



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO DIECIOCHO LABORAL
DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Medellín, octubre treinta y uno de dos mil veintitrés

PROCESO	Acción de tutela
ACCIONANTE	Julian Alberto Escobar Tejada
ACCIONADOS	-Comisión Nacional del Servicio Civil -La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (Subdirección de gestión del empleo público) – DIAN -Fundación Universitaria del Área Andina
RADICADO	05001 31 05 018 2023 10002 00
INSTANCIA	Primera
PROVIDENCIA	Sentencia 167 de 2023
DERECHOS INVOCADOS	Debido Proceso, Petición, Libertad de Profesión u Oficio, Trabajo e Igualdad.
DECISIÓN	Declara Improcedente

Conforme a lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991, procede el Despacho a definir la viabilidad de la Acción de Tutela de la referencia.

ELEMENTOS FÁCTICOS

Manifiesta el accionante JULIAN ALBERTO ESCOBAR TEJADA, que se inscribió en el concurso de méritos de la DIAN 2022 para para el cargo denominado GESTOR II, en el nivel jerárquico PROFESIONAL, código 302 y grado 2 y número OPEC 198234, y que las pruebas fueron realizadas el 17 de septiembre de 2023 y que los resultados de la misma fueron publicados el 26 de septiembre de 2023, en los cuales se le indica que aprobó la prueba sobre competencias básicas u organizaciones y reprobó la prueba sobre competencias funcionales.

Afirmó que, hizo uso del derecho a presentar las reclamaciones las cuales quedaron registradas con los números: 739765576 (prueba de Competencias Básicas u Organizacionales) y 739802121 (Prueba de competencias Funcionales), solicitando que se le expidieran los documentos de la prueba presentada el 17 de septiembre de 2023 Convocatoria 008 de 2023, además que se le explicara varios cuestionamientos frete a la a la misma. Igualmente solicito que se eliminara de las pruebas todas aquellas preguntan relacionadas con lenguajes de programación como R y Python.

Indica que solo se le dio acceso los puntos ver el cuadernillo, hoja de respuesta y claves, por lo que el 10 de octubre de 2023, realizó la reclamación final las cuales quedaron registradas con los números: 743298512 (prueba de Competencias Básicas u Organizacionales) y 743298027, basando su argumento en síntesis en que la descripción del empleo para la OPEC 198234, según la guía FT-TAH-1824 en sus funciones en NINGUNA parte aparece que se necesita tener conocimiento en un lenguaje de programación especial, ni un software específico para el análisis de datos estadísticos, lo que viola el debido proceso y la igualdad.

Sigue diciendo que según acuerdo # CNT2022AC000008, de la Comisión Nacional del Servicio Civil, 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, en la página 17, en la tabla 8, para el Cargo de Gestor II, opec 198234, empleo que requiere un año de experiencia profesional y no es misional.

Que en las pruebas realizadas el 17 de septiembre, no hay igualdad en el peso de las pruebas básicas u organizacionales con la prueba de integridad y que la prueba de competencias conductuales o interpersonales tenía que tener un número mayor de preguntas; por lo anterior dice que deben de tener el respectivo peso correspondiente a porcentaje con las preguntas, por lo que solicitó que declararan que los resultados obtenidos en la prueba escrita se le vulneran los derechos y que como consecuencia recalificaran su prueba escrita de conformidad con los argumentos esgrimidos en la reclamación, eliminando las preguntas 46,58,59,60,62,65,73,74,75 y finalmente que la citaran para acceder al material de evaluación final en los términos que la Universidad y la CNSC dispongan para ello.

Expone que La Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, el 13 de octubre de 2023, dio respuesta a las reclamaciones.

SOLICITUD DE TUTELA Y DERECHOS INVOCADOS

Pretende que el Juez Constitucional ampare sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo; igualdad, derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político; al trabajo, a los principios de confianza legítima y dignidad humana y a los principios de la actuación administrativa de mérito, transparencia, publicidad, participación ciudadana, y buena fe, se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-. Y Fundación Universitaria del Área Andina, realizar nuevamente la prueba de conocimiento funcionales en el OPEC 198234.

