Selección actual, tanto para ascenso como para ingreso. Que en el registro del SIMO se aprecia con claridad el procedimiento para complementar el registro de manera exitosa. Que el actor tenía la posibilidad de acceder a SIMO y revisar la información sobre los puestos de trabajo disponibles para verificar si cumplía o no con los requisitos de los mismos, además, que en cada cargo, los aspirantes podían encontrar un enlace denominado "Manual de Funciones" donde podían validar los requisitos.



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

Reitera que el accionante no pudo demostrar el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos para el puesto al que se inscribió, sumado a que no presentó evidencia que respalde el cumplimiento de los requisitos de educación exigidos para el empleo en el marco del Proceso de Selección DIAN 2022. Asegura que este no demostró la existencia de un título de formación Técnica Profesional, ni la terminación y aprobación de estudios tecnológicos, ni la terminación y aprobación del pensum académico de educación superior en alguno de los programas académicos que pertenecen a los Núcleos Básicos del Conocimiento, pues solamente presentó un certificado de estudio que no permite validar los requisitos mencionados anteriormente.

Expresa que el accionante tenía la responsabilidad de demostrar el cumplimiento de todos los requisitos mínimos exigidos para el puesto al que se inscribió, incluida la experiencia requerida por dicho empleo, es decir no cumplió con el requisito mínimo de educación para el puesto denominado "ANALISTA IV" de grado 4, identificado con OPEC No. 198411, al que se inscribió. Indica que el documento que presentó no cumple con los requisitos de educación establecidos en la OPEC, por lo tanto, el argumento del demandante para validar este documento carece de fundamento, ya que va en contra de las normas establecidas en el Proceso de Selección DIAN 2022, que exigen la acreditación de la educación necesaria para el puesto en cuestión.

En razón de lo expuesto, solicita declarar la improcedencia de la acción constitucional por existir otro mecanismo judicial para debatir la pretensión formulada.

-Fundación Universitaria del Área Andina –

El coordinador jurídico de proyectos de la Fundación Universitaria del Área Andina en respuesta al escrito de tutela, manifiesta que la certificación de notas presentada por el accionante indicando que cursa actualmente décimo semestre, no puede ser considerada válida para cumplir con el requisito de educación establecido en el Manual Específico de Requisitos y Funciones, pues el mismo requiere específicamente la certificación de la terminación y aprobación del pensum académico de educación superior en derecho. Es por ello que no se está vulnerando ningún derecho fundamental del accionante.

Frente a la convocatoria, indica que la entidad tiene competencia para atender reclamaciones, derechos de petición y acciones judiciales en las fases de verificación de requisitos mínimos, pruebas escritas y valoración de antecedentes del proceso de selección para ingreso y ascenso, conforme lo establece la sentencia C-1175 de 2005.

Señala que la verificación de requisitos mínimos exige que se cumplan de manera estricta y taxativa las condiciones establecidas, por lo tanto, no es responsabilidad de la entidad el realizar suposiciones con respecto a las certificaciones presentadas por los aspirantes, que estos últimos tienen el deber de presentar la documentación en las condiciones precisadas en el acuerdo No. 08 de 2022.

Informa que el actor presentó una reclamación en relación con los resultados preliminares de la etapa de verificación de requisitos mínimos la cual fue resuelta a través del oficio



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

de radicado RECVRM-DIAN2022-0084 con fecha del 25 de agosto de 2023. Que los resultados definitivos de la fase de comprobación de requisitos mínimos fueron publicados el día 25 de agosto de 2023.

Expresa que un certificado de notas no puede ser considerado válido debido a que no corresponde a la certificación de terminación y aprobación del pensum académico de educación superior en derecho exigido, pues se considera insuficiente para cumplir con el requisito requerido, ya que solo certifica la posición del aspirante en el décimo semestre de derecho, pero no establece la terminación y aprobación completa del pensum académico, es por ello que se evidencia la falta de acreditación del requisito mínimo de educación por parte del actor.

Conforme lo señalado solicita declarar improcedente la acción de tutela al no cumplirse con el requisito de subsidiariedad y no hallarse vulneración de derecho fundamental alguno.

