

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CONOCIMIENTO DE ADOLESCENTES
MANIZALES CALDAS

Manizales, catorce (14) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Fallo de Tutela No. 13	
RADICACIÓN:	17001-31-18-002-2024-00014-00
ACCIONANTE:	FRANCISCO JAVIER ARIAS OSORIO
ACCIONADAS:	CNSC, DIAN, FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA
VINCULADOS:	TODOS LOS PARTICIPANTES DEL PROCESO DE SELECCIÓN DIAN 2022, NÚMERO OPEC: 198304

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir decisión de primera instancia dentro de la acción de tutela promovida por **FRANCISCO JAVIER ARIAS OSORIO**, contra la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)**, la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)** y la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA**, trámite al cual fueron vinculados **TODOS LOS PARTICIPANTES DE LA CONVOCATORIA 2497 DE 2022 PROCESO DE SELECCIÓN DIAN 2022**, específicamente en el número **OPEC: 198304, GESTOR II, CÓDIGO DE EMPLEO 302, GRADO 02**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, petición, igualdad, acceso a la carrera administrativa, trabajo, seguridad jurídica y confianza legítima.

TITULAR DE LA ACCIÓN

FRANCISCO JAVIER ARIAS OSORIO, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.276.960, se notifica en el correo electrónico **fjavi50@gmail.com**, celular 3004475970.

SUJETOS PASIVOS:

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC: Órgano constitucional, autónomo e independiente de las ramas del Poder Público, de carácter permanente del nivel nacional, dotada de autonomía administrativa, personalidad jurídica y patrimonio propio.

DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN): Es una Unidad Administrativa Especial del orden nacional de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA: Es una entidad de derecho privado, de utilidad común y sin ánimo de lucro, dotada de Personería Jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS VULNERADOS

Como tal fueron señalados en la respectiva solicitud los siguientes:

- DERECHO AL DEBIDO PROCESO
- DERECHO DE PETICIÓN
- DERECHO A LA IGUALDAD
- DERECHO AL ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA
- DERECHO AL TRABAJO
- SEGURIDAD JURÍDICA
- CONFIANZA LEGÍTIMA

HECHOS

Francisco Javier Arias Osorio relató que mediante Acuerdo No. CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022 expedido por la CNSC, se convocó y se establecieron reglas del proceso de selección para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la UAE-DIAN, proceso de selección DIAN 2022 para el que participó en el cargo de Gestor II, código de empleo 302, grado 02, OPEC 198304.

Indicó que superó la Fase I del proceso de selección, razón por la cual continuó en el concurso, pero para la Fase II obtuvo un puntaje de 37.91 con resultado “no continúa en concurso”, siendo excluido del proceso por no encontrarse dentro de los tres primeros puntajes para ser llamado a dicho curso.

Que conforme al artículo 20 del acuerdo serían llamados para la Fase II, curso de formación, los concursantes que habiendo aprobado la Fase I ocuparan los tres primeros puestos por cada vacante, incluso en condiciones de empate en estas posiciones.

Que la OPEC 198304 posee 120 vacantes, por lo que continuarían en la Fase II - curso de formación los primeros 360 participantes con el puntaje más alto, de ahí que el 25 de enero de 2024 fueron llamados a la Fase II del curso de formación 364 participantes de los 360.

No obstante, pese a la publicación realizada en la página SIMO, no le fue posible visualizar su posición, ni la de los demás participantes, incluso en condiciones de empate, pues únicamente fueron publicados los puntajes de aquellos que fueron llamados a la Fase II del concurso hasta el puntaje 38.82., por lo que no le fue posible verificar si le asistía derecho a ser llamado.

Señaló que inicialmente la CNSC se pronunció mediante oficio No. 2023RS141682 del 24 de octubre de 2023, indicando que si varios aspirantes tienen como resultado de la Fase I el mismo puntaje, se ubicarán en una misma posición, de tal forma que por cada posición de empate serán llamados al curso de formación, siempre y cuando se cumpla la condición referida a los 3 primeros puestos por vacante, por lo que de acuerdo con el ejemplo referenciado en la petición, serán llamados al empleo con una vacante a las 3 posiciones, esto es a los 8 aspirantes, por cuanto los aspirantes 1 y 2 ocupan la posición 1; los aspirantes 3, 4 y 5 ocupan la posición 2 y los aspirantes 6, 7 y 8 ocupan la posición 3.

