

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
 JUZGADO ONCE PENAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA – ATLÁNTICO
 CALLE 40 NO. 44 – 80 EDIFICIO “CENTRO CÍVICO” PISO 5°
 CORREO INSTITUCIONAL: j11pctoconbquilla@cendoj.ramajudicial.gov.co

Barranquilla, quince (15) de febrero del año dos mil veinticuatro (2024)

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA – PRIMERA INSTANCIA.
ACCIONANTE(S): MARUT NEYLEN LOPEZ BARANDICA CC. 55.227.667
ACCIONADO(A): DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN- y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
VINCULADOS: LOS ASPIRANTES AL CURSO DE FORMACION PARA EL CARGO DE NIVEL PROFESIONAL DE LOS PROCESOS MISIONALES DE LA DIAN, GESTOR I, CARGO OFERTADO MEDIANTE LA OPEC N° 198369; ASI COMO TAMBIEN LAS PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN ACTUALMENTE NOMBRADAS EN PROVISIONALIDAD EN DICHO CARGO
RADICACIÓN: 080013109011-2024-00006-00

I. INTROITO / OBJETO DE LA DECISIÓN:

1.1- No advirtiéndose causal alguna que tenga la entidad suficiente para generar la invalidez o nulidad de lo actuado, procede el **JUZGADO ONCE PENAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA** a emitir el fallo de primera instancia que constitucionalmente y en derecho corresponda en la presente acción constitucional de tutela promovida por el(la) señor(a) **MARUT NEYLEN LOPEZ BARANDICA**, identificado(a) con la cédula de ciudadanía No. 55.227.667, contra la **DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN- y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, donde fueron vinculados los aspirantes al curso de formación para el cargo de nivel profesional de los procesos misionales de la DIAN, **GESTOR I**, cargo ofertado mediante la **OPEC N° 198369**; así como también las personas que se encuentran actualmente nombradas en provisionalidad en dicho cargo, por la presunta vulneración del derecho fundamental de *Igualdad, Debido Proceso, Seguridad Jurídica, confianza legítima, acceso a la carrera administrativa por meritocracia.*

II. HECHOS

2.1- Relata la accionante **MARUT NEYLEN LOPEZ BARANDICA** que, se inscribió al “Proceso de selección DIAN 2022” en la OPEC 198369, convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera de la planta de personal de la DIAN. Al superar el puntaje mínimo requerido para la Fase I, continuó en el proceso de selección ocupando una posición de 843 aproximadamente.

De conformidad al acuerdo N° CNT2022AC000008 del 29 de diciembre del 2022 para la Fase II del proceso de selección DIAN 2022, pasarán al curso de formación los participantes que hayan ocupado los tres (3) primeros puestos por cada vacante. Manifiesta la accionante que para el caso concreto la OPEC 198369 posee 394 vacantes, por lo que continuarían al curso de formación los primeros 1.182 participantes, sin embargo, señala que en dicha OPEC, hay

aproximadamente 600 puntajes en empate, en diferentes posiciones a saber, primero, segundo y tercer lugar.

La accionante hace énfasis en el art. 20 del Acuerdo del Proceso de Selección el cual señala: **“ARTÍCULO 20. CURSO(S) DE FORMACIÓN.** (...) (...) *En los términos de la norma precitada, para cada una de las vacantes ofertadas de los empleos antes referidos, se llamarán al respectivo Curso de Formación a los concursantes que, habiendo aprobado la Fase I, ocupen los tres (3) primeros puestos por vacante, incluso en condiciones de empate en estas posiciones, según la relación que previamente haga de ellos la CNSC mediante acto administrativo, contra el cual no procederá ningún recurso. (...)*” (subrayado fuera del texto. Que a su juicio la expresión subrayada se torna ambigua, al prestarse para varias interpretaciones.

Señala que en aras de tener mayor claridad varios aspirantes elevaron consultas a la CNSC, quien les respondió que el numero de citaciones a los cursos de formación varían según los empates que se presenten, previa relación que haga de ellos la CNSC, toda vez que, en caso de empate en un puntaje, se entenderá que esos puntajes cuentan como una sola posición. Es decir que, si se presenta situación de empate en cada uno de los 3 primeros puestos por vacante, estos aspirantes también serán llamados a cursos de formación.

En atención a lo anterior dadas las respuestas de la CNSC, indica la accionante que su posición real teniendo en cuenta los empates, sería de 227 y no de 678, lo que le permite inferir que debe ser llamada al curso de formación en la Fase II. No obstante, en otra respuesta dada por la CNSC indica que serán llamados a realizar el curso de formación tres aspirantes por vacante de la misma OPEC, incluyendo para el efecto, aquellos que se encuentren en empate, dentro de la misma posición. En ese orden de ideas si el grupo se completa con la primera posición, solo se citarán a los aspirantes ubicados en esta, incluyendo sus empates, pero si con la primera posición no se completa el grupo de la OPEC, entonces, se citarán a los aspirantes con segunda posición.

Con ello, hace ver la accionante que difieren las respuestas, puesto que varía las condiciones previamente aclaradas, generando inseguridad jurídica, al no manejar una postura clara y concreta frente a los lineamientos contemplados en el acuerdo, y creando falsas expectativas entre los aspirantes al cargo

Pretende con esta acción de tutela que, se ordene a la accionada **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, emitir una circular y/o concepto donde aclare a todos los participantes del proceso de selección DIAN 2022 en las áreas misionales, los criterios para ser llamados a la Fase II (curso de formación) de conformidad con lo establecido en el Acuerdo de la convocatoria.

III. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

3.1- La accionada **DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DE COLOMBIA -DIAN-**, argumentó que, el desarrollo del concurso de méritos desde la invitación de la convocatoria hasta la conformación y adopción de las listas de elegibles en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo № CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022, es de competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, por lo que, es quien eventualmente podría proferir una respuesta frente a las situaciones y acciones presentadas en cualquiera de las etapas del Proceso de Selección DIAN 2022, situación que comporta que la UAE-DIAN, si bien colabora armónicamente en las acciones previas al desarrollo de la convocatoria, también es cierto que su intervención en la misma se ve limitada,

desde la creación del acuerdo que contiene las condiciones de la convocatoria y hasta tanto la CNSC adopte y conforme mediante acto administrativo motivado la lista de elegibles respectiva. Así las cosas, las pretensiones de la accionante comportan que sea la CNSC, quien las evalúe y se pronuncie de fondo.

Manifiesta que la tutela presentada por la accionante es improcedente frente a la DIAN y existe falta de legitimidad en la causa por pasiva. Por tanto, solicita que sea desvinculada de la presente acción constitucional.

3.2.- la accionada **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-**, explica que en el presente caso no se cumple con el requisito de legitimación en la causa por activa, toda vez que la accionante cuenta con una simple expectativa y es importante aclarar que el simple hecho de considerar porque debe ser llamada a la fase II, no es óbice para suponerse dentro del concurso, dado que debe acreditarse en debida forma las calidades y competencia que tiene el aspirante que ocupara definitivamente el cargo al superar todas y cada una de las etapas previstas dentro del concurso de méritos, aunado a que la simple expectativa no da origen al derecho de admisión. En consecuencia, la accionante no es titular de los derechos fundamentales que estima vulnerados y cuya protección solicita mediante la acción sub judice al no ser titular de un derecho, sino de una expectativa. Consideran que el derecho que debe ser discutido dentro de un concurso de méritos es la igualdad frente a los demás participantes y este se ha garantizado en todo momento por la CNSC.

También manifiesta que, en ningún momento se han cambiado abruptamente las normas del Acuerdo del proceso de selección, que dé lugar a la vulneración del principio de confianza legítima, por el contrario, las normas están y permanecen incólumes y se expidieron en cumplimiento de las normas constitucionales, legales y reglamentarias que las sustentan. De igual forma señala que **la CNSC, ha corregido de manera oficiosa los yerros que ha advertido en cuanto a las respuestas brindadas a los peticionarios**, con ocasión de los cursos de formación, por lo que debe señalarse que de ningún modo puede interpretarse que las respuestas a las que hace alusión la accionante, han sido factor que represente la modificación en las normas preexistentes que rigen el Proceso de Selección DIAN 2022.

Concluye indicando que el puntaje obtenido por la aquí accionante corresponde a 35.40, que para la OPEC 198369 se ofertó un total de 394 vacantes, y dentro de los inscritos, un total de 1182 aspirantes fueron llamados a los cursos de formación, pues obtuvieron mejor puntaje que la aquí accionante, inclusive en situaciones de empate, razón por la cual, no fue citada a curso de formación. Maxime que con el puntaje obtenido por la accionante correspondiente a 35.40 la relega a la posición 8.423 dentro de los 13.368 aspirantes de la OPEC que nos ocupa, por lo que considera que, acceder a sus pretensiones iría en contravía de las normas propias del Proceso de Selección. Se concluye que la accionante no fue citada a CURSOS DE FORMACIÓN, toda vez que, NO ocupó uno los tres (3) primeros puestos por vacante, incluso en condiciones de empate en estas posiciones, y en tal sentido NO continúa en la Fase II del Proceso de Selección Dian 2022. De conformidad con lo anterior, se indica que no se configura la vulneración de los derechos fundamentales que la accionante enuncia en su escrito tutelar, razón por la cual, el trámite de la acción que nos ocupa debe derivar en su declaratoria de improcedencia.

3.3.- Por su parte la Coordinación Jurídica de Proyectos del Consorcio Merito DIAN – **FUNDACION UNIVERSITARIA DEL AREA ANDINA**, manifestó que, si bien la accionante superó el puntaje mínimo requerido para aprobar la Fase I, no es menos cierto que no logro obtener un puntaje que le permitiera una posición meritoria y ser llamada a Curso de Formación.

Menciona que, de acuerdo a lo establecido en el acuerdo rector, para los cursos de formación van a ser llamados los tres (3) primeros puestos por vacante y teniendo en cuenta que el empleo 198369 ofertó 394 vacantes, debían ser llamados 1182 aspirantes, sin embargo y en línea con el mismo acuerdo que señala “incluso en condiciones de empate en estas posiciones”, cabe resaltar que si el último de los llamados a Curso de Formación que completa el grupo de la respectiva OPEC, está empatado con otros, todos estos, también serán llamados a Curso, aunque se supere el número de aspirantes que debe constituir el grupo, situación que ocurre particularmente en esta OPEC a la cual se encuentra inscrito la accionante.

Por último, solicita, que se declare la carencia actual de objeto, se denieguen todas las pretensiones solicitadas las cuales según su criterio no se ajustan a fundamento legal alguno, y en caso de no denegar, declarar la improcedencia de la tutela por no ser ajustable al procedimiento constitucional.

3.4.- El señor **Juan Carlos Cortes Londoño** persona que actualmente se encuentra nombrada en provisionalidad en el cargo de nivel profesional Gestor I, solicita al despacho que le sean amparados sus derechos fundamentales a la salud, a una vida digna, al mínimo vital, a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social, la estabilidad laboral reforzada y al principio de solidaridad, de conformidad con lo establecido en el principio que protege su relación contractual con la DIAN, a fin de que se proteja su estabilidad laboral. manifiesta que ha sido diagnosticado con hipertensión y tumor maligno de próstata, de lo cual la DIAN tiene pleno conocimiento.

