

RV: Generación de Tutela en línea No 394382

Nalyibe Lizeth Rodriguez Sua <nrodrigs@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 21/06/2021 11:15 AM

Para: Alvaro Hernan Castaño Patiño <acastanp@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Johnny Fabian Benitez Tabares <jbenitet@cendoj.ramajudicial.gov.co>

rad. 2021-239 (ASIGNACION 03)



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Nalyibe Lizeth Rodriguez Sua**Secretaria Juzgado Décimo de Familia de Oralidad del Circuito de Cali**

Carrera 10 No. 12-15 Piso No. 8 Palacio de Justicia PEDRO ELIAS SERRANO ABADIA

Telefax (092) 898 6868 Ext.: 2101 - 2103- Santiago de Cali, Valle del Cauca

j10fccali@cendoj.ramajudicial.gov.co**De:** Juzgado 10 Familia - Valle Del Cauca - Cali <j10fccali@cendoj.ramajudicial.gov.co>**Enviado:** lunes, 21 de junio de 2021 11:05

Para: Nalyibe Lizeth Rodriguez Sua <nrodrigs@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Alvaro Hernan Castaño Patiño <acastanp@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RV: Generación de Tutela en línea No 394382

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Juzgado Décimo de Familia de Oralidad de Cali

Carrera 10 No. 12-15 Piso No. 8 Palacio de Justicia "Pedro Elías Serrano Abadía"

Telefax (092) 898 6868 Ext.: 2101 - 2103- Santiago de Cali, Valle del Cauca

j10fccali@cendoj.ramajudicial.gov.co

Por favor no imprima éste correo a menos que lo necesite, contribuyamos con nuestro planeta.

Prueba Electrónica: Una vez enviada esta notificación por parte de esta dependencia, se entenderá como aceptado y se recepcionará como documento prueba de la entrega al destinatario (**Ley 527 de 1999**, sobre reconocimiento de efectos jurídicos a los mensajes de datos) y el **Artículo 197** de la **Ley 1437 de 2011**.-

... DIRECCIÓN ELECTRÓNICA PARA EFECTOS DE NOTIFICACIONES...

Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico. (...)

IMPORTANTE

Tenga en cuenta que el horario de **RECEPCIÓN** en este buzón electrónico es de **LUNES a VIERNES de 7:00 AM a 4:00 PM**, cualquier documento recibido posterior a esta última hora, será radicado con fecha del siguiente día hábil.

De: Recepcion Tutelas Habeas Corpus - Cali <apptutelascali@cendoj.ramajudicial.gov.co>**Enviado:** lunes, 21 de junio de 2021 10:52 a. m.

Para: Juzgado 10 Familia - Valle Del Cauca - Cali <j10fccali@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: lfcastaneda79@hotmail.com <lfcastaneda79@hotmail.com>

Asunto: RV: Generación de Tutela en línea No 394382

Señores:

JUZGADO 10 DE FAMILIA DE CALI

Buen día

Enviamos adjunto TUTELA allegado a esta oficina por medio de correo electrónico y que por reparto le correspondió a su despacho.

REPUBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL				
ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO - ASIGNACION POR CONOCIMIENTO PREVIO				
Fecha: 21/jun./2021				Página 1
CORPORACIÓN	GRUPO TUTELAS	CD. DESP	SECUENCIA:	FECHA DE REPARTO
JUZGADOS DE CIRCUITO		122	221863	21/jun./2021
REPARTIDO AL DESPACHO	JUZGADO 10 FAMILIA CIRCUITO DE CALI			
<u>IDENTIFICACION</u>	<u>NOMBRE</u>	<u>APELLIDO</u>	<u>SUJETO PROCESAL</u>	
28548423	LUISA FERNANDA CASTAÑEDA CAÑAS		01 *--	
C27001-CS02BE00		CUADERNOS	1	
ysalinac		FOLIOS	APP - CORREO ELECTRONICO	
OBSERVACIONES	EMPLEADO			
TUTELA EN LINEA - 394382				
<p>SE DETECTA QUE EL DIA 21 DE JUNIO DE 2021, SE REPARTE UNA TUTELA CON LAS MISMAS CARACTERISTICAS CORRESPONDIENDO AL JUZGADO 10 DE FAMILIA DE CALI CON LA SECUENCIA 221803 ACORDE CON EL ACTA DEL 6 DE OCTUBRE DE 2015 DEL COMITE COORDINADOR DE LA OFICINA JUDICIAL EN APLICACION DEL DECRETO REGLAMENTARIO 1834 DE 2015 SE PROCEDE CON ASIGNACION.</p>				

REVISION PREVIA AL REPARTO:

INGRESE NOMBRE	LUISA FERNANDA CASTAÑEDA CAÑAS	<input checked="" type="checkbox"/> Demandante	BUSCAR
NOMBRE CONSULTADO	%LUISA%FERNANDA%CASTAÑEDA%CAÑAS%	<input type="checkbox"/> Demandado	
		<input type="checkbox"/> Apoderado	
RESULTADO DE LA BUSQUEDA		<div style="border: 1px solid black; padding: 5px;"> <p>ATENCIÓN</p> <p>NO HAY INFORMACION CON NOMBRE: %LUISA%FERNANDA%CASTAÑEDA%CAÑAS%.</p> <p style="text-align: right;">Aceptar</p> </div>	

INFORMACION DE LAS PARTES EN LA SECUENCIA :

CORPORACION	31	BUSCAR	NUEVA CONSULTA
ESPECIALIDAD	14		
SECUENCIA	221863		

	Fecha	Secuencia	Juzgado	Parte	ID	Nombre
▶ 1	21/06/2021 10:51 a. m.	221863	JUZGADO 10 FAMILIA CIRCUITO DE CALI	02	EN0000000000289	COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
2	21/06/2021 10:51 a. m.	221863	JUZGADO 10 FAMILIA CIRCUITO DE CALI	02	EN0000000043258	DIAN - UAE UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL
3	21/06/2021 10:51 a. m.	221863	JUZGADO 10 FAMILIA CIRCUITO DE CALI	01	28548423	LUISA FERNANDA CASTAÑEDA CAÑAS

Cordial saludo,

Yasely Salinas Contreras
Asistente Administrativo
Oficina Judicial Cali

Nota: La oficina de reparto reenvía los archivos tal cual llegan por correo electrónico, si el despacho requiere documentos adicionales o legibles para iniciar el trámite, deben ser solicitados directamente al interesado.

De: Tutela y Habeas Corpus en Línea Rama Judicial <tutelaenlinea@deaj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, junio 18, 2021 5:59 PM

Para: Recepcion Tutelas Habeas Corpus - Cali <apptutelascali@cendoj.ramajudicial.gov.co>;
 lfcastaneda79@hotmail.com <lfcastaneda79@hotmail.com>

Asunto: Generación de Tutela en línea No 394382

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
 REPÚBLICA DE COLOMBIA
 Buen día,
Oficina Judicial / Oficina de Reparto

Se ha registrado la Tutela en Línea con número 394382

Departamento: VALLE DEL CAUCA.
 Ciudad: CALI

Accionante: LUISA FERNANDA CASTAÑEDA CAÑAS Identificado con documento: 28548423
 Correo Electrónico Accionante : lfcastaneda79@hotmail.com
 Teléfono del accionante : 3113767105

Accionado/s:

Persona Jurídico: DIAN- Nit: 8001972684,

Correo Electrónico:

Dirección:

Teléfono:

Persona Jurídico: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- Nit: 9000034097,

Correo Electrónico: notificacionesjudiciales@cns.gov.co

Dirección:

Teléfono:

Medida Provisional: SI

Derechos:

DEBIDO PROCESO,

Descargue los archivos de este tramite de tutela aqui:

[Archivo](#)

Cordialmente,

Consejo Superior de la Judicatura - Rama Judicial Nota Importante:

Enviado desde una dirección de correo electrónico utilizado exclusivamente para notificación el cual no acepta respuestas.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

Señores
JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DE CALI
Ciudad

Referencia: **ACCIÓN DE TUTELA**

ACCIONANTES: LUISA FERNANDA CASTAÑEDA CAÑAS

ACCIONADAS: 1) LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL; 2) LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES; (UAE DIAN).

LUISA FERNANDA CASTAÑEDA CAÑAS, identificada con cédula de ciudadanía No. 28548423 persona natural, ciudadana colombiana en ejercicio y domiciliada en Cali, Valle del Cauca, en la dirección Calle 12A #56-25 torre 4 apto 302 Santa Maria de Guadalupe, correo electrónico lfcastaneda79@hotmail.com, inscrita al proceso de selección 1461 de 2020 con el numero de inscripción 328176310 al empleo con # de Opec 126559, **PRESENTO ACCIÓN DE TUTELA** contra acciones o/y omisiones de las siguientes entidades públicas u organismos del orden nacional:

1) LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL; 2) LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES; (UAE DIAN).

Las entidades arriba mencionadas han violado, o amenazado en varias modalidades, varios derechos fundamentales.

Esta acción de tutela tiene como finalidad obtener del juez constitucional, el amparo de todos esos derechos fundamentales que han sido violados o están amenazados y los que los señores Jueces Administrativos encuentren conculcados, así no sean alegados por mi, con tal de que se encuentren protegidos en la constitución Colombiana o en el denominado bloque de constitucionalidad (tratados o convenios internacionales, tanto del sistema interamericano de derechos humanos (OEA) como del sistema universal de la organización de naciones Unidas (ONU), o de la organización internacional del trabajo (OIT)) y especialmente los derechos:

1) Derecho fundamental a Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, que es una especie del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder

político (art 40 numeral 7 constitución política colombiana), contemplado también en la Declaración *Universal de Derechos Humanos*; Artículo 21, numeral 2: Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)*; Artículo 25, literal c; Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. La *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; Artículo 23, numeral 1, literal c: Derechos políticos: 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2) Al debido proceso, en varias modalidades tales como, falta de imparcialidad e independencia, del derecho de defensa, aspectos probatorios; lealtad procesal (art.29 Constitución política Colombiana; art. 14 del pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU; art. 8 de la convención americana sobre derechos humanos; XXV y XXVI de la declaración americana de derechos y deberes del hombre OEA);

3) Igualdad (artículos: 13 de la constitución; 1 y 7 de la declaración de la ONU; 14 y 26 del pacto de derechos políticos de la ONU; 24 de la convención americana OEA; 2 de la declaración de derechos y deberes del hombre de la OEA);

4) Derechos fundamentales: A) Al trabajo, contemplado en el Preámbulo y en el art. 25 de la C. Política Colombiana;

La violación o amenaza de esos derechos fundamentales, impone el deber de restablecerlos o impedir su violación mediante la acción de tutela.

El fundamento de esta pretensión radica en los siguientes

I-HECHOS

1) El Gobierno nacional, en ejercicio de facultades extraordinarias expidió el decreto ley 071 de 2020, “Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN”. (En adelante DIAN, o *Decreto-ley 071 de 2020*)

2) Este decreto 071, fue demandado parcialmente, ante la H. Corte Constitucional el día 31 de julio de 2020, señores LUIS RAMIRO TORRES LUQUERNA y RAFAEL ACEVEDO y por el apoderado del sindicato UNION SINDICAL DE TRABAJADORES DEL ESTADO “USTED”, Dr. Jaime Araujo Rentería.

3) Con fundamento en ese decreto ley la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) expidió el Acuerdo No 0285 de 2020 de La Comisión Nacional del Servicio Civil de fecha: 10-09-2020 *“Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección de Ingreso para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales-Dian, Proceso de selección DIAN No 1461 de 2020”* INCLUIDO su Anexo de la misma fecha (10-09-2020) que forma parte integrante del acuerdo, como lo dice el párrafo del artículo 1 del acuerdo: “ ANEXO POR EL CUAL SE ESTABLECEN LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LAS ETAPAS DE Verificación Requisitos Mínimos, PRUEBAS ESCRITAS Y CURSO DE FORMACIÓN DEL “PROCESO DE SELECCIÓN DIAN No. 1461 DE 2020”, EN LA MODALIDAD DE INGRESO, PARA PROVEER EMPLEOS EN VACANCIA DEFINITIVA PERTENECIENTES AL SISTEMA ESPECÍFICO DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE SU PLANTA DE PERSONAL”

4) Mediante acción de nulidad, promovida por el apoderado del sindicato UNION SINDICAL DE TRABAJADORES DEL ESTADO “USTED”, Jaime Araujo Rentería demandó parcialmente ese acto administrativo, ante el H. Consejo de Estado, el día 26 de octubre de 2020, hace mas de 8 meses, y se solicito una MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA (suspensión provisional), sin que hasta la fecha de hoy, se haya pronunciado el H. Consejo de Estado, tal como consta en el registro de procesos, que anexo y que pedimos tener como prueba dentro de esta acción de tutela.

5) Solo hasta el día 3 de junio de 2021, la H. Corte Constitucional se pronunció mediante la sentencia C-172/21 de junio 3 de 2021, declarando la inconstitucionalidad o inexequibilidad de varias normas y la constitucionalidad o exequibilidad condicionada de otras. La Corte dio a conocer su fallo mediante comunicado de esa fecha que anexo y pedimos tener como prueba. Ese fallo produce efectos ERGA OMNES, equivale a una ley (el tribunal constitucional es como dijera Hans Kelsen un legislador negativo) y por lo mismo modifíco **radicalmente** el decreto 071 de 2020 y el Acuerdo No 0285 de 2020 de La Comisión Nacional del Servicio Civil, como el anexo del mismo que convoco al concurso de la Dian (Proceso de selección DIAN No 1461 de 2020), por lo que debe hacerse una nueva convocatoria o por lo menos modificarse radicalmente la existente, para cumplir el fallo de la Corte Constitucional y evitar que se continúen violando o se violen los derechos de los

trabajadores de la Dian o de quienes quieran ingresar a esta institución en ejercicio de su derecho fundamental a Acceder al desempeño de funciones o cargos públicos.

6) El fallo de la Honorable Corte Constitucional esta ya produciendo todos sus efectos jurídicos desde el día 4 de junio de 2021, esto es un día después de emitido tal como lo señala su jurisprudencia que mas adelante recordaremos y que pedimos tener como prueba en este proceso.

7) La Comisión Nacional del Servicio Civil anunció que las **pruebas** escritas para la Convocatoria **DIAN 2020** serán aplicadas el próximo lunes **5 de julio de 2021**. De llevarse a cabo en esta fecha, sin darle cumplimiento al fallo de la corte constitucional, se producirá una violación masiva de derechos humanos de los participantes, por no decir que un genocidio contra los derechos, tanto de quienes ya son funcionarios como de quienes aspiran a pertenecer a esa institución y a ejercer su derecho fundamental a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, al debido proceso, a la igualdad, al trabajo, etc.

Por eso es necesario, ante el peligro inminente de esa violación masiva que se consumaría el 5 de julio de 2021, detener ese concurso y adecuarlo al fallo de la Corte Constitucional, convocando a uno nuevo o adecuándolo radicalmente a esa sentencia, que ya esta produciendo efectos jurídicos. De lo contrario se vulneraria la constitución nacional, la nueva ley producto del fallo y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que es obligatoria para todos por sus efectos Erga Omnes.

8) El artículo 17 del acuerdo No 0285 de 2020 de La Comisión Nacional del Servicio Civil de fecha: 10-09-2020, en su parte pertinente establece para este proceso de concurso

TABLA No. 2
PRUEBAS A APLICAR EN EL PROCESO DE SELECCIÓN DE INGRESO DIAN
EMPLEOS DEL NIVEL PROFESIONAL DE LOS PROCESOS MISIONALES

FASE	PRUEBAS	CARÁCTER	PESO PORCENTUAL	PUNTAJE MINIMO APROBATORIO PRUEBA	PUNTAJE MINIMO APROBATORIO FASE	PUNTAJE MINIMO APROBATORIO GENERAL
Fase I	Prueba de Competencias Básicas u Organizacionales	Eliminatoria	10%	70.00	70.00	70.00
	Prueba de Competencias Conductuales o Interpersonales	Clasificatoria	20%	No aplica		
	Prueba de Integridad	Clasificatoria	15%	No aplica		
Fase II	Curso de Formación	Eliminatoria	55%	70.00	70.00	
TOTAL			100%			

TABLA No. 3
PRUEBAS A APLICAR EN EL PROCESO DE SELECCIÓN DE INGRESO DIAN
EMPLEOS DIFERENTES A LOS DEL NIVEL PROFESIONAL DE LOS PROCESOS MISIONALES

PRUEBAS	CARÁCTER	PESO PORCENTUAL	PUNTAJE MINIMO APROBATORIO PRUEBA	PUNTAJE MINIMO APROBATORIO GENERAL
Prueba de Competencias Básicas u Organizacionales	Eliminatoria	15%	70.00	70.00
Prueba de Competencias Funcionales	Eliminatoria	30%	70.00	
Prueba de Competencias Conductuales o Interpersonales	Clasificatoria	40%	No aplica	
Prueba de Integridad	Clasificatoria	15%	No aplica	
TOTAL		100%		

Como se puede observar estas pruebas, en ambos casos, se establecen pruebas de integridad y etapas eliminatorias. Tanto el polígrafo, como el análisis de la voz de los concursantes, es una de las modalidades de las pruebas de integridad y es claro que de conformidad con el fallo de la Corte Constitucional, esta clase de pruebas solo se pueden utilizar, para empleos del nivel profesional (y no se pueden utilizar para empleos diferentes a los del nivel profesional porque esa parte del artículo 30 del decreto 071 de 2020, fue declarado inexecutable o inconstitucional) con el consentimiento del concursante y lo que es también muy importante, estas pruebas no pueden tener nunca el carácter de pruebas eliminatorias.

9) El art. 21, párrafo 2 del acuerdo No 0285 de 2020 de La Comisión Nacional del Servicio Civil de fecha: 10-09-2020, en su parte pertinente establece para este proceso de concurso: “ARTICULO 21. PUBLICACIÓN DE RESULTADOS DE LOS CURSOS DE FORMACIÓN Y RECLAMACIONES. La información sobre la publicación de resultados de los Cursos de *Formación* y las respectivas reclamaciones debe ser consultada en los correspondientes apartes del Anexo del presente Acuerdo.

PARÁGRAFO 2: Teniendo en cuenta que, de conformidad con los artículos 3, numeral 3.3., 12, numeral 12.1 y 29, numeral 29.2 del Decreto Ley 71 de 2020, le corresponde a la DIAN realizar los *Cursos de Formación* de la Fase II de este proceso de selección, en aplicación del artículo 35 ibidem, la CNSC delega en dicha entidad el conocimiento y la decisión de las respectivas

reclamaciones, atendidas las cuales debe presentar a esta Comisión Nacional el correspondiente informe, en los términos que la CNSC le indique.”

Esta norma no puede entenderse de manera aislada, sino en armonía y concordancia con una norma de superior jerarquía a ella que fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional que es el artículo 29.2 del Decreto ley 071 de 2020.

