Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
Sala de Decisión Penal

RAD: 08001310700220240000101
RAD INT: 2024-00169-T
Accionante: Ana Elena De La Rosa Almarales
Accionadas: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN y otros
Acción: Tutela Segundo Nivel
Procedencia: Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Barranquilla
Funcionario: Hugo Júnior Carbonó Ariza
Derechos: Igualdad, Debido Proceso y Acceso a Carrera Administrativa por Meritocracia
Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Cabrera Jiménez
Acta No: 133

Barranquilla D.E.I.P., veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Vistos

Procede la Sala a resolver la Impugnación interpuesta por la accionante Ana Elena De La Rosa Almarales en contra de la Sentencia del 15 de febrero de 2024, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Barranquilla, que declaró improcedente la acción de tutela.

Antecedentes

Hechos:

Relata la accionante que, el 29 de diciembre de 2022, la Comisión Nacional del Servicio Civil, para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera de la planta de personal de la DIAN, convocó al “Proceso de Selección DIAN 2022”, mediante Acuerdo № CNT2022AC000008; el 29 de marzo de 2023 perfeccionó la inscripción No. 595589873 al “Proceso de Selección DIAN 2022”, para el cargo de Nivel profesional Gestor II, el cual corresponde a un cargo misional, para la OPEC 198218.

Expone que, según lo establece el acuerdo № CNT2022AC000008 de la Convocatoria DIAN 2022, para los procesos misionales se surtirían dos etapas, y señala que obtuvo un resultado en la prueba de competencias básicas u organizacionales de 82.35 superando el puntaje mínimo requerido (70); un resultado en la prueba de competencias conductuales o

interpersonales de 72.30 un resultado en la prueba de integridad de 83.66; un resultado en valoración de antecedentes con experiencia de 99.00, lo que le permitió continuar en el proceso de selección.

Refiere que, su posición real de acuerdo a los empates es la 323, y no la 1051, lo que permite inferir que debe ser llamado al curso de formación, esto es, a la Fase II del proceso de selección; sin embargo, la CNSC, el 29 de diciembre de 2023, indicó con relación a la citación lo siguiente:

> Teniendo en cuenta las disposiciones anteriores, es importante aclarar que, serán llamados a realizar el Curso de Formación, tres aspirantes por vacante de la misma OPEC, quienes conformarán el grupo de citados para dicho empleo, siempre que, habiendo superado el puntaje mínimo aprobatorio de la Fase I, obtengan los mejores puntajes, incluyendo para el efecto, aquellos que se encuentren en empate, dentro de la misma posición. Para ello, es importante precisar que el puntaje' es el que permite ordenar a los aspirantes según sus méritos, reflejando su desempeño en la Fase I del proceso de selección, de acuerdo con las reglas establecidas en la ponderación de puntajes previstos en el Acuerdo de Convocatoria.
>
> En este orden de ideas, si el grupo se completa con la primera posición, solo se citaran a los aspirantes ubicados en esta, incluyendo sus empates, pero si, con la primera posición no se completa el respectivo grupo de la OPEC, entonces, siguiendo el estricto orden de mérito. Se procederá a citar a los aspirantes con segundo mejor puntaje o posición, incluyendo sus empates, hasta agotar el número total de aspirantes que deben ser citados para cumplir con el grupo de aspirantes de la respectiva OPEC.
>
> A modo de ejemplo: si un empleo tiene 3 vacantes serán llamados los 9 aspirantes que obtuvieron los mejores puntajes, los cuales puede que, se encuentren todos en la primera posición, es decir, todos empatados, caso en cual serán llamados todos los de dicha posición, agotándose el grupo de citados de dicho empleo, pero si, con la primera posición no se completa el grupo de 9 aspirantes por OPEC, entonces, se seguirá citando a los aspirantes de la segunda posición hasta completar el grupo de 9 aspirantes. Si con estos aspirantes se completa el respectivo grupo, no habrá más citados. (sic)

Menciona que la respuesta proporcionada por la CNSC difiere significativamente de la normatividad vigente y de los oficios Nos. 2023RS141682 con referencia 2023RE18704; 2023RS160605 con referencia 2023RE209625 del 3 de noviembre de 2023 emitidos por la CNSC. 11.