-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-

El apoderado judicial de la DIAN en respuesta al escrito de tutela señala de entrada que se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva pues la fase de verificación de los requisitos está a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues la competencia de la DIAN comienza una vez realizadas las actuaciones establecidas del acuerdo N. CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022. Que la entidad dentro del proceso de selección DIAN 2022- Modalidad Ingreso y Ascenso ha actuado conforme a lo establecido en la constitución política y el decreto 927 de 2023, respetando el debido proceso y el principio de legalidad, además de que su competencia es frente a las actuaciones administrativas relativas al nombramiento y al periodo de prueba, es por ello que a su sentir no se vulnera ningún derecho fundamental.

En razón de lo expuesto, solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela y así mismo por no encontrarse vulnerado ningún derecho fundamental.

En estas condiciones, se entra a decidir lo que en derecho corresponda teniéndose en cuenta para ello las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Nuestra Carta Magna, en su art. 86, creó esta institución de control constitucional a manos de los jueces de la República, para que por un procedimiento preferente y sumario, el ciudadano pueda reclamar y obtener la defensa de sus derechos fundamentales cuando sienta vulneración o amenaza, pero, prescribe la misma norma, de esta posibilidad solo se puede hacer uso cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial salvo que la utilice como mecanismo transitorio, en vías de prever un perjuicio irremediable.

En suma, la acción de tutela ha sido instituida en Colombia como mecanismo garante de los Derechos constitucionales fundamentales de los individuos "*cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier*



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

autoridad pública", es decir, al no haber otro recurso para hacerlos cumplir o en el caso de que exista peligro inminente.

Este mecanismo judicial cuenta con una serie de características que le son propias como son:

Subsidiaria o residual: Porque solo procede cuando no se dispone de otro medio de defensa judicial.

Inmediata: Porque su propósito es otorgar sin dilaciones la protección solicitada

Sencilla o informal: Porque no ofrece dificultades para su servicio.

Específica: Porque se contrae a la protección exclusiva de los derechos fundamentales. En este punto debe ser claro el peticionario en ubicar el o los derechos fundamentales que considere conculcados.

Eficaz: Porque en todo caso exige del juez un pronunciamiento de fondo para conceder o negar el amparo del derecho.

Preferente: Porque el juez la tramitará con prelación a otros asuntos, salvo la acción de habeas corpus. Los plazos son perentorios e improrrogables.

Sumaria: Porque es breve en sus formas y procedimientos.

Fundamentos jurídicos con los que se decidirá la presente acción:

En relación con el concurso de méritos, la Corte Constitucional en sentencia SU-446 de 2011 ha señalado:

"El mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración y que consiste en los términos de la jurisprudencia de esta Corporación, en que el Estado pueda contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública. Igualmente, el mismo precepto establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público. En los términos de este artículo: Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público."

"La sentencia C-040 de 1995 reiterada en la SU-913 de 2009, explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Así: 1. Convocatoria. es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. 2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso. 3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso. 5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento. "Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.”

Frente a la obligatoriedad del cumplimiento de las normas que rigen la convocatoria, en la misma sentencia la alta Corporación señala que tanto las entidades contratadas como los participantes deben dar cumplimiento a las reglas que son obligatorias para todos; veamos:

“La convocatoria es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”, y como tal impone las reglas que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en ella se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y autocontrol porque la administración debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentre previamente regulada”.

“Las reglas del concurso son invariables tal como lo reiteró esta Corporación en la sentencia SU-913 de 2009 al señalar resulta imperativo recordar la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez éstas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos.”

De otro lado son de la esencia de la acción de tutela dos características fundamentales en orden a su prosperidad; la primera de subsidiariedad, porque sólo es procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o disponiéndolo, ejercita la acción constitucional para evitar un perjuicio irremediable; la segunda tiene que ver con la inmediatez, en el entendido que la acción Constitucional debe plantearse dentro de un término prudencial que permita la aplicación de un remedio urgente, para guardar de manera efectiva, concreta y actual el derecho violado o sujeto de amenazas.

Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos la H. Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

“... Como ha sido reiterado en múltiples ocasiones por esta Corporación, la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual y subsidiario, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados[1]. Ello en consonancia con el artículo 86 de la Constitución, los artículo 6º numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 que establecen como causal de improcedencia de la tutela: “[c]uando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.”. El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción. En este sentido, el carácter supletorio del mecanismo de tutela conduce a que solo tenga lugar cuando dentro de los diversos medios que pueda tener el actor no existe alguno que sea idóneo para proteger objetivamente el derecho que se alegue vulnerado o amenazado[2]. Esta consideración se morigerará con la opción de que a pesar de disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger su derecho, el peticionario puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[3]. De no hacerse así, esto es, actuando en desconocimiento del principio de subsidiariedad se procedería en contravía de la articulación del sistema jurídico, ya que la protección de los derechos fundamentales está en cabeza en primer lugar del juez ordinario[4].