El artículo 29 del Decreto Ley 071 de 2020, establecía las reglas para las *Pruebas para la provisión de los empleos del **nivel profesional** de los procesos misionales de la DIAN bajo las modalidades de ingreso o ascenso.*

Para el nivel profesional existen 2 fases: la fase I, que tenía que ver con el polígrafo y la fase II, que se cumplía con la realización de un curso de formación que, a discreción del Director de la DIAN, se podrá adelantar a través de la propia Dian, por intermedio de su propia escuela, esto es por intermedio de **La Escuela de Impuestos y Aduanas** (que no es una universidad acreditada) o por medio de Universidades acreditadas, que contrataba la Dian, cuando la jurisprudencia constitucional ha dicho reiteradamente que el competente para celebrar estos contratos es la Comisión Nacional del Servicio Civil, como garantía de la carrera y el derecho a acceder a cargos públicos y evitar que el gobierno se apodere de la administración pública y la convierta en un botín de la politiquería (**Contratos o convenios interadministrativos, celebrados entre la DIAN y las universidades o instituciones de educación superior acreditadas ante el Ministerio de Educación.**).

Con el decreto 071 de 2020, el director de la Dian podía determinar que la segunda fase se realizaba en su propia escuela, podía, por intermedio de sus funcionarios calificar a los aspirantes.

Esta facultad fue declarada INEXEQUIBLE o INCONSTITUCIONAL por la Corte Constitucional y en consecuencia hay que iniciar una nueva convocatoria con garantías del derecho a acceder a la función pública y al trabajo.

Este peligro para los derechos fundamentales es mayor por cuanto la propia Comisión Nacional del Servicio Civil, renunció a sus competencias, no impidió que la Dian fuera juez y parte en el concurso, sino que agravó la violación de los derechos fundamentales, por cuanto si alguien reclama contra la calificación y decisión de la Dian sobre la fase II, que es la definitiva, la misma Dian resuelve la reclamación, con lo que ahora no solo es juez y parte sino que además es primera y segunda instancia y no están aplicando el fallo de la Corte Constitucional incluido el del 3 de junio de 2021.

Por esta razón es que es violatorio de mi derecho fundamental que la Dian Realice la etapa 2, como es violatorio que ella misma califique esa etapa y lo que es más grave aún, que resuelva las reclamaciones contra ella misma. Para garantía de mis derechos se debe entregar el proceso a una universidad, contratada directamente por la Comisión del Servicio Civil e impedir que la Dian resuelva las reclamaciones contra sus decisiones y así lo pido ahora, expresamente dentro de esta tutela.

Veamos la norma en su parte pertinente:

Decreto 071 de 2020, Artículo 29. *Pruebas para la provisión de los empleos del nivel profesional de los procesos misionales de la DIAN bajo las modalidades de ingreso o ascenso.* Para la provisión de los empleos bajo las modalidades de ingreso o ascenso, **el proceso de selección comprenderá dos (2) fases independientes**, a saber:

29.1 *Fase I.* La Fase I corresponde a la aplicación de competencias básicas para la DIAN y puede comprender pruebas de integridad, **polígrafo** y de competencias comportamentales, según el perfil y el nivel del cargo al que se aspira. **Esta fase es de carácter eliminatorio** y su mínimo aprobatorio se definirá en la convocatoria.

29.2 *Fase II.* A esta fase serán llamados, en estricto orden de puntaje, y en el número que defina la convocatoria pública, los concursantes que alcancen o superen el puntaje mínimo aprobatorio de la Fase I.

Esta fase se cumplirá con la realización de un curso de formación que, **a discreción del Director de la DIAN**, se podrá adelantar a través de:

- a) **La Escuela de Impuestos y Aduanas** con programas específicos definidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil y con la participación de la DIAN, o
- b) **Contratos o convenios interadministrativos, celebrados entre la DIAN y** las universidades o instituciones de educación superior acreditadas ante el Ministerio de Educación, cuyo objeto será desarrollar el curso con base en programas específicos definidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil y con la participación de la DIAN. En este evento, dichas universidades o instituciones de educación superior deben certificar que cuentan con programas en materia tributaria, aduanera y/o cambiaria, según corresponda, y demostrar que tienen la infraestructura y la capacidad logística para el desarrollo del curso.

NOTA la parte declarada inconstitucional es la que aquí subrayo “Esta fase se cumplirá con la realización de un curso de formación que, a discreción del Director de la DIAN, se podrá adelantar a través de:”

II- DERECHOS VIOLADOS Y FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA TUTELA

- 1) PRIMERA PREMISA FUNDAMENTAL. PORQUE LA SENTENCIA C-172/21 de junio 3 de 2021, YA ESTA PRODUCIENDO EFECTOS JURIDICOS DESDE EL DIA 4 DE JUNIO DE 2021 Y DEBE SER APLICADA.

La sentencia C-172/21, de fecha junio 3 de 2021, ya se encuentra produciendo todos sus efectos jurídicos desde el día 4 de junio del presente año, y en consecuencia, todas las normas declaradas inexecutable no pueden seguirse aplicando y las que fueron declaradas constitucionales por medio de una modalidad interpretativa, esto es, cuando la corte condiciona su exequibilidad o constitucionalidad a que la normas sea entendida de una cierta manera, o con una interpretación especial (ejemplo, “bajo el entendido que”) no pueden seguirse interpretando ni aplicando, cómo se hacía antes sino que, ahora, deben interpretarse y aplicarse como la Corte, ahora, lo entiende.

En consecuencia, la expresión “A discreción del director de la Dian” prevista en el artículo 29.2 del decreto ley 71 de 2020 desapareció del orden jurídico, así también la expresión “como el polígrafo” del Artículo 30 del mismo decreto ley que también salió del orden jurídico al ser declarado inexecutable.

Asimismo, La expresión polígrafo prevista en el artículo 29.1 del decreto ley 71 del 2020, sobre el cual se hizo una sentencia, en esta parte interpretativa (En el entendido) debe aplicarse ahora con la nueva interpretación y en consecuencia es claro que la prueba del polígrafo no tiene carácter eliminatorio y que sólo puede hacerse con el consentimiento previo del concursante.

Como las sentencias de la corte constitucional tienen efectos erga omnes y en este caso también produce efectos a partir del día siguiente, esto es del 4 de junio, la Dian debe darle aplicación inmediata a este fallo y rehacer todo el concurso respetando esta sentencia. Así mismo, todo lo que se haya hecho de manera distinta a como lo ordeno la Corte a partir del

4 de junio (incluido ese día), está viciado de ilegalidad y en consecuencia debe ser declarado nulo.

Las razones por las cuales el fallo ya está produciendo efectos a partir del 4 de junio, han sido reiteradas en la jurisprudencia de la corte en muchas oportunidades, y especialmente en los fallos que relaciono a continuación, tanto de constitucionalidad cómo de tutela; y en los cuales queda claro que la regla general, que se aplica en este caso, es que al día siguiente de la decisión esta comienza a producir todos sus efectos. Este canon constitucional, interpretativo y jurisprudencia, se encuentra en la parte motiva de muchos fallos o providencias, e inclusive se han consagrado a veces en la propia parte resolutive de las sentencias de la corte constitucional, en sus partes pertinentes como les indico a continuación:

1.1.- Sentencia C-327-03

RESUELVE

Declarar **INEXEQUIBLE** el Decreto Legislativo N° 245 de 5 de febrero de 2003 *“Por el cual se prorroga el Estado de Conmoción Interior”*.

Esta sentencia surte efectos a partir del día siguiente de su expedición.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

(Subrayas nuestras)

1.2.- Sentencia T-832-03

8. La Constitución Política no regula expresamente los efectos de los fallos de constitucionalidad. Sí lo hace, en cambio, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, pues en el artículo 45 dispone que *“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 214 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”*. De acuerdo con esto, la regla general es que los fallos de constitucionalidad tienen efectos hacia el futuro, lo que no obsta para que la Corte profiera fallos de constitucionalidad condicionada de efectos temporales retroactivos o diferidos, si tal modulación resulta imprescindible para el cabal cumplimiento de su deber de defender la integridad de la Constitución.

Con todo, tal regulación estatutaria de los efectos temporales de los fallos de constitucionalidad no suministra elementos de juicio para solucionar el problema jurídico planteado: Los efectos son futuros tanto si se predicen a partir del día siguiente a la fecha de la sentencia como si se afirman a partir de su ejecutoria. Se impone, entonces, continuar con el esfuerzo hermenéutico emprendido.

9. En esa dirección, el artículo 56 de la misma ley ordena que las Altas Corporaciones de Justicia, por reglamento interno determinarán la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados e incluir en él un término perentorio para consignar los motivos de disenso en los salvamentos o aclaraciones de voto. Este artículo, en su parte final dispone que *“La sentencia tendrá la fecha en que se adopte”*.

Este último mandato es muy relevante pues de acuerdo con él, independientemente de la fecha en que el texto se suscriba o de aquella posterior en que se consignen los salvamentos o las aclaraciones de voto, la fecha de la sentencia debe corresponder a aquella en que se adoptó. Es decir, debe tener la fecha correspondiente al día en que la Sección, la Sala o la Plenaria de la respectiva Corporación, según el caso, ejerció, para un caso concreto, el poder jurisdiccional de que está investida y tomó su decisión de acuerdo con la forma indicada en los reglamentos.

Las implicaciones de este mandato en la jurisdicción constitucional, y particularmente en sede de control constitucional, son claras, pues la fecha de una sentencia es aquella en que fue tomada, es decir, aquella en que la Corte ejerció la jurisdicción de que está investida y actuó en defensa de la Constitución, bien manteniendo una norma legal en el ordenamiento jurídico, o bien excluyéndola de él.

10. En ese marco, partiendo de la regla general según la cual los efectos de los fallos de constitucionalidad son hacia futuro, con la excepción ya indicada, debe determinarse ahora a partir de qué momento se producen esos efectos futuros. Para ello concurren dos alternativas. De acuerdo con la primera, los efectos del fallo se producirían a partir del día siguiente a la fecha de la sentencia, que, como se indicó, corresponde a aquella en que la Sala Plena de la Corte tomó la decisión. Y de acuerdo con la segunda, los efectos del fallo se producirían a partir del vencimiento del término de ejecutoria del fallo, es decir, tres días después de la desfijación del edicto mediante el cual se notifica.

Para optar entre esas alternativas, resulta determinante la índole del fallo de constitucionalidad, pues los efectos de las sentencias judiciales dependen de la naturaleza de los procesos en que ellas se profieren. Si ello es así, se debe tener en cuenta, de un lado, que

una sentencia de constitucionalidad es el fruto de un juicio técnico de confrontación entre la Carta Política y una norma legal y que lo que a través de ella se hace es mantenerla en el ordenamiento jurídico si es compatible con aquella o, en caso contrario, expulsarla de él. De otro lado, se debe considerar que, a diferencia de los fallos que se emiten en los demás ámbitos de la jurisdicción, los fallos de constitucionalidad tienen efectos *erga omnes* y no *inter partes*, es decir, que sus efectos son obligatorios, generales y oponibles a todas las personas, sin excepción de ninguna índole.

Entonces, una vez precisado que la fecha de una sentencia corresponde a aquella en que se adoptó la decisión en ella contenida, y no a aquella en que los magistrados suscriben su texto o los salvamentos o aclaraciones de voto, y teniendo en cuenta la índole de los fallos de constitucionalidad y sus efectos *erga omnes* y no *inter partes*, se logran elementos de juicio para determinar los efectos temporales de los fallos de constitucionalidad: Cuando no se ha modulado el efecto del fallo, una sentencia de constitucionalidad produce efectos a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en ese caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexecutable y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria.

11. Esta postura es compatible con la tarea de la Corte de defender la integridad de la Constitución y garantiza la seguridad jurídica de que está urgida una democracia constitucional.

Esto es así porque, de un lado, carecería de sentido que una norma que fue encontrada contraria a la Carta Política se mantenga en el ordenamiento jurídico hasta el momento de la ejecutoria del fallo y, no obstante, la declaración judicial de esa contrariedad, produzca efectos en situaciones particulares. Y, de otro lado, la determinación precisa de los efectos de un fallo de constitucionalidad no puede quedar diferida a las incidencias propias de su notificación y ejecutoria. De ser así, en cada caso, independientemente de la fecha registrada en la sentencia, habría que constatar la fecha de ejecutoria para, a partir de ella, inferir el momento en que una norma legal contraria a la Carta dejaría de hacer parte del sistema normativo. Y no cabe duda que una exigencia de esta índole sería contraria a los requerimientos de seguridad jurídica propios de una sociedad que no ha renunciado al derecho como alternativa de vida civilizada.

Lo expuesto no quiere decir que la notificación de la sentencia de constitucionalidad -que por mandato del artículo 16 del Decreto 2067 de 1991 debe hacerse por edicto- o que el término de ejecutoria que corre a partir de la desfijación del edicto, sean irrelevantes pues ellos, si bien son intrascendentes para la determinación de los efectos temporales del fallo,

permiten determinar el término dentro del cual se puede declarar la nulidad del fallo por vulneración del debido proceso. Y en caso de que la nulidad de la sentencia prospere, como ha sucedido excepcionalmente por contrariedad manifiesta entre la parte motiva o la parte resolutive -Auto 091-00- o por haberse adoptado por mayoría relativa y no por mayoría absoluta de los magistrados de la Corporación -Auto 062-00-, la sentencia pierde su validez desde el momento de su emisión y la Corte debe proceder a proferir un nuevo fallo.

12. De acuerdo con lo expuesto, si la Sentencia C-619-02 fue proferida el ocho de agosto de 2002 y si en ella no se modularon sus efectos temporales, ella produce efectos desde el día siguiente, independientemente de la fecha de su notificación y ejecutoria.

Por lo tanto, la exclusión del ordenamiento jurídico de la norma legal que hacía procedente la formulación de responsabilidad fiscal a partir de la culpa leve, dispuesta en ese fallo, debió ser tenida en cuenta por la Contraloría de Cundinamarca el 11 de septiembre de 2002, al resolver la apelación interpuesta contra la declaración de responsabilidad fiscal de los actores.

Pero como, en lugar de ello, esa entidad de control fiscal optó por confirmar la declaratoria de responsabilidad fiscal de aquellos por haber obrado con culpa leve, lo que hizo fue aplicar una norma que había sido declarada inexecutable.

(Subrayas nuestras)

1.3.- Sentencia C-973/04

12. Una opinión contraria ha sido expuesta por la jurisprudencia constitucional, al considerar que los efectos o consecuencias jurídicas de sus fallos de constitucionalidad, se producen desde el día siguiente a aquél en que se tomó la decisión de exequibilidad o inexecutable, siempre y cuando se divulgue o comunique dicha decisión por los medios ordinarios reconocidos para comunicar sus sentencias (Ley 270 de 1996, artículo 56).

Para sustentar esta posición, la Corte ha concluido que la primera parte del artículo 16 del Decreto 2067 de 1991, conforme al cual *“La parte resolutive de la sentencia no podrá ser divulgada sino con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el Secretario de la Corte”*, fue derogado por los artículos 56 y 64 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia¹.

¹ Dichas disposiciones determinan que: **“Artículo 56. Firma y fecha de providencias y conceptos.** *El reglamento interno de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y del Consejo de Estado, respectivamente, determinará, entre otras, la forma como serán expedidas y*

Así, según el artículo 56 de la Ley 270 de 1996, la fecha en que se profiere una sentencia corresponde a aquella en que se ejerció el poder jurisdiccional, es decir, al momento en el cual se adoptó la decisión sujeta al pronunciamiento del juez constitucional, y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto o se adiciona con sus salvamentos y aclaraciones. Por otra parte, y en estrecha relación con lo expuesto, el artículo 64 de la citada Ley, permite comunicar las sentencias aun cuando el fallo no se encuentre debidamente ejecutoriado a partir de su notificación por edicto.

Al respecto, esta Corporación ha sostenido que:

“Es necesario puntualizar que la facultad de informar el contenido y alcance de las providencias por parte de los funcionarios judiciales, no es asimilable al acto procesal de notificación a las partes. En el primer evento, que es realmente el contemplado en la norma, se trata de una declaración pública en la que se explican algunos detalles importantes de la sentencia proferida, bajo el supuesto obvio de que el administrador de justicia no se encuentra obligado a dar a conocer aquellos asuntos que son objeto de reserva legal. Por el contrario, el segundo caso, implica una relación procesal entre el juez y las partes, a través de la cual se brinda la oportunidad a éstas de conocer el contenido íntegro de la providencia y de interponer, dentro de los lineamientos legales, los respectivos recursos.

Por otra parte, estima la Corte necesario declarar la inexecutable de la expresión “una vez haya concluido el respectivo proceso mediante decisión ejecutoriada”, contenida en ese mismo inciso segundo, pues con ello, en primer lugar, se vulneran la autonomía del juez y el derecho de los asociados de recibir información veraz y oportuna (Art. 20 C.P.) y, además, se convertiría en excepción el principio general contenido en la Carta de que las actuaciones de la administración de justicia serán públicas (Art. 228 C.P.). En efecto, resulta constitucionalmente posible el que, por

firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados. En dicho reglamento se deberá además incluir un término perentorio para consignar en el salvamento o la aclaración del voto los motivos de los Magistrados que disientan de la decisión jurisdiccional mayoritaria, sin perjuicio de la publicidad de la sentencia. La sentencia tendrá la fecha en que se adopte.” Y, “Artículo 64. Comunicación y divulgación. Ningún servidor público podrá en materia penal o disciplinaria divulgar, revelar o publicar las actuaciones que conozca en ejercicio de sus funciones y por razón de su actividad, mientras no se encuentre en firme la resolución de acusación o el fallo disciplinario, respectivamente. Por razones de pedagogía jurídica, los funcionarios de la rama judicial podrán informar sobre el contenido y alcance de las decisiones judiciales. Tratándose de corporaciones judiciales, las decisiones serán divulgadas por conducto de sus presidentes”.

ejemplo, el presidente de una Corporación informe a la opinión pública sobre una decisión que haya sido adoptada, así el texto definitivo de la Sentencia correspondiente no se encuentre aún finiquitado, habida cuenta de las modificaciones, adiciones o supresiones que en el curso de los debates se le haya introducido a la ponencia original. Con ello, en nada se vulnera la reserva de las actuaciones judiciales -siempre y cuando no se trate de asuntos propios de la reserva del sumario o de reserva legal- y, por el contrario, se contribuye a que las decisiones que adoptan los administradores de justicia puedan conocerse en forma oportuna por la sociedad.”²

Conforme a esta argumentación, si bien la comunicación o divulgación oficial de las providencias prevista en el artículo 64 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, no constituye un mecanismo formal de notificación de las decisiones judiciales, sí se convierte en una herramienta idónea para informar a la comunidad jurídica acerca del contenido de los fallos proferidos por esta Corporación.

Así las cosas, cuando los operadores jurídicos se informan acerca de la exequibilidad o inexequibilidad de una disposición a través de los medios ordinarios reconocidos por cada Corporación para divulgar sus decisiones (Ley 270 de 1996, artículo 56), no pueden dichas disposiciones ser interpretadas o aplicadas en cualquier sentido, pues al existir previamente un pronunciamiento sobre la posibilidad o no de ejecutar sus mandatos normativos o de hacerlo en una determinada manera, el desconocimiento de dicho fallo implicaría una ostensible violación a la supremacía e integridad de la Constitución y, además, a la garantía fundamental de la seguridad jurídica.

