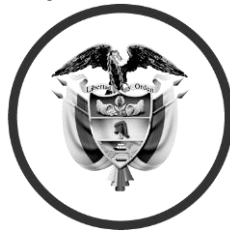


República de Colombia
Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura



Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Buenaventura,
Valle del Cauca

Radicación: 76-109-31-07-002-2024-00008-00
Accionante: Dayan Fanery Valencia Orobio
Accionada: Comisión Nacional del Servicio Civil, Fundación Universitaria del Área Andina; Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-.

Sentencia de tutela No.008

Buenaventura, Valle del Cauca, diez (10) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

OBJETIVO

Resolver la acción de tutela impetrada por **Dayan Fanery Valencia Orobio**, en contra de la **Comisión Nacional del Servicio Civil**, la **Fundación Universitaria del Área Andina** y la **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, acceso a cargos públicos, *unidad familiar* e igualdad.

HECHOS

Señala la ciudadana **Dayan Fanery Valencia Orobio**, que la **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-**, el 29 de diciembre de 2022, a través de la convocatoria N° CNT2022AC000008, ofertó cargos para ocupar algunas vacantes definitivas, entre ellas, la de analista IV¹, a la que aspiró bajo la modalidad de ingreso, aprobando la evaluación respectiva, por lo que ahora se encuentra en el proceso de selección que cuenta con lista de elegibles en firme².

¹ Código 204, grado 4, Opec No. 198296.

² Según Resolución 7989 del 12 de marzo del 2024.

Agregó que demandada ofertó *plazas* en diferentes ciudades del Valle del Cauca³, entre ellas Cali, Buenaventura, Tuluá y Palmira, escogidas por la actora como primera opción al momento de la inscripción, teniendo en cuenta su domicilio actual - Buenaventura-; no obstante, de *manera unilateral* la **DIAN**⁴ ofició -que no ordenó- a la **CNSC** para que diera aplicación al artículo 9°, parágrafo 5° del acuerdo reglamentario de la convocatoria⁵, a efectos de disponer el cambio de ubicación o sede del empleo para quienes al igual que ella participaron en la misma bajo la modalidad de ingreso, más no para quienes lo hicieron en ascenso; defraudando de esta manera las expectativas de la promotora, quien sostiene que en esas condiciones ya no tiene interés en ocupar el cargo para el cual aspiró satisfactoriamente, pues con esa decisión, afirma, se le vulneraron las prerrogativas constitucionales alegadas.

Solicitó que a través del amparo se ordene a las acusadas *«inaplicar por inconstitucional e ilegal el parágrafo 5° del artículo 9° del Acuerdo N° CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022»*; *«dejar sin efectos el cambio de ubicación geográfica de la OPEC 198296 (...)»*; *«disponer de las 10.207 vacantes nuevas»*, en especial las de su OPEC, informando por qué no ha suplido éstas, permitiendo la continuidad de *«personas en provisionalidad, sin mérito alguno»*; y *«que aporte acto administrativo con fecha posterior al oficio 100202151-00403 del 20 de diciembre de 2023 en donde se ORDENA realizar ajustes a las OPEC de ingreso de la convocatoria DIAN 2022 y/o documentación proferida por funcionario competente»*.

ACTUACIÓN DEL DESPACHO

El 22 de marzo de 2024, el Juzgado avocó el conocimiento de la actuación y dispuso el traslado de la demanda a las accionadas para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción. A su vez, en aras de conformar debidamente el contradictorio, vinculó a la Alcaldía y Personería Distrital de Buenaventura; ordenando a la **Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC**, realizar la publicación de esta acción en la página web de esa entidad, dirigido a los aspirantes de la aludida convocatoria⁶, como terceros interesados.

Finalmente, se denegó la medida provisional solicitada por la promotora.

La **Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC**, alegó falta de legitimidad en la causa por pasiva. Resaltó la improcedencia de la acción por no cumplir con los requisitos de procedibilidad, dado que la accionante cuenta con otros medios para tal fin, es decir, para atacar el *Acuerdo rector del concurso de méritos*; amén que, la **DIAN** cuenta con autonomía para realizar los ajustes que considere pertinentes al interior de la

³ «21 ciudades en distintos departamentos»

⁴ El día 20 de diciembre de 2023

⁵ NT2022AC000008 de 29 de diciembre de 2022.

