



Cartagena de Indias D. T. y C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

Medio de control	ACCION DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-008-2022-00011-00
Demandante	NICOLAS EDUARDO ROMERO CARMONA
Demandado	DIRECCIÓN GENERAL DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC); UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
Asunto	DEBIDO PROCESO - CONCURSO DE MÉRITOS - ACCIÓN DE TUTELA - IMPROCEDENTE
Sentencia No.	005

1. PRONUNCIAMIENTO

Mediante escrito radicado el día 18 de enero de 2022, a través del buzón electrónico de la Oficina de Reparto y recibido en este Despacho en la misma fecha, el señor NICOLAS EDUARDO ROMERO CARMONA, presentó acción de tutela contra la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA, encaminada a obtener la protección de sus derechos fundamentales al Trabajo y Debido Proceso.

2. ANTECEDENTES

- PRETENSIONES

1-Tutelar los derechos fundamentales al trabajo, al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, y al debido proceso del accionante Nicolas Eduardo Romero Carmona.

2-Declarar medida cautelar suspensión de proceso de selección No. 1461 de 2020 de la DIAN, en el cargo de Gestor II OPEC 127685.

3-Permitir, que, su caso sea revisado nuevamente, y si es posible, por una persona idónea e independiente del proceso.

4-Ordenar a la Universidad Sergio Arboleda, a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la DIAN, la corrección del puntaje del accionante Nicolas Eduardo Romero Carmona.



- HECHOS

Como fundamentos facticos de su acción el accionante, en resumen, refirió, los siguientes:

1-Que, se encuentra inscrito en el proceso de selección No. 1461 de 2020 de la DIAN, en el cargo de Gestor II OPEC 127685.

2-Que, cumplió todas las fases del proceso de selección y que el día 19 de diciembre acudió a la jornada de acceso a la evaluación para revisar las respuestas claves del examen que había realizado el día 28 de noviembre.

3-Que, durante la revisión identificó que la respuesta a la pregunta 29 que da la Universidad Sergio Arboleda está errada, por lo tanto, el día 20 de diciembre, procedió a radicar reclamación manifestando las razones por las cuales considera que la respuesta dada a la pregunta 29 no es correcta.

4-Que, la pregunta 29 relata una situación en la que un contribuyente que no había presentado una declaración de renta, es objeto de fiscalización tributaria, ante esto, procede a presentar la declaración dentro del termino para interponer el recurso contra la resolución que impone la sanción por no declarar; que, a la pregunta sobre la reducción de la sanción aplicable en este caso, marcó la respuesta que dice que se otorga una reducción del 50% de la multa y en el reclamo por error hace alusión al artículo 644 del Estatuto Tributario Nacional, siendo el articulo correcto el 643, no obstante, el texto que tomó como referencia literal corresponde al artículo 643; que, en el escrito hace referencia a que el legislador utiliza la palabra sanción o multa para referirse a un castigo por un incumplimiento, con el objeto de evitar que la Universidad Sergio Arboleda, tome esa palabra como excusa para invalidar su respuesta.

5-Que, el día 06 de enero de 2022, recibió respuesta a su reclamación, en la cual, la Universidad Sergio Arboleda ratifica su respuesta, negando la reclamación que le fue presentada, en los siguientes términos:

“Esta respuesta es correcta porque si dentro del termino para interponer el recurso contra la resolución que impone la sanción por no declarar, el contribuyente, responsable o agente retenedor presenta la declaración, la sanción por no declarar se reducirá el diez por ciento (10%) del valor de la sanción inicialmente impuesta por la administración, atendiendo lo establecido en el Estatuto Tributario, Artículo 643.”

6-Que, para desvirtuar los argumentos dados por la Universidad Sergio Arboleda, trae a colación el contenido del artículo 643 del Estatuto Tributario Nacional.

7-Que, vista dicha norma, es claro que la respuesta está dada por lo indicado en el parágrafo 2, donde claramente se muestra que la reducción es del 50% del valor de la sanción inicial y en ningún momento la sanción por no declarar se reducirá al diez por ciento (10%) del valor de la sanción inicialmente impuesta por la administración como lo plantea la Universidad Sergio Arboleda.



