

Rad. 13001-33-33-008-2021-00153-01

Cartagena de Indias D. T. y C., dos (2) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	13001-33-33-008-2021-00153-01
Accionante	Luis Guillermo Molina Ramírez
Accionada	Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC
Tema	Derecho al debido proceso
Magistrada Ponente	Óscar Iván Castañeda Daza

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el accionante, contra la sentencia de fecha de 29 de julio de 2021 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual declaró improcedente la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales del accionante por incumplimiento del principio de subsidiariedad.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. Pretensiones

El demandante solicitó tutelar sus derechos al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y al acceso a cargos públicos por concurso de méritos. En consecuencia, solicitó ordenar a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC admitirlo dentro del cargo al cual se postuló por cumplir los requisitos exigidos para ello y de igual forma ordenar a la misma citarlo a las pruebas de conocimientos, prueba de examen de competencias básicas y organizaciones, pruebas comportamentales y de integridad.

3.1.2. Hechos

Rad. 13001-33-33-008-2021-00153-01

Manifiesta el accionante que se inscribió en el concurso de méritos 1461 de 2020 DIAN de la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC.

Indico que se postuló al cargo Gestor II, código OPEC 127739, código 302, denominación 3641, nivel jerárquico profesional grado 2. Para ello afirma haber aportado todos los documentos soportes de estudio y experiencia que se requerían para el cumplimiento de los requisitos a través de la plataforma SIMO.

Afirma haber aportado: Fotocopia de su cédula de ciudadanía, Fotocopia de su diploma profesional, Certificación Laboral expedida por la empresa donde había laborado, en la cual se detallan fecha de ingreso y funciones y tarjeta profesional de abogado, entre otros documentos que acreditaban ampliamente los requisitos mínimos exigidos.

Terminado el proceso de selección del mencionado concurso de mérito, se publicaron los resultados obtenidos por los aspirantes al proceso de ingreso N° 1461 DE 2020 DIAN, en el cual el actor de la presente acción tuitiva no fue admitido.

El actor asegura que de acuerdo a lo establecido en la resolución No. 000061 del 11 de junio de 2020, los requisitos exigidos para el cargo al que se postuló son: Título Profesional y un (1) año de experiencia Profesional. Sin embargo, La COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC, desconoció los requisitos que exigía el cargo al cual se postuló y sin causa justificada lo excluyó del concurso, sin tener en cuenta que el suscrito cumplía con los requisitos exigidos.

De la decisión de no haber sido admitido al concurso adoptada por la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, menciona el actor tuvo conocimiento hace pocos días, toda vez que la señal de Internet en la población de barú (Bolívar) es excesivamente deficiente y no pudo tener acceso de forma oportuna.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC¹

¹ Contenida en el archivo 09 del expediente digital.

Rad. 13001-33-33-008-2021-00153-01

Solicitó que se declarara la improcedencia de la presente acción de tutela por no ser ajustable al procedimiento constitucional indicado, al no cumplir con el requisito de la subsidiariedad, toda vez que el actor no agotó las herramientas legales con las que contaba para controvertir el acto a través del cual fue inadmitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC, debido a que no presentó ninguna reclamación, acudiendo directamente a la acción de tutela.

Así mismo, argumentó la falta del requisito de inmediatez pues el actor contaba con la posibilidad de presentar de forma oportuna una reclamación frente a los resultados de la verificación de requisitos mínimos, los cuales fueron publicados en la página web y no lo hizo.

Recalca que en el presente caso no se evidencia que el accionante este a puertas de sufrir un perjuicio irremediable, ni que mucho menos se le estén vulnerando los derechos fundamentales invocados.

3.2.2. Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN²

En su informe, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales UAE-DIAN solicitó ser desvinculada del proceso por falta de legitimación por pasiva. Asegura no ser la entidad competente para resolver lo pretendido por el accionante, toda vez que, la atención de lo solicitado se encuentra en cabeza de la Comisión Nacional de Servicio Civil CNSC.