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

En este sentido, la Corte ha expuesto que 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. Al respecto se ha establecido:

“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.”^[5] (Sentencia de tutela 030 de 2015, Mg. Pte. Dra. Martha Victoria SÁCHICA Méndez)

Frente al carácter residual de la acción de tutela, nuestro máximo Tribunal Constitucional en reiteradas oportunidades ha expresado lo siguiente:

“...5. El constituyente primario, en consonancia con los objetivos que fijó para la acción de tutela, la previó como un medio residual de defensa, lo que implica que es el último mecanismo judicial al que ha de acudir el interesado, considerada la magnitud de la amenaza que enfrenta o no dispone de ninguna otra vía para resguardar sus derechos fundamentales. Únicamente cuando el afectado no disponga de una forma efectiva de defensa puede recurrir al juez de tutela.

En esa medida, *“la acción de tutela por regla general, es improcedente, salvo que el actor pruebe (i) que no existe otro medio de defensa judicial, o que existiendo no es efectivo, por una parte, o por otra, (ii) que existe un perjuicio irremediable”*^[18] sobre los derechos de los que reclama el amparo a través de su escrito de tutela. De este modo, *“siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico”*^[19].

El carácter residual de la tutela se concreta en el proceso judicial, con la exigencia de que sea formulada con arreglo al principio de subsidiariedad. Según éste no es posible acudir en forma exitosa al juez de tutela si la causa de la vulneración de los derechos del actor no ha intentado atacarse ante el juez ordinario, siempre que este tenga la oportunidad de contrarrestarla en forma contundente y con arreglo a las particularidades del accionante y de la situación que se somete al conocimiento del funcionario judicial. Solo cuando la acción resulta subsidiaria (además de inmediata), es procedente.

Bajo esa orientación constitucional, el Decreto 2591 de 1991 establece expresamente que la tutela solo procede cuando *“el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”*. Entonces, la procedencia de la acción se encuentra condicionada por el principio de subsidiariedad, bajo el entendido de que no puede desplazar los recursos ordinarios o extraordinarios de defensa^[20], ni mucho menos a los jueces competentes en la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa^[21]. La inobservancia de tal principio se erige como una causal de improcedencia a la luz del numeral 1° del artículo 6° del mencionado decreto^[22], declarado exequible en la **Sentencia C-018 de 1993**.

La consecuencia directa de la improcedencia de la acción de tutela es que el juez constitucional no puede entrar a discernir el fondo del asunto planteado, cuyo conocimiento corresponde, entonces, en forma exclusiva al juez ordinario a través de los canales procesales creados por el Legislador.

En ese sentido, el principio de subsidiariedad implica el resguardo de las competencias jurisdiccionales, de la organización de la administración de justicia, de las instituciones procesales, del debido proceso y de la seguridad jurídica, propias del Estado Social de Derecho.

6. En los casos en que existen medios ordinarios y principales de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido dos excepciones a la improcedencia. Cada una tiene implicaciones sobre la forma, transitoria o definitiva, en la que ha de concederse el amparo constitucional, en caso de que sea viable hacerlo.

La primera. Si bien, en abstracto, existe otro medio de defensa judicial y el accionante cuenta con él para la defensa de sus derechos, desde la perspectiva de la relación entre el mecanismo y el fin constitucional perseguido por el actor, aquel no tiene la virtualidad de conjurar un **perjuicio irremediable**. De tal forma, la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**, mientras el interesado acude a la vía ordinaria para debatir el asunto. Entre tanto se



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

resguardan sus derechos fundamentales.

Esta primera hipótesis implica la constatación de un perjuicio irremediable, que ha sido definido como un riesgo que se ciñe sobre los derechos fundamentales del accionante, con ciertas características particulares: “*ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; ser urgente, lo que significa que implique la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; ser impostergable, esto es, se debe acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales*”^[23]

La segunda. Si bien existe otro medio de defensa judicial, éste no es **eficaz** para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual la tutela procede de **manera definitiva**. El análisis sobre la eficacia del medio ordinario se encuentra determinado por el contraste entre éste y las condiciones particulares del accionante que pueden acrecentarla amenaza que pesa sobre los derechos de los que reclama el amparo.