Aduce que la conducta de la CNSC agravia su derecho fundamental a la igualdad, toda vez que se genera un trato diferenciado injustificado entre los aspirantes que están empatados entre sí. Que sin razón constitucional y legal válida alguna, fue descartada aún cuando su puntaje la posiciona entre los tres (3) primeros puestos por vacante, por empate entre los siguientes aspirantes para el caso puntual la vacante #108.

Agrega que otros aspirantes que se encuentran en la misma condición de empate, fueron aprobados y se les concedió el derecho a pasar al curso de formación, sin justificación constitucional y legal válida. Como en el caso de los aspirantes en condición de empate, que ocuparon los 3 puestos correspondientes a la vacante #9.

Cuenta que, el 25 de enero de 2024 la CNSC emite la Resolución № 2123 “Por la cual se llama al Curso de Formación para el empleo denominado GESTOR II, Código 302, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 198218, del Nivel Profesional de los Procesos Misionales del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Proceso de Selección DIAN 2022”. Resolución que no detalla los puntajes y puestos generando confusión y desconfianza.

Señala que la fase II del proceso de Convocatoria DIAN 2022 de acuerdo con la convocatoria se desarrollará a partir del 1 de febrero de 2024, por lo tanto, solicita que se amparen sus derechos fundamentales y se le ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil que motive su resolución, que sea conforme a la normatividad vigente, mediante su vinculación a la resolución de ingreso a los cursos de formación y garantizarle la continuidad del proceso de selección de la OPEC 198218.

Respuestas de los intervinientes vinculados por pasiva

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN:

Indicaron que el desarrollo del concurso de méritos desde la invitación de la convocatoria hasta la conformación y adopción de las listas de elegibles en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo № CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022, es de competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, por lo que, es la que eventualmente podría proferir una respuesta frente a las situaciones y acciones presentadas en cualquiera de las etapas del Proceso de Selección DIAN 2022, situación que comporta que

la UAE-DIAN, si bien colabora armónicamente en las acciones previas al desarrollo de la convocatoria, también es cierto que su intervención en la misma se ve limitada, desde la creación del acuerdo que contiene las condiciones de la convocatoria y hasta tanto la CNSC adopte y conforme mediante acto administrativo motivado la lista de elegibles respectiva.

Finalmente solicita su desvinculación por falta de legitimidad por pasiva e inexistencia de vulneración de derecho fundamental alguno. Así mismo agrega que la tutela interpuesta por la señora Ana Elena De La Rosa Almarales, es improcedente respecto a la violación de derechos fundamentales por parte de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales UAE-DIAN, en consideración a que, la actuación administrativa desplegada por la Entidad únicamente se limita a la realización de etapas previas a la suscripción del acuerdo de la convocatoria en armonía con la CNSC y a las actuaciones administrativas posteriores a la expedición de las listas de elegibles adoptadas y conformadas como resultado del proceso de selección adelantado por la CNSC.

Fundación Universitaria del Área Andina:

Rindió informe manifestando que, la accionante Ana Elena De La Rosa Almarales inscrita al Proceso de Selección DIAN en la OPEC 198218 perteneciente a los empleos ofertados del Nivel Profesional de los Procesos Misionales de la DIAN 2022, superó el puntaje mínimo aprobatorio de la Fase I, sin embargo, no obtuvo un puntaje que le permitiera lograr una posición meritoria y ser llamada a Curso de Formación.

Indica que para el caso particular, la activación de este medio de protección de los derechos fundamentales como lo es la acción de tutela, materializa un escenario de desgaste a la Administración de Justicia por parte de la accionante, ya que a través de la misma busca sea llamada a Curso de Formación sin tener en cuenta lo establecido en el Acuerdo de Convocatoria y el hecho de no ser llamada al curso NO se encuentra relacionado con una presunta violación de derechos fundamentales.

