

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

SALA PENAL

ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

Rad. 0800-1310-7004-2024-00001-01

Ref.: Interna tribunal: 2024-00146-T-CA

Aprobado mediante acta No.099

Magistrado Ponente: Dr. Demóstenes Camargo De Ávila

Barranquilla, Veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO:

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por la accionante, señora DINETH YISEL ROMERO GUTIÉRREZ, contra la sentencia proferida el día 7 de febrero 2024, mediante la cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Barranquilla, declaró improcedente el amparo deprecado por la señora DINETH YISEL ROMERO GUTIÉRREZ.

I. HECHOS.

La accionante relata ser participante del concurso de méritos del “*PROCESO DE SELECCIÓN DIAN 2022 MODALIDAD DE INGRESO*”, como aspirante al cargo ofertado en la OPEC 198218, Gestor II código de empleo 302, grado 2, donde presentó y aprobó las pruebas que integraron la Fase I de éste, sin embargo, fue excluida de la fase II, por no encontrarse dentro de los tres primeros puntajes, según lo informó la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC.

Agrega que, el día 24 de octubre del 2023, la oficina asesora del despacho de la

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, mediante radicado número 2023RS141682, le respondió consulta y solicitud de información indicándole que *“En atención a la solicitud, el Acuerdo del Proceso de Selección prevé “(...) 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, (...)”, en efecto, 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 tres primeros puestos por vacante”*.

Señala la accionante que, el 12 de diciembre del 2023, la misma oficina de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, a través del número de radicado 2023RS160605, respondió consulta y solicitud de información, señalándole que, *“por vacante se citarán 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 encuentren en esas posiciones. Por lo cual el número de citaciones a dichos cursos de formación varían según los empates que se presenten, previa relación que haga de ellos la CNSC mediante acto administrativo”*.

A más de ello, relata que, el 29 de diciembre de 2023, mediante oficio No. 2023RS168407, en una tercera ocasión le brinda respuesta la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC a través del equipo de selección DIAN 2022, cambiando completamente la interpretación que había sentado la entidad respecto del Decreto Ley 71 de 2020 en cuanto al proceder para llamar a los participantes a la FASE II del concurso.

Finalmente, refiere que, para el empleo dentro cual está participando, el día 25 de enero de 2024 fueron llamados a Fase II del curso de formación 372 aspirantes, de los 369 mínimo posibles, sin embargo, la publicación hecha en la

página SIMO no le permite consultar su posición ni de los demás aspirantes, inclusive en condiciones de empate, evidenciándose solamente el número de puntajes que según la CNSC lograron quedar dentro de la Fase II del concurso.

Por lo anterior, la gestora solicita al Juez Constitucional amparar sus derechos fundamentales, y, consecuentemente, ordenar a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC y a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA – AREANDINA, suspender los efectos del oficio No. 2023RS168407 del 29 de diciembre de 2023 proferido por esa primera entidad, toda vez que cambió radicalmente la interpretación realizada mediante los oficios No. 2023RS141682 y No. 2023RS160605 del 24 de octubre y 12 de diciembre de 2023 respectivamente. Así mismo, se dé aplicación a los conceptos emitidos mediante oficios No. 2023RS141682 y No. 2023RS160605.

Además, pretende se ordene ser llamada a la fase II del concurso de méritos DIAN 2022; se le entregue de manera detallada el informe de cada uno de los puntajes y su orden, inclusive en condiciones de empate del empleo ofertado en la OPEC 198218, informándole su posición.

II. DEL FALLO IMPUGNADO.

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Barranquilla, el 7 de febrero de 2024, resolvió declarar improcedente el amparo deprecado por la accionante toda vez que busca con esta acción atacar un acto administrativo, lo cual a todas luces es improcedente teniendo en cuenta que la acción de tutela es un mecanismo de defensa subsidiario y residual, por lo que el amparo de este asunto se ve desnaturalizado al atender controversias que son de competencia del Juez de lo Contencioso Administrativo.

Asimismo, el A quo manifestó que, la emisión de conceptos y el ajuste logístico por dentro de los cauces normativos de los concursos de méritos son actuaciones propias de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC,

que tienen su naturaleza constitucional y jurídica emanadas del ejercicio de las funciones conferidas a la misma en el artículo 130 de la Constitución, y el Capítulo I del Título II de la Ley 909 de 2004.