7. Toda la normatividad, legal y jurisprudencial sobre la materia está orientada a “*impedir que la acción de tutela, que tiene un campo restrictivo de aplicación, se convierta en un mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales*”^[24], cuando el Legislador ha previsto otros tantos y unas vías procedimentales particulares para cada asunto litigioso.

Como consecuencia de los elementos que componen la naturaleza de la acción de tutela, el juez a la hora de determinar la procedencia de la acción, debe verificar si hay “*un perjuicio irremediable, que afecte los derechos fundamentales de quien invoca su protección, haciendo necesario el amparo transitorio pretendido para restablecer la situación y asegurar al agraviado el pleno goce de su derecho. (...) [pues] hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección*”^[25].

8. En suma cuando, como se ha advertido, la regla general es que la acción de tutela es improcedente, si se tiene en cuenta que no es el único mecanismo que permite el amparo de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y que los demás establecidos con ese mismo objetivo (las acciones ordinarias) son principales respecto a ella, el accionante debe mostrar que estos mecanismos no existen o no son efectivos para proteger los derechos que estima amenazados para enfrentar la improcedencia de este mecanismo constitucional, de cara a la excepcionalidad del mismo...” (Sentencia de tutela 533 de 2016, Mgda. Pte. Doctora GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO).

En el caso específico de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos relacionados con concursos de méritos, la jurisprudencia Constitucional ha dejado en claro lo siguiente:

“...3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos

El artículo 86 constitucional consagró la acción de tutela como un mecanismo residual para la protección de derechos, dado que su procedencia está supeditada a que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial^[2], salvo que seutilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable^[3].

El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios para la protección de sus derechos fundamentales. Este imperativo constitucional pone de relieve que para solicitar el amparo de un derecho fundamental, el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia de la acción de tutela.

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe analizar, en cada caso concreto, si los otros mecanismos judiciales disponibles permiten ejercer la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logrando su protección efectiva e integral^[4].

Ahora bien, en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces^[5] para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes^[6]. y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo^[7].



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009 se determinó que: *“en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”*.

Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo.

La Corte ha resaltado que la provisión de empleos a través de concurso busca la satisfacción de los fines del Estado y garantiza el derecho fundamental de acceso a la función pública. Por ello, la elección oportuna del concursante reúne las calidades y el mérito asegura el buen servicio administrativo y requiere de decisiones rápidas respecto de las controversias que surjan entre los participantes y la entidad^[8].

Así las cosas, este Tribunal ha entendido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.

4. La igualdad, la equidad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa. Reiteración de jurisprudencia^[9]

El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el *clientelismo*, el *nepotismo* o el *amiguismo* sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.^[10]

Para esta Corporación, ese sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 de la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: (i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distinción alguna por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.^[11]

Resulta vulneratorio del principio de igualdad de oportunidades cualquier práctica que discrimine a los aspirantes a un empleo público en razón de su raza, sexo, convicciones religiosas o políticas. Asimismo, es contrario al mencionado principio toda conducta que – sin justificación alguna – rompa el equilibrio entre los participantes de un concurso. De igual manera, resultan inconstitucionales por desconocer el principio de igualdad de oportunidades, aquellos concursos públicos que carezcan de medidas efectivas para garantizar condiciones más favorables a personas pertenecientes a ciertas poblaciones cuyas posibilidades de acceso al empleo público haya sido tradicionalmente negado.^[12]

De otra parte, a partir del mandato contenido en el artículo 125 de la Carta y en virtud del derecho al debido proceso^[13], la jurisprudencia ha derivado un conjunto de reglas orientadoras del sistema de ingreso, ascenso y retiro del servicio público. Así, este Tribunal ha señalado que: (i) el empleo público es, por regla general, de carrera; (ii) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán escogidos por concurso público; (iii) el ingreso a la carrera administrativa y los ascensos serán por méritos; y (iv) el retiro se dará únicamente por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario “y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”.^[14]

La Sala Plena de este Tribunal, en sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas que, por regla general, conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera^[15]. En dicha oportunidad esta Corporación explicó que la escogencia del servidor público de carrera debe estar precedida de las fases de (i) convocatoria, (ii) reclutamiento, (iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de lista de elegibles, enfatizando que aquellas deben adelantarse con apego al principio de buena fe y los derechos a la igualdad y debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, cuando la administración – luego de agotadas las diversas fases del concurso – clasifica a los diversos concursantes mediante la conformación de una lista de elegibles, está expidiendo un acto administrativo de contenido particular, *“que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una de las personas que la conforman.”*^[16]



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

Esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado^[17]; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales.