Por consiguiente, siempre que no se haya modulado el efecto de un fallo, una sentencia de constitucionalidad produce efectos a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció la jurisdicción de que está investida, esto es, a partir del día siguiente al que se adoptó la decisión sobre la exequibilidad o no de la norma objeto de control, bajo la condición de haber sido divulgada a través de los medios ordinarios reconocidos por esta Corporación. Se entiende que es a partir del “*día siguiente*”, pues la fecha en que se profiere la decisión, el expediente se encuentra al despacho y, por lo mismo, dicho fallo no puede aún producir efecto alguno.

13. Esta Corporación ha reiterado la anterior tesis, en distintas ocasiones, en los siguientes términos:

² Sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

En Sentencia C-551 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), al pronunciarse sobre la fecha a partir de la cual el Presidente de la República podía convocar a los ciudadanos a las urnas para votar el texto del referendo, la Corte afirmó que:

“(...) 260- Con todo, algunos podrían objetar que no es posible que la Corte comunique la parte resolutive de esta sentencia, al día siguiente de ser adoptada, por cuanto posiblemente para ese momento el texto de la decisión no estaría aún firmado, ni los salvamentos y aclaraciones depositados, y el artículo 16 del decreto 2067 de 1991 establece que en los procesos de control constitucional *‘la parte resolutive de la sentencia no podrá ser divulgada sino con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el secretario de la Corte.’* Sin embargo, esa objeción no es de recibo, pues esa norma se entiende derogada por los artículos 56 y 64 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Así, el primero señala que corresponde a los reglamentos de las altas cortes *‘incluir un término perentorio para consignar en el salvamento o la aclaración del voto los motivos de los Magistrados que disientan de la decisión jurisdiccional mayoritaria, sin perjuicio de la publicidad de la sentencia.’* Esto significa que la publicidad de la sentencia no está condicionada al depósito de los salvamentos o aclaraciones, y que en ese aspecto fue derogado el artículo 16 del decreto 2067 de 1991. Por su parte, el artículo 64 del proyecto de ley estatutaria de la Administración de Justicia indicaba que por *‘razones de pedagogía jurídica, los funcionarios de la rama judicial podrán informar sobre el contenido y alcance de las decisiones judiciales una vez haya concluido el respectivo proceso mediante decisión ejecutoriada’.* (...)”

Este análisis muestra que, conforme a la ley estatutaria de la Administración de Justicia, la Corte Constitucional puede comunicar -que no notificar formalmente- sus fallos, y en especial su parte resolutive, así el texto definitivo de la sentencia no se encuentre finiquitado. No existe entonces objeción a que la Corte ordene la comunicación de la parte resolutive de la presente sentencia, al día siguiente de ser adoptada la decisión (...)”

En Auto 165 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), al resolver un incidente de nulidad impetrado contra la sentencia C-551 de 2003, con fundamento en el mismo problema jurídico que se resuelve en esta oportunidad; esta Corporación manifestó:

“(...) 7.- Como puede apreciarse a través de una lectura simple de las dos normas - el artículo 16 del Decreto 2067 de 1991, y el artículo 56 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia- la norma estatutaria tiene un contenido distinto de la norma reglamentaria. Debido a esta contradicción y a la superioridad de la norma estatutaria, es claro que el artículo 16 del Decreto 2067 de 1991 ha sido derogado en los puntos aludidos por el ciudadano, pues el artículo 56 citado autoriza a las altas Cortes - entre ellas obviamente a la Corte Constitucional- a dar publicidad a un fallo aunque no esté totalmente redactado.

Así, la facultad otorgada por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, ha sido ejercida por esta Corporación sólo de forma parcial, en la cuestión del plazo para la expedición de los salvamentos y aclaraciones de voto (Acuerdo 05 de 1992) pero en el tema de la expedición y publicación de las sentencias, el artículo 16 del Decreto 2067 de 1991 fue derogado y el tema aún no se ha reglamentado. Por tanto, resultan aplicables las disposiciones consagradas en el artículo 56 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que permiten hacer pública la sentencia sin sus respectivos salvamentos de voto. Por tanto la sentencia es adoptada al momento de realizar la votación, cosa distinta es que surta efectos a partir del día siguiente a su expedición, como esta Corte ya lo ha anotado en otras ocasiones³.

8.- La conclusión anterior encuentra un sustento adicional en la declaratoria de inexecutable de un aparte del artículo 64 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que establecía que el contenido y alcance de las decisiones podía ser informado una vez concluyera el proceso mediante decisión ejecutoriada. Consideró entonces este Tribunal que la expresión *‘una vez haya concluido el respectivo proceso mediante decisión ejecutoriada’*⁴ vulneraba la autonomía del juez y el derecho de los asociados de recibir información veraz y oportuna (Art. 20 C.P.). Además de ser una excepción el principio general contenido en la Carta de que las actuaciones de la administración de justicia serán públicas (Art. 228 C.P.). (...) Por tanto, los jueces están autorizados a divulgar la decisión a la opinión pública. No se presentó entonces irregularidad alguna en la forma en que la Corte publicó el fallo, pues ello está permitido por las normas existentes en la materia (...).”

14. La Corte ha señalado tres sólidos fundamentos jurídicos para reconocer los efectos de los fallos de constitucionalidad a partir del día siguiente al que se adoptó la decisión sobre la exequibilidad o no de la norma objeto de control, los que le dan una legitimación incontrastable a la publicidad de sus decisiones.

³ Véase, sentencia C-327 de 2003. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

⁴ Véase, sentencia C-037 de 1996. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

En primer lugar, es preciso reiterar que la naturaleza pública del alcance de los fallos de inconstitucionalidad, por virtud del cual se aplican *erga omnes* y no *inter partes*, supone que sus decisiones son obligatorias, generales y oponibles a todas las personas, sin excepción de ninguna índole. Luego, el conocimiento de la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad o inexecuibilidad a partir de su divulgación oficial es igualmente exigible a todos los operadores jurídicos, sin importar sus exclusivos intereses individuales⁵.

En segundo término, la tesis adoptada por esta Corporación, permite garantizar la supremacía e integridad de la Constitución, pues carecería de sentido que *“una norma que fue encontrada contraria a la Carta Política se mantenga en el ordenamiento jurídico hasta el momento de la ejecutoria del fallo y, no obstante la declaración judicial de esa contrariedad, produzca efectos en situaciones particulares”*⁶. Así, por ejemplo, en sentencia T-832 de 2003, la Corte tuteló el derecho fundamental al debido proceso de unos funcionarios públicos sancionados fiscalmente mediante fallo del 11 de septiembre de 2002, por haber incurrido en una actuación incurra en *culpa leve*, cuando dicho grado de culpabilidad como soporte de responsabilidad fiscal había sido declarado inexecutable desde el 8 de agosto del mismo año. Para esta Corporación, la entidad accionada al enterarse de la decisión de inconstitucionalidad, no podía sancionar a los accionantes aun a pesar de haber sido notificada formalmente la sentencia hasta el 26 de noviembre de 2002.

De igual manera, por ejemplo, podría pensarse en aquellos en casos en los cuales se declara inexecutable una ley que reconoce un tributo, pues sería un absurdo pretender que el Estado pudiera seguir cobrando el gravamen, cuando toda la comunidad tiene conocimiento de su inexecutable.

Por último, la producción de efectos de las sentencias de constitucionalidad a partir del día siguiente a la adopción del fallo, resulta indispensable para preservar la seguridad jurídica. En efecto, como bien lo ha sostenido esta Corporación, *“la determinación de los efectos de un fallo de constitucionalidad no puede quedar diferida a las incidencias propias de su notificación y ejecutoria. De ser así, en cada caso, independientemente de la fecha registrada en la sentencia, habría que constatar la fecha de ejecutoria para, a partir de ella, inferir el momento en que una norma legal contraria a la Carta dejaría de hacer parte del sistema normativo. Y no cabe duda que una exigencia de esta índole sería contraria a los requerimientos de seguridad jurídica propios de una sociedad que no ha renunciado al derecho como alternativa de vida civilizada”*⁷.

⁵ Sobre la naturaleza *erga omnes* de los fallos de constitucionalidad, puede consultarse la Sentencia C-774 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

⁶ Sentencia T-832 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

⁷ *Ibidem*.

(Subrayas nuestras)

2) SEGUNDA PREMISA FUNDAMENTAL

LA CARRERA ADMINISTRATIVA COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL Y SU RELACION INESCINDIBLE CON OTROS PRINCIPIOS, VALORES O DERECHOS FUNDAMENTALES.

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado y de la Corte Constitucional tienen sólidamente establecido que la carrera administrativa es un principio fundamental de nuestra constitución; cimiento principal de la estructura del estado e instrumento o medio eficaz para la realización o protección de otros principios, valores o derechos fundamentales con los cuales tiene una relación inescindible. Es tan fundamental que el irrespeto a la carrera ha sido la causa de la declaratoria de inconstitucionalidad no solo de leyes sino también de varios actos reformativos de la propia constitución.

Sin entrar en el tema de si se trata de un principio expreso o implícito de nuestra constitución, su calidad de principio trae importantes consecuencias jurídicas. No por azar, las constituciones modernas como la colombiana comienzan el título I por los Principios Fundamentales, solo después vienen los derechos fundamentales, luego los otros derechos y después la estructura del Estado; etc. Un principio prevalece sobre cualquier otra norma de la constitución inclusive sobre los derechos fundamentales. Principio es lo que da origen a todo lo demás. Principio es también el fundamento que sirve de base a toda una estructura o una concepción filosófica y como su nombre lo dice es lo que está primero y sin lo cual el resto no puede subsistir. El principio prevalece sobre cualquier cosa que siga después este lo que explica que los principios constitucionales prevalecen sobre cualquier otra norma de la constitución incluidos los derechos fundamentales. Es muy importante tener en cuenta estas consecuencias jurídicas de definir algo como principio, y en este caso a la carrera administrativa de la Dian, ya que la hace prevalecer o primar sobre las competencias que pueda tener el gobierno nacional o cualquier otro funcionario administrativo, como puede serlo el Director General de la Dian.

La carrera administrativa (Art. 125 de la constitución política Colombiana) es un principio constitucional, cimiento de la estructura del estado e instrumento o medio eficaz para la realización o protección de otros principios, valores o derechos constitucionales fundamentales; como los de igualdad (art. 13); al trabajo (art. 25); al debido proceso (Art. 29); a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y para hacer efectivo ese derecho puede: Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (art 40). Así mismo es instrumento o medio eficaz para la realización o protección de otros principios o valores constitucionales definitorios de nuestra organización jurídico política como el Estado Social de derecho (art.1, incluida la Dignidad Humana); los fines esenciales del

Estado (Art. 2); o de las funciones del mismo comenzando por la función administrativa y los principios que la rigen (Art. 209). Y lo que es más importante, que entre todas estas normas existe una relación de influencia recíproca, de incidencias mutuas, que se retroalimentan y auto complementan, en un vínculo donde una sostiene a la otra, en una ligazón de protección mutua; en una relación de medios a fines; en una cadena que garantiza que Colombia es un estado social de derecho y no una dictadura; pues como dice la propia Corte: "... por lo tanto, es imposible pretender que el alcance constitucional de la carrera administrativa se capte en su integridad a partir de una interpretación aislada de los artículos de la Carta que en forma directa se refieren a la carrera, porque ello, inicialmente, se muestra contrario al principio de unidad que impone leer la Constitución como un todo y armonizar sus distintos contenidos.”.

Para abreviar esta relación, dentro de la gran cantidad de jurisprudencia de la Corte Constitucional, nos limitaremos a unas pocas sentencias, en sus apartes pertinentes; comenzando por la Sentencia C-034 de 2015, que contiene una buena síntesis de estas relaciones recíprocas entre normas del bloque de constitucionalidad

La Sentencia C-034 de 2015

“De esta manera, la aplicación plena del sistema de la carrera busca la materialización de los objetivos fundamentales de un Estado Social de Derecho⁸ y por ello constituye uno de sus elementos definatorios y estructurales⁹.

De esta manera, se tiene que la carrera al ser un principio del Estado Social de Derecho¹⁰ y del Ordenamiento Superior¹¹ cuenta con objetivos como **(i)** la realización de la función administrativa (art. 209 superior) al servicio de intereses generales y además es desarrollada de acuerdo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, **(ii)** el cumplimiento de los fines esenciales del Estado (art. 2 constitucional) como servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, **(iii)** garantizar el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 de la Constitución), **(iv)** salvaguardar el derecho a la igualdad (art.

⁸ Sentencias de la Corte Constitucional C-126 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz, SU-917 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, SU - 446 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y SU – 539 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹ Al respecto, ver el apartado [6.1.1.1.4.] acerca de la carrera como principio constitucional. Apartado que hace parte de las consideraciones de la sentencia de la Corte Constitucional C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. También la sentencia C-249 de 2012 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-563 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

¹¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-517 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

13 de la Carta), y (v) proteger los principios mínimos fundamentales de la relación laboral consagrados en el artículo 53 de la Carta¹².

1.3.2 Consagración de la carrera

Hay que resaltar la importancia y preeminencia que se le otorgó al Régimen de Carrera dentro del Estado Social, Pluralista y Democrático de Derecho¹³ por parte de la Asamblea Constituyente.

Debido a la importancia que reviste éste Régimen dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la carrera se consagra en tres disposiciones dentro del texto Constitucional: (i) el artículo 123 que señala qué debe ser entendido por servidor público¹⁴; (ii) el artículo 150-23 mediante el cual se autoriza al Congreso de la República para que expida las leyes que determinarán el ejercicio de las funciones públicas y, (iii) el artículo 125 superior que implementa el régimen de carrera como la regla general para aquellos empleos en órganos y entidades estatales¹⁵.

3.3.3. Propósitos constitucionales

Esta Corporación, ha reconocido que la carrera cumple con una serie de objetivos adicionales a la materialización del Estado Social de Derecho a través de la Estructura de la función pública¹⁶, como los siguientes:

3.3.3.1. La garantía de cumplimiento de los fines estatales

¹² Sentencias de la Corte Constitucional C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-963 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-1230 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-666 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹³ Sentencia de la Corte Constitucional C-431 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁴ En ese sentido señala que se trata de todas aquellas personas que prestan sus servicios al Estado en calidad de miembros de las corporaciones públicas, al igual que los empleados y trabajadores del mismo y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

¹⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-1177 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Adicionalmente la Corte ha puntualizado que existe “una relación intrínseca” entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, al punto que, según la Corporación, el fundamento constitucional de la carrera administrativa se encuentra en los artículos 125 y 209 superiores”, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, “la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” Ver también las sentencias Sentencias de la Corte Constitucional C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-126 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz.

Con el sistema de carrera se busca cumplir los fines del Estado ya que éstos permiten que la función pública¹⁷ sea desarrollada con personas calificadas y escogidas bajo el criterio del mérito, de calidades personales y capacidades profesionales que determinen su ingreso, permanencia, ascenso y retiro del cargo, con la vigencia de los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia¹⁸.

Por lo anterior, se persigue el mejor funcionamiento posible del servicio público el cual debe ser ejercido conforme a condiciones de igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad las cuales se logran por medio de un proceso de selección de los servidores estatales a través de un concurso de méritos y capacidades (C.P. Preámbulo, arts. 1º, 2º y 209)¹⁹. Por lo anterior, para garantizar la eficiencia y eficacia en el servicio público se hace necesario seleccionar a funcionarios y empleados por su mérito y su capacidad profesional, competencias que son demostradas en el concurso público, con lo cual se logra el ingreso a la carrera²⁰.

Igualmente, a través del sistema de carrera se buscan, entre otros, los siguientes objetivos: **(i)** contar con una planta de personal idónea y capacitada que brinde sus

¹⁷ Función pública entendida como “*el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines*”. Sentencia de la Corte Constitucional C-631 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁸ Sentencias de la Corte Constitucional C-540 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-1177 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil

¹⁹ Sentencias de la Corte Constitucional C-517 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-315 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño

²⁰ Sobre los fines de la carrera administrativa ver Sentencias C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero; C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-040 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-041 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-030 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía; C-539 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-540 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-110 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-109 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-371 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-486 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-292 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-954 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-1177 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-517 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-969 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-734 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-077 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-733 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-182 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería. Ver también las Sentencias T-419 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez; C-532 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo. Al respecto la Sentencia de la Corte Constitucional C-315 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño indicó: “*El ingreso a los empleos públicos de las personas más idóneas y capacitadas para el cumplimiento de los propósitos misionales de las instituciones estatales es un presupuesto ineludible para la eficacia de los derechos constitucionales, en los términos del artículo 2 C.P. De igual manera, los concursos públicos basados en el mérito de los aspirantes y la estabilidad en el empleo propia del régimen de carrera administrativa, son características que se muestran constitucionalmente valiosas en términos de realización del principio democrático en la administración pública. En efecto, la operatividad material de los sistemas de carrera administrativa impide la reproducción de prácticas clientelistas y otras formas de favorecimiento a través de la concesión irregular de empleos estatales, comportamientos estos que alejan a la función pública de la satisfacción del interés general y del cumplimiento de los fines esenciales del Estado*”

servicios de acuerdo a lo solicitado por el interés general²¹; **(ii)** tener a su disposición servidores que cuenten con experiencia, conocimiento y dedicación, los cuales garanticen los mejores índices de resultados²² y; **(iii)** garantizar que la administración esté conformada con personas aptas tanto en el aspecto profesional como de idoneidad moral, para que el cargo y las funciones que desempeñen sean conforme a los objetivos que espera el interés general por parte de los empleados que prestan sus servicios al Estado²³.

Conforme a lo anterior, esta Corporación ha indicado que al institucionalizar e implementar el régimen de carrera se pretende garantizar la idoneidad de los funcionarios y servidores públicos, la excelencia en la administración pública para lograr los fines y objetivos del Estado Constitucional de Derecho tales como servir a la comunidad, satisfacer el interés general y la efectividad de principios, valores, derechos y deberes contenidos en la Constitución y de esta manera evitar vicios como el clientelismo, favoritismo y nepotismo para conseguir que se logre modernizar y racionalizar el Estado.²⁴

3.3.3.3. Preservación y vigencia de los derechos fundamentales de las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos

Otro de los objetivos de la carrera es preservar y mantener en vigencia los derechos fundamentales de los individuos para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas y ejercer su derecho al trabajo en igualdad de condiciones y oportunidades

²¹ Sobre los fines de la carrera ver Sentencias C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero; C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-040 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-041 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-030 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía; C-539 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-540 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-110 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-109 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-371 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-486 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-292 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-954 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-1177 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-517 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-969 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-734 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-077 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-733 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-182 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería.

²² Al respecto pueden verse, entre otras las sentencias C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, C-391 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara, C-527 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-040 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-063 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-315 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-733 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²³ Al respecto pueden verse, entre otras las sentencias de la Corte Constitucional C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero; C-391 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-527 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-040 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-063 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-315 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-733 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁴ Sentencias de la Corte Constitucional C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-1230 del 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-753 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.

de manera estable y contando con la opción de poder ascender de acuerdo a los resultados que haya demostrado al cumplir las funciones de su cargo (CP, arts. 2o., 40, 13, 25, 40, y 53)²⁵.

En el ámbito constitucional, el entendimiento de la función pública en armonía con derechos fundamentales implica realizar una interpretación sistemática de la cláusula del Estado Social de Derecho (art.1); el derecho a la igualdad (art.13); los derechos políticos de los colombianos (art.40.7); el establecimiento de funciones públicas mediante la ley o un reglamento y las limitantes para acceder a cargos públicos (art. 122 con su reforma mediante el A.L. 01 de 2009); la regla para acceder a la carrera por concurso de méritos y el principio de igualdad de oportunidades (art.125); así como la creación de la Comisión Nacional del Servicio Civil (art.130)²⁶.

