

JOSÉ GILDARDO RAMÍREZ GIRALDO
Magistrado

DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, dieciocho de mayo de dos mil veintidós

Proceso: *Acción de Tutela.*
Accionante: *PAOLA ANDREA QUINTERO ECHEVERRI*
Accionado: *CNSC Y/OS*
Radicado: *050001 31 03 004 2022 00097 01.*
Asunto: *Confirma sentencia*
Sentencia: *045*

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionante, contra la sentencia proferida el 22 de abril de 2022, por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín, mediante la cual se decidió la acción de tutela presentada por PAOLA ANDREA QUINTERO ECHEVERRI en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA, DIAN y a todos los TERCEROS INTERESADOS EN LA CONVOCATORIA PROCESO DE SELECCIÓN DIAN 1461 DE 2020 AL EMPLEO OPEC 127685, CÓDIGO 302 DENOMINACIÓN 3641 GESTOR II GRADO 2, NIVEL JERÁRQUICO PROFESIONAL.

ANTECEDENTES

Manifestó la accionante que el 26 de enero de 2021, realizó inscripción al concurso de la DIAN adelantado por la CNSC mediante

convocatoria No. 1461 de 2020 al empleo con la OPEC 127685, código 302, denominación 3641, gestor II, grado 2, nivel jerárquico profesional, cumpliendo con los requisitos mínimo y citada a prueba escrita el 5 de julio de 2021, publicándose los resultados el 5 de agosto, el cual fue de carácter eliminatorio, con un puntaje mínimo de 70 puntos, para cada una de las pruebas y ocupando el puesto Nro. 213, siendo citada al curso de formación de empleos profesionales el que se desarrolló por la Universidad Sergio Arboleda de manera virtual desde el 28 de septiembre al 22 de noviembre de 2021, siendo citada para la evaluación final, publicándose los resultados el 10 de diciembre de 2021 y obteniendo un puntaje de 69.43, requiriendo para la aprobación del proceso 70.00, sin que en esa oportunidad contará con la información necesaria para corroborar dicha información con fórmulas y cálculos matemáticos utilizados por el operador; sin embargo radicó reclamación dentro del término con el fin de tener acceso a la prueba escrita para verificar las respuesta no correctas; refirió que radicó su reclamación fundamentando porque eligió dichas respuestas y porque consideró que podría ser válida respecto de las establecidas por los demandados.

Arguyó que se le dio respuesta el 6 de enero de 2022, resultando evidente que se trata de un modelo estándar, específicamente a la reclamación en la pregunta 29, en donde no se tienen en cuenta los argumentos citados en su escrito y la respuesta no se compadece con lo establecido en el Art. 643 del Estatuto Tributario, pues no se tuvo en cuenta la modificación realizada por el Art. 286 de Ley 1819 de 2016.

Finalmente adujo que obtuvo 76 respuesta correctas lo que arroja un puntaje de 69.43, sin tener en cuenta que la pregunta 29 se encuentra correcta, por lo que el puntaje que realmente obtuvo fue 70.67, por lo que no se cumplió con las claves de las respuestas de las pruebas, las cuales deben ser precisas, no deben dar lugar a ambigüedades, las respuestas deben estar debidamente sustentadas y no debe presentarse ningún tipo de interpretación.

Por lo anterior solicitó se tutelén sus derechos fundamentales y en su lugar se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Universidad Sergio Arboleda responda de fondo analizando cada una de las argumentaciones que se dieron en la reclamación realizada el 21 de diciembre de 2021 y en consecuencia se lleve a cabo el recalcuro de los resultados teniendo en cuenta que la cantidad de respuesta que indican como acertadas no corresponden a la realidad, razón por la cual se debe revisar e informar su nuevo puntaje en la evaluación final del curso de formación para empleos profesionales de procesos misionales publicado el 10 de diciembre de 2021

TRÁMITE Y RÉPLICA:

La tutela fue admitida mediante auto del 5 de abril 2021, ordenándose la vinculación de los terceros interesados en la convocatoria proceso de selección DIAN 1461 de 2020 y que a través de la plataforma de la CNSC se publique la admisión de la tutela para que los interesados intervinieran en la misma.

La UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA, a través de su representante legal afirmó que suscribió con la DIAN el contrato No. 00-098-2021 de julio de 2020 para realizar el concurso de méritos para la provisión

de empleos de nivel profesional en los procesos misional de la DIAN; advirtió que en este caso la acción de amparo resulta improcedente cuando existen otros medios de defensa judiciales acorde con lo establecido en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, a menos que se acredite la existencia de un perjuicio irremediable; arguyó que en este caso no se presentan ninguna de las dos situaciones excepcionales establecidas por la Corte Constitucional, pues la actora no acreditó el citado perjuicio y los actos administrativos pueden ser atacados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; señaló que a la actora se le dio respuesta a su reclamación la cual debe considerarse clara y de fondo, sin que tampoco se vea afectado su derecho de petición. Por lo anterior solicitó no tutelar los derechos de la actora por no existir vulneración alguna.

La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL advirtió que el proceso de selección que les compete ha sido llevado conforme a lo establecido en el Acuerdo No. 0285 de 2020 y su Anexo modificado parcialmente por el Acuerdo No. 0332 de 2020, y dicho Acto Administrativo goza de plena legalidad; manifestó que es de competencia de la DIAN adelantar y culminar la Fase II del referido proceso de selección, consistente en el Curso de Formación, razón por la cual, no esa entidad la llamada a responder a dicha pretensión, razón por la cual solicita su desvinculación; agregando además que esta acción de amparo se torna improcedente debido al carácter subsidiario de la misma, pues la actora cuenta con otra vía judicial

LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Cumplido el trámite preferente y sumario previsto para la acción de tutela, el A quo dispuso, mediante sentencia del 22 de abril de 2022, negar el amparo constitucional solicitado, por considerar que no se

satisface el requisito relacionado con la subsidiariedad de la acción, en la medida en que la accionante cuenta con otros medios judiciales de defensa.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte accionante impugnó el fallo proferido en primer grado, argumentando que la vía de lo contencioso administrativo no es una alternativa efectiva para resolver el conflicto que actualmente se le presenta, por el tiempo que lleva el proceso, su trámite y la decisión de fondo y máxime a que ya están publicadas las listas de elegibles; insiste que de haberle respetado el debido proceso y haber respondido de fondo cuando solicitó formalmente la corrección de la pregunta 29 la que debió ser marcada como acertada y como consecuencia de ello su puntaje debió pasar de 69.43 a 70.67 para continuar en el concurso y hacer parte de la lista de elegibles y en igualdad de condiciones que los demás ganadores del concurso.

Acorde con todo lo anterior, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones solicitadas.

Siendo el momento para decidir a ello se procede previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela se encuentra expresamente consagrada en los artículos 86 de la Constitución Nacional y 1º del Decreto 2591 de

1991 como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública, o de un particular en los casos contemplados por la ley, y opera siempre y cuando el ciudadano afectado no disponga de otros medios para la protección de los derechos conculcados o, existiendo ellos, se utilice como instrumento transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. En punto a resolver la impugnación formulada en relación con el fallo de primer grado, se impone la necesidad de abordar previamente por parte de la Sala la cuestión relativa a la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, y en caso afirmativo se deberá precisar si la actividad desplegada por la entidad accionada entraña un flagrante desconocimiento de los derechos fundamentales de la parte actora, o si por el contrario, su accionar se enmarca dentro de los límites legales y constitucionales que guían su función.

Para este menester, en primer lugar, con respecto a la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, se advierte que de tiempo atrás la H. Corte Constitucional ha sostenido la improcedencia de la acción de tutela para la defensa de los derechos fundamentales de los participantes en los concursos de méritos convocados para proveer cargos de carrera. Así, partiendo de las reglas fijadas en la SU 355 de 2015, el Alto Tribunal señaló que:

"26. Al respecto, el Tribunal debía tener en cuenta que es obligación del juez de tutela -en cada caso concreto- evaluar la idoneidad y la eficacia de los diferentes medios ordinarios de defensa para valorar la posible vulneración de un derecho fundamental. De esta manera, en el presente caso, el Tribunal Superior de Medellín omitió analizar que el actor contaba con un medio judicial ordinario al cual podía acudir: las medidas cautelares previstas en el CPACA. Y frente a estas, debió determinar si constituían un

mecanismo adecuado para salvaguardar los derechos del accionante, para de esta manera establecer la procedencia de la acción de tutela.