Así las cosas, cuando la administración designa en un cargo ofertado mediante concurso público a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desconoce los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo de aquellos aspirantes que la anteceden por haber obtenido mejor puntaje. En idéntica forma, se vulneran los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles, cuando aquellas se reconfiguran sin existir razones válidas que lo ameriten.^[18]

5. El acto de convocatoria como norma que regula el concurso de méritos

El principio del mérito en el acceso a la función pública se encuentra instituido en el artículo 125^[19] superior, a fin de garantizar que en todos los órganos y entidades del Estado se vinculen las personas que ostenten las mejores capacidades. Como lo ha sostenido la Corte *“todos los empleos públicos tienen como objetivo común el mejor desempeño de sus funciones para la consecución de los fines del Estado”*^[20]. Para tal efecto, el Legislador cuenta con la autonomía necesaria para determinar los requisitos y condiciones del aspirante, sin entrar en contradicción con las normas constitucionales^[21].

El concurso público ha sido el mecanismo establecido por la Carta Política para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva^[22], haga prevalecer al mérito como el criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público. Su finalidad es que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo^[23].

Dicha actuación debe estar investida con todas las ritualidades propias del debido proceso^[24], lo que implica que se convoque formalmente mediante acto que contenga tanto de los requisitos exigidos para todos los cargos ofertados, como de las reglas específicas de las diversas etapas del concurso (la evaluación y la conformación de la lista de elegibles) a las que se verán sometidos los aspirantes y la propia entidad estatal^[25]. Sobre el particular, este Tribunal señaló en la Sentencia SU-913 de 2009 que:

- (i) Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de los derechos fundamentales.
- (ii) A través de las normas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada.
- (iii) Se quebranta el derecho al debido proceso y se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por los participantes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa^[26].
- (iv) Cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar, detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior que no puede ser desconocido.

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas – deberán realizarse con estricta sujeción (i) al derecho al debido proceso; (ii) al derecho a la igualdad y (iii) al principio de la buena fe^[27]. Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen *“ley para las partes”* que intervienen en él^[28].

Así las cosas, la convocatoria se convierte en una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, de tal forma que incumplir las directrices allí estipuladas contraviene no solo los derechos de los aspirantes, sino aquel valor superior al cual está sujeto toda actuación pública. Dicho en otros términos, el acto administrativo que la contenga funge como norma del concurso de méritos, por lo cual todos los intervinientes en el proceso deben someterse a aquel so pena de trasgredir el orden jurídico imperante.



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

6. El alcance de la delegación en los concursos de méritos

El constituyente creó la Comisión Nacional del Servicio Civil y le encomendó la administración y vigilancia del régimen de carrera administrativa de los servidores públicos^[29]. Aunado a ello el legislador le encomendó la exclusiva supervisión de los sistemas de carrera específica^[30], lo cual a juicio de este Tribunal también incluye su direccionamiento^[31].

En ejercicio de dicha competencia, le corresponde elaborar las convocatorias para concurso de méritos y adelantar el proceso de selección de los empleos adscritos a tal condición, entre otras funciones^[32]. En el Decreto Ley 760 de 2005 se estableció el procedimiento para desarrollar dichas labores y se consagró la posibilidad de que la Comisión delegue el conocimiento y la decisión de las reclamaciones presentadas con ocasión del trámite de escogencia^[33].

Al respecto, en la Sentencia C-1175 de 2005 se reconoció que la escasa estructura organizacional creada legalmente para la Comisión Nacional del Servicio Civil, dificultaba que llevara a cabo directamente todos los procesos de selección. Por tal motivo, el propio legislador autorizó delegar su realización en entidades educativas, debido a que por su carácter académico no comprometen la independencia constitucional de la CNSC. Además, esta Corporación consideró que el traslado de la función concerniente al conocimiento y decisión de las reclamaciones presentadas durante el desarrollo del concurso debía estipularse explícitamente en el acto de delegación de la ejecución del proceso.

Aunado a lo anterior, advirtió que *“una cosa son las simples reclamaciones que surgen en alguna de las etapas delegadas de los procesos de selección, que no afectan el concurso en sí mismo, porque se trata de asuntos individuales o particulares, y, otra, muy distinta, cuando la reclamación tiene la connotación de denuncias o reclamos por irregularidades en el proceso, denuncias que al adquirir connotaciones de trascendencia, sí pueden afectar la integridad del proceso”*^[34].