⁶ N° CNT2022AC000008 de 2022, cargo de ANALISTA IV -código 204, grado 4, identificado con la OPEC No. 198296-, bajo la modalidad de ingreso.

convocatoria, inclusive después de iniciada la etapa de inscripciones, siendo que la planta de dicha entidad es de carácter global y, por necesidad del servicio, la misma puede cambiar la ubicación geográfica de las vacantes durante el desarrollo del proceso de selección.

Insistió que carece de competencia para realizar algún ajuste respecto a la ubicación territorial de las plazas ofertadas dentro del proceso de selección, estando ello en cabeza de la **DIAN**; por lo que concluye que no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la señora **Valencia Orobio**.

A su turno, la **DIAN** indicó que el proceso de selección aludido por la actora, se encuentra descrito en el Acuerdo N° CNT2022AC000008 29 de diciembre de 2022, el que establece las normas que lo rigen y su aplicación; resaltando que la modificación en las ubicaciones espaciales de dicho proceso y tema materia de estudio constitucional, está regulado en el parágrafo 5°, de su artículo 9°, que indican que éstas son «*meramente indicativas*» por lo que dicha entidad tiene la potestad de modificarlas⁷ «*en cualquier momento de este proceso*», sin que ello configure un cambio en la OPEC, siendo que los aspirantes se adscriben a tal situación desde el momento de la inscripción.

Aclara que, la vacante aludida por la ahora accionante se encuentra vigente en otra ciudad, en razón a la necesidad del servicio, todo lo cual se pondrá a disposición de la interesada al momento de la escogencia para su elección; resaltando que al momento de realizar la inscripción en el concurso, los aspirantes así lo convinieron. Por lo anterior, considera que no se le puede endilgar vulneración alguna de derechos, lo que convierte en improcedente la demanda constitucional.

La Personería Distrital de Buenaventura, solicitó la desvinculación del trámite constitucional por carecer de legitimidad en la causa por pasiva.

Los ciudadanos Jaider Losada Salgado y Yerson Daniel Duarte Vargas, coadyuvaron la acción interpuesta por **Valencia Orobio**, en su calidad de participantes del concurso señalado. En concreto, consideran que la **DIAN** vulneró sus derechos fundamentales al emitir el oficio N°100202151- 00403, carente de motivación jurídica, mediante el cual decidió modificar lo referente a las vacantes ofertadas, convirtiéndose tal actitud en uso de medidas arbitrarias; afectando a los aspirantes, quienes basaron tal decisión en la información inicialmente publicada, amén que, las necesidades del servicio se han mantenido.

La Alcaldía Distrital de Buenaventura solicitó la desvinculación, teniendo en cuenta que del escrito genitor no se desprende que fuera objeto de requerimiento alguno

⁷ Artículo 4° de la Ley 909 de 2004,

por parte de la ahora accionante, ni que dicha entidad este vulnerando derecho fundamental alguno.

La **Fundación Universitaria del Área Andina** solicitó la desvinculación, afirmando que carece de competencia para realizar pronunciamiento respecto a los requerimientos plasmados en la demanda, siendo que su función dentro del proceso de selección de ingreso y ascenso para ocupar los cargos ofertados por la **DIAN**, se limitó a verificación de requisitos mínimos, pruebas escritas y valoración de antecedentes; todo lo cual, insiste, en nada infiere dentro del proceso de reasignación geográfica.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Corresponde al Despacho determinar si con la modificación de la ubicación de las sedes de empleo ofertado por la **DIAN** en la convocatoria de marras, luego de transcurrida la mayoría de etapas del concurso, se vulneraron los derechos fundamentales de la señora **Valencia Orobio**, teniendo en cuenta que de ello depende su ubicación.

De la procedibilidad.

En casos como el que ahora ocupa la atención del Juzgado, pronto se advierte que la acción constitucional está llamada al fracaso, por ausencia del requisito de subsidiaridad e inmediatez. Se explica.