Asimismo, que la CNSC emitió oficio No. 2023RS160605 del 12 diciembre de 2023, en el que precisó que por vacante se citarían al curso de formación a los tres primeros puestos obtenidos en el resultado global de la Fase I, y en caso de empate en el primer, segundo o tercer lugar se citará al mismo a los aspirantes que se encuentran en esas posiciones, de ahí que el número de citaciones a dichos cursos de formación varían según los empates; así, por ejemplo, en caso de ofertarse 123, se deben citar a los aspirantes que se encuentran en las primeras 369 posiciones, y en caso de tener con empates incluidos a 500 aspirantes en las primeras 369 posiciones, se procedería a convocar a los 500 aspirantes al curso de formación

No obstante, con oficio No. 2023RS168407 del 29 de diciembre de 2023, la CNSC dio alcance a la respuesta dada el 20 de noviembre de 2023, respecto a la citación al curso de formación, en el que cambió completamente la interpretación que había sentado respecto del Decreto Ley 71 de 2020 y el Acuerdo No. CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022 en cuanto al proceder para llamar a los participantes a la Fase II del concurso, puntualizando que serán llamados a realizar el curso de formación tres

aspirantes por vacante de la misma OPEC quienes conformarán el grupo de citados para dicho empleo, siempre que habiendo superado el puntaje mínimo aprobatorio de la Fase I, obtengan los mejores puntajes, incluyendo para el efecto aquellos que se encuentren en empate dentro de la misma posición, pero aclarando que si el grupo se completa con la primera posición, sólo 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, siguiendo el estricto orden de mérito, se procederá a citar a los aspirantes con segundo mejor puntaje o posición, incluyendo sus empates, hasta agotar el número total de aspirantes que deben ser citados para cumplir con el grupo de aspirantes de la respectiva OPEC

De ahí que la CNSC precisó que si por ejemplo, un empleo tiene 3 vacantes serán llamados los 9 aspirantes que obtuvieron mejores puntajes, los cuales puede ser que se encuentren todos en la primera posición, es decir, todos empatados, caso en el cual serán llamados los de dicha posición, agotándose el grupo de citados al empleo; pero si, con la primera posición no se completa el grupo de 9 aspirantes por OPEC, entonces, se seguirá citando a los aspirantes de la segunda posición hasta completar el grupo de 9 aspirantes, y si con estos aspirantes se completa el respectivo grupo, no habrá más citados; no obstante, aclaró 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.

En atención a lo anterior, afirmó que la respuesta proporcionada por la CNSC el 29 de diciembre de 2023, la cual difiere significativamente de aquellas brindadas el 24 de octubre y 12 de diciembre de 2023, surgió de una falsa, equivocada y amañada interpretación del artículo 20 del Acuerdo No. CNT2022AC000008 de 29 de diciembre de 2022, variando de manera intempestiva e injustificada las condiciones previamente aclaradas en perjuicio de un gran número de interesados que contaban con un camino recorrido en el concurso y que superaron con éxito la primera fase, y que de no haber sido por el cambio de criterio hubieran podido ser citados al curso de formación con miras a continuar en la Fase II del proceso de selección DIAN 2022.

En ese sentido, la CNSC generó inseguridad jurídica y falsas expectativas, transgredió los principios de seguridad jurídica, transparencia y legalidad, atentó contra a los derechos fundamentales invocados, y producto de una errada y excesiva interpretación de la norma le está causando un perjuicio irremediable por cuanto al no ser llamado a la Fase II del concurso DIAN 2022, una vez terminado éste curso que es de periodo no superior a dos meses, serán provistos los cargos por los aspirantes llamados y, por lo tanto, no habrá lugar a materializar futuros reclamos.

PRETENSIONES

En virtud de lo anterior, solicitó la protección de sus prerrogativas fundamentales al debido proceso, petición, igualdad, acceso a la carrera administrativa, trabajo, seguridad jurídica y confianza legítima, para que se ordene a la CNSC *suspender de manera inmediata los efectos del oficio No. 2023RS168407 del 29 de diciembre de 2023*, que cambió la interpretación realizada por esa misma entidad mediante oficios No 2023RS141682 y No 2023RS160605 del 24 de octubre y 12 de diciembre de 2023, y a su vez *dar aplicación a los conceptos emitidos a través de estos últimos oficios*.

Asimismo, se ordene a la CNSC y la Fundación Universitaria del Área Andina *informar de manera detallada su posición conforme a su puntaje*, el puntaje y posición de los demás participantes, inclusive de aquellos en condiciones de empate, respecto del empleo ofertado en la OPEC 198304.

Y finalmente, se ordene a la CNSC y la Fundación Universitaria del Área Andina *llamarlo a Fase II del proceso de selección DIAN, OPEC 198304*.

COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, Decreto 306 de 1992, inciso 3 del numeral 1 de artículo 1 del Decreto 1382 de 2000, Decreto 1983 de 2017, Decreto 333 de 2021, por medio del cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.3.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1068 de 2015 referente a las reglas de reparto de la acción de tutela, este Despacho es competente para conocer y fallar en primera instancia la presente acción de tutela.