Explica que, la CNSC el 25 de enero del 2024 expidió la Resolución № 2123 “Por la cual se llama al Curso de Formación para el empleo denominado GESTOR II, Código 302, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 198218, del Nivel Profesional de los Procesos Misionales del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Proceso de Selección DIAN 2022”, resolución en la que no se encuentra la aspirante ANA ELENA DE LA ROSA ALMARALES dado que aunque superó el puntaje mínimo aprobatorio de la fase I, no logró obtener un puntaje que le permitiera obtener una posición meritoria y ser llamada a Curso de Formación.

Agrega que, según establecido en el acuerdo de convocatoria, van a ser llamados los convocantes quienes hayan ocupado los tres (3) primeros puestos por vacante y teniendo en cuenta que el empleo 198218 ofertó 123 vacantes, debían ser llamados 369 aspirantes, sin embargo y en línea con el mismo acuerdo que señala “incluso en condiciones de empate en estas posiciones”, por lo que cabe resaltar que si el último aspirante de los llamados a Curso de Formación que completa el grupo de la respectiva OPEC, está empatado con otros aspirantes, todos estos, también serán llamados a Curso, aunque se supere el número de aspirantes que debe constituir el grupo, situación que ocurre en esta OPEC.

En lo referente a las respuestas que menciona la accionante en el escrito de demanda, se informa que el Consorcio Mérito Dian 06/2023 no tienen conocimiento de la respuesta dada en estos radicados, puesto que fue emitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por lo tanto, el actuar de esa delegada ha sido acorde a lo establecido en las normas del presente Proceso de Selección.

Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC:

En su informe de respuesta señalaron que, la accionante se inscribió en el Proceso de Selección DIAN 2022, al empleo denominado GESTOR II, Grado II, Código 302, OPEC 198218, así pues, a la luz del artículo 17 del Acuerdo rector del Proceso de Selección, la relación de los puntajes a obtener por los aspirantes a estos empleos, se relaciona en la TABLA 6 de dicho artículo, la cual señala las pruebas a aplicar en el proceso de selección de ingreso DIAN empleos del nivel profesional de los procesos misionales que requieren experiencia en su requisito mínimo.

Así mismo señala que los tres mejores puntajes de la OPEC de referencia fueron: 42.33 41.75 41.70 y, el puntaje obtenido por la accionante fue el siguiente: 37.34.

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

Agrega que para la OPEC 198218 se ofertaron un total de 123 vacantes, y dentro de los inscritos, un total de 372 aspirantes fueron llamados a los cursos de formación, pues obtuvieron mejor puntaje que la aquí accionante, inclusive en situaciones de empate, razón por la cual, de la citada, no se predicó la citación a cursos de formación.

En consecuencia, indica que no se configura la vulneración de los derechos fundamentales que la accionante enuncia en su escrito tutelar, razón por la cual, el trámite de la acción que nos ocupa debe derivar en su declaratoria de improcedencia.

Sentencia Impugnada

El Juez de primer nivel, en su estudio considera que, la parte accionante puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que allí se dirima el conflicto suscitado. Se tiene que los actos administrativos expedidos por la CNSC en desarrollo de la ya citada convocatoria gozan de presunción de legalidad y los mismos no han sido objeto de declaratoria de nulidad, es por lo que al Juez constitucional le está vedado disponer la aclaración y/o modificación, habida cuenta que para ello el legislador prevé la vía contenciosa administrativa.

Aunado a lo anterior, el hecho que según los Acuerdos y normas que reglamentan la convocatoria DIAN 2022, la accionante no haya superado la Fase I del concurso por no superar el puntaje requerido, no le da cabida para reclamar en sede constitucional que se protejan sus derechos fundamentales invocados, cuando de un lado, la participación en la convocatoria constituye una mera expectativa para acceder al empleo público de carrera, y de otro lado, las entidades que hacen parte de la Convocatoria a la cual ésta se inscribió ofrecieron sendas respuestas en las que hacen mención pormenorizada de la forma como se construyó, proceso de eliminación y calificación de las pruebas escritas y, al no superar el puntaje requerido, determinó excluirla de la Fase II del proceso de selección DIAN 2022.