Explica que, si bien la accionante está haciendo uso de su derecho de ser llamada al Curso de Formación dentro del proceso de selección en la OPEC 198369, siendo este cargo una de las vacantes existentes en la ciudad de Cali y que actualmente ocupa en calidad de provisional, al momento de surtirse todo el proceso de selección, él se vería perjudicado. Y que por su condición de salud requiere continuar laborando a fin de cotizar en salud y pensión y continuar con el tratamiento de su patología.

Pretende a través de la vinculación a esta acción constitucional que se tutele los derechos fundamentales arriba descritos, nombrándolo en un cargo igual, o en uno de mejor derecho.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

4.1- CONCEPTO, NATURALEZA y FINES DE LA ACCION DE TUTELA. - La tutela es una acción constitucional, judicial y autónoma para la protección inmediata y concreta de los **Derechos constitucionales fundamentales**¹ de las personas, que

¹ Tradicionalmente se ha sostenido que son Derechos Fundamentales todos aquellos inherentes al ser humano y que existen antes que el Estado y están por encima de cualquier norma o ley que los reconozca o no. - En su obra “DERECHOS Y GARANTIAS. La ley del más débil.”, el recocado y destacado jurista italiano Luigi Ferrajoli conceptuó (pág. 37) que: “DERECHOS FUNDAMENTALES son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de

opera únicamente en los casos en los que no exista otro medio de defensa judicial, salvo cuando se trata de la tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, es la garantía constitucional del derecho que tiene toda persona a la protección judicial de sus derechos fundamentales, a través de un recurso efectivo. Fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la constitución de 1991, en cuyo artículo 86 preceptúa que se trata de una acción constitucional y publica y, por consiguiente puede ser interpuesta por cualquier persona, en todo momento y lugar, para reclamar ante los Jueces de la Republica la protección inmediata y efectiva de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en este último evento bajo los supuestos previstos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, y sea necesaria para evitar un perjuicio irremediable o cuando no existe otro medio de defensa administrativo o judicial que sirva para tales efectos.

Por su parte, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estipulo varias causales generales de improcedencia de la acción de tutela, valga decir, frente a las cuales no procede el ejercicio de esta acción, siendo la más frecuente la del numeral 1, o sea, cuando existen otros recursos o medios de defensa judiciales o administrativos para proteger los derechos fundamentales del accionante, como quiera que la acción constitucional de tutela es de naturaleza subsidiaria, accesoria o residual frente a otros recursos o medios de defensa judiciales o administrativos.

Sin embargo, como es sabido, existen dos excepciones a la regla según la cual la existencia de otros mecanismos alternos de defensa judicial desplaza a la acción de tutela, la primera se presenta cuando la acción de amparo se ha intentado como mecanismo transitorio para evitar el inminente perjuicio irremediable. La segunda, cuando el otro medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca. En efecto, la primera de estas excepciones está establecida por el mismo artículo 86 de la Constitución y reglamentada por el artículo 8 del Decreto 2591/91. La segunda ha sido introducida por la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional.

*ciudadanos o de personas con capacidad de obrar; entendiendo por **derecho subjetivo** cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por **status** la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas... Son fundamentales los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar.”. - En el mismo sentido, en la sentencia T-227/03, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett, la Honorable Corte Constitucional expresó: “(...) será **fundamental** todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible (en un derecho subjetivo.”*

En Sentencia T-989/08 la Honorable Corte Constitucional precisó lo siguiente sobre la subsidiariedad de la acción de tutela:

La jurisprudencia de la Corte, ha señalado que el respeto de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, como exigencias generales de procedencia de la acción de tutela, ha sido tradicionalmente una condición necesaria para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales, por vía excepcional. De hecho, de manera reiterada, esta Corporación ha reconocido que la acción de tutela conforme al artículo 86 de la Carta, es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario, [1] que puede ser utilizado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando no exista otro medio idóneo para la protección de los derechos invocados, o cuando existiendo otros medios de defensa judiciales se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable [2].

La naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción de tutela, permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, los ciudadanos se encuentran obligados a acudir de manera preferente a ellos, cuando son conducentes para conferir una eficaz protección constitucional. [3] De allí que quien alegue la vulneración de sus derechos fundamentales debe haber agotado los medios de defensa disponibles por la normatividad para tal efecto. [4] Exigencia que se funda en el principio de subsidiariedad de la acción de tutela antedicho, que pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador, [5] y menos aún, un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes [6] en los procesos judiciales [7].

No obstante, esta Corporación también ha considerado la acción de tutela como un medio de protección directo, frente a la falta de idoneidad e ineficacia de los mecanismos ordinarios de protección, circunstancia ligada a la inminencia del perjuicio irremediable. Evento en el cual su virtud cautelar se modula para convertirse en mecanismo de protección inmediato.

De la misma manera la Corte ha sido enfática en resaltar como principios rectores del proceso de tutela, los de informalidad y de eficacia de los derechos fundamentales. Según estos principios, el juez constitucional está en la obligación de adelantar en el marco de sus competencias, todas las conductas enderezadas a garantizar la protección de los derechos fundamentales cuando los mismos han sido objeto de amenaza o vulneración.

La acción de tutela no solo opera el principio de Subsidiariedad como requisito de procedibilidad de esta, sino también el de inmediatez.

La acción de tutela fue objeto de reglamentación a través de los decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000 y 1983 de 2017.

4.2.- LEGITIMACION POR ACTIVA. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, como en el presente asunto lo hizo el(la) señor(a) **MARUT NEYLEN LOPEZ BARANDICA**, en procura de la protección de sus derechos fundamentales, razón por la cual se encuentra legitimado para interponer la acción de amparo constitucional que nos ocupa.