Igualmente, se le ordene a la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, indique porque en el manual de funciones del cargo, NO se establece la utilización de los lenguajes de Programación PYTHON y para análisis estadístico R. así mismo que responda si un profesional que sepa manejar el programa C+ y el Software SAS en estadística cuenta con las condiciones para el Cargo de Gestor II, OPEC 198234, según la descripción del empleo como está establecido en la ficha FT-TAH-1824.

RESPUESTA DE LOS ENTES ACCIONADOS y VINCULADOS

A través de proveído del 23 de octubre de 2023 se admitió la presente acción de tutela, ordenándose la notificación y e integrando al contradictorio por pasiva a los aspirantes a la citada convocatoria, concediéndoles a las entidades accionadas el término de dos (2) días para que rindieran informe respecto de los hechos de la tutela.

JOAN SEBASTIÁN LEÓN GUEVARA, aspirante al empleo ofertado a través de la convocatoria 2022 de la DIAN con OPEC 198234, para la selección de GESTOR II, en el nivel jerárquico PROFESIONAL, código 302 y grado 2, allego memorial a través de correo electrónico, indicando que el accionante está afectando los derechos de miles de ciudadanos que se presentaron a las pruebas con el anhelo de conseguir un trabajo en el sector Público. Está vulnerando el derecho al trabajo, a una vida digna, ya que para muchas personas sería la posibilidad de tener estabilidad laboral y un buen salario para proveer a su familia, todo esto basado en que hubo preguntas específicas de Python y R, y que las preguntas no tenían la misma ponderación lo cual es válido desde el punto de vista estadístico.

En cuanto al Derecho a la Igualdad alegado por el accionante, manifestó que, no se aprecia vulneración, ya que todos los aspirantes tenían acceso a la Guía del aspirante al concurso de la DIAN en la cual el punto 5 establece que para cada empleo se evaluarán diferentes ejes temáticos, y que uno de los temas que posiblemente eran objeto de preguntas era estadística, python, R, excel, powerBi etc.

Por lo anterior afirma que todos los aspirantes tenían igualdad de condiciones para presentar la prueba basada en igualdad y mérito, por lo que resulta improcedente instaurar una acción de tutela por la presunta vulneración de derechos, en la que a su vez pretenda vulnerar los derechos de miles de personas más que estudiaron para dicho examen. Solicitando sean negadas todas aquellas pretensiones que vulneran los derechos de otras personas.

Por su parte, en extensa respuesta la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN, informó que el accionante, se inscribió como aspirante al Proceso de Selección Dian 2022 - Modalidad Ingreso, con numero de OPEC: N° 198234, para el cargo

GESTOR II, CÓDIGO 302, GRADO 2, para el cuál presentó pruebas escritas el día 17 de septiembre de 2023, y que una vez que evidenció los resultados hizo uso del derecho a presentar las respectivas reclamaciones, las cuales quedaron registradas con los números: 739765576 (prueba de Competencias Básicas u Organizacionales) y 739802121 (Prueba de competencias Funcionales).

Alega que la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC en el desarrollo de los concursos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, a efectos de establecer la Falta de Legitimidad por Pasiva y la Inexistencia de Derecho Fundamental Vulnerado por parte de la UAE-DIAN en el caso que nos ocupa, apoyándose en el artículo 125 de la Constitución Política, a Ley 909 de 2004, en la Sentencia C-1230 de 2005, y el Decreto 0927 de 2023

Alega que de acuerdo a lo anterior, se expidió el Acuerdo № CNT2022AC000008 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”, donde se indicó que la entidad responsable del proceso de selección es la CNSC.

Por lo anterior afirma que, la tutela se debió dirigir únicamente contra la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA como entidades responsables del proceso de Selección DIAN 2022, solicitando la improcedencia de la tutela por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Entre tanto LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, manifestó que la tutela es improcedente toda vez que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es el escenario natural para la reivindicación de los derechos fundamentales, que considera la parte accionante le están siendo conculcados, ya sea a través del medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho.