Finalmente declara improcedente la acción de tutela por no cumplir con el requisito de subsidiariedad.

Impugnación:

Inconforme con la decisión del *A quo*, la accionante manifestó que, acude al juez de tutela, por cuanto el perjuicio irremediable es latente, y por lo tanto es urgente la intervención del juez constitucional, pues no hay remedio ni solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone

unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de derechos fundamentales que requieren protección inmediata. Estima que no puede diferirse indefinidamente esta decisión, hasta que culmine un proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado, y cuando quienes fueron llamados a curso de formación probablemente cuenten con derechos adquiridos, lo que hará imposible que haya una vacante para la suscrita.

Que aunque en su caso existen otros mecanismos judiciales, estos no serían eficaces, pues pese de que estos mecanismos cuentan con medidas cautelares que aseguran un pronunciamiento desde la presentación de la demanda, se puede afirmar que tanto para los procesos de simple nulidad, nulidad y restablecimiento de derechos o demás mecanismos ordinarios diferentes a la tutela, como mínimo deberán transcurrir entre dos o tres meses luego de la presentación de la demanda ante la jurisdicción para que el juez avoque y se pronuncie sobre la medida cautelar, lo que demuestra que estoy avocada a un perjuicio irremediable.

Consideraciones de la Sala

Competencia:

De conformidad a las disposiciones normativas existentes respecto a la acción de tutela, tenemos que su ámbito de protección constitucional se desprende expresamente del artículo 86 de la Constitución Política; a su vez, ésta se encuentra regulada a través de los decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000, 1834 de 2015 y 1983 de 2017, frente a lo cual, este Tribunal resulta competente para determinar la procedencia o no, en segunda instancia de la acción de tutela en cuestión, así como su respectiva solución.

La acción de tutela es un mecanismo de amparo constitucional para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuya procedencia es de carácter residual frente a las acciones u omisiones de entidades públicas

o privadas, que vulneren o amenacen las prerrogativas fundamentales en cabeza de las personas, en los casos así determinados en la ley.

Procedencia de la acción de tutela

Entrará la Sala a estudiar sobre la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, trayendo a colación lo que la Honorable Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, ha establecido:

> *"… El artículo 86 de la Constitución de 1991 establece que la acción de tutela procederá siempre que* ***"el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"****. En concordancia, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece las causales de improcedencia de la acción de tutela y, específicamente, en su numeral primero indica que la tutela no procederá "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 lo anterior se colige que* ***la acción de tutela no tiene como propósito servir de mecanismo alterno o de reemplazar a los medios judiciales ordinarios con los que cuenta todo ciudadano para la protección de sus derechos y la solución de controversias.*** *En este sentido, esta Corporación ha dejado claro que "(…) de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales, sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo".*
>
> *Así las cosas, la Corte Constitucional ha dado alcance a los preceptos normativos citados, fijando el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela frente a los mecanismos judiciales ordinarios, de forma que esta acción constitucional sólo procederá i) cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial,* ***ii) cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante*** *o* ***iii) cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.*** *Bajo los dos primeros supuestos, se ha entendido que la acción de tutela funge como mecanismo principal y, en el segundo, desplaza al mecanismo judicial ordinario, mientras que en el tercer caso la tutela es un mecanismo transitorio que no impide el ejercicio de acciones ordinarias.*
>
> *En el caso en el cual existe un medio ordinario de defensa que se pretende desplazar para dar paso a la acción de tutela como mecanismo principal, es necesario establecer que el mecanismo ordinario no es idóneo para la protección de los derechos de los accionantes y, por tanto, se requiere de una evaluación en concreto, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias propias de cada caso para así determinar la eficacia que tendría el mecanismo ordinario para defender los derechos fundamentales que se alegan vulnerados. Además, debe evaluarse el objeto perseguido por el mecanismo judicial que se pretende desplazar con la acción de tutela y el resultado previsible que éste puede proporcionar en lo que respecta a la protección eficaz y oportuna de los derechos de los accionantes, de acuerdo con las circunstancias concretas a las que se ha hecho referencia..."* (Subrayado y negrilla por fuera del texto).