4.3.- LEGITIMACIÓN POR PASIVA. - La legitimación en la causa por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, una vez se acredite la misma en el proceso. Conforme a los artículos 86 de la Constitución y 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad y frente a particulares, es por ello por lo que la presente acción procede contra la **DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-** y la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, en calidad de accionados.

4.4.- INMEDIATEZ. - Es un requisito para la procedibilidad de la acción, el que esta sea interpuesta en forma oportuna, es decir que se realice dentro de un plazo razonable, toda vez que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales frente a su vulneración o amenaza. El juzgado considera que en el asunto bajo estudio se cumple con el requisito de la inmediatez. Ello por cuanto entre las conductas que presuntamente causaron la amenaza o vulneración y la fecha de interposición de la acción de tutela transcurrió un término prudente y razonable para solicitar la protección de los derechos constitucionales fundamentales.

4.5.- PROBLEMAS JURIDICOS Y ESQUEMA DE RESOLUCION.- Conforme a los antecedentes expuestos en el presente asunto, le corresponde a este despacho resolver los siguientes problemas jurídicos: (i) Si la acción de tutela cumple con los requisitos de procedibilidad formales para controvertir decisiones adoptadas en el marco de un concurso público (ii) determinar si por parte de las entidades accionadas **DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-** y la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, vulneraron los derechos fundamentales expuestos por la accionantes, al estimar que no se ha emitido una circular y/o concepto donde aclare a todos los participantes del proceso de selección DIAN 2022 en las áreas misionales, los criterios para ser llamados a la Fase II (curso de formación) de conformidad con lo establecido en el Acuerdo de la convocatoria

Para resolver el problema jurídico antes planteado, este juzgado traerá las reglas y principios aplicables para la solución de este tipo de conflictos, a través de la selección de las *RATIO DECIDENDI*² de PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES o

² *RATIO DECIDENDI* Son los argumentos que realiza el Juez o Tribunal en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que constituyen la base de la decisión del Juez o Tribunal acerca de la materia sometida a su conocimiento, que en palabras de la H. Corte Constitucional es “*la formulación general... del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. [o] si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive*”.

JUDICIALES³ utilizados para resolver casos similares y que por hacer parte de al menos tres (3) decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho emitidas por la máxima autoridad de cierre de la jurisdicción constitucional, constituyen DOCTRINA PROBLALE, de acuerdo con el artículo 4 de la ley 169 de 1896 (Exequible, Sent. C-836 DEL 2001), que tratan a cerca de las materias o asuntos a resolver en el caso, a saber: (i) Derecho al Debido Proceso. (ii) Subsidiariedad; (iii) La procedencia de la acción de tutela ante la existencia de otro medio de defensa judicial. (iv) Procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones adoptadas en procesos de selección de empleos públicos. (v) la igualdad, la equidad, y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa. Reiteración de jurisprudencia.

Finalmente, a partir de las consideraciones de la doctrina probable de la Honorable Corte Constitucional, el Juzgado efectuará el estudio del caso concreto para llegar a la solución constitucional del mismo.

V. RATIO DECIDENDI DE PRECEDENTES JUDICIALES QUE APLICADOS AL CASO CONCRETO PERMITEN SU SOLUCION:

5.1 “EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. CONCEPTO Y ALCANCE GENERAL

3.1. Como es sabido, el debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

3.2. La jurisprudencia constitucional 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.

3.3. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”[3].

3.4. En este sentido, el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos.

³ **PRECEDENTE JUDICIAL** “por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.”, que se diferencia del el concepto de **ANTECEDENTE JUDICIAL**, porque este último “se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter **orientador**, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad (...).”.

3.5. Según lo ha destacado este Tribunal, el derecho al debido proceso tiene como propósito específico “la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1° y 2° de la C.P)”⁴

autoridades públicas, categoría que incluye a toda persona de derecho público, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 1437 de 2011. Entre tales autoridades, están comprendidos aún órganos autónomos constitucionales, como son las universidades públicas[150], las entidades descentralizadas, como el ICETEX[151] o el ISS[152], las entidades territoriales[153] o las dependencias del sector central de ese nivel de la administración[154].

De igual modo, este Tribunal recuerda que las autoridades deben tener en cuenta que el derecho de petición se aplica a todo el procedimiento administrativo, trámite que incluye los recursos ordinarios y extraordinarios.

Desde el comienzo, las Salas de Revisión han advertido que la presentación de los recursos administrativos por parte de una persona que impugna una decisión de las autoridades, es una manifestación del derecho de petición[155]. Por eso, en caso de no resolver tales inconformidades se afectará el derecho analizado. Así, “La Corte en su jurisprudencia ha señalado que, si el derecho de petición tiene por objeto obtener una respuesta de fondo, clara, oportuna y congruente con lo pedido, los recursos ante la administración deben incluirse en el núcleo esencial del artículo 23 Superior”[156]. Entonces, para la Corte la interposición de los recursos es una especie del derecho de petición que tiene una solicitud definida, la cual se concreta en aclarar, modificar o revocar un acto de la administración[157]. De otro lado, la Corte ha manifestado que las autoridades tienen la obligación de responder las solicitudes de revocatoria directa de un acto administrativo, en razón de que es un desarrollo del derecho de petición[158].

En consecuencia, cuando se configura la hipótesis del **silencio negativo** en los recursos ordinarios o extraordinarios se producirá la afectación al derecho de petición, evento en que la prueba de la vulneración será el propio acto ficto[159], de modo que el interesado podrá hacer uso de la acción de tutela para corregir dicha actuación inconstitucional. Se reafirma que “El derecho de petición una garantía constitucional fundamental (art. 23 C.P.), de carácter prevalente y de aplicación inmediata, estructurada con el fin de garantizar la participación de todos en las decisiones que los afectan[160], el deber de la administración es el de dar una respuesta oportuna y completa a las solicitudes de los particulares, no el de esgrimir la configuración del silencio administrativo negativo frente a su obligación de dar respuesta, pues esta institución del derecho público no satisface materialmente el fin primordial de la citada garantía constitucional. La regla referida también opera para el silencio positivo”[161]. En efecto la configuración de los actos administrativos presuntos no subsana la vulneración del derecho al debido proceso[162].