Frente al caso en concreto, indicó que, no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante, toda vez que revisado el Sistema Simo, se tiene que, el aspirante formuló la respectiva reclamación y complementación frente a los resultados preliminares de las pruebas escritas, motivo por el cual, el operador del Proceso de Selección, Fundación Universitaria del Área Andina, dio respuesta a la misma el pasado 23 de octubre mediante oficio de radicado RECPE-DIAN2022-00597, de igual manera el operador envió el 25 de octubre dio complementación a la respuesta mediante oficio de radicado RECPE-DIAN2022-00597-1, las cuales pueden ser consultadas por el aspirante ingresando al Sistema-SIMO con su usuario y contraseña.

Igualmente, afirma que la normativa que aplica para las Pruebas Escritas del presente proceso de Selección DIAN 2022, se encuentra establecida en el Acuerdo del Proceso de Selección DIAN 2022 No CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022, modificado parcialmente por el Acuerdo No. 24 del 15 de febrero de 2023, específicamente en los artículos 17 y 18 del Acuerdo y en su Anexo; siendo este último el que detallada el procedimiento y las definiciones relacionadas con las Pruebas Escritas.

Recalca que en concordancia con lo establecido en el numeral 4 del Anexo Técnico que hace parte integral del Acuerdo este Proceso de Selección, las Pruebas Escritas fueron calificadas en una escala de cero (0) a cien (100) puntos, con una parte entera y dos (2) decimales truncados. Las pruebas eliminatorias sobre Competencias Básicas u Organizacionales y Competencias Funcionales y las Pruebas Clasificadoras Competencias Conductuales o Interpersonales y Prueba de Integridad se evaluarán en una sola sesión con un solo cuadernillo.

Que los aspirantes que superen el puntaje mínimo aprobatorio de setenta (70.00) en la Prueba sobre Competencias Básicas u organizacionales y Prueba de Competencias Funcionales, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4.3. del Anexo del Acuerdo, se les calificó y publicó el resultado de la prueba de carácter clasificatorio de Competencias Conductuales o Interpersonales y la Prueba de Integridad.

Que, conforme a lo anterior, las pruebas escritas fueron evaluadas y ponderadas de acuerdo a los establecido en el Acuerdo del Proceso de Selección DIAN 2022 No CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022, y que para el caso del accionante la Fundación Universitaria del Área Andina, reviso de nuevo la hoja de respuesta del aspirante, concluyendo que respondió 11 preguntas acertadamente de la prueba sobre competencias Básicas u Organizacionales y 28 preguntas correctas de la prueba sobre competencias Funcionales, y luego del proceso de calificación, el puntaje publicado fue de 76,47 y 64,79, respectivamente en las Pruebas de carácter eliminatorio, por lo cual el aspirante NO APROBÓ.

Igualmente indica que, no se encuentra afectación alguna a los derechos fundamentales anunciado por el tutelante, en la medida que no ha vulnerado los mismos, además, el accionante no cumple con el requisito de subsidiaridad establecido constitucionalmente para formular la acción de tutela.

Finalmente La Fundación Universitaria del Área Andina, allegó escrito de contestación, indicando que suscribió contrato No. 379 de 2023 con la Comisión Nacional del Servicio Civil, para: “realizar la Verificación de Requisitos Mínimos, las Pruebas Escritas y la Prueba de Valoración de Antecedentes del Proceso de Selección en las modalidades de ascenso e ingreso, y la Prueba de Ejecución del Proceso de Selección en la modalidad de ingreso 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”.

Refirió al trámite dado a la convocatoria antes señalada y con respecto al accionante, indico que, cuenta con el estatus de admitido en el presente Proceso de Selección, en consecuencia, fue citado para la presentación de las Pruebas Escritas y que, revisados los listados de asistencia a dicha prueba, se evidenció que el tutelante ASISTIÓ a la jornada programada.

Afirma que, posterior a la aplicación de las Pruebas Escritas, se llevó a cabo la publicación de los Resultados Preliminares de las mismas, de acuerdo a las condiciones señaladas en el numeral 4.3. del Anexo Técnico y que, en cumplimiento de lo anterior, el pasado 19 de septiembre de 2023, la CNSC publicó en su página web aviso informativo referente a la publicación de los resultados preliminares y que el 26 de septiembre de 2023, publicaron los resultados preliminares, en los cuales se identifica que para el accionante, se publicaron los siguientes resultados:

- Pruebas de competencias Básicas u organizacionales: 76.47
- Pruebas de componentes Funcionales: 64.79

Que conforme a dichos resultados se evidenció que el actor No aprobó las Pruebas Escritas de carácter eliminatorio, de conformidad con el artículo 17 del Acuerdo rector, en concordancia con el numeral 4 del Anexo Técnico, que rigen el presente proceso.