8-Que, la corrección a esta pregunta le permite alcanzar el puntaje y continuar en el proceso y estar en lista de elegibles.

Con base en lo anterior, solicita se le ampare los derechos fundamentales invocados.

CONTESTACIÓN

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

En su informe de tutela, en resumen, indicó que la presente acción de tutela es improcedente porque el accionante cuenta con otro mecanismo ordinario para elevar las pretensiones que depreca a través de esta acción y no acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable en su contra.

Con base en lo anterior, solicitó no tutelar derecho fundamental alguno del accionante.

DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN

En concreto, solicitó denegar por improcedente la presente acción de tutela, según adujo, porque no se advierte que exista un perjuicio irremediable y la vulneración de derecho fundamental alguno del accionante.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

En su informe de tutela, en resumen, indicó que la presente acción de tutela es improcedente porque el accionante cuenta con otro mecanismo ordinario para elevar las pretensiones que depreca a través de esta acción y no acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable en su contra.

Con base en lo anterior, solicitó no tutelar derecho fundamental alguno del accionante.

- TRAMITES PROCESALES

La acción de tutela que se estudia fue presentada el día 18 de enero de 2022, ante la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de este circuito y recibida en este Despacho el mismo día, procediéndose a su admisión de inmediato; en la misma providencia se ordenó la notificación a las entidades accionadas, y también se le solicitó rendir un informe sobre los hechos alegados en la demanda.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.



3. CONSIDERACIONES

La acción de tutela fue instituida en el artículo 86 de nuestra Constitución Política como mecanismo judicial para proteger los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

Dicha garantía Constitucional, obedece precisamente al tipo de Estado que la Constitución de 1991 nos definió, es decir, siendo el Estado Colombiano un Estado Social de Derecho, responsabiliza a la administración la tarea de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad.

- PROBLEMA JURIDICO

En atención a los antecedentes expuestos, corresponde al Despacho determinar si las entidades DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA, vulneran los derechos fundamentales al trabajo y debido proceso del accionante NICOLAS EDUARDO ROMERO CARMONA, dentro del proceso de selección o convocatoria No. 1461 de 2020 de la DIAN, en el cual se postuló para ingresar a dicha entidad, en el cargo de Gestor II OPEC 127685.

No obstante, como problema asociado al antes expuesto, debe el Despacho determinar si en el caso particular es procedente la acción de tutela.

TESIS DEL DESPACHO

La acción de tutela goza de carácter subsidiario y residual; es decir, que ésta solo procede cuando no existan, sea ineficaz o se hayan agotado todos los mecanismos ordinarios establecidos en la ley por medio de los cuales se pueda contrarrestar la inminente vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En ese orden de ideas, es pertinente indicar, que la acción de tutela no es el mecanismo en principio procedente para solicitar la nulidad de los actos administrativos de contenido concreto y particular emitido en un concurso de mérito para acceder a cargos públicos, pues, para ello, el ordenamiento jurídico establece un mecanismo ordinario, vale decir, el Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, dentro del cual, incluso, si la parte demandante estima que la situación amerita una decisión urgente, bien puede solicitar, que desde los mismos inicios de la actuación procesal, se decrete una medida provisional y así, si hay lugar a ello, de manera pronta obtener la conjura de los derechos que invoca como vulnerados.



Conforme a lo anterior, se advierte entonces, que, en el presente caso, el accionante aún cuenta con un mecanismo ordinario establecido en la Ley para promover las pretensiones que insta a través de la presente acción, como lo es, el Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, empero aquí, no se ha dicho ni está probado que dicho mecanismo resulte ineficaz para que la parte accionante haga valer sus aspiraciones.

Aunado lo anterior, advierte el Despacho, que en el presente caso no está probado que el accionante esté a las puertas de sufrir un perjuicio grave e irremediable que haga procedente la acción de tutela en examen, en remplazo del mecanismo ordinario en principio procedente.

Por lo que, tal y como se anunció anteriormente, conforme a estas breves pero potísimas razones, la presente acción de tutela se declarará improcedente.

A las anteriores conclusiones llegó el Despacho, teniendo en cuenta las premisas fácticas, jurídicas y probatorias que a continuación se exponen:

NORMATIVIDAD - JURISPRUDENCIA APLICABLE.