LEGITIMACIÓN PARA INTERPONER LA TUTELA

Resulta claro para el despacho que **FRANCISCO JAVIER ARIAS OSORIO** se encuentra legitimado para instaurar la presente acción constitucional, actuando en nombre propio, por ser la persona a quien presuntamente se le están vulnerando los derechos fundamentales invocados.

PRUEBAS ALLEGADAS CON EL ESCRITO DE TUTELA

Como tales anexaron de manera virtual las siguientes:

- Cédula de ciudadanía
- Acuerdo No. CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022

TRÁMITE ADELANTADO

Como la solicitud reunió los requisitos previstos en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, fue admitida por auto del 02 de febrero de 2024, notificado el 05 de febrero siguiente, imprimiéndole el trámite previsto en el artículo 86 de la Constitución y el citado Decreto, en cuyo cumplimiento se ordenó la admisión y notificación de las entidades accionadas, Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y Fundación Universitaria del Área Andina, así como de todos los participantes de la convocatoria 2497 de 2022, proceso de selección DIAN 2022, específicamente en el número OPEC: 198304, gestor II, código de empleo 302, grado 02, para que en el término de tres (03) días se pronunciaran sobre los hechos y aportaran las pruebas que pretendieran hacer valer. No se accedió a decretar la medida previa solicitada.

RESPUESTAS DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN):

Solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por activa, negar el amparo constitucional por inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales y declarar la improcedencia de la acción de tutela, resaltando que la acción de tutela está dirigida contra la CNSC, como entidad responsable del proceso de Selección DIAN 2022, y si bien la UAE-DIAN trabaja armónicamente con esa entidad, en el proceso de selección de ingreso y ascenso para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al sistema específico de carrera administrativa de la planta de personal de la UAE-DIAN, conforme al artículo 4 del Acuerdo No. CNT2022AC000008 29 de diciembre de 2022, la competencia de la UAE-DIAN, comienza una vez agotadas las actuaciones previas establecidas en el artículo 3 del acuerdo en cita y que son de competencia exclusiva de la CNSC, de tal modo que la competencia de la UAE-DIAN es a partir de las actuaciones administrativas relativas al nombramiento y al periodo de prueba.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA:

Se pronunció señalando que verificada la Resolución No. 2135 del 25 de enero de 2024, se pudo corroborar que el accionante no fue citado a los cursos de formación; sin embargo, en ningún momento le han sido vulnerados sus derechos fundamentales, puesto que el proceso de selección DIAN 2022 se ha adelantado siguiendo los lineamientos de las normas que lo rigen.

En ese sentido, solicitó negar las pretensiones de la presente acción de tutela, resaltando que lo que procura el accionante a través del mecanismo constitucional es ser citado a cursos de formación, sin tener en cuenta las normas establecidas para el llamado a los

mismos buscando amoldar las normas a sus interpretaciones subjetivas. Asimismo, solicitó declarar la improcedencia de la presente acción constitucional.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC):

Solicitó negar o declarar la improcedencia de la presente acción de tutela, aduciendo que por regla general, la acción de tutela no procede contra los actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos, por cuanto el afectado puede acudir a los medios de defensa disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, escenario natural para la reivindicación de los derechos fundamentales invocados, donde puede solicitar la suspensión provisional de los efectos de dichos actos.

Además, resaltó que el accionante no demostró la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama.

Por otro lado, que el artículo 29.2 del Decreto Ley 71 de 2020 y el artículo 20 inciso 2 del Acuerdo No. CNT2022AC000008 de 29 de diciembre de 2022, rigen lo relacionado al llamado a los cursos de formación, respecto de los cuales, reiteró las claridades realizadas a través de oficio No. 2023RS168407 del 29 de diciembre de 2023, haciendo énfasis en la interpretación que se hará prevalecer respecto del artículo 20 del acuerdo, la que según aduce, guarda relación con lo consignado en el Decreto Ley 71 de 2020, el acuerdo, su anexo modificadorio y demás disposiciones que rigen los procesos de selección, así como las respuestas brindadas previamente.

En ese sentido, recalcó que en ningún momento se cambiaron abruptamente las normas del acuerdo del proceso de selección, en perjuicio de los derechos del accionante y/o principios tales como la confianza legítima, dado que éstas han permanecido incólumes y, por el contrario, con el alcance a las respuestas inicialmente brindadas, se precisó el panorama cierto del procedimiento de llamado a los respectivos cursos de formación, ello en apego a la normativa que rige el tema, corrigiendo de manera oficiosa los yerros advertidos en cuanto a las respuestas brindadas a los peticionarios.

Resaltó que para la OPEC 198304 se ofertaron un total de 120 vacantes, y dentro de los inscritos un total de 360 aspirantes obtuvieron mejor puntaje que el accionante, quien obtuvo un puntaje de 37.91, quedando relegado a la posición 798 de los 5616 aspirantes, razón por la cual no se predicó su citación a cursos de formación.