Alude que conforme a lo señalado en el numeral 4.4. del Anexo Técnico del Acuerdo de la Convocatoria del 29 de diciembre 2022, y evidenciado el Sistema SIMO, evidencio que el accionante interpuso reclamación frente a los resultados preliminares de las pruebas escritas, manifestando la necesidad de acceder a las pruebas presentadas.

Que en lo que refiere al acceso al material de la prueba escrita, el día 28 de septiembre de 2023 se comunicó mediante aviso informativo que, los aspirantes que en su reclamación solicitaron lo anterior podrían consultarlo a través del Sistema-SIMO, desde el 04 de octubre de la misma anualidad, la fecha, hora, y lugar de citación, aclarando que contaban con dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de acceso para complementar su escrito de reclamación, trámite que realizó el actor dentro del término otorgado.

Que conforme a lo anterior, el 23 de octubre de 2023 mediante oficio de radicado RECPE-DIAN2022-00597-1 emitió respuesta a la reclamación que el accionante interpuso frente a los resultados de las Pruebas Escritas, sin embargo cuenta que la misma se complementó mediante oficio de radicado RECPE-DIAN2022-00597-1, la cual fue enviada al correo electrónico jaescobart@unal.edu.co.

TRÁMITE DE LA TUTELA

Una vez adelantado el trámite correspondiente, se observa que resulta procedente proferir decisión de fondo, toda vez que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado dentro de la tutela y, por ser este Despacho competente para conocer de la acción constitucional impetrada, de conformidad con lo previsto en el art. 86 C. P. de Colombia y el Decreto 2591 de 1991.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a la situación fáctica planteada, corresponde al Despacho determinar si se cumple con el requisito de subsidiariedad que haga procedente la intervención del juez constitucional para controvertir actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos; en caso afirmativo, verificar si como lo asegura la accionante se ha vulnerado su derecho fundamental debido proceso porque con base en la puntuación asignada en la prueba escrita de carácter eliminatorio, la CNSC declaró que no continua en el concurso para las siguientes etapas del proceso de selección para el cargo denominado GESTOR II, en el nivel jerárquico PROFESIONAL, código 302 y grado 2 y número OPEC 198234

Encuentra esta judicatura en el presente asunto, que es improcedente la acción de tutela por la existencia de otros medios de defensa judicial idóneos y efectivos, no se evidencia la vulneración actual de derechos, además se advierte, el requisito de subsidiariedad impone que la acción de tutela sea declarada improcedente, lo que seguidamente se explicará.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, señalan que procede la acción de tutela para reclamar la protección inmediata a derechos fundamentales ante la vulneración o amenaza de la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particulares que cumplan función pública. Un aparte de la norma es el siguiente:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces..., la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

(...)

la ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

De acuerdo a la disposición antes citada, debe indicarse que la tutela es procedente ante cualquier entidad pública de cualquier nivel o de un particular en los casos señalados jurisprudencialmente, con el fin de solicitar la protección de los derechos fundamentales que se consideren amenazados o vulnerados por ellas.

En cuanto al requisito de subsidiaridad, indispensable para que se concluya que resulta procedente la acción, debe indicarse que resulta indispensable la existencia de un perjuicio o amenaza inminente de que se cause el daño, en relación con un derecho fundamental para que la acción de tutela tenga cabida y prosperidad y que no haya otro mecanismo directo y más expedito para la protección del derecho.

En ese sentido debe indicarse que la acción de tutela constituye en sí misma un mecanismo y garantía que la constitución le otorga a toda persona para acudir ante un juez en defensa de sus derechos fundamentales, siendo un instrumento autónomo, subsidiario y de aplicación inmediata para la protección de éstos cuando quiera que sean violados o amenazados por una autoridad pública, o por personas privadas en algunos casos específicos previstos por el legislador, cuando el afectado se halla en estado de indefensión frente al trasgresor, por conductas activas u omisivas, con las que se viola o pone en peligro de vulneración aquellos derechos fundamentales. Pero se requiere que, como se expuso, no exista otro medio de defensa o que, existiendo, no sea eficaz para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable, y en este caso procede la tutela como mecanismo transitorio.