La Sentencia C-1175 de 2005 distinguió que en el primer caso referido a reclamaciones sobre actos particulares que no afectan los ejes del proceso de selección, *“cuando el aspirante no es admitido a un concurso o proceso o cuando el participante está en desacuerdo con las pruebas aplicadas en los procesos de selección, y que por tales hechos presentan las reclamaciones respectivas (arts. 12 y 13 del Decreto 760 de 2005)”*^[35], la Comisión puede delegar su conocimiento y solución en la entidad que desarrolle el proceso, sin perjuicio de lo cual, puede avocar dicha función en cualquier momento^[36].

Respecto del segundo evento, consideró que por tratarse de asuntos intrínsecamente ligados al proceso de selección en sí mismo, como *“las quejas sobre la existencia de errores ostensibles en la valoración de las pruebas, o filtración del contenido de las mismas, o sospechas de corrupción en el proceso o en sus resultados, desconocimiento de los lineamientos o instrucciones dados por la Comisión Nacional del Servicio Civil a la entidad delegada para el desarrollo del concurso”*^[37], estos hacen parte de la responsabilidad de administración y vigilancia del sistema de carrera en cabeza de la CNSC, que por su entidad es indelegable^[38].

Al tenor de lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, la delegación del conocimiento y decisión de las reclamaciones presentadas en un proceso de selección, se puede surtir únicamente con las instituciones de educación superior a quienes se encargue la ejecución del proceso de selección, siempre que se trate de solicitudes particulares que no afecten el concurso en general.

Si bien el sistema específico de carrera de la DIAN está regulado expresamente en el Decreto Ley 765 de 2005, cuyo artículo 38^[39] dispone las autoridades encargadas de la resolución de las reclamaciones presentadas, la aplicación de dicha disposición deberá efectuarse en concordancia con lo señalado por este Tribunal en la Sentencia C-1175 de 2005, en la cual se analizó la constitucionalidad de la facultad de delegación de funciones de la CNSC.

Ello implica que cuando se trate de peticiones generales que afecten el desarrollo del concurso en general, sin perjuicio de lo dispuesto en la referida norma, la CNSC es la única entidad competente para resolverlas puesto que esa labor es indelegable por derivarse directamente de la responsabilidad de administración y vigilancia del régimen de carrera que le corresponde, incluso en los sistemas específicos, de conformidad con lo dispuesto en la Sentencia C-1230 de 2005.” (Sentencia de tutela 180 de 2015, Mgdo. Pte. Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO).

Debe en este caso resaltarse también, que ante la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud a través de su resolución 385 del 12 de marzo de 2020 y la Presidencia de la República mediante el decreto 491 del 28 de marzo de 2020 en su artículo 14 se dispuso:



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

“Artículo 14. Aplazamiento de los procesos de selección en curso. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social, se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, especial constitucional o específico, que se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas.

Las autoridades competentes deberán reanudar dichos procesos una vez se supere la Emergencia Sanitaria.

En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. Durante el período que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia.”.

A su vez el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 1754 de diciembre 22 de 2020, mediante el cual reglamentó el Decreto Legislativo 491 de 2020 para reactivar las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos del régimen, especial y específico en el marco de la emergencia sanitaria así:

“**Artículo 1. Objeto.** El presente decreto tiene por objeto reglamentar el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo referente a los procesos de selección para proveer los empleos de carrera de los regímenes general, especial y específico, en el marco de la emergencia sanitaria, en las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba.

Artículo 2. Reactivación de las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas de los procesos de selección. A partir de la publicación del presente decreto las entidades o instancias responsables de adelantar los procesos de selección para proveer los empleos de carrera de los regímenes general, especial y específico, podrán adelantar las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas, garantizando la aplicación del protocolo general de bioseguridad adoptado por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 666 de 2020 y en las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen.

Artículo 3. Reactivación del periodo de prueba. A partir de la publicación del presente decreto las entidades podrán iniciar el periodo de prueba con los aspirantes nombrados y posesionados, fijando compromisos para la evaluación del desempeño laboral, siempre y cuando se garantice el desarrollo, seguimiento y verificación de las actividades inherentes al empleo, que permitan una evaluación y calificación objetiva.”