En ese sentido, subrayó que el accionante no fue citado a cursos de formación y, por ende, no continúa en la Fase II del Proceso de Selección Dian 2022, toda vez que no ocupó uno los tres primeros puestos por vacante, incluso en condiciones de empate en estas posiciones.

Finalmente, que el accionante no puede alegar una vulneración de derechos, pues no cuenta con los derechos consolidados que alega, dado que hasta el momento únicamente ha contado con una simple expectativa de hacer parte y ocupar posición meritoria dentro de la futura lista de elegibles.

Ad portas de proferir el presente fallo, se advierte que **LOS PARTICIPANTES DE LA CONVOCATORIA 2497 DE 2022 PROCESO DE SELECCIÓN DIAN 2022, específicamente en el número OPEC: 198304, GESTOR II, CÓDIGO DE EMPLEO 302, GRADO 02,** personas que se encuentra debidamente notificadas¹, no se pronunciaron dentro del término otorgado frente a los hechos y pretensiones de la acción constitucional.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela fue instituida por el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada mediante los decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, en donde se determinan algunos puntos como el objeto y procedencia de la acción de tutela, además establece que la tutela solo es viable cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, evidenciando en consecuencia que la acción de tutela tiene un carácter eminentemente subsidiario y residual.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a este Despacho establecer si dentro del presente asunto se han amenazado o vulnerado los derechos fundamentales invocados por Francisco Javier Arias Osorio, al haber sido excluido de la Fase II, curso de formación, del proceso de selección DIAN 2022, debido a la interpretación dada por la CNSC mediante oficio No. 2023RS168407 del 29 de diciembre de 2023, cambiando la de oficios números 2023RS141682 del 24 de octubre de 2023 y 2023RS160605 del 12 diciembre de 2023, respecto del artículo 20 del Acuerdo No. CNT2022AC000008 de 29 de diciembre de 2022.

Para ello, a la luz de la jurisprudencia, se deberá determinar si la acción de tutela cumple los presupuestos de inmediatez y subsidiariedad, para luego estudiar el caso concreto.

Con ese propósito se hará referencia a la **acción de tutela**, como mecanismo instituido por el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado mediante los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, e implementado con la finalidad de garantizar la protección de los derechos fundamentales de toda persona que los considere amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

¹ Conforme a constancia de publicación de la acción de tutela en la página de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC.

En torno a esta acción, el artículo 86 de nuestra Constitución Política consagra: *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”*

Por su parte, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 6 numeral 1 estableció: *“La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.”*

Estos presupuestos normativos determinan el objeto y procedencia de la acción de tutela, ya que a partir de dichas normas se evidencia que la misma tiene un carácter eminentemente **subsidiario y residual**, según el cual sólo en aquellos eventos en los que la parte accionante no cuente con otros mecanismos jurídicos y/o administrativos idóneos y eficaces para proteger el derecho presuntamente vulnerado, se erigirá la tutela como el mecanismo eficaz para el amparo de las garantías fundamentales, pues de existir otros recursos o medios de defensa judiciales dispuestos por el ordenamiento jurídico, la acción de tutela se tornará improcedente, así: *“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.”²*

No obstante, se ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando: *“(i) los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados, (ii) aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se producirá un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales, y (iii) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas), y por lo tanto la situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela”³*

² T-406 de 2005, T-072 de 2011

³ Sentencia T-344 de 2011.

Concretamente, respecto a la **procedencia de la acción de tutela en materia de concurso de méritos**, la Corte Constitucional en sentencia T-340 de 2020, mencionó:

“(…) por regla general, la acción de tutela no procede contra los actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos, por cuanto el afectado puede acudir a los medios de defensa disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el efecto. Incluso, con la expedición de la Ley 1437 de 2011, los demandantes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares de todo tipo (preventivas, conservativas, anticipadas o de suspensión) cuyo contenido de protección es amplio y admiten su concurrencia dependiendo del caso (según la ley: “el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias” al mismo tiempo), con lo cual se pretende garantizar el acceso material y efectivo a la administración de justicia[19]. Esta circunstancia debe ser objeto de análisis en el estudio de procedencia de la acción de tutela.