Del pronunciamiento emitido por ese Alto Tribunal, se desprende la importancia del carácter residual y subsidiario de la acción de tutela como mecanismo efectivo de protección constitucional, que opera cuando no existe otro instrumento para lograr acceder a las peticiones de quien acude a tal, o los que existen no son los idóneos, o incluso, el actor haya agotado todos los procedimientos requeridos, y, que a las resultas de estos, exista una vulneración evidente a sus garantías que pongan a la acción constitucional como mecanismo principal de defensa.

Ahora bien, ya establecida la regla general, surge la excepción de procedencia de la acción de tutela, que se da cuando se ejerce como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; no obstante, la Corte Constitucional ha establecido criterios para determinar en sede de tutela tal ocurrencia, estableciendo lo siguiente:

> *"… De igual forma, la Corte Constitucional ha aclarado que, pese a la informalidad del amparo constitucional, el actor debe exteriorizar y sustentar los factores a partir de los cuales pretenda derivar el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela. Así se pronunció esta Corporación, sobre el punto:*
>
> *En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable.*
>
> *La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado "explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión" (Sentencia T-290 de 2005).*
>
> *En consonancia con lo anterior, es posible concluir que la procedencia de la acción de tutela depende de la observancia estricta del principio de subsidiariedad, comoquiera que este se encuentra ordenado a garantizar importantes principios de la función jurisdiccional, y asegura el fin contemplado por el artículo 86 de la Carta, que no es otro que el de brindar a la persona garantías frente a sus derechos constitucionales fundamentales. En este orden de ideas, en los casos en los que no sea evidente el cumplimiento de este principio, la tutela deberá ser declarada improcedente..."*

Problema jurídico

A la Sala le corresponde establecer, i) si la presente acción de tutela cumple con el principio de subsidiariedad ii) si las accionadas entidades han vulnerado los derechos fundamentales de la accionante Ana Elena De La Rosa Almarales, al no corregir la resolución № 2123 del 25 de enero de 2024, ya que fue excluida para continuar con el Curso de Formación para el empleo denominado GESTOR II, Código 302, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 198218, del Nivel Profesional de los Procesos Misionales del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Proceso de Selección DIAN 2022.

Caso en concreto

Acorde con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Nacional y por el Decreto Legislativo 2591 de 1991; *"la acción de tutela tiene por objeto la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de la persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, pero establece también su procedibilidad, estableciendo que esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de acción judicial"*.

En el caso que es sometido a decisión de esta Sala, se debate la presunta violación de los derechos fundamentales a la Igualdad, Debido Proceso y Acceso a Carrera Administrativa por Meritocracia de Ana Elena De La Rosa Almarales, por parte de las accionadas entidades, por cuanto no fue citada a los cursos de formación, para continuar en la Fase II del Proceso de Selección Dian 2022, ya que el puntaje que obtuvo en las pruebas y según los empates arrojados e identificados en la plataforma SIMO, le corresponde dentro de la OPEC en mención, el puesto 323 y, conforme la normatividad vigente y los resultados obtenidos, la OPEC 198218, posee 123 vacantes,

por lo que continuarían en el curso de formación (fase II) los ocupantes de los primeros 369 puestos, incluso si en estos puestos existieren empates, por lo que al curso de formación deben convocarse a todos los aspirantes que se encuentren dentro de los 369 puestos.

Asevera que, con fundamento en normatividad vigente, y la respuesta dadas por la CNSC, su posición real de acuerdo a los empates es la 323, y no la 1051, lo que permite inferir con gran certeza que debe ser llamada al curso de formación, esto es, a la Fase II del proceso de selección.

El *A quo*, una vez realizado el análisis correspondiente, teniendo en cuenta los hechos constitutivos de la acción de tutela y el andamiaje probatorio, da cuenta de que no se cumple con el requisito de subsidiariedad, al considerar que, la parte accionante puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que allí se dirima el conflicto suscitado. Se tiene que los actos administrativos expedidos por la CNSC en desarrollo de la ya citada convocatoria gozan de presunción de legalidad y los mismos no han sido objeto de declaratoria de nulidad, es por lo que al Juez constitucional le está vedado disponer la aclaración y/o modificación, habida cuenta que para ello el legislador prevé la vía contenciosa administrativa.