Finalmente, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido que las personas tienen el derecho a presentar peticiones ante los jueces de la República y que estas sean resueltas, **siempre que el objeto de su solicitud no recaiga sobre los procesos que el funcionario judicial adelanta**. Esta posición se sustenta en que los jueces actúan como autoridad, según el artículo 86 de la Constitución[163]. En estos eventos, el alcance de este derecho encuentra limitaciones, por ello, se ha

⁴ H. Corte Constitucional C 980 de 2010 M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

especificado que deben diferenciarse las peticiones que se formulen ante los jueces, las cuales serán de dos clases: (i) las referidas a actuaciones estrictamente judiciales, que por tales se encuentran reguladas en el procedimiento respectivo, debiéndose sujetar entonces la decisión a los términos y etapas procesales previstos para el efecto; y (ii) aquellas que por ser ajenas al contenido mismo de la *litis* e impulsos procesales, deben ser atendidas por la autoridad judicial en su condición, bajo las normas generales del derecho de petición que rigen la administración, esto es, el Código Contencioso Administrativo”[164]. Por tanto, el juez tendrá que responder la petición de una persona que no verse sobre materias del proceso sometido a su competencia”⁵.

5.2.- “SUBSIDIARIEDAD

10. El inciso 4° del artículo 86 Superior consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y establece que *“[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

Del mismo modo, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, prevé que el amparo constitucional será improcedente, cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

En la **sentencia T-1008 de 2012**[47], esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que **no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito**, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Posteriormente, en las **sentencias T-373 de 2015**[48] y **T-630 de 2015**[49], estableció que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se **consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico**, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6° del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que *“siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su*

⁵ H. Corte Constitucional C-951 de 2014 M.P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”[50].

En el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado[51].

En relación con la idoneidad del recurso ordinario, esta Corporación en la **sentencia SU-961 de 1999**[52] indicó que en cada caso, el juez de tutela debe evaluar y determinar si el mecanismo judicial al alcance del afectado puede otorgar una protección completa y eficaz, de no cumplirse con los mencionados presupuestos, el operador judicial puede conceder el amparo constitucional de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.

En el mismo sentido, la **sentencia T-230 de 2013**[53], indicó que una de las formas para determinar que el mecanismo no es idóneo, se presenta cuando éste no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión. En consecuencia, la aptitud del medio debe analizarse en cada caso concreto y en su estudio se considerarán: (i) las características del procedimiento; (ii) las circunstancias del peticionario y (iii) el derecho fundamental involucrado.

De otra parte, en cuanto a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal, en la **sentencia T-225 de 1993**[54], señaló que de acuerdo con el inciso 3º del artículo 86 Superior, aquel se presenta cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad.

Adicionalmente, en la **sentencia T-808 de 2010**[55], reiterada en la **T-956 de 2014**[56], la Corte estableció que se debe tener en cuenta la presencia de varios elementos para determinar el carácter irremediable del perjuicio.

En primer lugar, estableció que el daño debe ser **inminente**, es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo. Este presupuesto exige la acreditación probatoria de la ocurrencia de la lesión en un corto plazo que justifique la intervención del juez constitucional. Es importante resaltar que la inminencia no implica necesariamente que el detrimento en los derechos este consumado. Asimismo, indicó que las medidas que se debían tomar para conjurar el perjuicio irremediable deben ser **urgentes y precisas** ante la posibilidad de un daño **grave** evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales de una persona. En esa oportunidad, la Corte señaló que la gravedad del daño depende de la importancia que el orden jurídico le concede a determinados bienes bajo su protección.

Finalmente estableció que la acción de tutela debe ser **impostergable** para que la actuación de las autoridades y de los particulares sea eficaz y pueda asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

Es importante resaltar que, si bien una de las características de la acción de tutela es su carácter informal, esta Corporación ha hecho especial énfasis en la necesidad de que los jueces de tutela corroboren los hechos que dan cuenta de la vulneración del derecho fundamental[57]. En este sentido, la **sentencia T-702 de 2000**[58] determinó que los jueces no pueden conceder una tutela si no existe

prueba de la transgresión o amenaza del derecho fundamental que requiera el amparo constitucional en un proceso preferente y sumario.

En la sentencia **T-131 de 2007**[59], la Corte estableció que en sede de tutela el accionante tiene la carga de probar las vulneraciones invocadas. Quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe acreditar probatoriamente los hechos que fundamentan sus pretensiones con la finalidad de que el juez adopte una decisión con plena certeza y convicción de la amenaza o vulneración del derecho invocado. No obstante, también reconoció que existen situaciones en las que la carga de la prueba se debe invertir por las condiciones de indefensión en las que se encuentra el peticionario.

No obstante, esta Corporación se ha pronunciado sobre las facultades que tiene el juez constitucional de solicitar las pruebas de oficio en los casos en los que el actor no aporte las pruebas que sustentan sus pretensiones. En particular, en la **sentencia T-864 de 1999**[60], este Tribunal afirmó que la práctica de pruebas resulta un deber inherente para la función de los jueces constitucionales, en la medida que decisiones exigen una definición jurídicamente cierta, justa y sensata del asunto analizado. Igualmente, en la **sentencia T-498 de 2000**[61], señaló que en casos de tutela el funcionario judicial debe adelantar actuaciones mínimas y razonables para verificar los hechos sometidos a su decisión, lo que exige una mayor participación por parte de los jueces para lograr la máxima efectividad de la norma Superior.