(…) desde una perspectiva general, la Corte ha sostenido que, pese a la existencia de las vías de reclamación en lo contencioso administrativo, existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. La primera, se presenta cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, causal que tiene plena legitimación a partir del contenido mismo del artículo 86 del Texto Superior y, por virtud de la cual, se le ha reconocido su carácter de mecanismo subsidiario de defensa judicial. Y, la segunda, cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales (…)

Sobre esta última, en la Sentencia T-059 de 2019^[20], en el marco de un concurso de méritos, la Corte manifestó que:

(…) “Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales 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. (…)”

De otro lado, el principio de **inmediatez** se desprende del artículo 86 de la Constitución Política, pues en concordancia con la finalidad del mecanismo constitucional, la cual es la protección inmediata de las prerrogativas fundamentales, la misma debe interponerse oportunamente dentro de un término razonable y proporcionado contado a partir del momento en que ocurrió la acción u omisión que ocasionó la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales; tal como lo ha indicado la Corte Constitucional, la cual ha dicho: *“la jurisprudencia constitucional tiene establecido que el presupuesto de la inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la tutela, de tal suerte que la acción debe ser*

interpuesta dentro de un plazo razonable, oportuno y justo. Con tal exigencia se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premia la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica.”⁴

Por último, es importante destacar que la Corte Constitucional en sentencia T-340 de 2020 señaló:

“3.5.1. El artículo 125 de la Constitución Política elevó a un rango superior el principio de mérito como criterio predominante para la designación y promoción de servidores públicos. /.../

Según lo ha explicado esta Corporación[34], la constitucionalización de este principio busca tres propósitos fundamentales. El primero de ellos es asegurar el cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa previstos en los artículos 2 y 209 Superiores. En este sentido, se ha dicho que la prestación del servicio público por personas calificadas se traduce en eficacia y eficiencia de dicha actividad. Además, el mérito como criterio de selección provee de imparcialidad a la función pública.

El segundo es materializar distintos derechos de la ciudadanía. Por ejemplo, el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos; el debido proceso, visto desde la fijación de reglas y criterios de selección objetivos y transparentes previamente conocidos por los aspirantes; y el derecho al trabajo, ya que una vez un servidor público adquiere derechos de carrera, solo la falta de mérito puede ser causal para su remoción.

El tercer y último propósito perseguido por el artículo 125 Superior, es la igualdad de trato y oportunidades, ya que con el establecimiento de concursos públicos, en los que el mérito es el criterio determinante para acceder a un cargo, cualquier persona puede participar, sin que dentro de este esquema se toleren tratos diferenciados injustificados, así como la arbitrariedad del nominador. Concretamente, la Corte ha sostenido que el principio de mérito “constituye plena garantía que desarrolla el principio a la igualdad, en la medida en que contribuye a depurar las prácticas clientelistas o políticas en cuanto hace al nombramiento de los servidores públicos o cuando fuese necesario el ascenso o remoción de los mismos, lo que les permite brindarles protección y trato sin discriminación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.”.

3.5.2. El principio del mérito se concreta principalmente en la creación de sistemas de carrera y en el acceso a cargos públicos mediante la realización de concursos. Este último corresponde a los procesos en los que a través de criterios objetivos se busca determinar la idoneidad, capacidad y aptitud de los aspirantes para ocupar un cargo, teniendo en cuenta la categoría del empleo y las necesidades de la entidad. /.../

CASO CONCRETO

⁴ Ver sentencias T-900 de 2011, T-584 de 2011, T-463 de 2012, T-544 de 2013.

Centrándonos en el asunto planteado, se encuentra que las pretensiones del accionante están encaminadas a que *se ordene a la CNSC suspender de manera inmediata los efectos del oficio No. 2023RS168407 del 29 de diciembre de 2023*, que cambió la interpretación realizada por esa misma entidad mediante oficios No. 2023RS141682 y 2023RS160605 del 24 de octubre y 12 de diciembre de 2023, respecto de la interpretación que debe dársele al artículo 20 del Acuerdo No. CNT2022AC000008 de 29 de diciembre de 2022 al ser estas interpretaciones más favorables a sus intereses.

Lo anterior en razón a que, según afirma, el número de participantes llamados al curso de formación depende de la postura adoptada por la CNSC en punto a la interpretación del artículo mencionado, de lo cual, en últimas, depende que él y otros participantes en la misma situación puedan continuar en la Fase II del proceso de selección DIAN 2022, pues fue precisamente con base en la postura del 29 de diciembre de 2023, que no se produjo su citación a cursos de formación y se dispuso su no continuidad en el concurso.

Asimismo, que solicita se ordene a la CNSC y la Fundación Universitaria del Área Andina *informar de manera detallada su posición conforme a su puntaje*, la posición y puntaje de los demás participantes, inclusive de aquellos en condiciones de empate, respecto del empleo ofertado en la OPEC 198304.

Y aunado a ello, se ordene a la CNSC y la Fundación Universitaria del Área Andina *llamarlo a Fase II del proceso de selección DIAN, OPEC 198304*.

Así pues, acorde con lo anteriormente plasmado, debe verificarse si la presente acción constitucional cumple con los requisitos legales para el análisis de la vulneración de los derechos fundamentales invocados, pues de no ser así, no hay lugar al estudio de fondo y debe declararse su improcedencia.