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA ANTE LA EXISTENCIA DE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL

Según lo dispone el artículo 86 Superior, la acción de tutela constituye un mecanismo de orden constitucional para la protección y defensa directa e inmediata de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que los mismos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas y excepcionalmente procede frente a los particulares, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo éste se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando del examen particular que realice el juez de tutela verifique que la otra vía, en cuanto a su eficacia, no es la más adecuada para la protección inmediata del derecho fundamental violado o amenazado, lo que sin duda reitera el carácter residual y subsidiario de la misma.

En ese orden de ideas, la acción de tutela, como mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, procede solo en los casos que señale la ley, y no es suficiente que se alegue la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, para que se legitime automáticamente su procedencia, pues la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes.

Tratándose la presente en cuanto el reconocimiento a prestaciones periódicas debemos estudiar la acción de tutela planteada en el Art 86 de Nuestra



Constitución Política el cual nos manifiesta que es improcedente ante la existencia de otros medios de defensa judicial.

El tenor literal del artículo mencionado, en el aparte pertinente, es el siguiente:

“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.”

Tal regla de procedencia, implica para el juez apreciar la configuración del perjuicio irremediable en el caso concreto, esto es, según las circunstancias fácticas de la persona, y le impone evaluar que la posibilidad de acudir al medio ordinario sea cierta.

En este sentido, en sentencia T 044 de 2011, se dice:

“El tema de la reclamación de prestaciones económicas sigue ineludiblemente este principio para cuya satisfacción se exige la verificación de estas condiciones. El reconocimiento de pensiones es un asunto que, prima facie, excede la órbita del juez constitucional pues se ubica dentro de las competencias atribuibles a la jurisdicción ordinaria o la contenciosa administrativa. En múltiples fallos se ha declarado que “(...) únicamente son aceptables como medio de defensa judicial, para los fines de excluir la acción de tutela, aquellos que resulten aptos para hacer efectivo el derecho, es decir, que no tienen tal carácter los mecanismos que carezcan de conducencia y eficacia jurídica para la real garantía del derecho conculcado (...)”[26], de modo tal que es necesaria una relación de suficiencia entre el medio judicial preferente y el goce del derecho fundamental afectado a fin de lograr, sobre esta vía, su garantía efectiva. De no ser así, la tutela aparece como un instrumento admisible.

En consecuencia, la tutela podría prosperar de manera excepcional frente a solicitudes relativas al reconocimiento de prestaciones económicas (i) cuando no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste carece de la aptitud suficiente para salvaguardar los derechos amenazados o quebrantados, caso en el que ésta surge como medio principal de defensa; o (ii) si se vislumbra la aparición de un perjuicio grave, inminente, cierto, que requiera la adopción, para su mitigación, de medidas urgentes que obliguen a su uso como mecanismo transitorio. Al respecto, en el fallo T-977 de 2008 se dijo que:

“(...) La jurisprudencia de esta Corporación ha dispuesto que de manera excepcional el juez de tutela puede ordenar el reconocimiento y pago de prestaciones de tipo económico siempre que se verifique que (i) haya una vulneración o amenaza a los derechos fundamentales del accionante, es decir, que por el no reconocimiento y pago de la prestación económica que se reclama en sede de tutela se viole o amenace los derechos fundamentales del accionante, (ii) la tutela se conceda, (iii) no se cuente con un medio específico en el cual se pueda solicitar la prestación de tipo económico que se pretende obtener en sede de tutela y, (iv) la vulneración



del derecho sea manifiesta y consecuencia directa de una acción indiscutiblemente arbitraria.”

En concreto, la falta de idoneidad del medio a disposición de la persona afectada o la incidencia de factores que permitan la aparición de un perjuicio irreparable serán valoradas por el juez constitucional en atención a las condiciones fácticas, pues dicha apreciación no debe efectuarse en abstracto. La viabilidad del amparo en tales eventos es apreciada por el operador judicial en consideración a la virtualidad del daño a los derechos fundamentales involucrados o el quebrantamiento de principios superiores como la especial protección de la población en estado de debilidad manifiesta.