Además de lo anterior, pese a la informalidad en la acción de tutela la parte accionante debe cumplir con el deber de aportar los elementos pertinentes e idóneos, para que el juez constitucional llegue al convencimiento de la alegada vulneración del derecho y la materialización de un posible perjuicio irremediable, tal como lo señala la H. Corte Constitucional en la Sentencia T-196 de 2010, de la cual se transcribe un aparte:

“enfáticamente que no basta con afirmar que un derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable, es necesario, además, que el afectado explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”.

Ahora, frente a la eficacia e idoneidad de los medios de defensa, ha establecido la jurisprudencia que se requiere un análisis del caso particular, en relación con el perjuicio que se puede generar, con el fin de no desplazar los medios de defensa ordinarios. Lo anterior se dijo entre otras en la sentencia T 276 de 2014, en los siguientes términos:

“Ahora bien, independientemente de que la acción de tutela sea propuesta por una persona en situación de debilidad manifiesta o un sujeto de especial protección constitucional, sólo será procedente si, como resultado de un perjuicio irremediable, los medios ordinarios de defensa resultan ineficaces o inidóneos a la luz del caso concreto. Su análisis y la evaluación del

perjuicio irremediable debe realizarse con el ánimo de preservar la naturaleza de la acción de tutela. Esto es, (i) evitar que desplace a los mecanismos ordinarios al ser estos los espacios preferentes para invocar la protección de los derechos constitucionales; y (ii) garantizar que opere únicamente como el último recurso cuando, en una circunstancia específica, se requiere suplir los vacíos de defensa que presenta el orden jurídico para la protección de los derechos fundamentales.

4.4. La determinación de la eficacia e idoneidad de los recursos ordinarios no debe obedecer a un análisis abstracto y general. Es competencia del juez constitucional analizar la funcionalidad y eficacia de tales mecanismos a la luz del caso concreto y de la situación del accionante para determinar si ellos, realmente, permiten asegurar la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales cuyo amparo se pretende. En relación con la situación del actor, entiéndase, por ejemplo, su edad, su estado de salud o el de su familia, sus condiciones económicas y la posibilidad que, para el momento del fallo definitivo por la vía ordinaria, la decisión del juez sea inoportuna o inocua.”

Obviar lo anterior, sería convertir la tutela en una instancia en la cual debatir un derecho o en una alternativa a la cual sacar provecho cuando no se interponen las demás acciones o para revivir pleitos ya perdidos, sustituyendo la acción constitucional las demás acciones o recursos legales existentes pues como se ha explicado por la alta corporación constitucional – Sentencia T 083 de 1998:

“la integridad de la función estatal de administrar justicia resultaría gravemente comprometida si se permitiera que un mecanismo especial y extraordinario como la acción de tutela, dirigido exclusivamente a la protección de los derechos fundamentales, pudiera suplir los instrumentos y recursos ordinarios que el ordenamiento pone a disposición de aquellas personas que persiguen la definición de alguna situación jurídica mediante un proceso judicial.”

En cuanto al debido proceso administrativo, la Corte Constitucional en Sentencia C-162/2021 ha expresado:

(...) Conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución, el debido proceso se aplica “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Al interpretar este artículo, la Corte ha definido el derecho al debido proceso “como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.

El debido proceso administrativo “no es un concepto absoluto”, sino que “presupone distinciones ordenadas por la propia Carta y por la ley, siempre que sean adecuadas a la naturaleza de la actuación de las autoridades públicas”. El debido proceso administrativo no es idéntico al debido proceso judicial, de tal modo que no se pueden trasladar de manera mecánica las garantías de este último al primero.