Inicialmente, verificada la procedencia de la acción a la luz del principio de inmediatez, debe decirse que el accionante acudió al mecanismo constitucional oportunamente, dado que la discrepancia de criterios sobre la interpretación que debe aplicarse al artículo 20 del Acuerdo No. CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022, se presenta por las respuestas emitidas el 24 de octubre y 12 de diciembre de 2023, con la emitida el 29 de diciembre de 2023, que conllevó a su exclusión del proceso de selección se surtió el 25 de enero de 2024, y la presente acción constitucional fue radicada el 02 de febrero de 2024, esto es dentro de término oportuno y razonable entre la presunta vulneración de los derechos fundamentales y la interposición de la acción.

Respecto del carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, ésta solo procede cuando no existen otros medios de defensa judicial para amparar los derechos fundamentales invocados, o cuando existiendo estos no resultan idóneos para la

protección de los derechos fundamentales, por lo que, bajo ese entendido, se estima necesario verificar si la parte actora cuenta con otras vías administrativas y/o judiciales idóneas y eficaces.

Para ello, sea lo primero mencionar que el artículo 23 de la Constitución Política consagra que *“toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución”*.

En igual sentido, el artículo 13 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, dispone que *“toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma. Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. **Mediante él**, entre otras actuaciones, **se podrá** solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, **requerir información**, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos. (...)*”.

Acorde con estas disposiciones en ejercicio del derecho de petición, el accionante puede presentar directamente ante la CNSC y la Fundación Universitaria del Área Andina, solicitud requiriendo información detallada en torno a su posición de conformidad con su puntaje, así como el puntaje de los demás participantes y su posición, inclusive el de aquellos participantes en condiciones de empate, respecto del empleo ofertado en la OPEC 198304 y, conforme al numeral 1 del artículo 14 ibidem, las entidades tendrían el término de diez (10) días siguientes a su recepción para resolver la petición elevada.

Y es que verificada la documentación que reposa en el expediente, no se evidencia que hubiera hecho uso de este derecho en aras de obtener dicha información, sino que se acudió directamente a la presente acción constitucional, dejando de lado los mecanismos dispuestos por el ordenamiento jurídico para tal efecto.

De otro lado, aunque el accionante solicitó se ordene suspender de manera inmediata los efectos del oficio del 29 de diciembre de 2023 para que se dé aplicación a la postura adoptada mediante oficios No 2023RS141682 y No 2023RS160605 del 24 de octubre y 12 de diciembre de 2023, conforme al artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, resulta importante destacar que *“Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”*, por lo que no es viable para este Despacho imponer a la entidad la adopción de un criterio específico con base en un concepto emitido como respuesta a una consulta, tal como acontece con los oficios en mención.

Adicionalmente conforme a la contestación allegada por la CNSC, la entidad resaltó que *la interpretación que debe prevalecer* respecto del artículo 29 numeral 2 del Decreto Ley 71 de 2020 y el artículo 20 inciso 2 del Acuerdo No. CNT2022AC000008 de 29 de diciembre de 2022, es *la efectuada a través de oficio No. 2023RS168407 del 29 de diciembre de 2023*, por medio del cual se dio alcance a las respuestas previamente emitidas mediante radicados No. 2023RS141682 del 24 de octubre de 2023 y 2023RS160605 del 12 diciembre de 2023, *dejando sentado que:*

“(…) serán llamados a realizar el curso de formación, tres aspirantes por vacante de la misma OPEC, quienes conformarán el grupo de citados para dicho empleo, siempre que, habiendo superado el puntaje mínimo aprobatorio de la Fase I, obtengan los mejores puntajes, incluyendo para el afecto, aquellos que se encuentren en empate, dentro de la misma posición. Para ello, es importante precisar que el puntaje es el que permite ordenar a los aspirantes según sus méritos, reflejando su desempeño en la Fase I del proceso de selección, de acuerdo con las reglas establecidas en la ponderación de puntajes previstos en el Acuerdo de Convocatoria.

En ese orden de ideas, si el grupo se completa con la primera posición, sólo 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, siguiendo el estricto orden de mérito, se procederá a citar a los aspirantes con segundo mejor puntaje o posición, incluyendo sus empates, hasta agotar el número total de aspirantes que deben ser citados para cumplir con el grupo de aspirantes de la respectiva OPEC.

A modo de ejemplo: si un empleo tiene 3 vacantes serán llamados los 9 aspirantes que obtuvieron mejores puntajes, los cuales puede que, se encuentren todos en la primera posición, es decir, todos empatados, caso en el cual serán llamados todos los de dicha posición, agotándose el grupo de citados al empleo, pero si, con la primera posición no se completa el grupo de 9 aspirantes por OPEC, entonces, se seguirá citando a los aspirantes de la segunda posición hasta completar el grupo de 9 aspirantes. Si con estos aspirantes se completa el respectivo grupo, no habrá más citados.

Hay que tener presente 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.”