Indicó que la Comisión Nacional de Servicio Civil –CNSC- además de ser el ente encargado de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos en general, y del sistema específico de carrera administrativa de la UAE-DIAN, es la entidad responsable del proceso de selección (convocatoria No. 1461 de 2020) en sus diferentes etapas, bajo lo estipulado en el Artículo 2 del Acuerdo No.0285 de 10 de septiembre de 2020.

3.2.3. Unión Temporal Mérito y Oportunidades DIAN 2020³

Solicitó se declarara improcedente la acción tuitiva aduciendo que el accionante tuvo la posibilidad de reclamar frente a los resultados obtenidos

² Contenida en el archivo 07 del expediente digital.

³ Contenida en el archivo 08 del expediente digital.

Rad. 13001-33-33-008-2021-00153-01

en la etapa de Verificación de Requisitos Mínimos a través del Sistema SIMO desde las 00:00 horas del 20 de mayo de 2021 y hasta las 23:59 horas del 21 de mayo de 2021, sin embargo este no presentó reclamación alguna, lo que considera representa un claro ejemplo de violación del debido proceso por parte del accionante ya que utiliza la acción de tutela como mecanismo para suplir la falta de presentación de una reclamación y agotar el proceso administrativo establecido en la norma rectora del Proceso de Selección.

Afirma que en cumplimiento de lo establecido en el numeral 2.6 del del Acuerdo No. 0332 de 2020 y, habiendo concluido la etapa de reclamaciones, se publicaron el pasado 18 de junio los resultados definitivos de la etapa de Verificación de Requisitos Mínimos dentro de la cual el aspirante Luis Guillermo Molina Ramírez, resultó no admitido, revisado el Sistema-SIMO, se advirtió que el accionante no presentó reclamación frente a los resultados preliminares publicados de la etapa de Verificación de Requisitos Mínimos los cuales fueron publicados en la página web del presente Proceso de Selección y de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Precisó finalmente también que la situación de la deficiencia de la internet no resulta endilgable a su representada.

3.3. ACTUACIÓN PROCESAL

Por auto del 16 de julio de 2021 se admitió la tutela, y a su vez se ordenó vincular al Departamento de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, ordenándose la notificación de la accionada y de la vinculada por el medio más expedito, concediéndoles un término de dos (2) días para rendir el informe. La notificación de la anterior providencia se surtió a las partes el 19 de julio de 2021, mediante envió de mensaje de datos al buzón de correo electrónico suministrado por la parte actora y los que tienen dispuesto las entidades para notificaciones judiciales, con el que se adjuntaron copia del auto admisorio y de la solicitud de la tutela.

La sentencia de primera instancia se profirió el 29 de julio de 2021, en la cual se declaró improcedente la acción tuitiva. El demandante presentó impugnación mediante mensaje enviado por correo electrónico el día 3 de agosto de 2021. Finalmente, la impugnación se concedió por auto de fecha 6 de agosto de 2021.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Rad. 13001-33-33-008-2021-00153-01

Mediante sentencia de fecha 29 de julio de 2021, el Juzgado Octavo Administrativo de Cartagena declaró improcedente la acción de tutela, conforme las siguientes razones:

Considera el juzgado que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario que no puede invocarse previamente, de forma paralela o complementaria a los mecanismos ordinarios, ni como tercera instancia. De acuerdo a ello, señaló que la acción de tutela no es el mecanismo en principio procedente para reclamar la inadmisión en un proceso de selección por méritos, pues para ello el artículo 12 de la ley 760 de 2005 ha establecido como herramienta, la reclamación directa frente a la inadmisión de los procesos de selección

Pese a lo anterior, no se encuentra demostrado que el actor haya elevado reclamación ante la entidad encargada de adelantar la convocatoria N° 1461 de 2020 con la finalidad de desvirtuar la decisión de inadmitirlo del concurso y para lograr la admisión deseada, situación que hace que la presente acción de tutela sea improcedente. Sumándole a lo anterior que en el presente caso no se argumentó ni se encuentra probado en el acervo probatorio que el actor se encontraba o se encuentra a puertas de sufrir un perjuicio grave e irremediable para obviar el procedimiento ordinario establecido en la ley y remitirse de forma directa a la acción de tutela.