27. Pues bien, sobre la valoración de las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa, la jurisprudencia reciente de esta Corte ha establecido que estas han sido reformadas con la finalidad de ofrecer una mayor eficacia a la protección de los derechos fundamentales en los procesos que se desarrollan ante los jueces administrativos. Con base en estas razones, en la sentencia SU-355 de 2015 este Tribunal explicó que la nueva regulación en dicho campo es relevante para el examen de subsidiaridad que deben hacer los jueces de tutela.

28. Lo anterior, sin desconocer que en todo caso el juez de tutela debe determinar en cada caso concreto, si la protección ofrecida por el mecanismo ordinario es o no eficaz, pues el mayor grado de eficacia de las nuevas medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativo no necesariamente impide la utilización de la acción de tutela siempre que se corroboren las condiciones para la procedencia excepcional de esta última: la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable, o la no idoneidad o eficacia del mecanismo ordinario.

29. En relación con el análisis de la protección ofrecida por las medidas cautelares en lo contencioso administrativo, se encuentra que estas últimas pueden ser de dos tipos: ordinarias o de urgencia. Estas últimas, a su vez, pueden ser adoptadas desde el momento en que se presente una solicitud en ese sentido y sin necesidad de notificar previamente a la otra parte. De manera que la autoridad judicial puede adoptar una medida cautelar cuando verificadas las condiciones generales previstas para su adopción, evidencie que por la urgencia que se presenta no puede agotarse el trámite previsto y deba adoptarse la medida. Adicionalmente, la decisión es susceptible de los recursos respectivos.”¹

De acuerdo con dicho criterio, en casos como el de ahora, debe analizarse que la parte accionante cuenta con un medio judicial ordinario al cual puede acudir, y que corresponde a las medidas cautelares de urgencia, previstas en el Código Contencioso Administrativo, salvo que la parte tutelante acredite la existencia de un perjuicio irremediable o la falta de idoneidad o eficacia del mecanismo ordinario.

3. La decisión sobre la procedencia o no de la acción de tutela como mecanismo principal o transitorio de protección aun existiendo otro mecanismo judicial ordinario, requiere de un estudio por parte del

¹ T 386 de 2016

juez de tutela sobre las circunstancias específicas de cada caso concreto, las condiciones del accionante y el contexto en el cual se alega la vulneración de los derechos fundamentales. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha sostenido en reiteradas ocasiones que dicho perjuicio debe ser: i) inminente (esto es, que amenaza o está por suceder pronto y tiene una alta probabilidad de ocurrir); ii) grave; iii) que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio sean urgentes; y que iv) la acción de tutela sea impostergable para garantizar adecuadamente los derechos vulnerados. El cumplimiento de estos requisitos también deberá verificarse a la luz de las circunstancias propias de cada caso.

4. Aplicando tal desarrollo al caso de marras, acorde con los anexos aportados al expediente se tiene que la actora participó en la Convocatoria Proceso de Selección DIAN 1461 De 2020 Al Empleo Opec 127685, Código 302 Denominación 3641 Gestor II Grado 2, Nivel Jerárquico Profesional, el cual no superó en la etapa del curso de formación, pues el puntaje total obtenido fue por debajo del exigido para superar esta etapa eliminatoria y pertenecer a la lista de elegibles.

En este sentido, pretende específicamente que la pregunta 29 de la etapa clasificatoria dentro del curso de formación sea calificada como acertada, pues la misma contraviene la legislación sobre la cual se cimenta la misma.