También es preciso reparar las particularidades del procedimiento ordinario y las posibilidades reales de consecución de las pretensiones frente a las que ofrece la tutela. Sobre este punto se ha dicho que:

No basta que teóricamente exista la posibilidad de acudir a medios ordinarios, sino que, habida consideración de las circunstancias particulares [sic] del caso, es necesario comprobar que la posibilidad es cierta. (...) En cuanto a los mecanismos de defensa judicial considerados principales u ordinarios, es pertinente tener en cuenta que no todos tienen similares características, pues algunos son procesalmente más rápidos y eficaces que los demás.”

CASO CONCRETO

En el caso particular, se tiene que, el accionante Nicolas Eduardo Romero Carmona, promovió la presente acción de tutela con la finalidad que se le tutelaran sus derechos fundamentales al trabajo, al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, y al debido proceso, y a partir de dicho amparo, declarar medida cautelar suspensión de proceso de selección No. 1461 de 2020 de la DIAN, en el cargo de Gestor II OPEC 127685; permitir, que, su caso sea revisado nuevamente, y si es posible, por una persona idónea e independiente del proceso; y ordenar a la Universidad Sergio Arboleda, a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la DIAN, la corrección del puntaje del accionante Nicolas Eduardo Romero Carmona.

Como fundamentos facticos de su acción el accionante, en resumen, refirió, los siguientes:

Que, se encuentra inscrito en el proceso de selección No. 1461 de 2020 de la DIAN, en el cargo de Gestor II OPEC 127685.

Que, cumplió todas las fases del proceso de selección y que el día 19 de diciembre acudió a la jornada de acceso a la evaluación para revisar las respuestas claves del examen que había realizado el día 28 de noviembre.

Que, durante la revisión identificó que la respuesta a la pregunta 29 que da la Universidad Sergio Arboleda está errada, por lo tanto, el día 20 de diciembre,



procedió a radicar reclamación manifestando las razones por las cuales considera que la respuesta dada a la pregunta 29 no es correcta.

Que, la pregunta 29 relata una situación en la que un contribuyente que no había presentado una declaración de renta, es objeto de fiscalización tributaria, ante esto, procede a presentar la declaración dentro del término para interponer el recurso contra la resolución que impone la sanción por no declarar; que, a la pregunta sobre la reducción de la sanción aplicable en este caso, marcó la respuesta que dice que se otorga una reducción del 50% de la multa y en el reclamo por error hace alusión al artículo 644 del Estatuto Tributario Nacional, siendo el artículo correcto el 643, no obstante, el texto que tomó como referencia literal corresponde al artículo 643; que, en el escrito hace referencia a que el legislador utiliza la palabra sanción o multa para referirse a un castigo por un incumplimiento, con el objeto de evitar que la Universidad Sergio Arboleda, tome esa palabra como excusa para invalidar su respuesta.

Que, el día 06 de enero de 2022, recibió respuesta a su reclamación, en la cual, la Universidad Sergio Arboleda ratifica su respuesta, negando la reclamación que le fue presentada, en los siguientes términos:

“Esta respuesta es correcta porque si dentro del término para interponer el recurso contra la resolución que impone la sanción por no declarar, el contribuyente, responsable o agente retenedor presenta la declaración, la sanción por no declarar se reducirá el diez por ciento (10%) del valor de la sanción inicialmente impuesta por la administración, atendiendo lo establecido en el Estatuto Tributario, Artículo 643.”

Que, para desvirtuar los argumentos dados por la Universidad Sergio Arboleda, trae a colación el contenido del artículo 643 del Estatuto Tributario Nacional.

Que, vista dicha norma, es claro que la respuesta está dada por lo indicado en el párrafo 2, donde claramente se muestra que la reducción es del 50% del valor de la sanción inicial y en ningún momento la sanción por no declarar se reducirá al diez por ciento (10%) del valor de la sanción inicialmente impuesta por la administración como lo plantea la Universidad Sergio Arboleda.

Que, la corrección a esta pregunta le permite alcanzar el puntaje y continuar en el proceso y estar en lista de elegibles.

Con base en lo anterior, solicita se le ampare los derechos fundamentales invocados.