3.5. IMPUGNACIÓN⁴

El demandante impugnó la sentencia de primera instancia esgrimiendo, los siguientes argumentos:

Señaló que en el fallo los argumentos expuestos para tornar improcedente la presente acción constitucional, carecen de fundamento debido a que el Juez, dentro del análisis efectuado no priorizó los motivos específicos que llevaron a solicitar al accionante el amparo constitucional, reafirmando nuevamente los hechos expuestos en la demanda.

Consideró que si bien es cierto la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, estipulo un día después del comunicado para interponer los recursos, reafirmó

⁴ Contendida en el archivo 12 del expediente digital.

Rad. 13001-33-33-008-2021-00153-01

que las deficiencias en la señal de la internet, impidieron que hiciera una reclamación.

En virtud de los anteriores argumentos y asegurando que le han sido vulnerados por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, solicitó que le sean tutelados sus derechos fundamentales del debido proceso, a la igualdad, al trabajo y al acceso a cargos públicos por concurso de méritos previstos en la Constitución Nacional en su Preámbulo y en los artículos 13, 29, 25, 40, 83, 86, 228 y 230.

3.5.1. Trámite de la impugnación

A través de auto de fecha 6 de agosto de 2021, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena concedió la impugnación interpuesta oportunamente por la parte accionante contra la sentencia que declaró la improcedencia de la acción. La impugnación fue repartida el día 13 de agosto de 2021.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

Conforme lo establecen el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena.

5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo a los argumentos de la impugnación presentada por la parte accionante y a las pruebas que obran en el expediente, corresponde a la Sala establecer:

Rad. 13001-33-33-008-2021-00153-01

¿Es procedente la acción de tutela para estudiar de fondo este asunto?

En caso de que el anterior interrogante sea positivo,

¿Debe accederse al amparo de los derechos al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y al acceso a cargos públicos por concurso de méritos del accionante, al no ser admitido en la etapa de verificación de requisitos mínimos del concurso de méritos de la DIAN?

5.3. TESIS

La sentencia de primera instancia se confirmará. Para el Tribunal, no se cumplieron los presupuestos procesales para estudiar de fondo la acción de tutela. Las tuteladas garantizaron su derecho al debido proceso, mientras que el actor no hizo uso de los recursos para reclamar su no inclusión en la lista de admitidos. El concurso se ciñó a lo dispuesto en la convocatoria y se respetaron todas las etapas.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Generalidades de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagró la acción de tutela en el ordenamiento jurídico colombiano. Su finalidad es reclamar ante los jueces, la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, y excepcionalmente, por un particular. El procedimiento de la acción de tutela es preferente y sumario. Sin embargo, para que tenga esta connotación se requiere acreditar los siguientes requisitos de procedencia:

i) Legitimación en la causa. Este presupuesto procesal comprende la legitimación por activa y por pasiva. El primero, refiere a la posibilidad con la que cuenta toda persona para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales⁵. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela puede ejercerse: a) en nombre propio; b) mediante

⁵ Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, M.P. Diana Fajardo Rivera, Sentencia T-007 de 2019.

Rad. 13001-33-33-008-2021-00153-01

apoderado, debidamente facultado; c) a través de agente oficioso, cuando el titular de los mismos no se encuentre en condiciones de promover su propia defensa. El segundo, precisa la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige el medio de control⁶. Bajo ese entendido, puede interponerse este mecanismo judicial contra: a) cualquier autoridad pública, o b) excepcionalmente, contra particulares.

ii) Inmediatez. Si bien, la acción de tutela no cuenta con un término de caducidad, se insta al afectado para que acuda a la administración de justicia en un plazo prudente y razonable. Este plazo se contabiliza desde el momento en que ocurrieron los hechos que afectan o amenazan los derechos fundamentales⁷.

iii) Subsidiariedad. La acción de tutela puede interponerse en las siguientes situaciones: a) cuando la persona afectada no cuente con otro mecanismo de defensa judicial; b) cuando existiendo un mecanismo ordinario, este no sea idóneo ni eficaz; c) cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁸.