El debido proceso administrativo se aplica a todas las actuaciones administrativas y debe garantizar “(i) el acceso a procesos justos y adecuados; (ii) el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas; (iii) los principios de contradicción e imparcialidad; y, (iv) los derechos fundamentales de los asociados. ”

De la aplicación del debido proceso administrativo se derivan una serie de consecuencias, tanto para la administración como para las personas. La Sala ha reconocido que de este derecho se desprenden una serie de garantías, como las que tienen las personas a: 1) conocer las actuaciones de la administración; 2) acceder ante la administración y ser oído por ella; 3) solicitar el decreto y la práctica de pruebas y controvertir las que otros soliciten y las que se practiquen; 4) ejercer el derecho de defensa; 5) impugnar los actos administrativos; y, 6) gozar de las demás garantías establecidas en su beneficio. Estas garantías deben respetarse en todo el procedimiento administrativo, desde el inicio de la actuación, la formación y expedición de los actos administrativos, su notificación o comunicación, su impugnación y resolución, su ejecutoriedad y hasta su ejecución.

Al hacer un análisis más detallado de las citadas garantías, la Sala describió las siguientes: 1) a acceder y ser oído durante toda la actuación; 2) a que se practique en debida forma la notificación de las decisiones; 3) a que el procedimiento se tramite sin dilaciones injustificadas; 4) a que se permita a la persona actuar en todas las etapas del procedimiento, desde el inicio del mismo hasta su culminación; 5) a que la actuación la adelante la autoridad competente, con el respeto pleno de las formas previstas en el ordenamiento jurídico; 6) a gozar de la presunción de inocencia; 7) a ejercer los derecho de defensa y contradicción; 8) a solicitar, aportar y controvertir pruebas; y, 9) a impugnar las decisiones y promover la nulidad cuando ello corresponda.(...)

Por su parte, el mérito es un principio fundamental del Estado colombiano y del actual modelo democrático, tiene como finalidad la de proscribir las practicas clientelistas constituyendo una regla para la escogencia de los mejores candidatos que garantice un medio objetivo de acceso, permanencia y retiro del servicio público. Los concursos públicos de méritos son un proceso de contratación pública a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- quien es el responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, con la misión orientada a posicionar el mérito y la igualdad en el ingreso y desarrollo del mismo, velando por la correcta aplicación de los instrumentos normativos y técnicos que posibilitan el adecuado funcionamiento del sistema de carrera.

En cuanto a las controversias que se puedan originar por el concurso de méritos ha indicado la H. Corte Constitucional en reiteradas ocasiones que resulta por regla general improcedente la acción de tutela en tanto existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, restringiendo el conocimiento del juez constitucional solo cuando esté advierta que su intervención es urgente para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Así lo ha expresado la Alta Corporación entre otras en Sentencia T 059 de febrero de 2019 M.P Alejandro Linares Cantillo:

(...) Las acciones de tutelas 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. Sin embargo, 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. (...)

La Alta Corporación ha sido constante en afirmar que los medios de defensa existentes en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces para resolver el problema jurídico planteado, sometiendo al ciudadano a eventualidades como “que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley.” En ese sentido, el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos.

En el marco específico de la medida cautelar ha manifestado la H. Corte Constitucional que, pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela puede ser satisfecha con la solicitud de medida cautelar, “lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales.” Advirtiendo que la suspensión por vía de tutela de los actos que causen la vulneración de los derechos no son de carácter definitivo, toda vez que la acción constitucional configura una herramienta transitoria y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio.

En ese orden de ideas, se concluye que la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos proferidos en desarrollo de un concurso de méritos, debiendo el juez examinar la eficacia en concreto del medio de defensa ordinario y la viabilidad sumaria de las medidas cautelares en cuento a la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales.

La Sentencia T-114/22, en reiteración de jurisprudencia, se refirió al concurso de méritos y el derecho a ocupar cargos públicos.

59. El artículo 40, numeral 7°, de la Constitución señala que “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los

colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los cuales ha de aplicarse.”

60. Entonces, de la existencia de este derecho (acceder al desempeño de funciones y cargos públicos) no puede derivarse que el ejercicio de funciones públicas está libre de toda exigencia y requisito para quien es llamado a ocupar los cargos de mayor responsabilidad. Por el contrario, el buen éxito en la administración pública y la satisfacción del bien común dependen de una adecuada preparación y de la idoneidad profesional, moral y técnica de las personas en las que se confía el compromiso de alcanzar las metas trazadas por la Constitución. Ello se expresa no solo en el señalamiento previo y general de la forma como se accederá al desempeño del cargo, sino también en la previsión de las calidades y requisitos que debe reunir la persona en quien recaiga la designación.