Señalando así que, no se advierte que la actuación de las accionadas hubiere amenazado con una vulneración iusfundamental sobre la accionante, como tampoco ha advertido la posible consumación de un perjuicio irremediable, pues aunque la accionante se viera excluida del concurso de méritos, ello no implica tampoco, per se, una futura afectación sobre sus derechos y garantías fundamentales que le impidan, al no estar de acuerdo con la actuación administrativa desplegada, de acudir ante la jurisdicción competente a través del mecanismo idóneo.

Finalmente aduce que, la accionante no ha demostrado prueba siquiera sumaria de que realizó peticiones ante las entidades accionadas respecto a la expedición de la información detallada de cada uno de los puntajes y su orden respecto de la OPEC 198218, por lo que no se puede irrogar vulneración a su derecho fundamental de petición.

III. DE LA IMPUGNACIÓN

Notificado el contenido del fallo, la señora DINETH YISEL ROMERO GUTIÉRREZ, lo impugnó, exponiendo que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para que de forma transitoria se puedan salvaguardar sus derechos fundamentales, toda vez que, dentro del curso de formación, el primer examen se encuentra programado para el 16 de febrero de 2024 y dicho margen de tiempo no da para presentar demanda administrativa simple de nulidad, la cual no alcanzaría siquiera a ser admitida, pidiendo además, conceder medida provisional en el sentido de ordenarle a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC y a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA – AREANDINA, llamarla a fase II del concurso de méritos DIAN 2022, dentro de la OPEC 198218, esto de

manera transitoria mientras la accionante acude al mecanismo de control de simple nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativo.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

4.1 DE LA COMPETENCIA.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y en el Decreto 333 de 2021, esta Sala de Decisión Penal es competente para conocer de la impugnación, toda vez que es la superior funcional del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Barranquilla, el cual decidió sobre la presente acción en primera instancia.

4.2 MARCO LEGAL.

Al tenor de lo dispuesto por el art. 86 de la Constitución Política, toda persona puede, mediante acción de tutela, reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, a condición de que no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

4.3 DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS.

Se invoca la protección de los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y acceso a cargos públicos, los cuales se encuentran contenidos en la Constitución Nacional.

4.4 DEL CASO EN CONCRETO.

En el asunto objeto de análisis, la accionante acusa la vulneración de sus derechos fundamentales por parte de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC y la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA – AREANDINA, las cuales, presuntamente, la excluyeron de la Fase II del concurso de méritos Convocatoria DIAN No. CNT2022AC000008 de 2022, tras aplicar una interpretación normativa expresada en la comunicación No. 2023RS16847 del 29 de diciembre de 2023, en vez de darle aplicación a los conceptos emitidos mediante oficios No 2023RS141682 y No 2023RS160605 del 24 de octubre y 12 de diciembre de 2023, respectivamente, emitidos por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC.

El A quo, mediante sentencia adiada 7 de febrero de 2024, resolvió declarar improcedente el amparo deprecado, decisión que la señora DINETH YISEL ROMERO GUTIÉRREZ, impugnó y sobre la cual ha de pronunciarse esta Corporación.

Ahora, previo al abordaje del presente asunto, y como quiera que la accionante dentro de este trámite de segunda instancia elevó solicitud de medida provisional solicitando *“se ordene a la Comisión Nacional de Servicio Civil y la Universidad Área Andina llamarme a la fase II del concurso de méritos DIAN 2022, dentro de la OPEC 198218 aspirante al cargo Gestor II código de empleo 302, grado 2 y con esto se evite un daño irremediable que atente contra mis derechos fundamentales, dada la urgencia teniendo en cuenta que el curso de formación está en ejecución teniendo como primer examen el día 16 de Febrero de 2024, para garantizar el acceso a la misma”*

Advierte el despacho que, dentro del expediente no se aportó documento alguno que dé cuenta de la fecha de la presentación del primer examen, por lo que no se pudo corroborar que el mismo se haya llevado a cabo el día 16 de febrero, tal como afirma la actora, máxime cuando ante el juez de primera instancia no se puso en su conocimiento tal aseveración para que estudiara la urgencia de la medida, toda vez que, inclusive, cuando ingresa a este Despacho el expediente para el estudio de la alzada, ya dicha fecha había pasado.

Colofón de lo anterior, esta solicitud no es susceptible de ser atendida, y por ende se pasará a referirse sobre la procedencia de la acción de tutela, tratándose de controversias suscitadas en el trámite de los concursos de méritos.