5.4.2. Presupuestos de procedencia de la acción de tutela en materia de concursos de méritos.

La acción de tutela, en principio, resulta procedente para reclamar la protección de los derechos fundamentales que se encuentran inmersos cuando se busca acceder a cargos públicos por concurso de méritos. En efecto, en este tema se entrelazan los principios del debido proceso, la legalidad, la igualdad y el acceso a cargos públicos, que constituyen límites al poder del Estado, y a su vez garantía de seguridad jurídica y confianza legítima de los ciudadanos⁹.

⁶ Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, M.P. Alejandro Linares Cantillo, Sentencia T-133 de 2020.

⁷ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, M.P. Alberto Rojas Ríos, Sentencia T-243 de 2019.

⁸ Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, M.P. Alejandro Linares Cantillo, Sentencia T-679 de 2017.

⁹Al respecto, se debe tener en cuenta el precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia T-843/09 en la que la H. Corte Constitucional, señaló:

“El derecho consagrado en el artículo 13 de la Constitución es desconocido de manera abierta, muy específicamente en cuanto atañe a la igualdad de oportunidades, toda vez que se otorga trato preferente y probadamente injustificado a quien se elige, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado...[...]“El derecho al debido proceso -que, según el artículo 29 de la Constitución, obliga en todas las actuaciones administrativas- es vulnerado en estos casos por **cuanto el nominador, al cambiar las reglas de juego aplicables, establecidas por la Constitución y por la ley, sorprende al concursante**



SENTENCIA No. 55/2021
SALA DE DECISIÓN No. 002

Rad. 13001-33-33-008-2021-00153-01

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-213A de 28 de marzo de 2011 manifestó:

"(...) 4.3. Sin embargo, conviene precisar que la existencia de diversos medios de defensa judicial debe ser analizada por el juez constitucional en términos de idoneidad y eficacia, frente a la situación particular de quien invoca el amparo constitucional, como quiera que una interpretación restrictiva de la norma, conllevaría la vulneración de derechos fundamentales, si con el ejercicio de dichos mecanismos no se logra la protección efectiva de los derechos conculcados. En estos eventos, se ha admitido la procedencia del amparo constitucional, incluso como mecanismo definitivo, siempre que se logre determinar que las vías ordinarias -jurisdiccionales o administrativas- no son lo suficientemente expeditas para prodigar una protección inmediata y real.

4.4. En el presente asunto, si bien es cierto que los demandantes cuentan con otro mecanismo de defensa judicial para controvertir las medidas adoptadas por la CNSC, por cuanto pueden acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para obtener la nulidad de los actos a través de los cuales fueron excluidos del proceso de selección, también lo es que ese mecanismo no es el medio idóneo ni eficaz para tal efecto, pues dada la tardanza de ese tipo de procesos, la solución del litigio podría producirse después de finalizada la convocatoria, cuando ya la decisión que se profiera al respecto resulte inocua para los fines que aquí se persiguen, los cuales se concretan en la posibilidad de continuar participando en el proceso de selección para acceder a un cargo de carrera administrativa en el desarrollo de la Convocatoria No. 001 de 2005.

4.5. En relación con los concursos públicos de méritos, la Corte ha consolidado una jurisprudencia uniforme respecto de la ineficacia de los medios judiciales de defensa que existen en el ordenamiento jurídico para resolver las controversias que allí se suscitan, sobre la

que se sujetó a ellas, al cual se le infiere perjuicio según la voluntad del nominador y por fuera de la normatividad...."De allí también resulta que, habiendo obrado de buena fe, confiando en la aplicación de las reglas que el Estado ha debido observar, el aspirante debe soportar una decisión arbitraria que no coincide con los resultados del proceso de selección."¹¹⁶¹...De conformidad con la anterior jurisprudencia, la entidad estatal que convoca a un concurso abierto con la finalidad de escoger a una o varias personas para suplir uno o varios cargos de su planta, debe respetar las reglas que ella misma ha diseñado y a las cuales deben someterse los participantes. Por ello, desconocer el riguroso orden que se impone cuando, agotadas todas las etapas de selección, surgen nuevos elementos que a juicio de la entidad son valederos o justificables, pero que a la postre resultan dilatorios más aún cuando son varios los cargos a proveer, equivale a quebrantar unilateralmente las bases de dicha convocatoria y defraudar, no sólo a quien ha superado satisfactoriamente todas las pruebas, sino también, a frustrar la confianza que se tiene respecto de la institución que actúa de esta manera, asaltando en su buena fe a los participantes..."