En el mismo sentido, en la **sentencia T-699 de 2002**[62], este Tribunal expresó que los jueces tienen el deber de decretar y practicar pruebas con el fin de tener los suficientes elementos de juicio para fallar un asunto sometido a su consideración con el fin de lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales.

Finalmente, en la **sentencia T-571 de 2015**[63], esta Corporación reiteró las sentencias anteriormente citadas e indicó que la informalidad que caracteriza el amparo constitucional no significa que el juez pueda sustraerse de verificar la veracidad de las afirmaciones que presentan las partes en el proceso. Asimismo, resaltó que la decisión del juez:

“no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela”.

Con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, se concluye que, en principio, la acción de tutela procede cuando se han agotado los mecanismos de defensa judicial ordinarios. No obstante, existen situaciones de hecho en las que puede demostrarse la ocurrencia o amenaza de un perjuicio irremediable, razón por la que resulta urgente la protección inmediata e impostergable por parte de las autoridades correspondientes para evitar la afectación de un bien jurídicamente protegido.

De acuerdo a lo anterior, la persona que alega la ocurrencia de un perjuicio irremediable debe acreditar probatoriamente los hechos en los que funda la configuración de dicha situación. Sin embargo, el análisis de los mencionados elementos demostrativos debe consultar los principios de informalidad y celeridad que orientan la solicitud de amparo.”⁶.

⁶ H. Corte Constitucional T 471 de 2017 M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

5.3.- “LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA ANTE LA EXISTENCIA DE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL.

De acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Corporación[1], en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6° del Decreto 2591 de 1992, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter *subsidiario*. Ésta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

Esta Corporación ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración. Sobre el particular, en la sentencia T-753 de 2006[2] esta Corte precisó:

“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela,[3] se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.”

Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005[4], la Corte indicó:

“Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales, sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.”

Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: **(i)** los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; **(ii)** se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, **(iii)** el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

La jurisprudencia constitucional^[5], al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser *inminente*, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser *urgentes*; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea *grave*, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea *impostergable*, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”⁷.

“Improcedencia de la acción de tutela contra providencia judicial cuando no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios.

Como se indicó en la sentencia C-590 de 2005, constituye *“un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última”*. En consecuencia, no resulta procedente la acción de tutela contra providencias judiciales cuando el actor no ha utilizado o agotado todos los medios ordinarios o extraordinarios de defensa judiciales que el ordenamiento jurídico le ha otorgado para la protección de sus derechos fundamentales.

Es así como el agotamiento de los mecanismos ordinarios de defensa judicial constituye un requisito ineludible para la procedencia de la acción de tutela, salvo que, por razones extraordinarias, el juez constitucional compruebe que los otros medios judiciales no son eficaces para la protección de las garantías invocadas. En la sentencia T-161 de 2005, esta Corporación enfatizó que:

“la tutela no fue creada para sustituir los mecanismos de defensa ordinarios. Para el Tribunal, la acción del artículo 86 de la Carta tiene carácter excepcional en la medida en que únicamente responde a las deficiencias de los medios de defensa judiciales, sin desplazarlos ni sustituirlos. De allí que la Corte haya afirmado que dicha acción constituye un instrumento democrático con que cuentan los ciudadanos para reclamar ante los jueces dicha protección de sus derechos constitucionales, pero de la cual, en razón a su excepcionalidad, no puede abusarse ni hacerse uso cuando existan otros medios judiciales idóneos para la definición del conflicto asignado a los jueces ordinarios con el propósito reiterado de obtener, entre otras consideraciones, un pronunciamiento más ágil y expedito.”

Entonces, con miras a obtener la protección de sus garantías, los ciudadanos están obligados a acudir de manera preferente a los mecanismos ordinarios y extraordinarios, cuando ellos se presenten como conducentes para conferir una eficaz protección constitucional^[37], y solo en caso de que dichos mecanismos carezcan de idoneidad o eficacia, es que procedería la acción de tutela para su protección.

Esta exigencia pretende asegurar que la acción de tutela no sea considerada una instancia adicional en el trámite procesal, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador^[38].

Igualmente, en reciente pronunciamiento, este tribunal constitucional reiteró esta posición y confirmó que siempre que existan recursos ordinarios o extraordinarios para alcanzar la validez de los derechos fundamentales, se debe

⁷ H. Corte Constitucional T 177 de 2011 M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

acudir a ellos de manera preferente, a fin de que la acción de tutela no sea considerada como una instancia adicional, ni llegue a reemplazar aquellos previstos por el proceso ordinario. En la sentencia T-746 de 2013 se expuso:

“En este sentido, la subsidiariedad y la excepcionalidad de la acción de tutela, permiten reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial como mecanismos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, se debe acudir a ellos preferentemente, siempre que sean conducentes para conferir una eficaz protección constitucional de los derechos fundamentales de los individuos. Razón por la cual, quien invoca la transgresión de sus derechos fundamentales por esta vía, debe agotar los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto.[39] Esta exigencia pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada una instancia adicional en el trámite procesal, ni un mecanismo de defensa que remplace aquellos diseñados por el legislador[40].”

Es así como en diferentes oportunidades esta Corporación ha declarado la improcedencia del amparo al verificar que no se agotaron todos los recursos ordinarios y extraordinarios antes de acudir a la acción de tutela. Al respecto se pueden constatar las siguientes decisiones:

En la sentencia SU-858 de 2001, la Corte Constitucional estudió el caso del Exsenador Édgar José Perea Arias en contra de la Sala Plena del Consejo de Estado, que mediante providencia de 18 de julio de 2000 decidió decretar la pérdida de su investidura[41]. En esa oportunidad encontró este tribunal constitucional que el accionante aún contaba con la posibilidad de acudir al recurso extraordinario especial de revisión (art. 17 de la Ley 144 de 1994).

