El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: DEBIDO PROCESO / CONCURSO DE MÉRITO / DIAN / LIMITACIÓN DEL NÚMERO DE PARTICIPANTES QUE PASAN A LA FASE II / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / DEBE ACUDIRSE A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.**

… la queja constitucional de la parte actora se circunscribe a la limitación, diseñada en el Acuerdo No. 0285 de 2020, de los cupos para la segunda fase del concurso de méritos, que lo margina del curso de formación, a pesar de que allí podría equiparar o superar el puntaje de los primeros concursantes en la lista de elegibles…

… evidencia la Sala que la determinación de limitar el número de participantes que accederían a la segunda fase de ese concurso se encuentra estipulada en el inciso segundo del artículo 20 del Acuerdo No. 0285 de 2020, acto administrativo de carácter general que regula la convocatoria.

A no dudarlo, los debates sobre la legalidad de actos administrativos de esa especie exceden, en principio, la órbita de competencia del juez constitucional quien, aun cuando la acción o la omisión de la autoridad pueda afectar o amenazar derechos fundamentales como lo pregona el accionante, solo está llamado a intervenir si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, o si lo hace como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Para el caso concreto la controversia cuenta en el medio de control de nulidad simple, o de ser el caso nulidad y restablecimiento del derecho, con el espacio propicio para adelantar el debate que acá se plantea, mecanismo que además cuenta con un robusto régimen de medidas cautelares (artículos 229 y ss CPACA) al que se puede acceder desde la presentación de la demanda…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA CIVIL – FAMILIA**

**MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**Pereira, veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)**

Acta N° 579 de 29-11-2021

Sentencia: TSP. ST2-0423-2021

Referencia: 66001310300220210023701

**ASUNTO**

Procede la Sala a resolver sobre la impugnación formulada por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, el 12 de octubre último, dentro de la acción de tutela que promovió el señor Juan Andrés Suárez Ospina contra la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, la Universidad Sergio Arboleda y la Fundación Universitaria del Área Andina, trámite al que fueron vinculados los participantes admitidos en la convocatoria DIAN No. 1461 de 2020, para el cargo de Gestor I, código 301, número de empleo OPEC 127490.

**ANTECEDENTES**

**1.** Se informa en el escrito de tutela que según el Acuerdo No. 0285 de 2020, que regula el proceso de selección de ingreso para proveer empleos en vacantes definitivas en la planta de personal de la DIAN, ese concurso consta de dos etapas, la primera que va desde la inscripción hasta la confección de la lista de elegibles, y la segunda relativa al curso de formación. El actor superó la primera fase y obtuvo un puntaje total de 81,75%, cuyo mínimo está fijado en 70 puntos.

A pesar de ello, las entidades accionadas no lo convocaron para la segunda fase, con sustento en que las reglas del concurso solo permiten el acceso a esa etapa, a las tres primeras personas de la lista. Sin embargo, existe la posibilidad de que uno de esos tres concursantes desista del curso de formación, de manera que la DIAN no tendría la posibilidad de nombrar a otros participantes y se vería obligada a designar en los cargos a un tercero que ni siquiera haya concursado, es decir independientemente del mérito. De igual forma, en ese curso de formación también hay puntuación y podría existir la posibilidad de trocar el orden inicial de los concursantes, prueba de ello es que entre el puntaje que él obtuvo y el del primero de la lista, solo existe una diferencia de 10,67 puntos, es decir que hasta lo podría superar en el curso de formación.

La actuación de las demandadas desconoce los principios del mérito, equidad e imparcialidad para ingreso a cargos públicos y vulnera los derechos la igualdad, al trabajo y al debido proceso. En consecuencia solicita se ordene a las demandadas convocarlo al curso de formación[[1]](#footnote-1).

**2. Trámite:** En auto del 29 de septiembre de esta anualidad el juzgado de primera instancia admitió la acción constitucional.

La DIAN refirió que carece de legitimación en la causa por pasiva como quiera que es la Comisión Nacional del Servicio Civil la entidad que convocó al concurso a que se refieren lo hechos de la demanda y diseñó los lineamientos del mismo[[2]](#footnote-2).

La CNSC solicitó declarar improcedente el amparo con sustento en que el accionante tiene a su disposición otras vías judiciales para dirimir la controversia que plantea y no se advierte la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Explicó que los aspirantes tuvieron tiempo suficiente para conocer las reglas del concurso de méritos, las cuales son de obligatorio cumplimiento y deben ser aceptadas por quienes se registraron en el proceso de selección, de conformidad con el artículo 7° del Acuerdo No. 0285 de 2020. Agregó que efectivamente a los cursos de formación solamente van a ser citados los aspirantes que ocuparon los tres primeros puestos en la fase uno; el actor obtuvo un puntaje de 81,75, el cual no alcanza para ubicarse dentro de las primeras 57 posiciones, que son el total de participantes que accederían al curso de formación, teniendo en cuenta que son 19 vacantes a ocupar y se llaman a tres concursantes por cada una. Adicionalmente, los aspirantes citados al curso de formación tienen la posibilidad de renunciar al mismo, evento en el cual se procederá “a citarlos en estricto orden de mérito por una sola vez”[[3]](#footnote-3).