Rad. 13001-33-33-008-2021-00153-01

base de estimar que éstos no permiten una pronta y actual protección de los derechos fundamentales en discusión, pues debido al prolongado término de duración de los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando se resuelva el asunto ya no será posible reivindicar dichas garantías.

De manera particular se ha acogido dicho criterio, en aquellos eventos en los que, quien ha participado en un concurso de méritos y ha obtenido el más alto puntaje, no es nombrado en el cargo al que aspiró y que fue objeto de convocatoria pública. En estos casos, ha considerado la Corte que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para efectos de la reelaboración de la lista de elegibles carece de eficacia y de efectos prácticos, pues cuando se resuelva la controversia ya la administración habrá realizado los respectivos nombramientos y habrá que tenerse en cuenta que no se pueden afectar situaciones jurídicas consolidadas respecto de terceros."

En este orden de ideas, en materia de concurso de méritos la acción de tutela resultaría ser el medio idóneo y eficaz para proteger por ejemplo al primero que ocupó el primer lugar en una lista y sin ningún criterio razonable resulta excluido y no es nombrado.

En casos en los cuales una persona es excluida o inadmitida en un concurso de méritos, para determinar la procedencia de la acción debe tenerse como criterio diferenciador si dicho concurso aún se encuentra en trámite o si respecto de éste se produjo un acto definitivo creador de derechos de terceros, como lo es la conformación de la lista de elegibles.

En el primero de los casos, sería aplicable lo sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia antes citada, constituyéndose la tutela en el medio idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales de las personas excluidas o inadmitidas de un concurso de méritos, bajo el entendido que ninguna de las acciones ordinarias previstas por el legislador goza de la idoneidad y eficacia para amparar tales derechos, dada la celeridad con que transcurren las etapas de los concursos.

Ahora bien, en el segundo de los casos, al existir un acto administrativo definitivo con el cual se culminó el proceso de selección y creó derechos a favor de terceros, se debe acudir a la regla general sobre la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos. En ese sentido, la acción de tutela sólo resultará procedente cuando quien reclame el amparo constitucional, acredite al juez la existencia de un perjuicio irremediable o

Rad. 13001-33-33-008-2021-00153-01

cuando esté demostrado que los medios ordinarios no resultan eficaces para restablecer el derecho reclamado.¹⁰

Conforme a lo anterior, la improcedencia de la acción de tutela para discutir los actos administrativos definitivos proferidos con ocasión de un concurso de méritos encuentra su razón de ser en los efectos que dichos actos crean respecto de terceros, a quienes debe garantizárseles la oportunidad de defender los derechos que les fueron otorgados y para lo cual, el escenario procesal idóneo es el que brinda el proceso ordinario, más aún en los casos en los cuales quien pretende controvertir dichos actos fue excluido con anterioridad del concurso.

5.4.3. Procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos que reglamentan un concurso de méritos

Ahora bien, en jurisprudencia reciente, la Corte constitucional ha sido clara al otorgar un carácter excepcional a la acción de tutela a la hora de atacar actos administrativos de un concurso de méritos, entre muchas otras que enseñan esto, está la sentencia T-441 de 2017, donde la corporación expone lo siguiente:

“(...) De lo expuesto, podría concluirse que la acción de tutela resulta improcedente en el caso concreto. Puesto que ante la existencia de dichos mecanismos de defensa judicial, puede cuestionarse: (i) el acto administrativo general que incluye los supuestos, requisitos y procedimientos que deben cumplir los aspirantes al cargo de dragoneantes del INPEC; y (ii) el acto administrativo particular que declaró al accionante como no apto, ante el resultado de la valoración médica, que se encuentra fundamentado en criterios estrictamente objetivos”.