De esta manera, resulta evidente la vinculación entre el sistema de carrera con la protección de derecho político a acceder a cargos y funciones públicas (Art. 40-7 C.P.) con igualdad de oportunidades. En este sentido, la necesidad de un concurso público de méritos permite a los ciudadanos que conforme a un procedimiento abierto y democrático, y sin mediar ninguna diferencia adicional que aquella referente a los requisitos y calidades profesionales necesarias para ocupar el cargo correspondiente, se coloque a consideración de las autoridades del Estado la intención de conformar su estructura burocrática. Además, como se ha indicado, dicho mecanismo de selección debe responder a parámetros objetivos de evaluación, lo que impide tratamientos discriminatorios injustificados en el acceso al servicio público²⁷.

Así mismo, a través de la carrera se logra que los derechos subjetivos de los trabajadores, incluyendo los servidores públicos, sean eficaces especialmente la estabilidad laboral (Art. 53 C.P.). Por lo anterior, y conforme al mandato de acuerdo al cual el ingreso, ascenso y retiro en los cargos del Estado se debe efectuar en condiciones que **(i)** valoren el mérito y las calidades de los aspirantes o servidores; y **(ii)** en caso de retiro del servicio, debe estar relacionado con la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario o por las demás causales que la Constitución o la Ley señalan, ya que de esta manera se puede predicar la existencia de derechos adquiridos de permanecer en el empleo²⁸ a favor de los trabajadores que ingresan cumpliendo los requisitos de la carrera²⁹.

²⁵ Sentencias de la Corte Constitucional T-419 de 1992 M.P. Simón Rodríguez Rodríguez; C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero; C-1177 de 2001. M. P. Alvaro Tafur Galvis; C-517 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-532 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-182 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-315 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-319 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-553 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-553 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

1.1.1.1. La estabilidad laboral de sus servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de esos fines³⁰.

Esta Corporación ha indicado que a través de la carrera se puede garantizar la protección de los derechos de quienes estén vinculados a la carrera y que tienen unos derechos subjetivos adquiridos que el Estado tiene la obligación de respetar y proteger³¹, si los mismos ejercen su derecho al trabajo con estabilidad y teniendo la opción de ser promovidos de acuerdo a la eficacia con que desempeñen el cargo³² y con la opción de contar con una capacitación profesional y los demás beneficios a los que tienen derecho por ser escalafonados conforme a los artículos 2º, 40, 13, 25, 53 y 54 de la Carta³³.

Como consecuencia de la importancia que el derecho al trabajo tiene dentro de la Constitución, la estabilidad de los trabajadores del Estado cobró especial atención. Por este motivo, el artículo 125 Constitucional señaló que todos los empleos en los órganos y entidades estatales sean de carrera, excepto aquellos de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que indique la Ley³⁴.

El Constituyente pretendió garantizar la estabilidad del trabajador del Estado por medio de la carrera por lo que solo ante el incumplimiento de las condiciones que la ley fija para desempeñar el cargo puede ser retirado del mismo, una vez se cumpla el procedimiento que para tal efecto se ha establecido y mediante el cual se proteja el derecho de defensa por lo que se trató de eliminar la discrecionalidad que había servido anteriormente para otorgar los empleos dentro de entidades y órganos del Estado.

Mas adelante la Corte Constitucional dice:

3.3.4. La carrera como regla general en la Administración Pública

³⁰ Sobre los fines de la carrera ver Sentencias C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero; C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-040 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-041 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-030 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía; C-539 de 1998 M.P. Alejandro Martínez caballero; C-540 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-110 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-109 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-371 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-486 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-292 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-954 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-1177 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-517 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-969 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-077 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-734 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-733 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-182 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería y C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

³¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-517 de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

³² Sentencia de la Corte Constitucional C-1177 de 2001. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

³³ Sentencias de la Corte Constitucional C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-1119 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

La misma Constitución Política en su artículo 125 determinó que la regla general para acceder a los empleos estatales es el de carrera, con el fin de incentivar y darle prevalencia al mérito como un criterio de selección y permanencia del personal público. Igualmente, como excepción para aplicar la carrera son los empleos de libre nombramiento y remoción, los de elección popular, y los demás que indique la ley³⁵. Así mismo, en los empleos donde el sistema de provisión no haya sido determinado por la Constitución o la Ley, la regla general sobre la carrera se hace aplicable, por lo que resulta obligatorio acudir al concurso público para nombrar a los funcionarios correspondientes³⁶.

De esta manera, a partir del sistema de carrera la disposición constitucional señala diversas reglas: **(i)** los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera; **(ii)** se exceptúan de ello los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley; **(iii)** en los cargos en que ni la Constitución ni la Ley haya fijado el sistema de nombramiento, deberá realizarse mediante concurso público; **(iv)** el ingreso y ascenso en los cargos de carrera, se harán previo cumplimiento de los requisitos que fije la Ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes y **(v)** en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento, ascenso o remoción en un empleo de carrera³⁷.

Mas adelante la Corte dice:

3.5.1.2. Exigencia constitucional

Mediante el artículo 125 Superior se reconoció la existencia de regímenes aplicables al ingreso a la función pública diferentes a la carrera, tales como: la de elección popular, cargos de libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que la Ley ha determinado. Cabe señalar, que a pesar que todos los regímenes no

³⁵ Sentencias de la Corte Constitucional C-334 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero y Julio César Ortiz Gutiérrez; C-475 de 1999, M.P.(E). Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano; C-1381 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-808 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-963 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-319 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-753 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-284 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa y C-333 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

³⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-1122 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: *“Conforme lo prescribe el artículo 125 superior, la regla general es que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”, es decir, “el acceso a ellos se hace previo el cumplimiento de los requisitos y las condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes.” Consecuentemente, el mismo artículo 125 constitucional dispone que “(l)os funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.”*

³⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-553 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

estén sometidos a la carrera, si están orientados por los principios del artículo 209 de la Constitución, como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Frente a este tema, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el desarrollo de la potestad con la que cuenta el Legislador para regular los requisitos necesarios para acceder a cargos públicos tiene por finalidad preservar el interés general, garantizar que la función administrativa se cumpla conforme a los términos del artículo 209 Superior, y procurar que los fines del Estado consagrados en el artículo 2 de la Constitución³⁸ sean alcanzados.

Igualmente, la Corte Constitucional ha manifestado que respecto al acceso a cargos públicos el legislador debe buscar el equilibrio entre dos principios que orientan la función pública: **(i)** el derecho de igualdad de oportunidades con el que cuentan todos los ciudadanos para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas (CP arts. 13 y 40) y; **(ii)** la búsqueda de la eficiencia y eficacia en la Administración, a través de mecanismos que permitan seleccionar trabajadores que, por su mérito y capacidad profesional, resulten ser los más idóneos para cumplir con las funciones y responsabilidades inherentes al cargo³⁹.

De esta manera, así la discrecionalidad del Legislador sea amplia para regular los requisitos y condiciones de acceso a la función pública, no puede desconocer los derechos fundamentales quienes aspiran ocupar un cargo público como el derecho de participación y de igualdad. Por tal motivo, conforme a los principios de eficiencia y eficacia de la función pública, se debe procurar determinar las condiciones que se adapten al mérito, capacidad de los aspirantes y, en especial a las exigencias del servicio⁴⁰.

³⁸ Sentencia C-651 de 2006 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), en la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del inciso 3 del artículo 60 de la Ley 610 de 2000 que dice: “*los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, de dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 60. de la ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín.*” La Corte consideró que era razonable y proporcional establecer este requisito porque era necesario restringir el derecho de acceso a ocupar cargos públicos cuando el legislador quiere garantizar la vigencia de los principios constitucionales como los de prevalencia del interés general, moralidad, transparencia, eficacia y eficiencia administrativa.

³⁹ Sentencia C-109 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁴⁰ Sentencias de la Corte Constitucional C-100 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-109 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Conforme a lo anterior, la facultad con la que cuenta el legislador para regular las condiciones y requisitos necesarios para acceder a los cargos públicos, tiene como objetivo garantizar el interés general (C.P. art. 209) y procurar el logro de los fines esenciales del Estado (C.P. art. 2°), cumpliendo con los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, y con los límites que permiten la realización de los principios de la función pública, estos son, la eficiencia, economía, igualdad, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.)⁴¹.

Igualmente, en diversas ocasiones⁴², la Corte Constitucional ha indicado que la potestad del legislador no es absoluta y que debe buscar en el ejercicio de su competencia, el equilibrio entre dos principios de la función pública **(i)** el derecho que tienen todos los ciudadanos para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas en igualdad de oportunidades, y **(ii)** la búsqueda de la eficiencia y eficacia en la administración mediante mecanismos que permitan seleccionar a aquellas personas que por su mérito y capacidad profesional, resulten las más idóneas para cumplir con las funciones y responsabilidades inherentes al cargo⁴³.

3.5.1. Los principios específicamente aplicables a la carrera

Esta Corporación ha manifestado que la carrera está orientada por los principios de la administración, especialmente por la igualdad, mérito y estabilidad⁴⁴, los cuales son analizados a continuación:

⁴¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-100 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-109 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁴² Ver entre otras las sentencias C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-511 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, A.V. Fabio Morón Díaz, C-537 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón, C-408 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería, A.V. Manuel José Cepeda Espinosa, C-109 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, C-739 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, S.V. Rodrigo Escobar Gil, C-100 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, A.V. Jaime Araujo Rentería, C-171 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-1174 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴³ Sentencia de la Corte Constitucional C-099 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁴⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-954 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería: *“Además de los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la carrera administrativa deberá desarrollarse fundamentalmente en los siguientes:*

- Principio de igualdad, según el cual para el ingreso a los empleos de carrera se brindará igualdad de oportunidades, sin discriminación de ninguna índole, particularmente por motivos como credo político, raza, religión o sexo; de la misma forma, para el ascenso, la estabilidad y la capacitación de quienes pertenezcan a la carrera, las organizaciones y entidades garantizarán que los empleados participen con criterio de igualdad y equidad.

- Principio del mérito, según el cual el acceso a cargos de carrera, la permanencia en los mismos y el ascenso estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas y la experiencia, el buen desempeño laboral y la observancia de buena conducta de los empleados que pertenezcan a la carrera y de los aspirantes a ingresar a ella.”

De igual forma, el funcionario de carrera goza de una garantía de permanencia en su cargo, en armonía con el artículo 53 de la Carta, la cual, sin embargo, está sujeta a la ocurrencia o no de las situaciones previstas

3.5.1.1. Principios de la función pública

El Constituyente de 1991, estableció que la carrera permite que la función pública sea ejercida por personas calificadas y conforme a los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia⁴⁵.

Por lo anterior, se puede observar la relación que tiene el cumplimiento de los fines estatales y la prevalencia que el Constituyente le adjudicó a la carrera. En este sentido, existe una estrecha relación entre el cumplimiento de los fines del Estado y la prioridad que el constituyente otorga a la carrera⁴⁶.

De esta manera, la Corte Constitucional ha resaltado la “*relación intrínseca*” que subyace entre la carrera y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, indicando además que el fundamento constitucional de la carrera se encuentra en los artículos 125 y 209 superiores⁴⁷.

3.5.1.2. Principio de igualdad

La Constitución Política de Colombia en el numeral 7 del artículo 40 determina que todos los ciudadanos tienen el derecho fundamental a participar en condiciones de igualdad en la conformación, ejercicio y control del poder político. Igualmente, se establece que para que este derecho sea efectivo se puede tener acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, conforme a las reglas del concurso público y a los méritos y calidades propias (C.P. art 125). Cabe resaltar que esta posibilidad deriva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en donde se reconoce la igualdad de los ciudadanos ante la ley y se declara que pueden acceder a todas las

en el artículo 125 superior, que consagra los eventos en que procede el retiro del servidor público inscrito en carrera administrativa, a saber: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley

⁴⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴⁶ Sentencias de la Corte Constitucional C-954 de 2001. M. P. Jaime Araujo Rentería, C-315 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño y C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: “*que se explica en la naturaleza del sistema y en los principios que lo fundan*”, dado que “*la operatividad material de los sistemas de carrera administrativa impide la reproducción de prácticas clientelistas y otras formas de favorecimiento a través de la concesión irregular de empleos estatales, comportamientos estos que alejan a la función pública de la satisfacción del interés general y del cumplimiento de los fines esenciales del Estado*”

⁴⁷ Sentencias de la Corte Constitucional C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo y C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, “*la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*”

dignidades, puestos y empleos por su capacidad y sin distinción diferente que sus virtudes y talentos⁴⁸.

Por tal motivo ha indicado esta Corporación que el principio de igualdad es contrario a cualquier regulación que contenga requisitos diferentes al mérito y capacidad de los participantes, sin tener un fundamento objetivo o donde las pruebas no hayan sido valoradas razonablemente ni de manera acorde a su importancia, de conformidad al cargo que se va a otorgar, ya que con tales actuaciones se obstruye el derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones igualitarias⁴⁹.

Respecto al principio de igualdad de oportunidades, ha indicado la jurisprudencia constitucional⁵⁰ que se refiere a las ocasiones de las personas para compartir la misma posibilidad de tener un empleo, sin importar que con posterioridad y por motivos justos no se logren las mismas posiciones o el cargo que se pretendía. De esta manera, las opciones al acceso a empleos estatales dentro del régimen de carrera conllevan a que las expectativas de las personas sean concretadas en el reconocimiento de oportunidades iguales sin que se les permita a las autoridades generar tratos preferentes sin que medie una justificación objetiva⁵¹.

Mas adelante la Corte dice:

3.5.1.3. Principio del mérito

⁴⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁴⁹ Sentencias de la Corte Constitucional C-211 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Ver además entre otras, las Sentencias C-555 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-507 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-245 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell; SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-741 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-153 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-155 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-647 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz; C-292 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-808 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-973 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-421 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-1040 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-023-1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-1381 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Ver también las Sentencias de la Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: Tratándose de la relación de la carrera administrativa con el derecho a la igualdad, la Corporación ha indicado que *“el acceso a la carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes es una manifestación concreta del derecho a la igualdad”* que se opone al establecimiento de *“requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes”*, pues, en tal evento, se erigirían *“barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales”* y En este sentido, *“la posibilidad de acceso a los empleos estatales, bajo el régimen de carrera, permite que las expectativas que tienen (las personas) se concreten en el reconocimiento de iguales oportunidades, sin que les sea dado a las autoridades otorgar tratos preferentes”* o carentes de *“justificación objetiva”* e implica, por lo tanto, *“que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca”*

El constituyente de 1991 le otorgó una relevancia superior al mérito como un criterio que define cómo se accede a la función pública y por tal motivo incorporó el concurso público como una forma de establecerlo, excepto en los cargos de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que establezca la ley. El artículo 125 Superior, autoriza al legislador para que (i) determine los requisitos y condiciones determinantes de méritos y calidades de los aspirantes; (ii) defina las causales de retiro -además de la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario y las consagradas en la Constitución- y prohíba tomar la posición política de los ciudadanos para determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción⁵².

Igualmente, y frente a la interpretación que la Corte Constitucional ha efectuado de las disposiciones constitucionales sobre la carrera, se estableció que la misma está fundamentada en el mérito, en la capacidad del funcionario público, la cual es considerada como un elemento destacado de la carrera e implica que tenga el carácter de regla general que a la misma le corresponda. Por tal motivo, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que los principios generales de la carrera están dirigidos a la eficacia del criterio del mérito para acceder, permanecer o retirarse del empleo público⁵³ y, por tal motivo, el artículo 125 superior establece al criterio del mérito como regla general⁵⁴.

Cabe resaltar que la Corte Constitucional ha considerado al mérito como un fundamento contenido en la Carta Política de Colombia para ingresar y ascender a la carrera pública⁵⁵.

3.5.1.4. Principio de estabilidad

El principio de estabilidad ha sido entendido por esta Corporación como *“la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo,”*⁵⁶ por lo que implica que es un factor esencial para

⁵² Sentencias de la Corte Constitucional C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵³ Sentencia de la Corte Constitucional C-315 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵⁴ Sentencias de la Corte Constitucional C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-011 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara. *“La ratio iuris de una carrera no es otra que la de racionalizar la administración mediante una normatividad que regule el mérito para el ingreso, el ascenso, los concursos, la capacitación, las situaciones administrativas y el retiro del servicio. Con ello se objetiviza el manejo del personal y se sustraen los empleos de factores subjetivos. La idea de “mérito” es la piedra de toque del ingreso a la carrera. Tal idea es heredera espiritual de las ideas platónicas acerca del filósofo-rey. (Corte Constitucional C-071 del 25 de febrero de 1993. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero)*

⁵⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-479 de 1992, MP: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

proteger al trabajador, y respecto a los servidores públicos se constituye como un mecanismo para garantizar la eficacia en el cumplimiento de las funciones del Estado⁵⁷.

Este principio implica que conforme a los artículos 53 y 125 Superiores, todos los trabajadores, sean servidores del Estado o estén vinculados al sector privado, pertenecen al sistema de carrera y cuentan con una expectativa cierta de continuar con su empleo si cumplen las obligaciones laborales propias de su cargo.⁵⁸ Mas adelante la Corte dice: En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional en las sentencias C011

⁵⁷ Sentencias de la Corte Constitucional C-048 de 1997, MP: Hernando Herrera Vergara y C-838 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵⁸ Sentencias de la Corte Constitucional C-479 de 1992, MP: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. La Corte declara inexecutable una norma dictada en desarrollo de facultades extraordinarias que establecía un sistema especial de retiro para empleados de carrera con declaratoria de insubsistencia e indemnización o retiro voluntario con compensación, por violar el principio de estabilidad consagrado en el artículo 125 Superior. La Corte sobre este mismo punto ha afirmado que “...*el principio general en materia laboral para los trabajadores públicos es la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo. (...) Esa estabilidad resulta ser esencial en lo que toca con los empleos de carrera, ya que los trabajadores inscritos en ella tan solo pueden ser separados de sus cargos por causas objetivas, derivadas de la evaluación acerca del rendimiento o de la disciplina del empleado*”.

de 1996⁵⁹, C-063 de 1997⁶⁰ C-045 de 1998⁶¹ y C-486 de 2000⁶² reconoció la importancia de los concursos de ascenso, pues permiten dar efectividad al derecho a la estabilidad de quienes vinculados con la administración y reconocer los méritos de quienes hayan demostrado calidades, aptitudes y preparación para ascender en la entidad pública en la cual laboran.