SOBRE LA ACCIÓN DE TUTELA EN LOS CONCURSOS DE MÉRITOS

En primer lugar, es menester reseñar que, el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política, prevé que la acción de tutela únicamente procederá cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que ella se utilice como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Concordante con ello, el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 6, aglomera las causales de improcedencia de la acción de tutela, disponiendo en su numeral 1° lo siguiente:

“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 encuentre el solicitante.”

De igual modo, se tiene que la H. Corte Constitucional, al analizar la procedencia de la acción de tutela tratándose de concursos de méritos ha expuesto que:

“Así, prima facie, este Tribunal ha considerado que la acción de tutela no procede cuando a través de su uso se pretenda atacar decisiones proferidas por la Administración en el marco de un concurso de méritos, pues, el legislador de (sic) estableció mecanismos especiales en uso de los cuales el juez de lo contencioso administrativo estaría llamado a conocer de esos asuntos. Allí podría solicitarse, además, la puesta en marcha de medidas cautelares si es que la protección del

bien es urgente y no soportaría el tiempo que tarde la resolución del litigio. Sin embargo, siguiendo lo advertido en el párrafo anterior, puede que, en algunos supuestos, a la luz de las circunstancias particulares ofrecidas en el caso, se advierta que este medio judicial no es idóneo ni eficaz. Escenario en el que la acción de tutela devendrá procedente”¹.

Acompasa lo anterior, lo decantado por la Corte Constitucional, en relación al requisito de subsidiariedad que gobierna la acción de tutela, en la sentencia T-425 de 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido:

“Según disponen los artículos 86 de la Constitución y 6.1 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario, que solo (sic) procede cuando el solicitante no disponga de otro mecanismo de defensa judicial para lograr la protección de sus derechos fundamentales, salvo que se acredite un supuesto de perjuicio irremediable de naturaleza ius fundamental. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, en asuntos relativos a concursos de méritos los participantes pueden cuestionar las actuaciones surtidas en el marco de la convocatoria en ejercicio de los medios de control pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por tanto, la intervención del juez constitucional se restringe, de ser el caso, a conjurar un perjuicio irremediable.”

Por otro lado, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha indicado que las listas de elegibles de los concursos de méritos pueden ser demandadas ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, como también las decisiones previas a dicha lista cuando se refieran a actos de calificación:

“Dentro de ese contexto, el acto de calificación es aquella decisión por

1 Corte Constitucional. Sentencia T-081 de 2021. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

medio de la cual, se exterioriza el resultado obtenido por un concursante y que refleja la potencialidad o predisposición de la persona para desarrollar una habilidad o un comportamiento.

Esa aptitud debidamente ejercida por medio de la práctica se transforma en capacidad, la cual es medida a través de instrumentos que permiten valorar los diferentes factores requeridos para el ejercicio de un cargo, utilizando medios tecnológicos y técnicos que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad con parámetros previamente determinados y que, precisamente, son dados a conocer al participante a través de una decisión particular que le fija el puntaje o nivel alcanzado, con base en el cual, le es posible al concursante mantenerse vigente en la actuación administrativa a fin de quedar incluido o hacer parte de la lista de elegibles.

Al constituirse el acto de calificación en un verdadero acto administrativo, genera la particular consecuencia de convertirlo en un acto enjuiciable ante esta jurisdicción.

En línea de lo descrito, la lista de elegibles y el documento de evaluación o calificación proferidos en un concurso de méritos son actos típicamente definitorios 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.”²

De acuerdo a lo señalado, corresponde a la Sala evaluar las circunstancias particulares del caso, teniendo en cuenta la presunta afectación y/o perjuicio

² Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B. Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00014-00 (0410-09), Sentencia del 29 de nov. de 2012; Sección Segunda Subsección B. Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00794-01 (2162-18), Auto del 2 de oct. de 2019; Sección Segunda Subsección A. Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00680-01 (3562-15), Sentencia del 5 de nov. de 2020.

irremediable que tenga la concursante y que conlleve a que su pretensión sea impostergable.

En el asunto objeto de estudio, esta Colegiatura considera que, el escenario tutelar no es el idóneo para dirimir la controversia planteada, por cuanto, la acción de tutela no es un mecanismo alternativo, adicional o complementario de los previstos en el ordenamiento jurídico colombiano para esta clase de eventos, menos cuando la gestora no logró demostrar la existencia de presupuestos que permitan flexibilizar los requisitos de procedibilidad de la acción constitucional, tal como la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable.