En este punto considera el Despacho que es necesario indicar lo siguiente:

Es de advertir que la parte accionante en el acápite de pretensiones, específicamente, en el numeral 2 de las mismas, colocó como pretensión que declare la suspensión del proceso de selección No. 1461 de 2020 de la DIAN, en el cargo de Gestor II OPEC 127685, pero al mismo tiempo dicha pretensión la elevó como medida cautelar.



Por ello, con el fin de abarcar la totalidad de las solicitudes deprecadas en el libelo de tutela, así mismo, teniendo en cuenta que la acción de tutela es de naturaleza informal, es un trámite preferente y sumario, además, en aras de garantizar el derecho al acceso a la justicia y al debido proceso, a la celeridad, a la economía procesal, a la perentoriedad del término para resolver la acción de tutela, y como quiera que el objeto de la medida cautelar es el mismo objeto de la acción tutela, se aborda lo referente a la medida cautelar, en estos considerandos.

En este punto cabe señalar, que conforme al artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, para que proceda el decreto de una medida cautelar deprecada en una acción de tutela es exigible se cumplan dos presupuestos, los cuales son: la necesidad y la urgencia de la medida solicitada.

No obstante dicha exigencia, advierte el Despacho, que el accionante, solicitó dentro de las pretensiones como medida cautelar que se declare la suspensión del proceso de selección No. 1461 de 2020 de la DIAN, en el cargo de Gestor II OPEC 127685, mas no se encuentra prueba, ni argumento alguno que sustente la necesidad y urgencia de la medida solicitada, razones por las cuales se considera que dicha solicitud de medida cautelar no tiene vocación de prosperidad.

Ahora bien, continuando con el análisis del caso bajo estudio, colige el Despacho, luego de examinar las pruebas y los planteamientos presentados por las partes concurrentes en esta cita constitucional, que la presente acción de tutela resulta improcedente, por las siguientes razones:

La acción de tutela goza de carácter subsidiario y residual; es decir, que ésta solo procede cuando no existan, sea ineficaz o se hayan agotado todos los mecanismos ordinarios establecidos en la ley por medio de los cuales se pueda contrarrestar la inminente vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En ese orden de ideas, es pertinente indicar, que la acción de tutela no es el mecanismo en principio procedente para solicitar la nulidad de los actos administrativos de contenido concreto y particular emitido en un concurso de merito para acceder a cargos públicos, pues, para ello, el ordenamiento jurídico establece un mecanismo ordinario, vale decir, el Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, dentro del cual, incluso, si la parte demandante estima que la situación amerita una decisión urgente, bien puede solicitar, que desde los mismos inicios de la actuación procesal, se decrete una medida provisional y así, si hay lugar a ello, de manera pronta obtener la conjura de los derechos que invoca como vulnerados.

Conforme a lo anterior, se advierte entonces, que, en el presente caso, el accionante aún cuenta con un mecanismo ordinario establecido en la Ley para promover las pretensiones que insta a través de la presente acción, como lo es, el Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, empero aquí, no se ha dicho ni está probado que dicho mecanismo resulte ineficaz para que la parte accionante haga valer sus aspiraciones.





Aunado lo anterior, advierte el Despacho, que en el presente caso no está probado que el accionante esté a las puertas de sufrir un perjuicio grave e irremediable que haga procedente la acción de tutela en examen, en remplazo del mecanismo ordinario en principio procedente.

Por lo que, tal y como se anunció anteriormente, conforme a estas breves pero potísimas razones, la presente acción de tutela se declarará improcedente.

Por lo que,

En mérito de lo expuesto, el juzgado Octavo Administrativo del circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

5. FALLA

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la medida cautelar deprecada, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela promovida por el accionante NICOLAS EDUARDO ROMERO CARMONA, contra las entidades DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Notifíquese por el medio más expedito a la accionante y a la accionada (art. 30 del D. 2591/91).

CUARTO: De no ser impugnada esta providencia envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez



Firmado Por:

**Enrique Antonio Del Vecchio Dominguez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Contencioso 008 Administrativa
Cartagena - Bolivar**

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: **6b8d2d88454dab8ae8e099ad25bf925dd9ee2c3182b43db4605fcd29cd1bb291**

Documento generado en 31/01/2022 10:48:05 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>