El numeral 5° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela no procede cuando se trata de actos de carácter general,

¹⁰ En sentencia T- 514 de 2003 la Corte Constitucional sostuvo: “... (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

Rad. 13001-33-33-008-2021-00153-01

impersonal y abstracto. En ese sentido, la Corte ha indicado que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial al que debe acudir para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos.

En la sentencia T-586 de 2017, se ratificó lo expuesto en los siguientes términos:

“...3.2.2.1. Sobre el asunto que ocupa la atención de la Sala, la jurisprudencia constitucional ha entendido que, por regla general, la acción de tutela procede de manera excepcional para controvertir las decisiones administrativas adoptadas al interior de un concurso de méritos pues, en principio, quienes se vean afectados por una determinación de esta naturaleza pueden valerse de los medios de control disponibles en la jurisdicción de lo contencioso administrativo...”.

Es menester resaltar que las anteriores sentencias constitucionales, que se consideran como precedente han sido citadas para la resolución de casos similares al presente y que se han desarrollado entorno a la convocatoria DIAN No. 1461 de 2020, como lo es la Acción de tutela 2021-00109 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales, Nariño.

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos probados

5.5.1.1. El accionante se inscribió el 25 de enero de 2021 a través de la CNSC al concurso DIAN No. 1461-2020 al cargo GESTOR II código OPEC N°127739, código 302¹¹.

5.5.1.2. Se acredita que el actor no fue admitido al concurso DIAN No. 1461-2020 en la etapa de verificación de requisitos mínimos ¹².

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Con el objetivo de resolver los problemas jurídicos demarcados, el Tribunal estima pertinente abordar el siguiente tema: (i) requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela

¹¹ Folio 12 cuaderno de pruebas.

¹² Folio 1 del cuaderno que contiene la demanda.

Rad. 13001-33-33-008-2021-00153-01

5.5.2.1. Requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela

Para el Tribunal, es improcedente el estudio de fondo de este mecanismo judicial. Para sustentar esta afirmación, se explicarán los presupuestos procesales de la acción de tutela.

(i) El señor Luis Guillermo Molina Ramírez cuenta con legitimación en la causa por activa. Es una persona mayor de edad en pleno uso de sus facultades legales. Además, manifiesta que se le han vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y al acceso a cargos públicos por concurso de méritos.

Por otro lado, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) es una entidad pública que le corresponde ejercer como autoridad tributaria y aduanera del país¹³. La Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) es una entidad de orden constitucional que se encarga de la administración y vigilancia de las carreras, salvo regímenes exceptuados¹⁴. Así entonces, ambas entidades públicas cuentan con legitimación por pasiva. La primera, porque es la que ofertó la vacante a la que aspiró el accionante. Mientras que la CNSC se le encomendó dirigir el concurso de méritos. No se podría resolver un asunto de vital trascendencia como la suspensión de un concurso, sin la presencia de ambos organismos.

(ii) Pese a lo anterior, no se cumple en el presente caso el principio de subsidiariedad de la acción de tutela consagrado en el inciso 4º del artículo 86 de la Constitución, que establece que esta 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 irremediable¹⁵, teniendo en cuenta que el actor ante la decisión de no ser admitido en la convocatoria no presentó eclamación alguna.

Ahora, es menester señalar que, pese a que el actor tuvo la posibilidad de reclamar frente a los resultados obtenidos en la etapa de Verificación de Requisitos Mínimos a través del Sistema SIMO desde las 00:00 horas del 20 de mayo de 2021 y hasta las 23:59 horas del 21 de mayo de 2021, este no presentó reclamación alguna, omisión que es una violación del debido proceso por

¹³ Decreto 1742 de 2020.

¹⁴ Ley 909 de 2004, artículo 7.

¹⁵ Corte constitucional, sala séptima de revisión, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub Sentencia T-458 de 2013.