En la sentencia SU-1299 de 2001[42], se alegó el desconocimiento de la prohibición de la *reformatio in pejus*. Esta Corporación sostuvo que, a pesar de la irregularidad presentada, debía agotarse primero el recurso de casación⁸.

5.4.- LA IGUALDAD, LA EQUIDAD Y EL DEBIDO PROCESO COMO FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

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.

Para esta Corporación, ese sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 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 distingo alguno 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.

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

⁸ H. Corte Constitucional T-396 de 2014 M.P. JORGE IVAN PALACIO PALACIO.

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.

De otra parte, a partir del mandato contenido en el artículo 125 de la Carta y en virtud del derecho al debido proceso, 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”*

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. 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 en 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 las personas que la conforman.”

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; 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 reconforman sin existir razones válidas que lo ameriten.

VI. SOLUCION CONSTITUCIONAL AL PROBLEMA JURIDICO DEL CASO CONCRETO

De conformidad a los antecedentes señalados, en el presente asunto le corresponde a este juzgado determinar: (i) Si la acción de tutela cumple con los requisitos de procedibilidad para controvertir decisiones adoptadas en el marco de un concurso público. (ii) Determinar si las entidades accionadas **DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-** y la **COMISION NACIONAL DEL**

SERVICIO CIVIL, vulneraron los derechos fundamentales expuestos por la accionante, al estimar que no se ha emitido una circular y/o concepto donde aclare a todos los participantes del proceso de selección DIAN 2022 en las áreas misionales, los criterios para ser llamados a la Fase II (curso de formación) de conformidad con lo establecido en el Acuerdo de la convocatoria

6.1 PROCEDENCIA DE LA TUTELA EN EL ASUNTO SUB EXAMINE.

Sea del caso en primer lugar determinar que pretende la accionante **MARUT NEYLEN LOPEZ BARANDICA** controvertir el oficio de fecha 29 de diciembre del 2022, emitido por la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, pues a su juicio las respuestas dadas bajo los Radicados 2023RS151605 y 2023RS141682 del 20 de noviembre de 2023, si garantizan igualdad de condiciones y oportunidades para aquellos en posición de empate, esto con el fin de salvaguardar y garantizar los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad jurídica, acceso a la carrera administrativa por meritocracia e igualdad de los aspirantes, así como los principios de transparencia, legalidad y confianza legítima., utilizando para ello la vía excepcional y subsidiaria de tutela.

Tratándose de afectaciones derivadas del trámite de los concursos de méritos, resulta imperativo para el juez constitucional determinar cuál es la naturaleza de la actuación que presuntamente transgredió los derechos, con la finalidad de determinar si existe o no un mecanismo judicial idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico. Por lo anterior, es importante establecer en qué etapa se encuentra el proceso de selección, para determinar si existen actos administrativos de carácter general o de carácter particular y concreto que puedan ser objeto de verificación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de los medios de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, dependiendo de cada caso. En este punto se hace válido aclarar que, dependiendo del caso, y ante la existencia de otro medio idóneo para valorar la legalidad y la administración de los concursos de méritos, no implica el rechazo de un tajo de la acción de tutela, sino que como se adujo al principio será necesario determinar cómo se ha insistido, sí es la acción constitucional el mecanismo es idóneo para resolver el problema planteado la posible afectación de las garantías fundamentales, atendiendo a las condiciones particulares de cada caso, por lo que este despacho entiende será aplicable de manera excepcional pues, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo judicial de protección previsto para controvertir los actos proferidos en el marco de un concurso de méritos. La Corte Constitucional en la sentencia T-059 de 2019 consideró:

“que es procedente de forma definitiva para resolver controversias relacionadas con concursos de méritos, cuando (i) el empleo ofertado en el proceso de selección cuenta con un periodo fijo determinado por la Constitución o por la ley; (ii) se imponen trabas para nombrar en el cargo a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles; (iii) el caso presenta elementos que podrían escapar del control del juez de lo contencioso administrativo, por lo que tiene una marcada relevancia constitucional; y, finalmente, (iv) cuando por las condiciones particulares del accionante (edad, estado de salud, condición social, entre otras), a este le resulta desproporcionado acudir al mecanismo ordinario”.

En el presente caso, no se evidencia ninguna de las premisas consideradas por la Corte, pues, en este punto **(i)** El acuerdo No. CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022 con todos sus anexos, se encuentran en firme; **(ii)** la

accionante **MARUT NEYLEN LOPEZ BARANDICA**, alega dentro del cuerpo de la demanda que la expresión “*incluso en condiciones de empate en estas posiciones*” es ambigua y se presta para varias interpretaciones, destaca este Despacho que, la norma a aplicar era conocida por los participantes desde el momento de su publicación y que a la postre para dar con su invalidación porque se considera que vulnera los derechos de los participantes que superen la fase I, el medio pertinente para ventilar la controversia planteada es la demanda de nulidad del acto Jurídico que la excluye de la convocatoria, correspondiente al acto administrativo que se expida, si aún no se ha hecho, para efectos de citar a las personas llamadas a continuar con el curso de formación; **(iii)** Para este Despacho es claro que, no es el llamado en primer término a salvaguardar los derechos fundamentales invocados por la accionante, como quiera que en el ordenamiento jurídico se instituyeron otros medios judiciales que coinciden con dicho cometido, a los cuales debe acudir preferentemente en la medida que la vía constitucional es de carácter subsidiario y residual, motivo por el que asoma circunstancial pronunciarse de fondo sobre la cuestión planteada si se repara en el hecho de que su resolución fue deferida, por regla general, a la jurisdicción contencioso administrativa, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, este despacho, descarta la procedencia de esta acción de tutela, por cuanto se constata que no se configura ninguna de las subreglas que permiten la viabilidad excepcional del amparo, previamente señaladas en esta providencia.