Aunado a lo anterior, el hecho que según los Acuerdos y normas que reglamentan la convocatoria DIAN 2022, la accionante no haya superado la Fase I del concurso por no superar el puntaje requerido, no le da cabida para reclamar en sede constitucional que se protejan sus derechos fundamentales invocados, cuando de un lado, la participación en la convocatoria constituye una mera expectativa para acceder al empleo público de carrera, y de otro lado, las entidades que hacen parte de la Convocatoria a la cual ésta se inscribió ofrecieron sendas respuestas en las que hacen mención pormenorizada de la forma como se construyó, proceso de eliminación y calificación de las pruebas escritas y, al no superar el puntaje requerido, determinó excluirla de la Fase II del proceso de selección DIAN 2022.

Por lo anterior, ese despacho judicial considera que la inconformidad de la accionante al no haber sido convocada a la Fase II del concurso, esto es, el curso de formación, deberá ser objeto de debate por la vía contenciosa, que es el escenario propio para discutir la legalidad de los actos administrativos proferidos por la CNSC en desarrollo de la convocatoria pública, vía esta en la cual, inclusive, puede solicitar como medida cautelar la suspensión de los actos administrativos.

Ahora bien, la accionante, encuentra reparos al fallo de primer nivel, al considerar que el perjuicio irremediable es latente, y por lo tanto es urgente la intervención del juez constitucional, pues no hay remedio ni solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de derechos fundamentales que requieren protección inmediata. Estima que no puede diferirse indefinidamente esta decisión, hasta que culmine un proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado, y cuando quienes fueron llamados a curso de formación probablemente cuenten con derechos adquiridos, lo que hará imposible que haya una vacante para la suscrita.

Que aunque en su caso existen otros mecanismos judiciales, esos no serían eficaces, pues aunque cuentan con medidas cautelares que aseguran un pronunciamiento desde la presentación de la demanda, se puede afirmar que tanto para los procesos de simple nulidad, nulidad y restablecimiento de derechos o demás mecanismos ordinarios diferentes a la tutela, como mínimo deberán transcurrir entre dos o tres meses luego de la presentación de la demanda ante la jurisdicción para que el juez avoque y se pronuncie sobre la medida cautelar, lo que demuestra que se encuentra ante un perjuicio irremediable.

Advierte esta Sala que nos encontramos frente una discusión de actos administrativos y o actuaciones que regulan el concurso de méritos

para el cual se inscribió la accionante, por lo tanto, es importante señalar que, en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha establecido únicamente dos subreglas en las cuales la subsidiariedad de la acción de tutela no impide su utilización, a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial.

Tratándose de actos administrativos que regulan los procesos de selección, estas subreglas consisten en que i) el accionante ejerza la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable el cual debe ser inminente, requerir medidas urgentes, ser grave e impostergable y, ii) cuando el medio de defensa que existe resulta ineficaz en la práctica. En este sentido, debemos precisar dos puntos, primero, que como se fundamentará en párrafos posteriores, la accionante NO demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable y segundo, que el actor cuenta con acciones efectivas, eficaces e idóneas que puede ejercer a través de la jurisdicción contencioso administrativa en las cuales tiene la posibilidad de solicitar el decreto de medidas cautelares para evitar que se consume un posible perjuicio irremediable.

A partir de los hechos expuestos, esta Sala considera que acertó el Juez *A quo*, en sus reflexiones, la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo principal de protección de los derechos, sino que se trata de una vía subsidiaria que se activa, (i) con efectos *definitivos*, cuando no existe un medio de defensa judicial idóneo y eficaz dispuesto en el ordenamiento jurídico para resolver las afectaciones constitucionales que se desprenden del caso; o (ii) con efectos *transitorios*, cuando existe el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable, como lo ha decantado el órgano de cierre en lo Constitucional, en muchas de sus jurisprudencias.