Posteriormente, en la sentencia C-266 de 2002 la Corte matizó este criterio considerando que si bien los concursos de ascenso estimulan a quien se ha destacado y reconocer los esfuerzos, el cumplimiento, la eficiencia y la experiencia en la carrera de la entidad, ello no podría impedir completamente que otras personas que no estén en cargos de carrera participen en este concurso, pues se vulneraría el derecho a la

⁵⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-011 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara: “Al momento de presentarse una vacante en la Registraduría Nacional del Estado Civil, rige el derecho de preferencia adquirido por el personal de carrera administrativa, debiendo iniciarse la provisión, en primer lugar, con los funcionarios escalafonados de esa institución, mediante el concurso que constitucional y legalmente se ha implementado, es decir, con el concurso cerrado o de ascenso, y luego, si no han sido llenados dichos cargos, se deberá, en consecuencia, proseguir con el concurso abierto para dar igual oportunidad a aquellos que no pertenecen a la carrera administrativa. Los artículos, en sus partes acusadas, en nada vulneran la Constitución Política, pues, antes por el contrario se ajustan a los principios generales de la carrera reconocidos en la Carta; además de que protegen los derechos de preferencia y los derechos adquiridos de quienes pretendan ascender, y de aquellas que deseen aspirar a ingresar a la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

⁶⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-063 del 11 de febrero de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero: “Por el contrario, la libertad de configuración en el ascenso en los cargos de carrera es más amplia, en la medida en que el Legislador se coloca frente a tres objetivos con igual peso jurídico y fuerza vinculante, lo cual permite desarrollar un campo numeroso de opciones legítimas, según la razonable ponderación que efectúe el órgano político. Así, en determinadas ocasiones, puede la ley consagrar formas de concurso cerrado con el fin de proteger de manera preferente las expectativas de ascenso de los servidores ya escalafonados. Este procedimiento podría denominarse un concurso de ascenso en estricto sentido, pues desde un punto de vista puramente lógico y semántico, sólo pueden ascender en el escalafón quienes ya han ingresado a él, ya que un ascenso significa pasar de un nivel inferior a uno superior dentro de una misma jerarquía, lo cual supone que la persona ya hace parte de la organización. En ese orden de ideas, es razonable que el artículo 11 de la Ley 27 de 1992, la cual regula de manera general la carrera administrativa, señale que existen dos clases de concurso, abiertos para el ingreso a la carrera y de ascenso para el personal escalafonado.

⁶¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-045 de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía: “La Corte ha reconocido, dentro de ciertos límites, la facultad del legislador de organizar concursos que tengan por objeto permitir ascensos dentro de la carrera, y en los que participen sólo quienes estén en ella, como una forma de dar efectividad al derecho a la estabilidad de quienes vinculados con la administración, deseen ascender: concursos para ascensos”.

⁶² Sentencia de la Corte Constitucional C-486 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo: “El ascenso como la palabra lo indica, busca seleccionar para un rango superior a quien, ya estando incorporado, muestre de manera comprobada méritos suficientes para subir en la escala jerárquica del organismo al que pertenece o en otros de la Administración, imponiéndose por sus calidades, aptitudes y preparación sobre otros aspirantes también incorporados al servicio dentro de la institución o grupo de instituciones de que se trate. Por tanto, el concurso, para ascender en la jerarquía de la carrera, se produce, ya no con carácter abierto sino cerrado -es decir, comprende sólo a quienes, estando en niveles inferiores, en la organización del ente respectivo, pretenden acceder a puestos de grado superior-, o mixto, propiciando que en ciertas entidades u organismos sean llamadas a concurso personas no vinculadas a la carrera, junto con las que ya lo están, o permitiendo a aspirantes de varias entidades que puedan participar, bajo ciertas condiciones, aun tratándose de servidores externos a la entidad”.

igualdad de oportunidades y al acceso el desempeño de funciones o cargos públicos de terceros ajenos a la entidad⁶³.

Por lo anterior, se ha reconocido la posibilidad de que existan concursos mixtos que concilien entre los objetivos de brindar igualdad en el acceso y otorgar la posibilidad de promover a quien previamente ha ingresado a la carrera y ha cumplido eficientemente con sus funciones.”.

2.2.-GRAN SINTESIS

Cómo síntesis del Estado actual de la carrera administrativa en el derecho colombiano podemos decir:

Primero: Que la carrera administrativa como principio constitucional fundamental, tiene una relación inescindible con otros principios, valores y derechos humanos fundamentales.

⁶³ Sentencia de la Corte Constitucional Sentencia C-266 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “Los fines perseguidos por la norma que define quienes pueden en principio participar en el concurso de ascenso de la Procuraduría General son estimular a quien se ha destacado y reconocer los esfuerzos, el cumplimiento, la eficiencia y la experiencia en la carrera de la entidad. Tales fines son sin duda legítimos e importantes. Ahora bien, uno de los medios escogidos por el legislador para alcanzar dichos fines es el concurso cerrado para ascender a un cargo de carrera de superior jerarquía, en el cual sólo pueden participar – en principio, esto es, si hay por lo menos cinco inscritos en la carrera que cumplen con los requisitos para optar por el cargo que se prevé proveer – los inscritos en la carrera de la entidad. Se pregunta la Corte si la afectación del derecho a la igualdad de oportunidades, respecto de las personas ajenas a la entidad que quisieran ocupar el cargo vacante, que implica el impedirles participar en el concurso cerrado de ascenso, es razonable, o, por el contrario, vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de terceros ajenos a la entidad.

En concepto de la Corte, aunque el mecanismo del concurso cerrado resultase adecuado para alcanzar los fines de estimular a los inscritos en la carrera de la Procuraduría y reconocerles su cumplimiento, eficiencia y experiencia en el desempeño de cargos en la entidad, lo cierto es que el concurso cerrado de ascenso – y la exclusión de terceros igual o más calificados que éste lleva implícita – es innecesario, ya que existen otros medios menos lesivos de los derechos fundamentales de terceros – quienes también podrían, por sus calidades, optar para ocupar el cargo de carrera mediante el concurso público – y más adecuados para asegurar no sólo los fines de la norma sino también otros igualmente importantes como son la buena calidad de la función pública y la igualdad en el acceso y el ejercicio de la función pública. En efecto, nada impide que en el diseño del concurso se diseñen y adopten otros medios como, por ejemplo, el otorgamiento de puntos a los inscritos en la carrera y el ascenso del escalafonado y no del externo en caso de empate, con miras a estimular a los servidores de carrera y valorar su desempeño y su experiencia en la entidad, siempre que dichos medios no establezcan ventajas que en la práctica equivalgan a una barrera de entrada para los ciudadanos ajenos a la entidad ni represente un privilegio contrario al sistema de mérito en la provisión de cargos que protege la igualdad de oportunidades. El medio alternativo del concurso abierto (o mixto) además de valorar la dedicación de los servidores de carrera, no excluiría a otros potenciales participantes con mayores calidades y méritos. Con ello se deja a salvo, además, el derecho a la igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.) en el acceso a los cargos públicos (art. 41 num. 7 C.P.), se optimiza la calidad de la función pública y se promueve el principio de imparcialidad como fundamento de la función administrativa (art. 209 C.P.).

En consecuencia, el legislador vulneró los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y al acceso el desempeño de funciones o cargos públicos, así como el principio de imparcialidad en que se basa la función administrativa cuando escogió el concurso cerrado de ascenso como medio de reconocimiento de las calidades y los méritos a los inscritos en la carrera de la entidad. Es el concurso público, bien sea abierto o mixto, el medio alternativo que debe emplearse para el nombramiento de funcionarios de carrera cuando se trata de proveer cargos de carrera en la Procuraduría General de la Nación, aún para aquellos de elevada jerarquía”.

Segundo. - Que la carrera administrativa es la regla general para ingresar a la administración pública Por mandato del artículo 125 de la constitución colombiana.

Tercero: La carrera administrativa sirve para materializar el Estado social y democrático de derecho establecido en el artículo 1 de nuestra constitución.

Cuarto: La carrera administrativa es la garantía del cumplimiento de los fines estatales establecidos en el artículo 2 de nuestra constitución.

Quinto: La carrera administrativa es el instrumento o medio para materializar ciertos derechos fundamentales que protege y preserva cómo son los derechos fundamentales a la igualdad del artículo 13 de la constitución, el derecho al trabajo artículo 25 de la constitución; el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y especialmente el de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y atender dentro de ellos y ascender dentro de ellos cómo lo establece el artículo 40 y especialmente el numeral 7° del mismo.

Sexto: La Carrera administrativa busca proteger la estabilidad laboral de los funcionarios públicos y sus posibilidades de ascenso si cumplen con sus deberes. Evita que la administración pública se convierta en un botín político; artículos 53 y 54 de la constitución.

Séptimo: La carrera administrativa se rige por una serie de principios constitucionales, siendo ella misma un principio y se encuentra sometida a una serie de exigencias tanto de normas jurídicas nacionales como internacionales.

Dentro de la exigencia internacionales se encuentran muchas de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad Y por mandato del artículo 93 de nuestra constitución esos tratados y convenios internacionales prevalecen en el orden jurídico interno

Octavo: Además de las exigencias de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad encontramos exigencias de orden constitucional en artículos como el 2; el 125 y el 209 de nuestra constitución.

Noveno: Existen una serie de normas y principios específicamente aplicable a la carrera dentro de esos principios encontramos dos puntos:

- a. principios de la función pública
- b. el principio de igualdad
- c. el principio del mérito
- d. el principio de estabilidad de los funcionarios públicos

e. la posibilidad de ascender dentro de la carrera dentro de lo que se conoce como los concursos mixtos Qué son aquellos concursos que combinan el ascenso y el ingreso Y dónde Se reserva un número para ascender con fundamento en el mérito.

3) TERCERA PREMISA FUNDAMENTAL

3.3.1.-LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL TRABAJO Y AL ACCESO A LA FUNCION O AL ASCENSO DE CARGOS PUBLICOS, PASAN NECESARIAMENTE POR LOS PROCESOS DE SELECCIÓN Y CONCURSOS DE INGRESO O ASCENSO.

INGRESO Y ASCENSO FORMAN UNA UNIDAD INDISOLUBLE INTEGRANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL TRABAJO (25C.P.) Y A DESEMPEÑAR FUNCIONES PUBLICAS (40.7 C.P.).

Lo primero es recordar que el derecho al trabajo, artículo 25 de la constitución y el derecho al ingreso o ascenso para desempeñar funciones públicas, art. 40 numeral 7, de la constitución, son derechos fundamentales con todas las consecuencias que eso implica Determinar un derecho como fundamental trae consecuencias jurídicas muy importantes como son:

1.- Vincula a todos los poderes públicos.

Con esta propiedad se afirma que están obligados a respetarlos, protegerlos y promoverlos, las tres ramas del poder público (legislativo, ejecutivo y judicial) y todas las demás autoridades (órganos de control, órganos autónomos, etc.).

2.- Se aplican directamente.

Con esta característica se trata de señalar como su aplicación no está condicionada a la existencia de una ley previa que los desarrolle y que se pueden aplicar aun cuando todavía no exista ley que los desenvuelva. Esto quiere decir que su eficacia y aplicación no depende de la voluntad del legislador. Si existen en la constitución se aplican y producen efectos, sin ley o con ley.

3.- Existe reserva de ley.

Con este atributo queremos señalar que el derecho fundamental solo puede ser regulado por el legislador y no por el órgano ejecutivo. También queremos significar que el legislador no puede facultar (por medio de la ley), o deferir o remitir al órgano ejecutivo la regulación del derecho fundamental.

En el caso de Colombia el derecho fundamental no solo tiene reserva de ley, sino que, además, su NUCLEO ESENCIAL debe contenerse en una ley especial, como es la denominada ley estatutaria, por mandato del artículo 152, literal a de la Constitución política de Colombia. Reserva de ley y no de cualquier ley, sino de una ley especial, la ley estatutaria para el núcleo esencial del derecho fundamental; de modo que la regulación del núcleo esencial por medio de ley ordinaria o por medio de decreto-ley de facultades extraordinarias es inconstitucional.

4.- Existen límites a sus límites. EL Núcleo Esencial del Derecho Fundamental.

Con esta propiedad queremos señalar, que el único que puede regularlos, que es el legislador, no puede regularlos como quiera, pues tiene límites en su regulación, ya que no puede restringir su contenido esencial, pues el contenido esencial del derecho, o el núcleo del derecho, es un límite para el legislador.

En términos sencillos se entiende por núcleo o contenido esencial aquello que hace que un derecho sea ese derecho y no otro derecho, o deje de ser un derecho fundamental. Por ejemplo, si el legislador dijera en una norma, que solo se permiten las reuniones de una sola persona, esta norma sería inconstitucional, ya que toda reunión presupone la existencia de una pluralidad de sujetos; por lo menos de dos personas, ya que es imposible que me reúna solo yo con yo. Esta Norma desnaturaliza completamente el derecho de reunión; ataca su núcleo esencial, qué es la pluralidad de sujetos reunidos, de modo que al prohibir la reunión de más de una persona en realidad lo que está es acabando el derecho de reunión, destruyendo su núcleo esencial. Las restricciones a los derechos fundamentales solo se permiten cuando se realizan buscando el bien común; pero no cualquier bien común, ya que este tiene que ser objetivo y RAZONABLE (y proporcional en sentido amplio), la limitación tiene que servir de medio idóneo, eficaz y adecuado para obtener el objetivo o fin (bien común), pero además de adecuado o idóneo, el medio tiene que ser necesario, es decir que no exista otro medio igualmente eficaz que no afecte el derecho fundamental o que lo haga en menor medida.

TANTO EL DERECHO A INGRESAR COMO A ASCENDER DENTRO DE LA FUNCION PUBLICA FORMAN UNA UNIDAD INDISOLUBLE INTEGRANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL TRABAJO (25C.P.) Y A DESEMPEÑAR FUNCIONES PUBLICAS (40.7 C.P.).

Tanto ingresar como ascender a un trabajo, como ingresar o ascender a la función pública, forman una unidad, son 2 aspectos de los mismos derechos, son 2 caras de una misma moneda. Como el dios Jano de los romanos que tenía 2 caras unidas. En consecuencia, los artículos 25 y 40.7 de la constitución, protegen y garantizan ambos aspectos. Tan protegido está el ingreso, como el ascenso dentro de la función pública; los 2 tienen la misma protección de los artículos 25 y 40.7.

Demostrado como quedo arriba que el principio de carrera administrativa es un principio fundamental y que está en íntima relación con varios derechos fundamentales es imprescindible mirar cómo se producen en la práctica, esas conexiones, pues sería absurdo afirmar que están conectados y después olvidarnos como se producen esas conexiones en la praxis, en la realidad o como se afectan mutuamente las cosas conectadas. Como la conexión condiciona o determina a las cosas o personas conectadas.

Es claro y está fuera de toda discusión que por mandato del artículo 125 de la constitución que en Colombia los empleos en los órganos y entidades del Estado son por regla general de

carrera administrativa. Es claro también que el ingreso a los cargos de carrera o el ascenso dentro de la misma se hace previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; esto es mediante el proceso de selección, como el que establece el artículo 28 del demandado.

Es claro también que en este caso se trata de una entidad del Estado como es la Dian; en consecuencia, es claro que quien trate de buscar un empleo o un trabajo en la Dian tiene que realizar un proceso de selección para ingresar o ascender si ya se encuentran en la institución. Es así mismo claro que cualquier ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y especialmente en una de sus manifestaciones que es el derecho a acceder al desempeño de una función o cargo público dentro de la Dian debe también pasar por este proceso de selección.

3.3.2.-VIAS DE ACCESO AL PODER POLITICO

De otro lado debemos tener en cuenta las denominadas vías de acceso al poder político o rutas de acceso al poder político. Aclaremos que en este caso haremos abstracción de que se trata de vías de acceso legítimas o ilegítimas, antiguas o modernas; ya que por ahora sólo es importante recordar algunas de las que han existido: dentro de ellas encontramos a título de ejemplo; la herencia, la conquista, la cooptación, el golpe de Estado, la suerte; la revolución. Modernamente las elecciones y los concursos u oposiciones. En nuestro sistema jurídico tenemos algunas de ellas y no tenemos otras; no tenemos por ejemplo la herencia, la conquista, el golpe de Estado. Tenemos, por ejemplo, la cooptación en la cúspide de algunos órganos de la rama judicial; tenemos también la suerte en el caso en que se suscite un empate electoral, por ejemplo, en las elecciones de distritos electorales unipersonales como las alcaldías o las gobernaciones. Tenemos también las elecciones y existen la más común para ingresar a un cargo público y hacer efectivo el derecho al trabajo de muchos colombianos, como es el concurso, medio fundamental para acceder al desempeño de funciones o cargos públicos, mediante concursos para ingresar o ascender; concurso que necesariamente pasa por un proceso de selección.

Visto desde la dirección contraria; necesariamente hay que pasar por un proceso de selección si yo aspiro a un trabajo en la administración pública en cualquiera de sus tres niveles, nacional, departamental o municipal, ya que la carrera es la regla general en todos estos tres niveles de la administración pública.

Si yo quiero hacer realidad mi derecho al trabajo del artículo 25 de la constitución en una entidad del estado necesariamente debo realizar el proceso de selección y si esta entidad es la Dian necesariamente debo recorrer los pasos que establece el artículo 28 del decreto 071 del 2020.

Dicho de otra manera, cualquier ciudadano colombiano que quiera hacer eficaz el derecho fundamental que tiene a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos; o el derecho a tener un trabajo en una institución del Estado, como la Dian, tiene necesariamente que recorrer un concurso.

Expresado de manera clara: si yo quiero hacer efectivo, real y concreto el derecho fundamental al trabajo del artículo 25 de la constitución y mi derecho también fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, en su modalidad de acceso al desempeño de funciones o cargos públicos en la Dian; necesariamente debo recorrer un proceso de selección.

No sobra recordar que el proceso de selección es la columna vertebral del concurso de la Dian. Es la condición sine qua non para poder acceder o ascender a un cargo dentro de la Dian y afecta de manera necesaria y directa mi derecho fundamental al trabajo o el que tiene cualquier ciudadano; así como el derecho fundamental a acceder a cargos o funciones públicas y no tengo otra alternativa ya que a la Dian no se puede ingresar por regla general, ni a través de la herencia (como en las monarquías); tampoco se puede ingresar a través del golpe de Estado; como no se puede ingresar a través de cooptación; ni a través de conquista; ni a través de la revolución, ni a través de la suerte, tampoco por medio de elecciones. Entonces la única manera que queda (que es además la regla general) es a través de concursos y para poder ingresar o ascender es necesario, en el exacto sentido filosófico del término (como aquello que NO se puede evitar), con la misma regularidad con que se produce la ley de la gravedad, como una necesidad casi ciega, determinista; realizar inevitablemente un proceso de selección y su concurso. Tengo inevitablemente, para realizar, concretar mi derecho al trabajo y al acceso a la función pública que transitar por un proceso de selección, lo que lo convierte en una condición necesaria para ejercerlos.

Y si no soy llamado a un proceso de selección para ascenso, cuando ya estoy dentro de la Dian, jamás podre hacer efectivo mi derecho fundamental a ascender dentro de la función pública.

4) VIOLACION DE NUESTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

Con las premisas arriba señaladas he facilitado las cosas para abreviar las razones o argumentos que demuestran la violación de mis derechos fundamentales.

4.1.-VIOLACION DE MI DERECHO FUNDAMENTAL AL ACCESO A LA FUNCION PUBLICA, AL TRABAJO Y A LA IGUALDAD.

Sea lo primero remitirnos a los artículos contentivos de estas normas arriba mencionados, no solo dentro de nuestra constitución (preámbulo, artículos 1; 13, 40 numeral 7 de la Constitución) sino también en el bloque de constitucionalidad (tratados o convenios internacionales).