La accionante **MARUT NEYLEN LOPEZ BARANDICA** funda sus reparos en un presunto cambio de interpretación por parte de la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** al momento de contabilizar los puntajes que son llamados al Curso de Formación, según lo indicado en respuesta a los oficios No 2023RS141682 y No 2023RS160605 del 24 de octubre y 12 de diciembre de 2023; no obstante, nota el despacho que los aludidos escritos fueron elevados por otros ciudadanos y no directamente por la señora **MARUT NEYLEN LOPEZ BARANDICA**. Aunado al hecho de que tales oficios fueron corregidos por la CNSC, mediante oficios de fecha 29 de diciembre de 2023 en que da alcance a las respuestas de citación al Curso de Formación

En ese orden, no existe prueba que la CNSC vulnere derecho porque la accionante no tenga claridad de la interpretación en la expresión “*incluso en condiciones de empate en estas posiciones*”, no es el juez constitucional que debe ordenar la emisión de conceptos y/o aclaraciones a la entidades estatales, pues bien puede la accionante solicitarlo de manera particular, quien en el caso que nos atañe **no se encuentra probado que haya realizado petición a la entidad**, por lo que ceder a la pretensión de la accionante sin una carga mínima de actividad y diligencia es el devenir de una condena injustificada a los accionados. Incluso, de manera clara el Tribunal Constitucional en sentencia T – 527 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), expresó frente a este tópico que: “... *si ante el juez no ha sido probada la presentación de la solicitud, mal puede ser condenada la autoridad destinataria de la misma, pues procesalmente no existe el presupuesto del cual se deduzca que, en tal evento, estaba en la obligación constitucional de responder.*”

Conforme lo dispuesto en el cuerpo de la demanda de tutela, la accionante **MARUT NEYLEN LOPEZ BARANDICA**, no ha agotado todos los medios de defensa principales, dispuestos por el legislador, mecanismos que revisten las características de principales, y no pueden ser sustituidos o reemplazados por la acción de tutela, en razón a que su característica de subsidiaria no lo permite,

máxime cuando el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 proscribe la utilización de la tutela cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo cuando estos resulten ser ineficaces, lo cual no ocurre en este caso.

Conforme a la jurisprudencia que tiene decantada el Guarda Supremo de la Constitución, cuando el actor cuenta con otros medios o mecanismos de defensa judiciales, **NO** puede ser usada la acción constitucional de tutela de manera simultánea, paralela o complementaria a los medios defensa judicial principales, como aquí lo pretende en esta ocasión el demandante.

En otras palabras, la acción constitucional de tutela no fue estatuida ni diseñada para reemplazar, sustituir y mucho menos desplazar a los recursos, consultas medios o mecanismos de defensa principales de los derechos supuestamente conculcados o violados a una persona, puesto que se trata la tutela de una acción residual, subsidiaria o supletoria que opera cuando los medios o mecanismos judiciales y/o principales de defensa establecidos en la ley no tienen la aptitud de garantizar la salvaguarda o protección de esos derechos o no existe un recurso, medio o mecanismo consagrado para la defensa de los mismos, ni el Juez constitucional tiene la potestad de subvertir el orden constitucional y arbitrariamente usurpar o atribuirse competencias que se encuentran radicadas en el Juez natural llamado por Ley a resolver un conflicto jurídico y restablecer derechos, cuando es procedente, mediante una acción específica, por lo que en este momento resulta claramente improcedente la intervención de esta autoridad constitucional.

Teniendo en cuenta lo expuesto previamente, el despacho declarará la improcedencia del amparo en el caso presente, debido a que no cumple con los requisitos de procedibilidad, establecidos por el principio de subsidiaridad de la acción de tutela.

Por lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO ONCE PENAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo de tutela solicitado por la señora **MARUT NEYLEN LOPEZ BARANDICA**, identificado(a) con la cédula de ciudadanía No. 55.227.667, contra la **DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DE COLOMBIA – DIAN-**, y la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, donde fueron vinculados los aspirantes al curso de formación para el cargo de nivel profesional de los procesos misionales de la DIAN, Gestor I, cargo ofertado mediante la OPEC N° 198369; así como también las personas que se encuentran actualmente nombradas en provisionalidad en dicho cargo, por las razones expuestas en los considerandos de esta determinación. -

SEGUNDO. NOTIFIQUESE está providencia a las partes tal como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.-

TERCERO. ORDENAR a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC-** para que, de manera inmediata, publique el presente fallo en su página web o en el aparte de la red correspondiente a la convocatoria, para el conocimiento de los aspirantes al Curso de Formación para el cargo de nivel profesional de los procesos misionales de la DIAN, Gestor I, cargo ofertado mediante la OPEC N.º

198369 que se encuentran en la lista de elegibles de la fase II estructurada a través del Acuerdo CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022, emitida en el marco del "Proceso de selección DIAN 2022

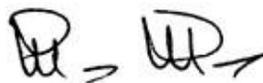
CUARTO. ORDENAR a la **DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DE COLOMBIA – DIAN-** para que de manera inmediata remita el presente fallo de tutela al correo electrónico institucional o personal reportado en la hoja de vida de los nombrados en provisionalidad o encargo en el cargo de nivel profesional Gestor I.

QUINTO. DECLARAR que contra el presente fallo procede **IMPUGNACIÓN** conforme a los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.-

SEXTO. Si no fuere impugnado el presente fallo, remítase la actuación a la **HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL**, en los términos y para efectos del inciso 2 del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.-

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

V.M.C.



MARTHA ISABEL MARQUEZ ROMO
JUEZ. -