Si bien la reclamante aludió a tal figura en su exposición, la realidad es que no aportó mínimos elementos de juicio que permitieran acreditar o comprobar su inminente ocurrencia que permitirá desplazar la competencia del juez ordinario.

Asimismo, se tiene, del análisis de las pruebas allegadas, que las actuaciones surtidas al interior del proceso de selección se ajustaron a los lineamientos del concurso, y que la no citación al curso de Formación a la accionante, no obedece a actuaciones arbitrarias por parte de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC, sino que, la decisión corresponde a que la accionante pese a haber superado la Fase I del Proceso de Selección con un puntaje mínimo aprobatorio a 70.00, no ocupó uno de los tres primeros puestos por vacante, incluso en condiciones de empate en estas posiciones, exigidos por la Convocatoria para continuar en el Proceso de selección.

Por lo anterior, la Sala estima que, el trámite eficaz que le correspondería a la señora DINETH YISEL ROMERO GUTIÉRREZ, de continuar con su inconformidad, sería dar inicio a un proceso ante la jurisdicción contencioso administrativa, ya que, con la introducción al ordenamiento jurídico colombiano de la Ley 1437 del 2011, se les concedió la oportunidad a los demandantes de solicitar la protección de sus derechos a través de ciertas medidas cautelares, lo cual conduce a generar una mayor eficacia, en lapsos perentorios.

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia T-425 del 2019, expuso que:

“Así mismo, la Sala advierte que, en ejercicio de dicho medio de control, los accionantes podían solicitar el decreto de medidas cautelares para solicitar la protección y garantía provisional del objeto del proceso y la efectividad de la sentencia” “la posibilidad de suspender en determinados casos las etapas de un concurso de méritos por medio de la acción de tutela no es una potestad exclusiva de la Corte Constitucional”

Los actores podían solicitar al juez de lo contencioso administrativo: (i) el restablecimiento de la situación al estado en que se encontraba antes de la presunta conducta vulneradora, (ii) la suspensión del concurso por no existir otra posibilidad de superar la situación que dio lugar a la adopción de la medida o (iii) la suspensión provisional de los efectos del acto de invitación a la convocatoria BF/18- 002[74]. Incluso, (iv) podían pedir que el juez administrativo adoptara una medida cautelar de urgencia, si de las particularidades del caso se advertía la necesidad de una intervención perentoria de la autoridad judicial”.

Por otro lado, en cuanto a la solicitud de información y datos que pretende la señora DINETH YISEL ROMERO GUTIÉRREZ le sean entregados por las entidades accionadas, no se observa adjunto algún documento y en específico, el contenido de las pretensiones de la accionante, esto es el informe de cada uno de los puntajes y su orden y el informe de manera precisa cuál es su posición, contando inclusive en condiciones de empate, respecto del puntaje obtenido para la oferta pública del empleo DIAN 2022 con OPEC 198218, pues no se evidencia que haya elevado esta solicitud ante las entidades accionadas.

Bajo este contexto, debe decirse que, de los elementos de convicción

allegados, no observa el Despacho vulneración al derecho fundamental de petición de la señora DINETH YISEL ROMERO GUTIÉRREZ, en el entendido que estamos frente a la inexistencia de una solicitud incoada ante las accionadas. Entonces, no puede exigírseles a las accionadas dar respuesta a solicitudes que no conocía.

Conviene recordar que, como lo ha explicado la Corte Constitucional³ si bien uno de los rasgos característicos de la acción de tutela es la informalidad: *“el juez tiene el deber de corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental, para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea del caso”*.

Así las cosas, esta Corporación considera que la decisión adoptada por el fallador de instancia fue acertada, por lo cual procederá a confirmarla en su totalidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia impugnada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Advertir que contra esta providencia no procede ningún recurso.

TERCERO: Remitir el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

3 Sentencia T -571 de 2015.

Rad. 2024-00146-T-CA

Accionante: DINETH YISEL ROMERO GUTIÉRREZ.

Decisión: Confirmar.

Los Magistrados,



DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA

APROBACION VIRTUAL

LUIGUI J. REYES NÚÑEZ



AUGUSTO E. BRUNAL OLARTE

OTTO MARTÍNEZ SIADO

SECRETARIO