Así las cosas, pese a que el accionante no está de acuerdo con la interpretación realizada la CNSC, la entidad actualmente cuenta con una postura conocida por los participantes del concurso, derivada de consulta efectuada por uno de ellos, por lo que tratándose de respuesta frente a una petición de consulta, acorde con lo indicado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia: *“se requiere una contestación plena que asegure que el derecho de petición se ha respetado y que el particular ha obtenido la correspondiente respuesta,*

*sin importar que la misma sea favorable o no a sus intereses*⁵, y en este caso se dio respuesta concreta.

No obstante, si el accionante no está de acuerdo con las pautas que rigen el concurso de méritos, concretamente frente a la aplicación realizada respecto a una de las normas que lo reglamentan y las decisiones adoptadas, cuenta con otros medios de defensa judicial para dirimir el conflicto, pues se halla facultado para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a través del medio de control de nulidad contemplado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Respecto a la pretensión encaminada a que se ordene a la CNSC y la Fundación Universitaria del Área Andina *llamarlo a Fase II* del proceso de selección DIAN, OPEC 198304, también el accionante se encuentra habilitado para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho dispuesto en el artículo 138 *ibidem*, en aras de demandar la nulidad del acto jurídico que lo excluyó de la convocatoria, correspondiente en este caso a la Resolución No. 2135 del 25 de enero de 2024 *“Por la cual se llama al Curso de Formación para el empleo denominado GESTOR II, Código 302, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 198304, del Nivel Profesional de los Procesos Misionales del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Proceso de Selección DIAN 2022”*, y consecuente con ello solicitar su inclusión, debido a que ese acto administrativo al no permitirle la continuidad en el proceso de selección, se torna definitivo, siendo entonces viable atacar su legalidad ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En esa línea, siguiendo lo indicado por el Consejo de Estado en sentencia 2012-00680 de 2020, tenemos que:

“El acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la Constitución Política y las leyes, que produce efectos jurídicos. La teoría del acto administrativo decantó la clasificación de estos con la finalidad de delimitar los que deben ser objeto de control jurisdiccional. En tal sentido ha explicado que, desde el punto de vista de su inserción en el procedimiento y recurribilidad, hay tres tipos de actos a saber: i) Preparatorios, accesorios o de trámite que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso, son instrumentales y no encierran declaraciones de la voluntad ni crean relaciones jurídicas y solo sirven de impulso a la continuidad de la actuación de la administración. ii) Definitivos que el artículo 43 del CPACA define como «...los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación». La jurisprudencia advierte que son «...aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen

⁵ Sentencia T-369 de 2013, T-221 de 2021 y T-007 de 2022

efectos jurídicos definitivos, ya sea porque crearon, modificaron o extinguieron una situación jurídica en particular...». iii) Los actos administrativos de ejecución que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa. **Por regla general son los actos definitivos lo únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados. Excepcionalmente también lo son los de trámite cuando impiden la continuación de este. En los concursos de méritos la jurisprudencia ha sido del criterio que los actos administrativos que se expiden durante el transcurrir del proceso son preparatorios y de trámite y que solo la lista de elegibles es el acto definitivo susceptible de ser enjuiciado. Sin embargo, también se ha dicho que cuando el acto de trámite le impide al aspirante continuar su participación se convierte en el acto definitivo que definió su situación jurídica y, en consecuencia, puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.** Al respecto, la jurisprudencia ha señalado, en relación con los actos administrativos de calificación que eliminan a los participantes que, al igual que la lista de elegibles «son actos típicamente definitivos de situaciones jurídicas, en la medida en que al asignar un puntaje o establecer la ubicación de los convocados para efectos de proveer un cargo en propiedad, otorgan un estatus al participante y afectan su interés de acceder a la carrera administrativa». (...) En consecuencia, sí son demandables, en la medida que excluyeron a la señora (...) de la posibilidad de ocupar esta y definieron su situación jurídica.” (negrilla y subrayado del Despacho).

En similar sentido, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC8195-2023 proferida el 18 de agosto de 2023 dentro de la acción de tutela de segunda instancia bajo radicado No. 11001023000020230033501, señaló que:

“4.1. Es necesario reiterar -según criterio de esta Sala, que el acto que excluye a un participante de un concurso de méritos es definitivo para aquél, dado que define que no podrá continuar en la convocatoria, razón por la que tal acto administrativo puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la cual el accionante puede solicitar la suspensión de la decisión correspondiente, así:

...el accionante tiene a su disposición otro mecanismo de defensa para ventilar los reparos aquí esgrimidos frente a los actos administrativos que se emitan en el respectivo trámite, esto es, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, escenario contemplado para plantear la controversia propuesta y en el que se puede solicitar al juez natural la suspensión de la decisión atacada desde la interposición de la demanda, por lo cual la acción de tutela es improcedente (STC, 25 abr. 2012, rad. 00257-01, postura reiterada CSJ STC10209-2020, CSJ STC14671-2021, CSJ STC15988-2021, CSJ STC1989-2022, CSJ STC1152-2023 y CSJ STC638-2023).