Es claro que la carrera administrativa es un principio fundamental del Estado de derecho, que además tiene una relación indisoluble con otros con otros principios, valores y derechos humanos fundamentales, como el derecho de acceso a la función pública, que no es más que una manifestación del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, cómo lo establece el numeral 7 del artículo 40 de nuestra constitución, que la carrera administrativa es la regla general para ingresar a la administración pública, por mandato del artículo 125 de la constitución colombiana y por lo mismo es también una garantía del derecho al trabajo de todos los colombianos ya que quien tenga méritos puedes acceder a la función pública y trabajar en ella independientemente de sí es amigo o no del gobierno de turno, independientemente de su raza, de su religión de Su riqueza, de su sexo o género, de su lengua, de su opinión política o filosófica de su origen nacional o familiar, etcétera y por lo mismo garantiza también la igualdad. La Carrera administrativa busca proteger la estabilidad laboral de los funcionarios públicos y sus posibilidades de ascenso si cumplen con sus deberes; la posibilidad de ascender dentro de la carrera en lo que se conoce como los concursos mixtos, qué son aquellos concursos qué combinan el ascenso y el ingreso, y dónde Se reserva un número para ascender con fundamento en el mérito.

La carrera administrativa sirve para materializar el Estado social y democrático de derecho establecido en el artículo 1 de nuestra constitución y garantiza del cumplimiento de los fines estatales establecidos en el artículo 2 de nuestra constitución ya que evita que la administración pública se convierta en un botín político; o como recordara más ampliamente la Sentencia C-471 de 2013 “**...el propósito del Constituyente del 91, al implementar el sistema de carrera por concurso de méritos y asignarle a un órgano autónomo e independiente la función específica de administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, fue precisamente el de aislar y separar su organización, desarrollo y control de factores subjetivos que pudieran afectar sustancialmente el adecuado ejercicio de la actividad estatal (clientelismo, favoritismo y nepotismo), materializados, entre otros, en el interés que como patrono puede tener el propio Estado, y en particular la Rama Ejecutiva del Poder público, en el proceso mismo de selección, promoción y remoción de sus servidores.** Por eso, si se excluye a la Comisión Nacional del Servicio Civil de la competencia obligatoria para administrar y vigilar los sistemas especiales de origen legal, se desconoce sustancialmente los postulados que determinan la existencia y eficacia del sistema de carrera, toda vez que bajo esa premisa el legislador estaría facultado para dejar en cabeza de las mismas entidades públicas nominadoras, a las que decide aplicar un sistema

especial de carrera, la función de administración y vigilancia del sistema, patrocinándose así el monopolio sobre el acceso a la función pública que precisamente la Constitución Política buscó evitar y combatir.” (subrayas nuestras)

4.2.-VIOLACION DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Al debido proceso, en varias modalidades tales como, falta de imparcialidad e independencia, del derecho de defensa, aspectos probatorios; lealtad procesal (art.29 Constitución política colombiana; art. 14 del pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU; art. 8 de la convención americana sobre derechos humanos; XXV y XXVI de la declaración americana de derechos y deberes del hombre OEA);

Lo primero que debemos señalar, es que un mismo derecho fundamental puede violarse varias veces y qué puede ser violado de distintas maneras, por ejemplo, el derecho al debido proceso puede violarse porque a una persona no se le permita ejercer su derecho de defensa, porque no se le permita presentar pruebas, o no se le permita controvertir las que se alleguen en su contra, o impugnar una sentencia condenatoria, o por ser juzgado dos veces por el mismo hecho, o porque se le condene con fundamento en una prueba nula de pleno derecho, por ejemplo; con fundamento en una confesión producto de la tortura, o también porque quién lo está juzgando no es imparcial ni independiente. En el caso concreto que nos ocupa se viola el debido proceso varias veces y de distinta manera: se viola cuando los concursantes para ingresar a la Dian deben someterse a un concurso ante la propia institución, en una escuela, que depende directamente del director de la Dian, que quién dirige la escuela es un funcionario de libre nombramiento y remoción del director de la Dian, donde además, quién califica es la propia Dian y quien define, en última instancia, quién ingresa o no a la Corporación. Donde quien no está conforme con el resultado del curso concurso, presenta una reclamación, que es conocida y resuelta por la propia Dian. La Comisión Nacional del Servicio Civil, renunció a sus deberes constitucionales de ser garante de la carrera administrativa, que permite que en última instancia, sea el gobierno nacional, porque no hay que olvidar que la Dian hace parte de la rama ejecutiva del poder público y que su director es nombrado directamente por el presidente de la república, todo lo contrario a lo que quiso el Constituyente para la carrera administrativa.

Es importante señalar un aspecto fundamental del derecho al debido proceso que se presenta en este caso en particular. El concurso no es más que un proceso, que además de garantizarle a los participantes su derecho de acceso a la función pública; su derecho a la igualdad, su derecho al trabajo o a la estabilidad laboral; es tan bien el camino, el proceso para que la administración pública, nombre a las personas más capaces y competentes, para que se rodee de los mejores funcionarios, independientemente de su concepción religiosa, de su raza, de su origen nacional, de su lengua, de su sexo, de su concepción política o filosófica. Por lo

mismo, este proceso debe de estar rodeado de las máximas garantías de imparcialidad e independencia en todos los aspectos. Independencia e imparcialidad de quién realiza el curso, de quién califica las pruebas, de quien resuelve las reclamaciones, cuando no se está conforme con la decisión.

Como este proceso de convocatoria, vulnera el derecho fundamental al debido proceso de varias maneras y varias veces es necesario corregir el proceso en todas las etapas que se presenten con posterioridad al fallo del 3 de junio de 2021, que acabó con la arbitrariedad y discrecionalidad del director de la Dian al declarar inconstitucional esa competencia que tenía. Cómo estamos, ante un proceso de convocatoria que no ha finalizado; qué no ha concluido, que todavía está en curso, que tiene muchos pasos por realizar, se hace necesario aplicar el fallo de la Corte, que como hemos dicho, más arriba, implica una nueva ley que modificó al decreto 071 del 2020 y en consecuencia es necesario aplicarla al procedimiento que se está desarrollando. Ese fallo es en realidad es una nueva ley, que hay que aplicarla de manera inmediata, al proceso y al procedimiento que se está desarrollando.

Por lo que es muy importante recordar que las nuevas leyes, por regla general son de aplicación inmediata y que las normas que regulan procedimientos son también, de aplicación inmediata y rigen los procedimientos y recursos de manera que si hay una actuación dentro de un proceso que todavía no se ha realizado debe regirse por la nueva norma, por la nueva ley o por la nueva decisión de la corte constitucional la cual debe ser aplicada a partir del 4 de junio y también el día 5 de julio.

Por esta razón es que solicito expresamente y lo reitero una vez más que se detenga el proceso que se está realizando y lo que se va a realizar el 5 de julio próximo. Pedimos que se entregue el curso concurso a una universidad, reconocida por quien reconoce a las universidades y acreditada, previamente, ante la Comisión Nacional del servicio civil. Pedimos que se le quite a la Dian la posibilidad de calificar el curso concurso y que se obligue a la Comisión Nacional del Servicio Civil a asumir su competencia para resolver las reclamaciones, contra las decisiones sobre el curso concurso, Para que no se vulnere el derecho de acceso a la función pública; se garantice el derecho al trabajo para los mejores y su permanencia en el cargo, si se comportan bien; y para que todos si tienen méritos puedan en condiciones de igualdad, desempeñar la función pública.

Teniendo en claro los siguientes elementos de juicio: que el tribunal constitucional es un legislador negativo y en consecuencia puede expulsar del orden jurídico una ley; que esa expulsión, es idéntica a la derogación que podría hacer el legislador positivo, esto es el Congreso de la república. Que, en consecuencia, el fallo de la corte constitucional al declarar inexecutable la competencia que tenía el director de la Dian, para de manera discrecional escoger la misma entidad, para realizar el curso concurso, modificó radicalmente la ley; y,

en consecuencia, hoy existe una ley distinta a la que anteriormente existía. Entendiendo que las leyes, por regla general, en nuestro sistema constitucional son de efecto inmediato y que en consecuencia hay que aplicar ya la ley en su nueva versión, que esta nueva ley, es más garantista del debido proceso, del derecho de acceso a la función pública y del derecho a la igualdad.

Comprendiendo que el decreto ley 071 de 2020, es una norma casi completamente de contenido procesal, ya que su propio objetivo, es precisamente regular el procedimiento para realizar los concursos de ascenso o ingreso a la Dian y que en consecuencia es también una norma de aplicación inmediata y por lo mismo debe aplicarse a toda parte del procedimiento del concurso que falta, incluido el curso concurso. Teniendo en cuenta, que la libertad de configuración del legislador en el tema de aplicación de la ley, está limitada por el respeto al derecho a la igualdad y al debido proceso.

veamos qué ha dicho la corte constitucional sobre el tema en la sentencia C-619-2001

“La aplicación o efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos.”

Mas adelante la corte dice

“5. En lo que tiene que ver concretamente con las leyes procesales, ellas igualmente se siguen por los anteriores criterios. Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. En efecto, todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme. En este sentido, a manera de norma general aplicable al tránsito de las leyes rituales, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, antes mencionado, prescribe lo siguiente:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

Mas adelante la corte dice: “Ahora bien, a pesar de lo anterior, la competencia aludida del legislador no puede ejercerse desconociendo las normas superiores relativas a los derechos a la igualdad y al debido proceso, pues ellos en sí mismos constituyen limites generales a la libertad de configuración legislativa.”

Como conclusión podemos afirmar que el fallo de la corte constitucional del día 3 de junio de 2021, que produce efectos desde el día 4 de junio del 2021, es de aplicación inmediata y la nueva norma que surgió de la inexecutable, debe también, ser aplicada inmediatamente y por lo mismo, debe impedirse que el curso concurso o cualquier otro acto, dentro del proceso para ingresar a la carrera administrativa de la Dian, se realice por la propia Dian. Se debe, así mismo, impedir que esa entidad del gobierno nacional, califique a los participantes y que resuelva las reclamaciones, contra sus propias decisiones, para evitar que sea juez y parte y al mismo tiempo doble instancia; lo que vulnera de manera flagrante el debido proceso; además de los derechos de acceso a la función pública y de igualdad. La manera de restablecer estos derechos es, en primer lugar, suspendiendo todo lo que se ha hecho a partir del 4 de junio de 2021 y lo que se tiene programado para el 5 de julio, entregando a una universidad acreditada y previamente reconocida por la Comisión Nacional del servicio civil todo el proceso del curso concurso y que sea al mismo tiempo idónea para realizar estos concursos. Una vez la Comisión Nacional del Servicio Civil haga una nueva convocatoria, que sea una Universidad, quien actúe como tercero Imparcial e independiente quien realiza y califique las pruebas y que las reclamaciones las decidas como el Constituyente quiso, la Comisión Nacional del servicio civil.

Por violar todas estas normas de superior jerarquía el aparte demandado del artículo 1, inciso 1 del acuerdo No 0285 de 2020 es nulo y además debe ser suspendido provisionalmente de manera urgente.

III. PRETENSIONES

Por las razones que se han expresado, son pretensiones de esta acción de tutela las siguientes:

III.1. Pretensión Principal

QUE SE GARANTICEN MIS DERECHOS FUNDAMENTALES: AL ACCESO A LA FUNCION PUBLICA, AL TRABAJO, A LA IGUALDAD y, en consecuencia:

1.) Que se haga una nueva convocatoria del proceso de selección de la Dian, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

2) Que se aplique la sentencia C-172/21 de junio 3 de 2021, que esta produciendo efectos jurídicos desde el día 4 de junio de 2021 y que como consecuencia todo lo que se oponga a sus efectos a partir del 4 de junio sea anulado y rehecho de conformidad con esa sentencia.

3) Que se suspenda la realización de las pruebas escritas que anuncio la Comisión Nacional del Servicio Civil y que serán aplicadas el próximo lunes 5 de julio de 2021.

4) Que el nuevo proceso de selección se realice por un tercero (Universidad) acreditado e idóneo, imparcial e independiente, esto es que no lo haga la Dian, ni el gobierno, que las calificaciones del curso concurso no las efectué la Dian y que mucho menos resuelva las reclamaciones contra ellas, sino la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC).

III.2. PETICION ESPECIAL DE MEDIDA PROVISIONAL PARA PROTEGER MIS DERECHOS FUNDAMENTALES ARRIBA SEÑALADOS. SUSPENSION DE LAS PRUEBAS ESCRITAS QUE SE REALIZARAN EL DIA 5 DE JULIO DE 2021.

Con el fin de evitar que la violación de mis derechos fundamentales sea mas gravosa y que cese, aun que sea parcialmente, la amenaza de los mismos, solicito expresamente, con fundamento en el articulo 7 del decreto ley 2591 de 1991, que se suspenda la realización de todas las pruebas escritas que deben llevarse a cabo el día 5 de julio de 2021 y que se adopten todas las medidas que el señor juez administrativo considere procedentes para proteger mis derechos fundamentales y evitar que se produzcan otros daños a los mismos.

FUNDAMENTOS DE ESTA PETICION ESPECIAL.

LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL NO PUEDE DELEGAR EN LA DIAN EL CONOCIMIENTO Y LA DECISION DE LAS RECLAMACIONES DE LA FASE II, ESTO ES, LAS RECLAMACIONES DE LOS RESULTADOS DE LOS CURSOS DE FORMACION. Y SI LO HICIERA INCURRE EN DESVIO DE PODER.

En el caso concreto que nos ocupa la Comisión Nacional del servicio civil no puede delegar sino en: a) Universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas ante el Ministerio de Educación; que además, b) Deben certificar que cuentan con programas en materia tributaria, aduanera y/o cambiaria, según corresponda, y demostrar que tienen la infraestructura y la capacidad logística para el desarrollo del curso y c) Esten previamente acreditadas ante la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En consecuencia, son tres los requisitos previos, que además deben concurrir simultáneamente, sin que pueda faltar ninguno para que la Comisión Nacional del Servicio Civil pueda delegar en alguna de esas Universidades o instituciones de educación superior. Es importante tener claro que estos 3 requisitos deben estar reunidos antes de la convocatoria y no después y que tienen que estar reunidos antes de la delegación y no después, ya que hacerlo después es hacer fraude a la ley y violación del principio constitucional de buena fe, establecido en el artículo 83 que obliga a las autoridades a actuar de buena fe en sus relaciones con las personas.

En el caso de la escuela de impuestos y aduanas de la DIAN; esta no reúne sin duda ni el primero ni el tercero de estos requisitos; ya que NO es ni una Universidad, ni una institución de educación superior acreditadas ante el Ministerio de Educación; como no lo era al momento de la delegación ni al momento de la convocatoria. ni tampoco está previamente acreditada ante la Comisión Nacional del Servicio civil, al momento de la delegación ni mucho menos al momento de la convocatoria y como se puede verificar, en el momento en que se hizo la convocatoria no estaba acreditada la escuela de la Dian ante la CNSC, mediante el LINK <https://www.cnsc.gov.co/index.php/informacion-y-capacitaciones/acreditacion-de-universidades> , pues solo estaban acreditadas las de Pamplona, Medellín, Cartagena, Sergio Arboleda, Militar Nueva Granada; Nacional de Colombia; ESAP; CES, Libre; Distrital Francisco José de Caldas; Fundación Universitaria del Área Andina; Manuela Beltrán y Francisco de Paula Santander. Sin que aparezca la Escuela de la Dian. Y en relación con el segundo requisito tampoco se sabe si la escuela de la Dian lo cumpla. Insistimos que se necesitan los 3 requisitos para poder delegar la CNSC en otra entidad y es claro que la escuela de la Dian NO está acreditada ante el ministerio de educación, como universidad o institución de educación superior; ni tampoco está previamente acreditada ante la CNSC.

LA SENTENCIA C-1175-05 PROHIBE DELEGAR EL CONOCIMIENTO Y DECISION DE LAS RECLAMACIONES EN LA DIAN O EN LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO, COMO TAMPOCO LA CELEBRACION DE CONTRATOS O CONVENIOS PARA ADELANTAR PROCESOS DE SELECCIÓN O CONCURSOS EN ORGANOS DE LA RAMA EJECUTIVA COMO LA DIAN.

Además, existe otra razón potísima. Y es que la Comisión Nacional del servicio civil cómo lo ha definido previamente la corte constitucional en sus funciones de administración y vigilancia de la carrera administrativa del servicio civil no puede delegar ciertas competencias referidas a los procesos de selección y sus concursos en las entidades con las cuales contrata. Ni mucho menos contratar esos procesos y sus concursos con entidades de la rama ejecutiva del poder público, como lo es la Dian o su escuela.

La sentencia C-1175-05 la Corte Constitucional lo dejó claramente establecido que aquellos asuntos que tienen que ver con la totalidad del proceso o con cuestionamientos del proceso

de selección como delitos, fraudes quejas contra todo el proceso NO pueden ser delegadas por la Comisión Nacional del servicio civil. El conocimiento y la decisión correspondiente no sólo no pueden ser delegados, sino que únicamente la Comisión Nacional del Servicio Civil es la competente para conocer y decidir al respecto, adoptando las medidas pertinentes que la situación amerite, como suspender el proceso, iniciar investigaciones, denunciar ante las autoridades penales o de control los hechos correspondientes, etc. Ejemplos de estas situaciones son las quejas sobre la existencia de errores ostensibles en la valoración de las pruebas, o filtración del contenido de las mismas, o sospechas de corrupción en el proceso o en sus resultados, desconocimiento de los lineamientos o instrucciones dados por la Comisión Nacional del Servicio Civil a la entidad delegada para el desarrollo del concurso. Es decir, se trata de reclamaciones que involucran la responsabilidad administrativa o de vigilancia de la carrera de los servidores públicos, según el caso, que hacen parte indelegable de las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Esto está claramente establecido en esta sentencia, en la parte referida al artículo segundo del decreto ley 760 del 2005 que además es una de las normas que rigen este proceso de selección de personal y el concurso de la Dian.

Si se observa con detenimiento esa misma sentencia, se ve que se declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo tercero (3) del decreto ley 760 del 2005 que permitía que se contratara el proceso de selección o sus concursos con el departamento administrativo de la función pública. La razón por la cual se declaró la inconstitucionalidad, de ese sujeto o persona del artículo tercero, es que al contratar a entidades del gobierno y permitirle la delegación en ellas, de algunas de sus competencias por parte de la CNSC, se entrega al gobierno el manejo de la carrera administrativa; cuándo la existencia de la propia Comisión Nacional del Servicio Civil y su fortalecimiento tiene un objetivo diametralmente opuesto que es independizar la carrera administrativa del gobierno o de sus entidades. Buscar precisamente que se respete el mérito; que se haga efectivo el derecho de los ciudadanos a acceder a la función pública por méritos; buscando precisamente fortalecer el estado social y democrático de derecho establecido en el art. 1 de la constitución; y sus fines esenciales del art 2 de la misma, proteger los derechos fundamentales al trabajo y al acceso a la función pública. Todos los cuales terminarían violados y burlados si se permite que el gobierno o sus entidades, como la DIAN manejen aspectos vitales de la carrera administrativa cómo es la calificación y las reclamaciones de esos concursos o el proceso de selección.