El Coordinador Jurídico de Proyectos de la Unión Temporal Mérito y Oportunidad DIAN 2020, integrada por la Universidad Sergio Arboleda y la Fundación Universitaria del Área Andina, señaló: (i) en el marco del proceso de selección DIAN, la competencia de esa Unión Temporal se limita a atender las reclamaciones, derechos de petición y acciones judiciales dentro de las etapas de verificación de requisitos mínimos y pruebas escritas; (ii) según las directrices de ese concurso de méritos los aspirantes deben aceptar todas las condiciones y reglas establecidas para el proceso de selección; (iii) el actor superó satisfactoriamente la etapa de requisitos mínimo y obtuvo un 87,65 en la prueba escrita y aunque formuló reclamación contra ese resultado, dejó de asistir a la jornada de revisión de esas pruebas. De todas formas se resolvió dicha reclamación en el sentido de mantener el puntaje inicialmente concedido; (vi) en este caso no hay prueba sobre la supuesta lesión de derechos al accionante y (v) el citado señor cuenta con otros medios de defensa judicial para ventilar el debate, lo que genera la improcedencia del amparo[[4]](#footnote-4).

**3. Sentencia impugnada:** En providencia del 12 de octubre último, el juzgado de primera instancia declaró improcedente el amparo, luego de considerar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, la acción de tutela no es un mecanismo viable para reprochar actuaciones propias de los concursos de méritos, efecto para el cual se debe acudir a las acciones contencioso administrativas. De otro lado, dedujo que la DIAN, la Universidad Sergio Arboleda y la Fundación Universitaria del Área Andina, carecen de legitimación en la causa ya que la entidad que debía atender el caso es la CNSC como encargada de la convocatoria a la fase II del concurso, acto en el que el actor encuentra la lesión a sus derechos[[5]](#footnote-5).

**4. Impugnación:** El actor alegó que las accionadas han actuado de manera arbitraria al imponer que solo una cantidad de personas podría ingresar a la fase II del proceso de selección, en desconocimiento de los principios de objetividad, igualdad y mérito, como quiera que por las condiciones como se presenta el caso, ya se habría tomado la decisión de quienes serán las personas que ocuparán los cargos ofertados. Insistió en que no existen grandes diferencias en el puntaje por él obtenido con el primero de la lista, de modo que ese margen entre ambos puede ser modificado en el curso de formación.

Por otra parte, no es posible exigirle que acuda a la justicia contenciosa administrativa para atacar los actos administrativos que dieron origen a la violación de sus derechos fundamentales, ya que, por un lado, esos actos datan de varios años atrás y por otro, dichos procesos suelen ser demorados, al punto de que su definición puede producirse después de agotado el concurso de méritos. Agregó que si bien las reglas del proceso de selección “son ley para las partes”, en este caso existe un hecho que vulnera el equilibrio de las “partes contratantes”.

Concluyó con la afirmación de que el proceder de las demandadas le causa un prejuicio irremediable, toda vez que limita las prerrogativas que adquirió al superar con creces todas las etapas del concurso[[6]](#footnote-6).

**CONSIDERACIONES**

**1.** El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable (art. 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991).

**2.** En el caso sometido a consideración, se observa que la queja constitucional de la parte actora se circunscribe a la limitación, diseñada en el Acuerdo No. 0285 de 2020, de los cupos para la segunda fase del concurso de méritos, que lo margina del curso de formación, a pesar de que allí podría equiparar o superar el puntaje de los primeros concursantes en la lista de elegibles y de que cabe la posibilidad de que uno de ellos desista de esa etapa. Fincado en ello, pretende por esta senda se le convoque a dicho curso de formación.

De conformidad con lo anterior, el problema jurídico que debe resolver esta Sala es si la acción de tutela resulta procedente para definir tal debate y, de serlo, si con aquel acto administrativo se incurrió en lesión alguna de derechos del actor.

**3.** Como primera medida es preciso señalar que el demandante se encuentra legitimado en la causa por activa al ser participante en la convocatoria cuyas reglas le generan reproche. Por pasiva se encuentran legitimadas la CNSC y la la DIAN como entidades que profirieron el correspondiente acto administrativo.

Así mismo, les asiste interés a los participantes admitidos en la convocatoria DIAN No. 1461 de 2020, para el cargo de Gestor I, código 301, número de empleo OPEC 127490, a quienes en esta sede se puso en conocimiento sobre la irregularidad generada por su falta de vinculación en primera instancia, empero como dentro del término concedido no alegaron dicha nulidad, esta se entiende saneada[[7]](#footnote-7).

Diferente ocurre con la Universidad Sergio Arboleda y la Fundación Universitaria del Área Andina, como quiera que esas entidades, tal como lo dedujo la primera instancia, no participaron en la emisión del acto administrativo reprochado, pues sus funciones, según informaron, se limitan a atender las reclamaciones, derechos de petición y acciones judiciales dentro de las etapas de verificación de requisitos mínimos y pruebas escritas.