En ese sentido, la Sala ha considerado que el proceso contencioso administrativo es idóneo y eficaz para rebatir la decisión cuestionada, pues en dicho trámite se puede solicitar al juez

natural la suspensión provisional del acto administrativo desde la interposición de la demanda (Tesis reiterada en las sentencias CSJ STC16407-2018, CSJ STC13240-2021 y CSJ STC1865-2023)."

Así las cosas, considerando el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, ésta no es el mecanismo idóneo para resolver la controversia planteada por el accionante, en tanto cuenta con otros mecanismos administrativos y/o jurídicos dispuestos por el ordenamiento jurídico ante las autoridades administrativas y/o el juez natural; máxime que la discusión en torno a la interpretación de la norma corresponde a un debate ajeno a la jurisdicción constitucional que debe ser dirimido por el juez natural.

De ahí que a la acción de tutela no le es permitido sustituir los medios ordinarios dispuestos por el Legislador para satisfacer dichas pretensiones, pues *"la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca remplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos impuestos (dentro) de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten"*⁶

De otro lado, el accionante no dio a conocer alguna situación que lo convierta en sujeto de especial protección constitucional, con ocasión de la cual amerite obviar el requisito de subsidiariedad en aras de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, máxime que no cumplió con la carga de exponer razonadamente los motivos por los cuales los mecanismos administrativos y judiciales devienen ineficaces para la protección inminente de sus derechos fundamentales, es decir, no se acreditó sumariamente la urgencia, gravedad e impostergabilidad de la acción, más aún si se tiene en cuenta que *"cuando se alega la presencia de un perjuicio irremediable, es requisito que el mismo se encuentre acreditado en el expediente, pues no le es dado al juez constitucional imaginarse el escenario en el que se configura el perjuicio irremediable"*⁷.

Corolario, no se hallan acreditadas las condiciones de procedencia, de la presente acción de tutela, pues ante el panorama referido no hay duda respecto de la ausencia del requisito de subsidiariedad y residualidad, por lo que deviene improcedente.

Finalmente, se comisionará a la CNSC para que por intermedio del sistema o su página web, dentro de un término no superior a un (01) día, contado a partir de la notificación de esta decisión, proceda a enviar copia de esta providencia a todos los participantes de la convocatoria 2497 de 2022, proceso de selección DIAN 2022, específicamente en el número OPEC: 198304, gestor II, código de empleo 302, grado 02, la cual deberá ser remitida a cada uno de los correos aportados para su notificación. Así mismo se deberá

⁶ Sentencia T-051 de 2016.

⁷ Sentencia T-952 de 2012

publicar esta providencia en la página web prevista para adelantar concurso, para el conocimiento de todas las personas que concursan en el mencionado proceso de selección y de los terceros indeterminados que puedan tener interés en el presente asunto.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE CONOCIMIENTO DE ADOLESCENTES DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

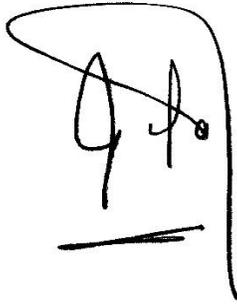
PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela promovida por **FRANCISCO JAVIER ARIAS OSORIO** en contra la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)**, la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)** y la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COMISIONESE a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** para que por intermedio del sistema o su página web, dentro de un término no superior a un (01) día, contado a partir de la notificación de esta decisión, proceda a enviar copia de esta providencia a todos los participantes de la convocatoria 2497 de 2022, proceso de selección DIAN 2022, específicamente en el número OPEC: 198304, gestor II, código de empleo 302, grado 02, la cual deberá ser remitida a cada uno de los correos aportados para su notificación. Así mismo se deberá publicar esta providencia en la página web prevista para adelantar concurso, para el conocimiento de todas las personas que concursan en el mencionado proceso de selección y de los terceros indeterminados que puedan tener interés en el presente asunto.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a las partes por el medio más idóneo, informándoles que la decisión aquí adoptada puede ser impugnada dentro de los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, esto es dentro de los tres (03) días siguientes a su notificación.

TERCERO: REMITIR el expediente, conforme lo ordena el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si no fuere impugnada oportunamente la presente sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CÉSAR MARIO VILLATE PORRAS
JUEZ

Firmado Por:

Cesar Mario Villate Porras

Juez

Juzgado De Circuito

Penal 002 Adolescentes Función De Conocimiento

Manizales - Caldas

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

Código de verificación: **a40ed1c992fa704053df8cae204681614c0e847bbd353cf19d9f03059d5407ab**

Documento generado en 14/02/2024 11:17:08 AM

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