La actora confronta, a través de este mecanismo excepcional, el contenido del Acuerdo N° CNT2022AC000008 29 de diciembre de 2022 - párrafo 5°, artículo 9°, y del Acuerdo N°24 del 15 de febrero de 2023, a través de los cuales se dispuso, en ese orden, la convocatoria al concurso citado, «*y se establecen las reglas del Proceso de Selección de Ingreso y Ascenso para proveer empleos en vacancias definitivas (...)*»; para lo cual deprecia su declaratoria de actos administrativos inconstitucionales.

El primero ampliamente conocido por la quejosa; mientras que el segundo, según se desprende, demanda su notificación por lo que le resulta ajeno.

En efecto, dígase que la actora cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, en cuyo trámite puede solicitar la adopción de medidas provisionales; en concreto, para atacar la decisión tomada por las entidades acusadas.

Memórese que, respecto a la procedencia de la acción de tutela, tratándose de concursos de mérito, en múltiples oportunidades la Corte Constitucional⁸ y el Consejo de Estado, han manifestado que la convocatoria meritatoria constituye la regla del proceso de selección de los aspirantes a ocupar los cargos ofertados, de manera que ésta es vinculante tanto para los concursantes como para la Administración⁹.

Y si bien existen otros medios de defensa judiciales para emprender la defensa de los derechos que se estiman conculcados con las decisiones que se adoptan en el trámite de los concursos, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dicho medio no siempre es el eficaz para su protección, de manera que la acción de tutela se convierte en el medio idóneo para proteger los derechos fundamentales que en estos eventos llegaren a verse involucrados¹⁰.

En la actualidad, se acepta la procedencia excepcional de la acción de tutela contra los actos administrativos que se profieren en el trámite de los concursos de méritos, pero no porque los mecanismos ordinarios no sean eficaces, sino porque los actos preparatorios o de trámite no son susceptibles de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹¹, tal como quedó establecido en la sentencia SU-617 de 2013.

Del caso concreto.

De la actuación se extrae que la ciudadana **Dayan Fanery Valencia Orobio**, participó en la convocatoria N° CNT2022AC000008 de la **DIAN**, donde se ofertó cargos para ocupar la vacante cuya prueba superó¹², ubicándose así en una lista de elegibles en firme, con disponibilidades para ocupar distribuidas entre diferentes departamentos del país, entre ellos el Valle del Cauca.

Avanzada la etapa de selección, la **DIAN** emitió el oficio N° 100202151¹³, dirigido a la **CNSC**, donde solicita dar aplicación a lo establecido en el parágrafo 5° del artículo 9° del Acuerdo CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022, que otorga la facultad de dicha entidad para la reubicación de los cargos ofertados, «*cuando las necesidades del servicio así lo ameriten*»; ello que quedó plasmado el Acuerdo N° 24 del 15 de febrero del 2023, que dicho sea de paso, no se comprende cómo no pudo ser conocido oportunamente por la interesada, si en su artículo quinto dispuso «*Publicar este acto*

⁸ Sentencia T-081 del 6 de abril de 2021

⁹ Sección Segunda del Consejo de Estado, Sentencia de 16 de febrero de 2012, Exp. 2011-02706-01, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁰ Sección Segunda del Consejo de Estado, Sentencia de 15 de febrero de 2012, Exp. 2012-00001-00, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹¹ Sobre el particular la Sección Quinta del Consejo de Estado se pronunció en sentencia del 16 de junio de 2016, dictada dentro del expediente 2016-00891, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

¹² Analista IV, código 204, grado 4, Opec No. 198296.

¹³ Del 20 de diciembre de 2023

administrativo y el respectivo Anexo ajustado en el sitio web de la CNSC, www.cnsc.gov.co, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 909 de 2004».