61. En línea con lo anterior, el artículo 125 de la Constitución establece que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera” y que tanto el ingreso como el ascenso a los mismos “(...) se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.” En este sentido, la carrera administrativa basada en el concurso de méritos es el mecanismo general y preferente de acceso al servicio público, por medio del cual se garantiza la selección de servidores públicos cuyas capacidades, experiencia, conocimiento y dedicación permitan atender las finalidades del Estado Social de Derecho.

62. En este sentido, este Tribunal ha sostenido que la carrera y el concurso de méritos son un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantiza que los concursantes participen en igualdad de condiciones y los cargos públicos sean ocupados por los mejor calificados. Además, permite eliminar la discrecionalidad del nominador y evitar que imperen criterios arbitrarios y subjetivos en la selección de los aspirantes. En esa medida, dicho procedimiento asegura que la administración pública esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, lo cual contribuye a la satisfacción del interés general y el bien común.

63. De igual manera, el ingreso a los cargos públicos a través del concurso de méritos, busca el pleno desarrollo de los principios que orientan la función administrativa, así como la igualdad, eficacia, y eficiencia en el desarrollo de las funciones públicas. A su vez, garantiza los derechos de los trabajadores, entre ellos, el de igualdad de oportunidades y estabilidad en el empleo.

64. Asimismo, la Corte ha dicho que la regla general, según la cual los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, cumple propósitos importantes que guardan una estrecha relación con los valores, fundamentos y principios que inspiran el Estado Social de Derecho.

65. Específicamente, esta Corporación dijo que la carrera administrativa le permite “(...) al Estado contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garantizan 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. Ello conduce a la instauración de la carrera administrativa como sistema propicio a la obtención de eficiencia y eficacia y, por tanto, como técnica al servicio de los fines primordiales del Estado Social de Derecho. Los fines propios de la carrera resultan estropeados cuando el ordenamiento jurídico que la estructura pierde de vista el mérito como criterio de selección y sostén del empleo (...).”

66. En conclusión, la carrera administrativa y el concurso de méritos son un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, que se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público. Dicho criterio es determinante para el acceso, permanencia y retiro del empleo público.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

En esta acción de tutela el señor JULIÁN ALBERTO ESCOBAR TEJADA, pretende que el juez constitucional ampare su derecho fundamental al debido proceso administrativo, y ordene a las accionadas realizar nuevamente la prueba de conocimiento funcionales, de integridad y garantizando que el número de preguntas es acorde a la ponderación, correspondiente OPEC 198234. Igualmente, que se ordene a la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, indique porque en el manual de funciones del cargo, NO se establece la utilización de las lenguajes de Programación PYTHON y para análisis estadístico R. y responda si un profesional que sepa manejar el programa C+ y el Software SAS en estadística cuenta con la condiciones para el Cargo de Gestor II, OPEC 198234, según la descripción del empleo como está establecido en la ficha FT-TAH-1824.

Las entidades accionadas, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-, FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA y la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, coinciden en afirmar, en síntesis, que ante las pretensiones del accionante, el juez constitucional debe declarar la improcedencia de la acción y advertir a la accionante sobre la existencia de la acción de nulidad regulada en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

Aseguran haber brindado todas las garantías a fin de que los aspirantes al cargo de GESTOR II, en el nivel jerárquico PROFESIONAL, código 302 y grado 2 y número OPEC 198234, en este caso, el accionante conociera el eje temático que podrían ser objeto de preguntas en la prueba escrita, por tal motivo, no existe una vulneración al derecho fundamental del debido proceso, y en consecuencia la acción de tutela es improcedente, además que el accionante puede hacer uso del medio de control denominado acción de nulidad contra el acto administrativo que reglamenta el proceso de selección y por ende lo relacionado con pruebas escritas, lo que es bien sabido que obstruye al juez de tutela cualquier posibilidad de intervención. Que se advierte la inexistencia de un perjuicio irremediable por no demostrar la carga jurídica ocasionada por el actuar de la entidad que le ocasione un perjuicio irremediable

que torna no menos que imposible la viabilidad del amparo por la ausencia de esta condición o circunstancia que deba ser protegido a través del marco constitucional de la acción de tutela; que la conclusión no puede ser otra que la improcedencia de la tutela por no cumplirse con el carácter residual y subsidiario establecido para este tipo de protección constitucional.