El Consejo de Estado en su sala 17 Especial de Decisión al decidir el medio de Control “*Control Inmediato de Legalidad del Decreto 1754 del 22 de diciembre de 2020*” en sentencia del 3 de junio de 2022 dispuso:

“Por último, debe precisarse que, durante su vigencia, el acto que se declara ilegal surtió efectos y, por ende, las situaciones jurídicas que se consolidaron bajo su amparo no pueden verse afectadas con la presente decisión. Así las cosas, es necesario señalar, con respecto a la reactivación de los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, así como los periodos de prueba en vigencia de la emergencia sanitaria, que estos no pueden verse afectados, en cuanto, las entidades o instancias responsables de adelantar los procesos de selección amparadas en la confianza legítima, tuvieron la convicción de que dichos trámites podían reanudarse desde el momento en que el Decreto 1754 de 2020 así lo dispuso. En ese orden, los efectos de la declaratoria de nulidad del acto enjuiciado operan hacia el futuro o *ex nunc*.

.....

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del Decreto 1754 del 22 de diciembre de 2020 “*Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria*”, dictado por el presidente de la República con la firma del ministro de Justicia y del Derecho y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, por las razones señaladas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que los efectos de la nulidad del Decreto 1754 del 22 de diciembre de 2020, operan únicamente desde el momento de emisión de esta sentencia y hacia el futuro o *ex nunc*, de acuerdo con los motivos



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

anteriormente expuestos.”

La misma Corporación en auto interlocutorio No. No. 110010332500020210022200 del 6 de junio de 2022 al resolver sobre las medidas cautelares dentro de una acción de nulidad promovida por el Sindicato de Unificación Nacional de Trabajadores de la DIAN y Finanzas Públicas ordenó:

“Primero: Decretar la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1754 de 2020, «Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria», de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.”

Frente al caso en particular que nos ocupa:

El accionante acude a esta vía Constitucional buscando protección a sus derechos fundamentales al Debido Proceso, a la Igualdad, y en consecuencia solicita que se revoque su no admisión en el proceso de selección de la DIAN 2022 OPEC 198411 convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil y regulado por el acuerdo No 08 de 2022, por medio del cual se convocó y se establecieron 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.

Se impone en comienzo el verificar, si en este caso en particular se cumple con aquellos principios procesales de procedencia de la presente acción Constitucional, especialmente el relativo a la subsidiariedad de la acción puesto que, lo que en esencia se controvierte, son actuaciones eminentemente administrativas.

Para ello, ha de dejarse por sentado, de acuerdo con lo obrante en el plenario, que la Comisión Nacional del Servicio Civil suscribió contrato No. 379 del 2023 con la Fundación Universitaria del Área Andina con el objeto de que esta última efectuara la valoración de los requisitos mínimos, realizar las pruebas escritas y la prueba de valoración de antecedentes del proceso de selección en las modalidades de ascenso e ingreso para proveer algunos cargos de carrera administrativa entre otros.

Que, en cumplimiento de dicho contrato, el 2 de agosto de 2023 fueron publicados los resultados preliminares respecto a la verificación de los requisitos mínimos y se dio apertura a la fase de reclamaciones los días 3 y 4 de agosto conforme al artículo 12 del decreto ley 760 de 2005 y el numeral 3.5 del anexo. Que el aquí accionante haciendo uso del tal derecho elevó la reclamación frente a dichos resultados y la misma le fue debidamente por la entidad. Demostrado aparece también que los resultados definitivos fueron publicados el 25 de agosto de 2023 por medio de la página web oficial de la CNSC.

Dicha actuación administrativa es precisamente la que el accionante cuestiona de violatoria de sus derechos fundamentales pues allí fue excluido de la convocatoria al no acreditar los requisitos mínimos que exige el MERF vigente de la DIAN, pues a su juicio se está vulnerando el derecho al debido proceso y la igualdad en el momento de la valoración de antecedentes, la cual a su sentir se está convirtiendo en un obstáculo en



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

lugar de una evaluación justa de las capacidades del aspirante.