Esa disponibilidad se constata, sin problema alguno, en la página web de la **CNSC**, donde aparece publicado dicho Acuerdo del año 2023, así: <https://historico.cnsc.gov.co/index.php/normatividad-dian-2022/dian-2022-acuerdo-anexo>

De lo anteriormente indicado, se reitera, asoma evidente que la pretensión de la promotora es atacar el acto administrativo N°024 del 15 de febrero de 2023, emitido por la **DIAN**; aspiración que solo podría tener eco ante el juez ordinario, ajeno ello al ámbito de la jurisdicción constitucional en sede de tutela, por la naturaleza puramente legal de las pretensiones. Estos derechos se pueden reclamar por otros medios de defensa, los cuales están incluidos dentro del sistema jurídico; quiere decir lo anterior que si bien la accionante estaba inconforme con la decisión tomada por la **DIAN**, debió recurrir a la vía de lo contencioso administrativo mediante la interposición de los recursos de Ley, siendo esta de carácter general; o a través de la solicitud de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, mecanismos estos contemplados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Previo a utilizar la acción de tutela, los interesados deben agotar los recursos judiciales pues la misma se rige por el principio de subsidiariedad que tiene dos finalidades principales como son preservar el reparto de competencias establecidas constitucional y legalmente entre las diferentes autoridades judiciales; así como confirmar que el peticionario demuestre diligencia en la defensa de sus derechos, pues de lo contrario se pone en duda que se enfrente a un perjuicio de carácter fundamental.

Se pone en conocimiento de la actora que el derecho de defensa en materia administrativa se traduce en la facultad que tiene el administrado para conocer la actuación o proceso administrativo que se le adelanta e impugnar o contradecir las pruebas y las providencias que le sean adversas a sus intereses. La administración debe garantizar al ciudadano interesado tal derecho y cualquier actuación que desconozca dicha garantía es contraria a la Constitución.

En efecto, si el administrado no está de acuerdo con una decisión de la administración que le afecte sus intereses, tiene derecho a ejercer los recursos correspondientes con el fin de obtener que se revoque o modifique.

Dicha exigencia de procedimiento tiene por esencia el agotamiento de todos los recursos, o que se demuestre que existieron razones de peso para omitir la interposición de alguno de estos. En este caso, la actora contaba con las acciones de la vía Contenciosa Administrativa, por lo que se tiene que dicho requisito no se encuentra cumplido, ya que no se evidencia que ésta haya acudido ante la mencionada jurisdicción

para lograr la protección de sus derechos; teniendo en cuenta que precisamente tenía conocimiento del asunto y estaba presta a cualquier llamado o publicación que al respecto se realizara.

Y es que la acción de tutela no es una vía judicial alternativa o simultánea a la que se pueda acudir para reemplazar aquellos mecanismos judiciales ordinarios que ha dispuesto el legislador para resolver las controversias administrativas. Por ello, la Corte Constitucional ha considerado que sólo se acudirá a la tutela cuando no existe alternativa jurídica de defensa, por lo que es necesario haber hecho uso de los recursos legales ofrecidos por nuestra legislación, para que la misma sea procedente (artículo 6° del Decreto 2591 de 1991).

Por ello, el interés de preservar el carácter subsidiario y residual de la tutela radica fundamentalmente en el respeto e independencia que tienen las diferentes jurisdicciones y la competencia exclusiva que éstas mismas tienen para resolver los conflictos propios a sus facultades, en aras de asegurar el principio de seguridad jurídica en nuestro Estado Social de Derecho¹⁴.

Así, teniendo pues que la parte accionante contaba con otros procedimientos ordinarios, siendo estas las herramientas idóneas en procura de eliminar los efectos de las Resoluciones que aquí tacha de inconstitucionales, el auxilio resulta impróspero; amén que, la foliatura no demuestra que **Dayan Fanery Valencia Orobio** se encuentra frente a un perjuicio irremediable.

Todo lo anterior, sin pasar por alto que la censura que aquí expone frente a los mentados actos administrativos mencionados, se ve afectada a su vez por el requisito de inmediatez, comoquiera que aquellos datan de los años 2022 y 2023.

Conforme a lo advertido, el amparo será denegado por improcedente.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Buenaventura, Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero. Declarar improcedente la acción de tutela interpuesta por **Dayan Fanery Valencia Orobio**, contra la **Comisión Nacional del Servicio Civil**, la **Fundación Universitaria del Área Andina** y la **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-**, conforme a las razones expuestas en precedencia.

¹⁴ Al respecto ver sentencia T-234 del 30 de abril de 2015.

Segundo. Notifíquese a los interesados tal y como lo dispone el Decreto 2591 de 1991. De no ser impugnada, **remítanse** las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,



JESÚS ALFREDO AMADOR ARANGO
Juez