No sobra agregar que la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Dian, es una institución del gobierno, adscrita al Ministerio de hacienda, lo que implica una sujeción mayor que si fuera una entidad vinculada. Su Director General lo nombra directamente el presidente de la Republica, que nadie puede negar que el director de la escuela de impuestos y Aduanas, a su vez es nombrado por el Director General de la Dian; libremente; y nadie puede negar que la escuela como tal es manejada por el director de la escuela y por el Director de la Dian, 2 funcionarios de la rama ejecutiva del poder público.

Si se permitiera, contra el fallo de la Corte Constitucional, que ya comprobó que se violan normas constitucionales, que la Comisión Nacional del servicio civil entregué en este concurso la herramienta más importante para definir quienes son los más capaces cómo es no solamente la calificación sino también las reclamaciones que contra esas calificaciones puedan presentarse por parte de los intervinientes en el concurso; no existe la menor duda de que por la puerta de atrás se estaría entregando al gobierno nacional una competencia que el Constituyente en el artículo 130 de la constitución le entregó a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Bajo ninguna circunstancia se le puede entregar por parte de la comisión a la Dian, a la rama ejecutiva del poder público, la decisión de las reclamaciones sobre el concurso. Al hacerlo así, se está borrando de un plumazo los artículos 1; 2; 25, 13; 40 numeral 7; 125 y 130 de la constitución y todos los demás, que buscan que el ingreso a la administración pública se haga a través del mérito y que esta no sea el botín político del gobierno de turno. Por esta vía se vuelve a entregar el gobierno lo que el Constituyente quiso quitarle. Además, se desconoce tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como el Honorable Consejo de Estado.

SINTESIS

Podemos afirmar que la Comisión Nacional del Servicio Civil no puede ni contratar con el gobierno los procesos de selección y sus concursos ni mucho menos entregar a una entidad del gobierno, cómo es la DIAN la decisión sobre las reclamaciones que formulen quienes participen en el concurso de ella; pues es una regla de interpretación jurídica que quien no puede lo más, tampoco puede lo menos; por ejemplo quien no puede vender un inmueble, tampoco puede hipotecarlo; y no puede hacerlo porque o no tiene la competencia para ello y si la tuviera y la entrega contra el artículo 130 de la constitución, estaría incurriendo en desvío de poder; ya que el poder que se le dio es para proteger la carrera administrativa; para hacer efectivo y eficaz el derecho fundamental que tienen las personas para ingresar a la administración pública por méritos; para proteger el derecho al trabajo; para proteger los fines del Estado.

Si lo entrega a la Escuela de la Dian, al ejecutivo, al gobierno, incurriría en un desvío de la competencia que se la entrego. Entregaría esa competencia para un fin diametralmente opuesto; absolutamente contrario para el cual le fue concedido; que era precisamente mantener la carrera administrativa independiente del gobierno. Vulnerando de paso el estado social de derecho, los fines del estado; el derecho a la igualdad del artículo 13; se vulneraría también el artículo 25 que garantiza el derecho al trabajo; el 40 numeral 7 de la Constitución que permite el acceso a la función pública; se violaría el artículo 125 que hace que el ascenso y el ingreso a la función pública sea por méritos y se burlarían también las propias competencias de la Comisión Nacional del Servicio Civil

En consecuencia ese parágrafo segundo del artículo 21 del acuerdo 0285 del 2020 de la CNSC; es violatorio de todas esas normas de la constitución; bien porque constitucionalmente la Comisión Nacional del Servicio Civil no tiene competencia para contratar con entidades del Gobierno o rama ejecutiva del poder público los procesos de selección sus concursos, y como no puede lo más, tampoco puede lo menos; que es delegar a una institución del gobierno las reclamaciones; y si tuviera esa competencia incurriría en un evidente desvío de poder; en la medida en que el poder que se le entrego, es un poder para garantizar la carrera; para independizarla del gobierno y en este caso se utilizaría para lo contrario, para lo que el constituyente quiso evitar al crear la CNSC; entregarle la competencia al ejecutivo. Precisamente se le entregaría al gobierno la competencia, perjudicando de paso a los ciudadanos que intervienen y vulnerando le sus derechos al acceso a la función pública; al trabajo; se vulneraría el estado social y democrático de derecho donde no son los gobiernos los que escogen a dedo los funcionarios públicos sino donde la función pública deja de ser un botín electoral.

Todo el esfuerzo que hizo el Constituyente para blindar a los colombianos y proteger su derecho al trabajo y al acceso y ascenso en la función pública se tiraría por la borda. Toda la lucha que han hecho, tanto la Corte Constitucional como el Honorable Consejo de Estado para garantizar que no sea el gobierno quién maneje la función pública; que de verdad se respeten los derechos de los ciudadanos a ingresar a la función pública por méritos y ascender también por méritos se borraría de un solo plumazo, si se permitiera que un órgano del gobierno tuviera la palabra definitiva en relación con los concursos para ingresar o ascender dentro la administración pública; y más grave aún, que el propio órgano diseñado por el constituyente para garantizarlo, encargado de vigilar que eso no sucediera, voluntariamente, entrega sus competencias al gobierno. Con esta delegación, se habría traicionado el espíritu de la Constitución de 1991 y todo el esfuerzo que ha hecho el Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional para darle a los colombianos la protección en sus derechos al trabajo y al ingreso a la función pública; se estarían vulnerando los fines del estado; y acabando el estado social y democrático de derecho se borrarían con un solo acto y en un instante varios artículos de la propia Constitución y lo más grave; es que a ese resultado se habría llegado con la voluntad y el consentimiento del órgano encargado de proteger y vigilar la carrera administrativa.

No sobra recordar que las competencias en el estado social y democrático de derecho no son renunciables, se conceden para que sean ejercidas y para que sean ejercidas en defensa del fin para el cual fueron otorgadas o concedidas, ni para distorsionar ese fin; ni para ejercerlas para intereses particulares; ya que los órganos del estado y los funcionarios siempre deben ejercer sus competencias teniendo como objetivo el interés general. En todo caso nunca debe primar el interés particular de una rama del poder público cómo es la ejecutiva; y mucho menos, en detrimento de los derechos fundamentales de las personas.

De permitirse esa conducta de delegar en el ejecutivo, contraria a los principios, valores y derechos fundamentales; la Comisión Nacional del Servicio Civil habría incumplido el deber que tiene de conformidad con el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución que establece que las autoridades están instituidas para proteger los derechos y libertades de las personas que es lo que no sucedería si quién decide sobre los recursos en los concursos de la Dian, es la Propia Dian. No nos digamos mentiras ni utilicemos eufemismos, para entender que quien tiene el poder para decidir las reclamaciones de los concursos es quien puede decidir si una persona ingresa o asciende en la Dian; y son los que finalmente van a permitir el ingreso a la lista de elegibles.

De esta manera la Comisión Nacional del Servicio Civil en vez de guardiana de la Constitución y de los derechos de los colombianos, se convierte en autora intelectual o fatora o cómplice de esa violación de múltiples normas de la constitución como arriba lo hemos demostrado: De los artículos 1, que consagra el Estado social de derecho; del 2 que consagra los fines esenciales del estado y dentro de estos garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la constitución y la participación de todos en las decisiones que les afectan y en la vida administrativa de la Nación. La CNSC incumple con el deber de proteger a los colombianos en sus derechos y libertades; así mismo se viola el derecho fundamental a la igualdad, ya que al dejarle al gobierno la decisión final sobre el concurso solo podrán ingresar sus amigos y No podrán ingresar quienes no lo sean, con lo que se viola el artículo 13 de la constitución. Se viola el derecho fundamental al debido proceso del artículo 29 de la constitución, ya que quien califica es el mismo que resuelve las reclamaciones contra ellas, lo que lo convierte en juez y parte; pues es el gobierno ante el propio gobierno. Se violan también otros derechos fundamentales como el 25 al trabajo y el 40.7 de la constitución que consagra el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y a una de sus manifestaciones más importantes, como es la de ingresar o ascender a la función pública por méritos. Lo que implica también la violación del artículo 125 de la constitución que establece a la carrera administrativa (fundada en el mérito) como un principio constitucional unido inescindiblemente a otros derechos, principios y valores constitucionales fundamentales. Y finalmente vulnera también el artículo 130 de la constitución que impide a la Comisión Nacional del Servicio Civil, delegar ciertas competencias y las entidades que participan mediante contratos en los procesos de selección o en sus concursos e impide contratar a entidades de la rama ejecutiva del poder público para los procesos de selección o sus concursos, ya que quien no puede lo más (hacer todo el proceso) no puede lo menos (resolver recursos de los concursos), así como quien no puede vender un inmueble tampoco puede hipotecarlo; como lo dejo claramente establecido la Corte Constitucional en la sentencia C-1175-05.

“21. PUBLICACION DE RESULTADOS DE LOS CURSOS DE FORMACION Y RECLAMACIONES. La información sobre la

publicación de resultados de los *Cursos de Formación* y las respectivas reclamaciones debe ser consultada en los correspondientes apartes del Anexo del presente Acuerdo.

...

PARAGRAFO 2: Teniendo en cuenta que, de conformidad con los artículos 3, numeral 3.3, 12, numeral 12.1 y 29, numeral 29.2 del Decreto Ley 71 de 2020, le corresponde a la DIAN realizar los *Cursos de Formación de la Fase II* de este proceso de selección, en aplicación del artículo 35 ibidem, la CNSC delega en dicha entidad el conocimiento y la decisión de las respectivas reclamaciones, atendidas las cuales debe presentar a esta Comisión Nacional el correspondiente informe, en los términos que la CNSC le indique.”

...

Sea lo primero precisar que no es cierto que el decreto 71 de 2020, le atribuye a la Dian Inexorablemente, con la misma necesidad física de la ley de la gravedad, la realización de los cursos de formación, ya que las podría, por no decir que las debería, contratar la Comisión Nacional del Servicio Civil, con universidades o instituciones de educación superior acreditadas ante el Ministerio de Educación, ya que esta es una de las competencias que la CNSC, tiene de manera exclusiva, e indivisible, que además no puede compartir con ninguna otra institución y menos de la rama ejecutiva del poder público como es la Dian, como lo ha establecido desde hace más de dos décadas la Corte Constitucional y reiterado de manera constante. Como tampoco es cierto que el artículo 35 del decreto 71 de 2020, obliga a delegar a la CNSC y mucho menos a delegar en la DIAN, que es un órgano del ejecutivo, que está prohibido por la Corte Constitucional porque viola varias normas constitucionales (arts. 1, 2, 13, 25, 29, 40.7, 125, 130, etc.,).

Veamos la norma: “**Artículo 35. Reclamaciones.** Contra las decisiones que afecten de manera individual, particular y concreta a quienes se inscriban para participar en los concursos, en cualquiera de sus etapas, solamente procederá la reclamación en única instancia ante la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Lo anterior de conformidad con las disposiciones que regulan el procedimiento ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual podrá delegar el conocimiento y decisión de las reclamaciones en el organismo que prepare, evalúe y califique las pruebas.”

OTRA LIMITACION QUE TIENE EL LEGISLADOR EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA DIAN. ADMINISTRACION Y VIGILANCIA

En relación con las carreras administrativas de orden legal, bien la general, bien las especiales como la Dian, es necesario hacer una precisión sobre una limitación que tiene, en su competencia, el legislador colombiano tanto ordinario como extraordinario y que la estableció el propio Constituyente en el artículo 130 de la constitución, al ordenar que la

administración y vigilancia de esas carreras como la de la Dian corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil. Cómo fue el propio Constituyente y está consagrada en la propia constitución el legislador en este caso tiene un límite y es que todas las competencias para administrar y vigilar esta carrera son exclusiva y unitariamente de la Comisión Nacional del Servicio Civil; dicho de otra manera, en este tema de la administración y vigilancia de la carrera de la Dian no existe una libertad absoluta del legislador sino que el legislador tiene límites por mandato constitucional por ejemplo no puede trasladar las funciones de administración o vigilancia de la carrera de la Dian, ni al gobierno nacional ni al Director General de la Dian. Esto es lo que explica que hayan sido declarada inconstitucionales competencias que se le atribuían, por ejemplo, al departamento administrativo de la función pública o a las superintendencias y que tenían que ver con la administración o vigilancia de las carreras administrativas y que el constituyente radico directamente en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio civil.

Teniendo claro qué en materias de administración y vigilancia de las carreras de orden legal incluida la de la Dian no pueden ser trasladadas a ninguna autoridad ya que el propio Constituyente las dejó el cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de manera indivisible y excluyente, en esta materia la competencia del legislador tiene un límite, limite que consiste en que no puede transferir o compartir éstas competencias para administrar y vigilar la carrera administrativa de la Dian a ninguna otra autoridad no importa que se llame Gobierno nacional o Director General de la Dian.

No es válido decir qué en este caso el régimen especial es distinto al General, por la sencilla razón que en la constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional los principios constitucionales, que rigen a todas las carreras tienen que ser los mismos; no se puede decir, por ejemplo; qué en la carrera administrativa general no se puede violar el derecho a la dignidad humana y en cambio sí se puede hacerlo en el régimen especial de la Dian; no se puede afirmar que en el régimen general de carrera administrativa se debe respetar el derecho fundamental a participar, controlar y ejercer el poder político y especialmente a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, pero no se tiene el mismo derecho en los regímenes especiales. No se puede declarar qué a los trabajadores del régimen general de carrera administrativa se les debe respetar el derecho a la igualdad, pero no a los trabajadores del régimen especial de la Dian. Con razón, la corte ha dicho que, en relación con los derechos fundamentales, con los principios y valores constitucionales, no puede haber diferencia entre la carrera general y las carreras especiales. Existe otra razón potísima, es que la Carrera Administrativa no es más que una sola en cuanto a los principios y valores que les sirven de fundamento y las carreras especiales, no son más que especificaciones de la carrera general, aplicaciones concretas con los mismos principios, valores y derechos fundamentales.

Veamos la sentencia de la Corte Constitucional

Sentencia C-1175/05

3.8 Para resolver este interrogante, nuevamente es preciso hacer la siguiente distinción : una cosa son las simples reclamaciones que surgen en alguna de las etapas delegadas de los procesos de selección, que no afectan el concurso en sí mismo, porque se trata de asuntos individuales o particulares, y, otra, muy distinta, cuando la reclamación tiene la connotación de denuncias o reclamos por irregularidades en el proceso, denuncias que al adquirir connotaciones de trascendencia, sí pueden afectar la integridad del proceso.

3.8.1 Ejemplos del primer caso, ocurren cuando el aspirante no es admitido a un concurso o proceso o cuando el participante está en desacuerdo con las pruebas aplicadas en los procesos de selección, y que por tales hechos presentan las reclamaciones respectivas (arts. 12 y 13 del Decreto 760 de 2005). En estos eventos, la Corte considera que no obstante que la persona interesada puede elevar su reclamo bien sea ante la Comisión Nacional del Servicio Civil o ante la entidad delegada, la Comisión, a su vez, puede resolver si delega o no el conocimiento y la decisión pertinente en la entidad que realizó el proceso. Además, la Comisión siempre puede reasumir el conocimiento de lo reclamado, o avocar en segunda instancia el asunto, tal como lo establece el artículo 12, literales c) y d) de la Ley 909 de 2004.

3.8.2 En cambio, cuando la reclamación o queja adquiere una entidad superior, por contener denuncias de irregularidades, en las que se ponen en entredicho no situaciones individuales o particulares, sino el proceso en sí mismo, el conocimiento y la decisión correspondiente no sólo no pueden ser delegados, sino que únicamente la Comisión Nacional del Servicio Civil es la competente para conocer y decidir al respecto, adoptando las medidas pertinentes que la situación amerite, como suspender el proceso, iniciar investigaciones, denunciar ante las autoridades penales o de control los hechos correspondientes, etc. Ejemplos de estas situaciones son las quejas sobre la existencia de errores ostensibles en la valoración de las pruebas, o filtración del contenido de las mismas, o sospechas de corrupción en el proceso o en sus resultados, desconocimiento de los lineamientos o instrucciones dados por la Comisión Nacional del Servicio Civil a la entidad delegada para el desarrollo del concurso. Es decir, se trata de reclamaciones que involucran la responsabilidad administrativa o de vigilancia de la carrera de los servidores públicos, según el caso, que hacen parte indelegable de las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En resumen: siguiendo un orden lógico y sistemático del asunto, tratándose de los reclamos que se producen con ocasión del propio proceso de selección, concursos o procesos que a su vez fueron objeto de delegación, el conocimiento de las reclamaciones puede, también, ser delegado al propio ente con el que la Comisión Nacional del Servicio Civil realizó el contrato o convenio para tal fin, sin que signifique que la Comisión no puede reasumir su conocimiento en cualquier momento.

Desde esta perspectiva, el hecho de que el artículo 2º del Decreto 760 de 2005 acusado simplemente señale que la Comisión puede delegar el conocimiento y decisión de las reclamaciones no es inconstitucional, porque, como se vio, la disposición está haciendo referencia a las reclamaciones que ocurran en el proceso de selección que hubiere sido delegado y corresponde, por consiguiente, a la entidad delegada absolver directamente lo relativo a las mismas.

3.9 Sin embargo, antes de declarar la exequibilidad de la disposición acusada, la Corte debe hacer la siguiente advertencia:

La delegación para el conocimiento de las reclamaciones en los procesos de selección sólo puede recaer en las entidades a las que la Ley 909 de 2004 autorizó que podrían realizar tales procesos, es decir: las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, con las que la Comisión contrate y estén acreditadas para ello, tal como lo indican los artículos 11, literal i), y 30 de la Ley 909 de 2004, que a la letra dicen:

“Artículo 11. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

(...)

i) Realizar los procesos de selección para el ingreso al empleo público a través de las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, que contrate para tal fin;”

Y el artículo 30 de la misma Ley señala: “Competencia para adelantar concursos. Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos. (...)” (se subraya)

3.10 Esto significa que la delegación para el conocimiento y la decisión de las reclamaciones en los procesos de selección de que trata el artículo 2º del Decreto 760 de 2005 es exequible bajo el entendido de que la delegación para conocer y resolver las reclamaciones que se

presenten en el desarrollo de los procesos de selección, sólo puede recaer en las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior con las que hubiere contratado para este objeto, y que las mismas deben referirse a reclamaciones que no afecten el proceso en sí mismo, tal como se explicó.

3.11 Se observa por la Corte que el artículo 2° del Decreto 760 de 2005 que ahora se analiza por la Corporación no establece de ninguna manera que la Comisión Nacional del Servicio Civil en forma imperativa deba delegar el conocimiento y decisión de las reclamaciones que se presenten en desarrollo de los procesos de selección, pues ello sería contrario a la Constitución. Por tal razón, se trata simplemente de otorgarle una facultad para delegar en las hipótesis y en las entidades de educación superior expresamente previstas por la Ley para que atiendan y resuelvan las reclamaciones surgidas en los procesos de selección que no afecten la totalidad del concurso, pero como es obvio si en el futuro la Comisión Nacional del Servicio Civil cuenta con la infraestructura, los recursos y el personal idóneo necesarios para adelantar directamente los procesos de selección a que se refiere la norma, no tendrá entonces necesidad de acudir al mecanismo administrativo de la delegación.

4. Cargos contra el artículo 3° del Decreto 760 de 2005.

4.1 Esta disposición está acusada por incluir entre las entidades con las cuales la Comisión Nacional del Servicio Civil puede celebrar contratos o convenios interadministrativos para adelantar los procesos de selección, además de las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, al Departamento Administrativo de la Función Pública.