De la jurisprudencia constitucional, está decantado que, por regla general, la acción de tutela resulta improcedente para controvertir actos administrativos proferidos en desarrollo de un concurso de méritos, porque en el ordenamiento jurídico la jurisdicción ordinaria o el contencioso administrativo tienen mecanismos idóneos y eficaces de defensa judicial según el caso.

Así mismo, que en la medida en que las actuaciones que se cuestionan se plasman en actos administrativos, en este caso de contenido particular, es preciso señalar que –en principio– no cabe la acción de tutela para controvertirlos, ya que para tales efectos existen los medios de control pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo son la pretensión de nulidad simple o la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, que pueden ser acompañadas de la solicitud de suspensión provisional.

En la presente acción quedó establecido que la tutelante no superó el puntaje requerido, 70.00 puntos, en la prueba escrita en la que obtuvo 64.79 puntos. Y que si bien el accionante presentó las reclamaciones frente los resultados obtenidos en la prueba escrita, las cuales fueron negadas, lo que supone la garantía al debido proceso administrativo, sin embargo, interpuso la acción de tutela pretendiendo dejar sin efecto la decisión del acto de trámite que definió su situación particular y que la dejó por fuera del concurso con ocasión del proceso de calificación aplicado; Tal acto está sujeto a control jurisdiccional, situación que desnaturaliza la acción de tutela dada su naturaleza subsidiaria y residual.

Es claro entonces que el señor JULIÁN ALBERTO ESCOBAR TEJADA cuenta con un medio de defensa judicial idóneo y eficaz ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues en la presente acción de tutela no se configuran los requisitos establecidos por la Corte para su procedencia excepcional, luego entonces, resulta imposible para esta instancia judicial amparar el derecho fundamental invocado, pues, como se dijo previamente, hacerlo desnaturalizaría el carácter subsidiario de la acción de tutela, por lo que se procederá a DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo solicitado.

Por otro, en cuanto a la solicitud de que se le ordene a la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-, que indique porque en el manual de funciones del cargo, NO se establece la utilización de los lenguajes de Programación PYTHON y para análisis estadístico R. y responda si un profesional que sepa manejar el programa C+ y el Software SAS en estadística cuenta con las condiciones para el Cargo de

Gestor II, OPEC 198234, según la descripción del empleo como está establecido en la ficha FT-TAH-1824, no se hará pronunciamiento alguno, teniendo en cuenta que dicha solicitud no fue interpuesta ante la entidad accionada, y mal aria esta agencia judicial no darle la posibilidad de defenderse administrativamente ante dicha solicitud y sorprenderla en sede de tutela.

Finalmente, se advertirá que la inobservancia de lo aquí impartido generará las sanciones que por desacato impone el art. 52 del Decreto 2591 de 1991, se ordenará notificar la decisión en la forma establecida por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, indicándose a las partes que la misma puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación y que en caso de no impugnarse la acción, una vez el fallo alcance ejecutoria formal, se enviará lo actuado ante la H. Corte Constitucional a efectos de su eventual revisión.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, administrando Justicia en nombre de la República y por mandato constitucional,

FALLA

PRIMERO. DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de Tutela interpuesta por el señor JULIÁN ALBERTO ESCOBAR TEJADA, contra la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL, La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (Subdirección de gestión del empleo público) – DIAN y la Fundación Universitaria del Área Andina.

SEGUNDO.ORDENAR la notificación de este fallo en la forma establecida en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, advirtiéndole a las partes que el mismo puede ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

En caso de no impugnarse, una vez alcance ejecutoria formal, se enviará lo actuado ante la Honorable Corte Constitucional para a su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

A handwritten signature in black ink, appearing to be the initials 'A.' with a stylized flourish.

Acción de tutela
Radicado 05001310501820231000200
Sentencia 167 de 2023

ALBA MERY JARAMILLO MEJIA
JUEZA

MCJA