Rad. 13001-33-33-008-2021-00153-01

parte del accionante dado que utiliza la acción de tutela como mecanismo para suplir la falta de presentación de una reclamación y agotar el proceso administrativo establecido en la norma rectora del Proceso de Selección.

La acción de tutela no es el mecanismo en principio procedente para reclamar la inadmisión en un proceso de selección por méritos, pues, para ello, la Ley establece una herramienta especial, es decir, la reclamación directa frente a la inadmisión en los procesos de selección, dispuesta en el artículo 12 del Decreto Ley 760 de 2005:

“El aspirante no admitido a un concurso o proceso de selección podrá reclamar su inclusión en el mismo, ante la Comisión Nacional del Servicio Civil o ante la entidad delegada, según sea el caso, dentro de los dos (2) días siguientes a la publicación de la lista de admitidos y no admitidos al concurso. En todo caso las reclamaciones deberán decidirse antes de la aplicación de la primera prueba. La decisión que resuelve la petición se comunicará mediante los medios utilizados para la publicidad de la lista de admitidos y no admitidos, y contra ella no procede ningún recurso.”

La citada norma se encuentra en el numeral 2.6 del Anexo (Acuerdo No. 0332 de 2020) del Contrato No. 599 de 2020 con la Unión Temporal Mérito y Oportunidad DIAN 2020, cuyo objeto es “Desarrollar las etapas de verificación de requisitos mínimos y de pruebas escritas del Proceso de Selección para la provisión de empleos vacantes del Sistema Específico de los Empleados Públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN 2020.”

“2.6. Reclamaciones contra los resultados de la VRM Las reclamaciones contra los resultados de la VRM se presentarán por los aspirantes únicamente a través del SIMO, frente a sus propios resultados (no frente a los de otros aspirantes), dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de publicación de los mismos, en los términos del artículo 12 del Decreto Ley 760 de 2005 o la norma que lo modifique o sustituya, las cuales serán decididas por la Institución de Educación Superior contratada para realizar esta etapa del proceso de selección, quien podrá utilizar la respuesta conjunta, única y masiva, de conformidad con la Sentencia T-466 de 2004, proferida por la Corte Constitucional y lo previsto por el artículo 22 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. Las decisiones que resuelven estas reclamaciones serán comunicadas a los participantes en los términos del artículo 33 de la Ley 909 de 2004 o la norma que la modifique o sustituya

Rad. 13001-33-33-008-2021-00153-01

y deberán ser consultadas en el SIMO, ingresando con su usuario y contraseña. Contra la decisión que resuelva estas reclamaciones no procede ningún recurso."

En este punto, es menester referirse al argumento central expuesto por el tutelante, cual es la presunta falta de internet en el municipio donde reside.

Para la Sala, no resulta admisible su afirmación en tanto (i) esto es un hecho que requiere ser probado, mas aun si se constituye como una situación de caso fortuito; además, en el actor reside el interés de probar ese supuesto de hecho¹⁶. Si se permitiese tan solo la simple afirmación, ello conllevaría a aceptar dichas excusas en todos y cada uno de los casos similares al presente; (ii) aún aceptando como cierta su afirmación, el plazo para interponer reclamación no fue de horas, sino de días. La razonabilidad del plazo, recarga la hipótesis de la falta de diligencia del actor; (iii) era posible acudir a otras formas tecnológicas para elevar su reclamación, *verbigratia* comprar un paquete de datos para un dispositivo móvil o incluso delegar esa gestión a un familiar o una persona cercana.

Así las cosas, es menester confirmar la decisión adoptada por el Despacho de origen.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia de fecha 29 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena.

SEGUNDO: Comuníquese la presente providencia a las partes y al juzgado de origen.

TERCERO: REMÍTASE el expediente dentro de los diez días siguientes a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

¹⁶ Código general del proceso, ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.



Rad. 13001-33-33-008-2021-00153-01

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	13001-33-33-008-2021-00153-01
Accionante	Luis Guillermo Molina Ramírez
Accionada	Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC
Magistrada Ponente	Óscar Iván Castañeda Daza