Esta judicatura considera que, no se satisface el requisito de subsidiariedad, pues la accionante pretende en estricto sentido la suspensión de la Fase II del concurso y, éste no es el escenario para debatir lo pretendido por la actora, por cuanto tiene a su disposición el medio de control de nulidad previsto en el Código Contencioso Administrativo para pedir la suspensión del

acto administrativo que reguló el proceso de selección, y allí podrá exigir el decreto de medidas cautelares. Además, de los hechos que dieron lugar a la solicitud de amparo no es posible inferir la configuración de un supuesto de perjuicio irremediable, en relación con ninguno de los intereses y derechos fundamentales cuya protección solicita la actora.

En virtud del principio de subsidiariedad, el artículo 86 de la Constitución Política prescribe que la acción de tutela procede, por regla general, en los siguientes supuestos: (i) el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, caso en el cual la tutela procede como mecanismo de protección definitivo; y (ii) la tutela se utiliza con el propósito de "evitar un perjuicio irremediable", caso en el cual procede como mecanismo transitorio.

La Corte Constitucional frente al tema ha reiterado que el principio de subsidiariedad parte del supuesto de que las acciones y recursos judiciales ordinarios están diseñados para proteger la vigencia de los derechos fundamentales y, por lo tanto, los jueces ordinarios son quienes "tienen el deber preferente" de garantizarlos. En efecto, el constituyente instituyó la tutela no para sustituir ni suplir "los mecanismos ordinarios de protección"[26], sino para asegurar la garantía de los derechos fundamentales únicamente en aquellos eventos en que las acciones y recursos ordinarios no brindan una protección adecuada, integral y oportuna.

La Corte Constitucional mediante Sentencia T-401 de 2017, detalla el principio de subsidiariedad, así:

> *"… El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que* ***la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*** *En otras palabras,* ***las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección****…"* (Subrayado y negrilla por fuera del texto)

En sentencia T- 051 de 2016, Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló que:

> "(…) *Para que proceda este medio privilegiado de protección se requiere que dentro del ordenamiento jurídico colombiano no exista otro medio de defensa judicial*[1] *que permita garantizar el amparo deprecado, o que existiendo este, se promueva para precaver un perjuicio irremediable caso en el cual procederá como mecanismo transitorio*.
>
> *De esta manera, en el marco del principio de subsidiaridad, es dable afirmar que "la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca remplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos impuestos (dentro) de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten*".[2]

Es así como, de la jurisprudencia citada se logra extraer que la acción de tutela es improcedente cuando existan otros medios de defensa, sin embargo, existe la excepción a la regla general, como por ejemplo cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, es por ello que, la acción de tutela se torna improcedente, pues ésta no está llamada a invadir órbitas establecidas por el legislador en cabeza de otras jurisdicciones, perjuicio que no logró demostrar la actora, en los elementos probatorios aportados.

Es así como, la impugnación impetrada por la accionante, no está llamada a prosperar, razón por la cual, se confirmará la sentencia del 15 de febrero de 2024, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Barranquilla.

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 del 15 de febrero de 2024, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Barranquilla, en atención a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

---

[1] Al respecto, revisar entre otras, las sentencias T-661 de 2007, T-556 de 2010, T-404 de 2010.
[2] Consultar, entre otras, las sentencias SU-544 de 2001, T-599 de 2002, T-803 de 2002, T-273 de 2006, T-093 de 2008, SU-037 de 2009, T-565 de 2009, T-424 de 2010, T-520 de 2010, T-859 de 2010, T-1043 de 2010, T-076 de 2011, T-333 de 2011, T-377A de 2011, T-391 de 2013, T-627 de 2013, T-502 de 2015 y T-575 de 2015.

Segundo: Notifíquese a las partes esta providencia de conformidad con lo dispuesto en el decreto 2591 de 1991.

Tercero: Ordenar que se remita el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Comuníquese y Cúmplase,

JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ
Magistrado

DEMÓSTENES CARMARGO DE ÁVILA
Magistrado

AUGUSTO ENRIQUE BRUNAL OLARTE
Magistrado

OTTO MARTINEZ SIADO
Secretario