En punto al tema, la accionante presentó dentro del término reconsideración de la calificación obtenida, la cual fue respondida de fondo por la Universidad Sergio Arboleda en donde respecto de la pregunta "29" se le indicó que: *"Respecto a este ítem se informa que el*

mismo, además de cumplir con todos los estándares de calidad dispuestos para asegurar su confiabilidad y validez, ha superado la etapa de validación de pruebas como también se evidencia que la respuesta correcta Sí corresponde a una de las 3 opciones de respuesta contempladas en el cuadernillo de preguntas. Adicionalmente, después de efectuada la respectiva revisión, la USA se permite informar también que la respuesta clave mostrada para esta pregunta en la "hoja de respuestas clave" dispuesta para el acceso al material de pruebas, Sí corresponde a la opción de respuesta acertada, por la siguiente razón: 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 al diez por ciento (10%) del valor de la sanción inicialmente impuesta por la administración, atendiendo lo establecido en el Estatuto Tributario, Artículo 643". Es decir, que se le dio una respuesta clara y de fondo, indicándole las razones por las cuales la respuesta por ella dada no era la adecuada, por lo que esta Corporación no advierte una vulneración al derecho fundamental de petición.

Ahora bien, en lo que respecta al debido proceso, se conculca cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por las partícipes para que de esta forma se cumpla con los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados en la Convocatoria pública para acceder a un cargo de carrera administrativa.

De acuerdo a lo indicado, se tiene que lo pretendido por la actora mediante esta acción de amparo, no es procedente, toda vez que para cambiar la respuesta de la pregunta 29, ésta cuenta con otra vía judicial idónea, distinta de la prevista para el juez constitucional a través del amparo deprecado, en la medida que con la contestación dada no se están modificando las reglas de la convocatoria en la cual participó; por el contrario ella pretende se analicen los argumentos expuestos en su recurso, sin advertir que ello rebasa la órbita de esta acción constitucional; además de vulnerarse los derechos de los demás participantes que se encuentra en las mismas condiciones que la actual accionante.

Con todo se tiene que, en este caso, el accionante no alegó ejercer esta acción por padecer un perjuicio irremediable, pues incluso, la posición que ha sostenido desde el escrito gestor se orienta a afirmar que la acción de tutela es procedente como mecanismo definitivo pues las acciones judiciales tardarían años en resolverse, por lo que no existen elementos de juicio para determinar la inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad que caracterizan el perjuicio irremediable como presupuesto para la procedencia de la acción de tutela pese a la existencia de medios judiciales ordinarios para la defensa de los derechos.

Adicionalmente, es necesario señalar que en este caso, tampoco se observa que la actuación de la administración haya sido irrazonable o desproporcionada, de manera que amerite la intervención del Juez constitucional, pues la Universidad Sergio Arboleda ha dado respuesta de manera clara y completa a la actora, indicando las razones por las cuales no puede tener en cuenta sus argumentos, por lo que en este caso debe acudir necesariamente a la Jurisdicción

de lo Contencioso Administrativo como se dijera en la sentencia objeto de alzada

Corolario de lo expuesto, la sentencia impugnada será confirmada en su integridad.

Es con fundamento en lo anterior, que **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

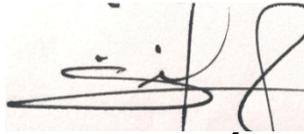
F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 22 de abril de 2022, por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín, mediante la cual se decidió la acción de tutela presentada por PAOLA ANDREA QUINTERO ECHEVERRI en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA, DIAN y a todos los TERCEROS INTERESADOS EN LA CONVOCATORIA PROCESO DE SELECCIÓN DIAN 1461 DE 2020 AL EMPLEO OPEC 127685, CÓDIGO 302 DENOMINACIÓN 3641 GESTOR II GRADO 2, NIVEL JERÁRQUICO PROFESIONAL.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito y eficaz a las partes.

TERCERO: Si la presente providencia no fuera impugnada en tiempo oportuno, **REMÍTASE** lo actuado a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE



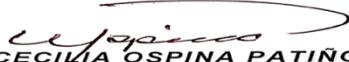
JOSÉ GILDARDO RAMÍREZ GIRALDO

Magistrado

Firma escaneada exclusiva para acciones de tutela conforme al artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 del Ministerio de Justicia y del Derecho

GLORIA PATRICIA MONTOYA ARBELÁEZ

Magistrada
(En permiso)



MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO

Magistrada

Firma escaneada exclusiva para acciones de tutela conforme al artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 del Ministerio de Justicia y del Derecho