La jurisprudencia Constitucional, partiendo del supuesto que todo acto administrativo ha sido consultado el principio de legalidad en su promulgación, impone el que su refutación deba surtirse ante el Juez natural de lo Contencioso Administrativo a menos que un juez constitucional encuentre que tal mecanismo judicial no resulte del todo eficaz o se esté frente a un perjuicio irremediable. Así se ha referido la Corte Constitucional entre otras en Sentencia T-097 de 2014 donde se dijo:

“5.1. Las mismas reglas enunciadas tienen aplicación cuando se pretende impugnar, en sede de tutela, actos administrativos. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando se trata de objetar o controvertir actos administrativos, en principio se debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa y no a la acción de tutela, salvo que el juez determine que tales mecanismos no proporcionan una eficaz y pronta protección a los derechos que se pretenden salvaguardar o se esté ante la posibilidad que se configure un perjuicio irremediable.[23] pero en todo caso las acciones judiciales contencioso administrativas no pueden haber caducado al momento de interponerse la acción de tutela.[24]

5.2. El principio de legalidad que rige la administración en un Estado de Derecho, Social y Democrático, exige que los actos que ésta emita estén conformes no solamente con los preceptos constitucionales, sino con las demás disposiciones jerárquicamente inferiores. Esto hace que dichos actos estén amparados por una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada en el ámbito de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sobre el particular se señaló en la sentencia T-1436 de 2000, reiterada en la sentencia T-685 de 2006:

“(…) En el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que, en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad.

(…) Así mismo, señaló que la presunción de legalidad encuentra contrapeso en el control de legalidad que realiza la jurisdicción contencioso administrativa. “Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición.”

En el caso que ocupa la atención del Despacho, ninguna duda se tiene que el acto administrativo mediante el cual fueron publicados los resultados definitivos de los admitidos y no admitidos al concurso de la DIAN, debe ser cuestionado ante su Juez Natural que, como se dijo, lo es la Justicia de lo Contencioso Administrativo a través de la acción de nulidad correspondiente, acción que incluso le permite a quien a ella acude hacer efectivas medidas cautelares, como la suspensión provisional del acto atacado, con lo cual se descarta cualquier vicio de ineficacia de la mencionada acción, pues de las pruebas allegadas se encuentra que la CNSC, le resolvió de fondo y con argumentos jurídicos las reclamaciones presentadas frente a la inadmisión de la convocatoria.

Resulta entonces más que evidente, que en este caso en particular no se estructura el presupuesto de subsidiariedad que, de vía libre al trámite de la presente acción Constitucional, puesto que el actor cuenta con otra vía judicial, eficaz e idónea, para hacer efectivos los derechos procesales que aquí se persiguen.



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

Por demás, no encuentra el suscrito Juez constitucional que en este caso se configure un perjuicio irremediable para quien interviene como accionante, con menos razón cuando no se avizora vulneración del derecho fundamental al debido proceso e igualdad que se pregona pues, el tratamiento administrativo dado corresponde al que debe someterse todos los aspirantes a un concurso de méritos y está cobijado por la presunción de legalidad que le es propia. Recuérdese que la acción de tutela no se ha establecido para sustituir actuaciones administrativas o judiciales, quedando igualmente vedado para el Juez Constitucional invadir esferas que no le corresponden.

Como consecuencia de lo analizado, forzoso resulta el concluir que la presente acción de tutela ningún viso de prosperidad tiene y por consiguiente se denegará. Del mismo modo se desvinculará de la presente acción a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN y al Departamento Administrativo de la Función Pública.

En virtud de lo anteriormente razonado, el Juzgado Tercero de Familia de Bucaramanga, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR LA TUTELA presentada por el señor OSCAR ANDRÉS HERRERA GAMBOA, frente a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y contra la Fundación Universitaria de Área Andina por lo razonado en tal sentido en las motivaciones.

SEGUNDO: Se ordena notificar el presente fallo a los demás participantes de la convocatoria DIAN 2022 OPEC 198411 y que fueron vinculados a la presente acción. Para estos efectos, se dispone que la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC-publique en su página web o en el aparte de la red correspondiente a la convocatoria e informen al correo electrónico allí consignado por cada uno de los participantes, la presente providencia, a fin de que los vinculados, tengan conocimiento de la decisión aquí adoptada.

TERCERO: Se desvincula a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN y al Departamento Administrativo de la Función Pública.

CUARTO: Notifíquese esta decisión a los funcionarios demandados y al accionante.

QUINTO: ENVÍESE el presente fallo a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que no fuere impugnada.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Firmado Por:
Libardo Cortes Carreño
Juez
Juzgado De Circuito
Familia 003
Bucaramanga - Santander

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: **78a810c6aad74eb69cfc2a05d343c688194d012871b20782b6b13a74bdec6bb6**

Documento generado en 11/09/2023 10:48:42 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>