**4.** En el caso concreto, como ya se advirtió, el actor encuentra la lesión de sus derechos fundamentales en la regla según la cual para el curso de formación serán convocados aquellos participantes que hubieren ocupado los tres primeros lugares en la fase I del concurso de méritos abierto para proveer las vacantes en la DIAN, en aplicación de la cual quedó marginado de la segunda fase de dicho proceso de selección. Esa situación, según lo manifestó, le causa un perjuicio irremediable ya que desconoce los principios de equidad y mérito, que se deben aplicar en estos casos.

**4.1.** Pues bien, evidencia la Sala que la determinación de limitar el número de participantes que accederían a la segunda fase de ese concurso se encuentra estipulada en el inciso segundo del artículo 20 del Acuerdo No. 0285 de 2020[[8]](#footnote-8), acto administrativo de carácter general que regula la convocatoria.

A no dudarlo, los debates sobre la legalidad de actos administrativos de esa especie exceden, en principio, la órbita de competencia del juez constitucional quien, aun cuando la acción o la omisión de la autoridad pueda afectar o amenazar derechos fundamentales como lo pregona el accionante, solo está llamado a intervenir si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, o si lo hace como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Para el caso concreto la controversia cuenta en el medio de control de nulidad simple, o de ser el caso nulidad y restablecimiento del derecho, con el espacio propicio para adelantar el debate que acá se plantea, mecanismo que además cuenta con un robusto régimen de medidas cautelares (artículos 229 y ss CPACA) al que se puede acceder desde la presentación de la demanda y que permite, a su vez, inferir su eficacia para el asunto concreto. Lo anterior hace improcedente la intervención de la justicia constitucional.

Así lo ha entendido la jurisprudencia, que de manera generalizada ha sentado posición sobre la improcedencia de la acción de amparo para atacar decisiones o actuaciones de las entidades encargadas de convocar a procesos de selección. (Ver entre otras Sentencia T-425 de 2019 de la Corte Constitucional, STP11273-2020 de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal y STC14671-2021 de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil[[9]](#footnote-9)).

**4.2.** Tampoco se aprecia la ocurrencia de un perjuicio irremediable al que se vea enfrentado el actor. Lo anterior porque en el expediente no obra prueba alguna que señale la existencia de un menoscabo inmediato de tal magnitud o gravedad, que permita inferir la necesidad o urgencia de intervención impostergable del juez de tutela.

Es que ni siquiera en la impugnación, que es donde se alegó el aludido perjuicio, se ofrecieron los elementos suficientes para estructurarlo, que por supuesto no pueden serlo la demora o lentitud de los procesos, o la congestión judicial, ni la imposibilidad de poder continuar en el concurso desconociendo que “tengo más del 50%” de prerrogativas “adquiridas”, circunstancias que lejos están de apuntar a una condición particular de vulnerabilidad del accionante, a la cual queda sujeto en virtud de la actuación de la administración.

No sobra reiterar que la regla contra la que se queja el censor no es actual ni sorpresiva, pues data del inicio del concurso, momento desde el cual bien pudo ser impugnada por el medio de control procedente, si alguna inconformidad generaba. Además ese perjuicio no puede serlo el simple hecho de impedirle continuar en el concurso, como lo sostuvo esta Sala Especializada en oportunidad reciente: “(…) *no es posible considerar como un evento de esa naturaleza, la posibilidad que hoy se le escapa de concursar, porque de esa sola circunstancia no estriba la gravedad que caracteriza ese perjuicio, y porque en la misma situación estarían todas aquellas personas que ven truncada su posibilidad de continuar en competencias de ese estilo”*.[[10]](#footnote-10)

**5.** En suma, el amparo, tal como lo infirió la primera instancia, resulta improcedente al incumplir el presupuesto de la subsidiariedad y no haberse acreditado la existencia de un perjuicio irremediable. En estas condiciones, el fallo de primera instancia debe ser confirmado.

Por lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO:** Confirmar la sentencia impugnada, de fecha y procedencia ya indicadas.

**SEGUNDO:** Notificar a las partes lo aquí resuelto en la forma más expedita y eficaz posible. Comuníquese de igual forma al Juzgado de primera instancia.

**TERCERO:** Enviar oportunamente, el presente expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

**CARLOS MAURICIO GARCIA BARAJAS**

 **DUBERNEY GRISALES HERRERA**

 **EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

1. Documento 03 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-1)
2. Documento 06 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-2)
3. Documento 07 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-3)
4. Documento 08 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-4)
5. Documento 09 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-5)
6. Documento 11 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-6)
7. Archivos 06 y siguientes del cuaderno de segunda instancia [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 34 del archivo 07 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-8)
9. En sentido similar, Tribunal Superior de Pereira, Sala Civil Familia, sentencia: TSP. ST2-0412-2021 de fecha 22/11/2021. M. P. Edder Jimmy Sánchez Calambás. [↑](#footnote-ref-9)
10. Tribunal Superior de Pereira, Sala Civil Familia. Sentencia: TSP.ST2-0355-2021 de fecha 22 de octubre de 2021. M.P. Jaime Alberto Saraza Naranjo. [↑](#footnote-ref-10)