4.2 Para el demandante esta inclusión desconoce la sentencia C-372 de 1999.

4.3 La interviniente de la Función Pública, aunque pidió la exequibilidad de la expresión acusada, sólo suministró consideraciones generales.

4.4 El señor Procurador pidió que la inclusión del Departamento de la Función Pública fuera declarada inexecutable, por razones semejantes a las expuestas por el demandante.

4.5 Así las cosas, debe decirse que la Corte comparte los reparos del demandante en la acusación de inconstitucionalidad por la inclusión del Departamento Administrativo de la Función Pública como una de las entidades con las que la Comisión puede contratar los procesos de selección, porque se desconoce la independencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En efecto, si las características constitucionales de la Comisión Nacional del Servicio Civil la ubican como una entidad única, autónoma, permanente, del nivel nacional e

independiente. Que no hace parte del Ejecutivo ni de las otras ramas u órganos de poder público, que no tiene funciones de cuerpo asesor o consultivo del Gobierno, ni de junta directiva, características que se expusieron en la sentencia C-372 de 1999 a la que se aludió en el punto anterior y cuyas consideraciones ahora se reiteran, esto conduce a que esta autonomía e independencia pueden verse comprometidas si son contratados con el Departamento Administrativo de la Función Pública los concursos en mención, ya que tal Departamento, como entidad administrativa que es, hace parte de la Rama Ejecutiva y, por consiguiente, depende y actúa bajo las orientaciones del Presidente de la República, suprema autoridad administrativa.

(Subrayas nuestras)

4.6 Por consiguiente, se declarará inexecutable la expresión “el Departamento Administrativo de la Función Pública”, contenida en el artículo 3° del Decreto 760 de 2005, por desconocer las características constitucionales de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

RESUELVE:

Tercero: Declarar **inexecutable** la expresión “el Departamento Administrativo de la Función Pública”, contenida en el artículo 3° del Decreto 760 de 2005.

LA SENTENCIA C-471-2013. COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

4. La Comisión Nacional del Servicio Civil tiene la competencia constitucional para administrar y vigilar los sistemas específicos de carrera

4.1. Prevalencia constitucional de la Comisión Nacional del Servicio Civil

4.1.1. El Constituyente de 1991 creó la Comisión Nacional del Servicio Civil, como un órgano autónomo e independiente y le encargó, como regla general, la función específica de administrar y vigilar los regímenes de carrera.⁶⁴ Se buscó con ello que fuera ajeno a las influencias de otras instancias del poder público, para asegurar que el sistema de concurso de méritos para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, para el ascenso dentro de los mismos y para el retiro del servicio, se lleve a cabo de manera transparente, idónea e imparcial, conforme con los postulados constitucionales y legales que regulan la materia. El propósito constitucional, por lo tanto, es asegurar que los procesos de selección de personal se adelanten sin presiones de ninguna clase y lejos de los intereses políticos o burocráticos.⁶⁵

⁶⁴ Al respecto ver, por ejemplo, la sentencia C-372 de 1999 (MP José Gregorio Hernández Galindo).

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1230 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil, AV Jaime Araujo Rentería).

4.1.2. En la sentencia C-746 de 1999, la Corte Constitucional precisó su posición jurisprudencial con relación al alcance de las competencias de la Comisión Nacional del Servicio Civil, advirtiendo que “[...] *sólo en virtud de la exclusión que sobre alguna carrera haga la propia Constitución, la Comisión carecerá de competencia.*”⁶⁶ Esta posición jurisprudencial, que se pretendió variar en un par de ocasiones,⁶⁷ ha sido confirmada y reiterada por la jurisprudencia constitucional, entre otras, en la sentencia C-1230 de 2005 así,

“Coincidiendo con el criterio general inicialmente fijado en la Sentencia C-746 de 1999, la Corte encuentra que, respecto a los sistemas especiales de origen legal, denominados por el legislador *sistemas específicos de carrera*, una interpretación sistemática de los artículos 125 y 130 de la Carta Política permite concluir que los mismos deben ser administrados y vigilados, sin ninguna excepción y con carácter obligatorio, por la Comisión Nacional del Servicio Civil, tal y como ocurre con el sistema general de carrera. [...]”

La posición de la Corte se fundó en cinco argumentos de carácter hermenéutico que la llevaron a preferir esta posición jurisprudencial, por encima de las demás. A continuación, se transcriben,

“[i] Según quedo explicado en esta Sentencia, la Constitución del 91 consagró el sistema de carrera como la regla general para el acceso al servicio público (art. 125), y con ese mismo propósito le asignó a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y vigilancia “*de las carreras de los servidores públicos*” (art. 130). Si ello es así, no queda duda que la exclusión de competencia prevista en el artículo 130 Superior para la Comisión es de alcance excepcional y de interpretación restrictiva y, por tanto, debe entenderse que sólo opera para los sistemas especiales de carrera de origen estrictamente constitucional, o lo que es igual, para aquellos señalados expresamente por la propia Carta Política [...]”

[ii] Si el artículo 130 Superior dispone que la Comisión Nacional del Servicio

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-746 de 1999 (MP Alfredo Beltrán Sierra). Esta posición supuso una variación frente a la posición que se había fijado en otras sentencias previas. Sobre esta primera fase de la jurisprudencia ver por ejemplo las sentencias C-391 de 1993, C-356 de 1994 y C-616 de 1996. Sobre un análisis de la variación de la posición jurisprudencial ver, entre otras, la sentencia C-1230 de 2005 ya citada.

⁶⁷ En las sentencias C-313 de 2003 (MP Alvaro Tafur Galvis) y C-734 de 2003 (MP Alvaro Tafur Galvis, SV Jaime Araujo Rentería), la Corte Constitucional trató de variar su jurisprudencia, indicando que la administración y vigilancia de los sistemas especiales de carrera administrativa dependen, exclusivamente, de la decisión del Legislador.

Civil es la entidad “*responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos*”, *excepción hecha de las que tengan carácter especial*”, está definiendo dos aspectos puntuales sobre su ámbito de competencia. El primero, que la referida competencia es sobre “*las carreras de los servidores públicos*”; es decir, que tiene alcance general y que, por tanto, no se puede agotar en un sólo sistema de carrera, la carrera ordinaria o común, sino que se proyecta también sobre otros que, de acuerdo con la exclusión de competencia prevista en la misma preceptiva, no pueden ser sino los sistemas especiales de origen legal. El segundo, que las funciones a ella asignada para administrar y vigilar las carreras se constituye en un imperativo constitucional de carácter indivisible, en el sentido que tales atribuciones no pueden compartirse con otros órganos ni ser separadas o disgregadas a instancia del legislador. El vocablo “y” -que representa la vocal *i*-, mencionado en el artículo 130 Superior para referirse a las labores que le corresponde cumplir a la Comisión, es utilizado en dicho texto como conjunción copulativa, cuyo oficio es precisamente unir, ligar y juntar en concepto afirmativo las dos acepciones, “*administración y vigilancia*”, de modo que se entienda que se trata de dos funciones que se deben ejercer de forma conjunta, inseparable y privativa por la Comisión Nacional del Servicio Civil y no por otros órganos o entidades estatales.

[iii] La interpretación del artículo 130 Superior, en el sentido que corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil tanto la administración como la vigilancia de los sistemas especiales de carrera de origen legal, es consecuente con los objetivos y propósitos que justifican la implementación del sistema de carrera y la creación constitucional de la mencionada Comisión. Tal y como se señaló anteriormente, **el propósito del Constituyente del 91, al implementar el sistema de carrera por concurso de méritos y asignarle a un órgano autónomo e independiente la función específica de administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, fue precisamente el de aislar y separar su organización, desarrollo y control de factores subjetivos que pudieran afectar sustancialmente el adecuado ejercicio de la actividad estatal (clientelismo, favoritismo y nepotismo), materializados, entre otros, en el interés que como patrono puede tener el propio Estado, y en particular la Rama Ejecutiva del Poder público, en el proceso mismo de selección, promoción y remoción de sus servidores.** Por eso, si se excluye a la Comisión Nacional del Servicio Civil de la competencia obligatoria para administrar y vigilar los sistemas especiales de origen legal, se desconoce sustancialmente los postulados que determinan la existencia y eficacia del sistema de carrera, toda vez que bajo

esa premisa el legislador estaría facultado para dejar en cabeza de las mismas entidades públicas nominadoras, a las que decide aplicar un sistema especial de carrera, la función de administración y vigilancia del sistema, patrocinándose así el monopolio sobre el acceso a la función pública que precisamente la Constitución Política buscó evitar y combatir.

[iv] En ese contexto, interpretar que es a la Comisión Nacional del Servicio Civil a quien corresponde ejercer la administración y vigilancia de los sistemas especiales de carrera de origen legal, permite mantener vigente el propósito del constituyente de garantizar la igualdad, la neutralidad y la imparcialidad en el manejo y control de los sistemas de carrera administrativa, impidiendo que tales funciones puedan ser asumidas por las mismas entidades del Gobierno que tienen a su cargo la designación y nombramiento de los servidores públicos a quienes aplican, o en su defecto, por otros órganos que también pertenecen al mismo Gobierno y que como tal no gozan de la autonomía necesaria para garantizar la independencia e imparcialidad que se requiere frente a los cometidos del régimen de carrera.

LA SENTENCIA C-518-16 COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

“5. Autonomía de la Comisión Nacional del Servicio Civil

5.1. El artículo 113 de la Constitución previó la posibilidad de que dentro de la estructura del ejercicio del poder público, además de los órganos que integran las tres ramas -legislativa, ejecutiva y judicial-, existieran otros de carácter *autónomo e independiente*, para el cumplimiento de las funciones del Estado. Esto, sin perjuicio de la colaboración armónica entre unos y otros en el ejercicio de sus funciones.

5.2. Entre tales órganos de carácter autónomo e independiente se encuentra la CNSC, consagrada en el artículo 130 Superior como la *“responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”*. Sobre la CNSC, esta Corporación ha señalado que se trata de un órgano que no hace parte de ninguna de las ramas del poder público, es de carácter permanente, del nivel nacional y cuenta con una personalidad jurídica, con autonomía administrativa y patrimonio propio^[52].

5.3. En este sentido, la configuración de la estructura del Estado que se deriva del artículo 113 de la Carta Política y que supera la clásica división tripartita del ejercicio del poder, ubica a la CNSC como un órgano que goza de autonomía para el ejercicio de sus funciones en relación con los demás órganos del poder público. En tal sentido, este Tribunal ha destacado especialmente su independencia del Ejecutivo, aclarando que no tiene la calidad de “cuerpo

asesor o consultivo del Gobierno, ni de junta o consejo directivo de composición paritaria o con mayoría prevaiente de los organismos estatales o de los trabajadores, ni de las entidades territoriales en cabeza de sus autoridades”^[53].

5.4. El propósito de atribuirle a un órgano autónomo la función de administrar y vigilar el régimen de carrera de los servidores públicos, lo ha dicho la Corte, “no es otro que el de sustraer la carrera y su desarrollo y operación, así como la práctica de los concursos y la implementación de los procesos de selección de personal al servicio del Estado, de la conducción de la Rama Ejecutiva del poder público, que tiene a su cargo los nombramientos en orden estricto de méritos -según los resultados de los concursos-, mas no la función de manejar la carrera, privativa del ente creado por la Carta Política con las funciones muy específicas de administrarla y vigilarla en todas las dependencias estatales”^[54], con las excepciones previstas por la propia Constitución.

5.5. En relación con esto último, la jurisprudencia ha explicado que, en la medida que el “Constituyente quiso establecer la carrera administrativa como la regla general para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, para el ascenso dentro de los mismos y para el retiro del servicio, su criterio consistió en prever un sistema de carrera, coordinado y armónico, técnicamente organizado, confiado a un organismo único de nivel nacional y con jurisdicción en todo el territorio, que garantizara la efectividad del ordenamiento constitucional en la materia, sin depender en su actividad y funcionamiento de ninguna de las ramas del poder público aunque bajo los criterios y directrices trazados por el legislador”^[55].

5.6. La autonomía reconocida a la CNSC, sin embargo, no implica desconocer el funcionamiento armónico que entre los diferentes órganos del Estado debe mantenerse tal y como lo establece el mismo artículo 113, ni los controles y límites que la misma Constitución establece sobre la estructura del poder público y sobre quienes actúen en su nombre, en material fiscal, disciplinaria o penal. Lo que implica es que la CNSC ejerza sus funciones, dentro del marco constitucional y legal, con un amplio margen de discrecionalidad administrativa y presupuestal derivada de la autonomía otorgada por la misma Constitución.

5.7. Como resulta natural, la autonomía proveniente de la naturaleza de la CNSC, se expresa a través del ejercicio de las funciones o competencias que la Constitución le ha asignado. Es decir, a la luz del artículo 130 Superior, en el ejercicio de la potestad de administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos salvo las excepciones a las que haya lugar.

5.8. En primer lugar, es preciso tener en cuenta que estas potestades de administración y vigilancia sobre las que se volverá más adelante, están referidas a las carreras de los

servidores públicos, que no es otra cosa que el sistema que el Constituyente de 1991, de conformidad con el artículo 125 de la Carta, estableció como regla general -no exclusiva- para proveer los cargos en los órganos y entidades del Estado y que se basa en el concurso de méritos.

5.9. Así las cosas, compete a la CNSC administrar y vigilar este sistema general de carreras, salvo las carreras de carácter especial a las que se refiere la propia Constitución y que, por tanto, se encomienda a otras entidades. Sobre este aspecto, corresponde tener presente que, como la jurisprudencia constitucional lo ha señalado, existen carreras especiales tanto de tipo constitucional como legal, de manera que, como lo menciona en artículo 113 Superior, la CNSC “queda excluida de la administración y vigilancia de las carreras especiales de **origen constitucional**. Frente a las segundas, esto es, a los regímenes especiales de carrera de **origen legal**, existe en la actualidad una jurisprudencia unificada de la Corte en cuanto a que es a esta entidad [a la CNSC] a quien corresponde la administración y vigilancia de dichos regímenes especiales de origen legal”^[56].

5.10. Por otra parte, en relación con las funciones relativas a la “*administración*” y “*vigilancia*” de las carreras de los servidores públicos, la Corte Constitucional ha definido que el carácter indeterminado de tales expresiones conduce a que, a su vez, la competencia de la CNSC tenga un carácter amplio, pues comprende los posibles contenidos a los que pueda dar lugar el ejercicio de la administración y la vigilancia. De hecho, este Tribunal indicó que a la hora que el legislador desarrolle estas funciones, debe tener en cuenta que “el que se trate de conceptos jurídicos indeterminados y no de nociones jurídicas delimitadas de forma clara y precisa, no quiere decir que pueda el legislador prescindir de algunos contenidos básicos y estructurales de sentido y significación que tienen ambas nociones (...)”^[57].

5.11. En este contexto, el alcance de estas competencias está determinado, además del contenido amplio de los términos contenidos en el artículo 130 Superior, por el hecho que la administración y vigilancia son dos funciones que se debe ejercer de forma conjunta, inseparable y privativa por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil y que no pueden ser asignadas, en conjunto o por separado a otros órganos o entidades estatales^[58].

5.12. Lo anterior significa que, una vez identificadas las funciones a cargo de la CNSC, es posible fijar el ámbito de autonomía que impide que otros órganos puedan usurpar o limitar su actuación^[59] pues, en todo caso, la comisión está configurada como un ente “de la más alta jerarquía en lo referente al manejo y control del sistema de carrera de los servidores públicos”^[60].

5.13. Sobre ello se pronunció esta Corporación en la Sentencia C-1175 de 2005 en el escenario de una demanda de constitucionalidad contra varias disposiciones del Decreto 760 de 2005 “*por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones*”. Entre ellas, en dicha oportunidad, se demandó el artículo 3º, en el que se establecía que los concursos o procesos de selección serían “*adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios Interadministrativos, **suscritos con el Departamento Administrativo de la Función Pública**, universidades públicas o privadas, instituciones universitarias o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin (...)*”. En dicha oportunidad, se cuestionó el aparte resaltado por cuanto condicionaba la realización de concursos a la inclusión de una entidad que no hace parte del sector de la educación.

5.14. En el fallo anteriormente mencionado, se declaró inexecutable la intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública en el desarrollo de los procesos de contratación para adelantar los concursos de mérito en el acceso al servicio público por el sistema de carrera. En sustento de tal decisión, la Corte afirmó que resultaba inconstitucional incorporar esta institución “como una de las entidades con las que la Comisión puede contratar los procesos de selección, porque se desconoce la independencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil”. **Lo anterior, arguyó esta Corporación, implicaba que la “autonomía e independencia pueden verse comprometidas si son contratados con el Departamento Administrativo de la Función Pública los concursos en mención, ya que tal Departamento, como entidad administrativa que es, hace parte de la Rama Ejecutiva y, por consiguiente, depende y actúa bajo las orientaciones del Presidente de la República, suprema autoridad administrativa”.**

5.15. Este caso presenta una concreta manifestación de la autonomía de la CNSC en el escenario de la contratación, que advierte sobre la inconstitucionalidad de cualquier condicionamiento o restricción de otros órganos del Estado en el escenario de la administración y vigilancia del sistema de carreteras de servidores públicos y que de manera exclusiva y privativa corresponde a la CNSC.

5.16. Conforme con ello, **el Legislador, no obstante su amplio margen de configuración en la materia, no está habilitado para condicionar el ejercicio de las atribuciones propias de la CNSC, a que las mismas se lleven a cabo, necesaria y forzosamente, por conducto de organismos que hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.**”

(subrayas nuestras)

III.3.TUTELAR OTROS DERECHOS

Solicito tutelar todos derechos fundamentales que nos han sido violados o amenazados de violación, arriba señalados y además todos los que el señor Juez Administrativo encuentre conculcados, así no hayan sido alegados por mi.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento esta acción de tutela en todas las normas y sentencias arriba mencionadas y especialmente, en el artículo 86 de la Constitución Nacional y Decretos 2591 de 1991, 333 de 2021. En el decreto 806 de 2020. Igualmente, en el preámbulo, los artículos: 1, 13, 29, 39, 40.7 de la Constitución política Colombiana; y en todo el bloque de constitucionalidad (tratados o convenios internacionales de la ONU, la OEA, la OIT) arriba señalados y a los cuales nos remitimos expresamente.

V. COMPETENCIA

Es usted H. Juzgado Administrativo competente por la naturaleza del asunto ya que se han vulnerado los derechos fundamentales, por tratarse, en el caso de las demandadas, de 2 entidades del orden nacional, por qué los jueces administrativos tienen la misma categoría de los jueces del circuito, en armonía con el artículo 1 numeral 2 del decreto 333 de 2021.

VI.-PRUEBAS

En el presente apartado se enumeran las pruebas que se solicita al H. Juez Administrativo practicar, incorporar al expediente y ser consideradas al momento de tomar una decisión.

1. DOCUMENTALES QUE SE APORTAN:

1.1.-Copia del Acuerdo No 0285 DE 2020 de La Comisión Nacional del Servicio Civil de fecha: 10-09-2020 *“Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección de Ingreso para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales-Dian, Proceso de selección DIAN No 1461 de 2020”*.

Se incluye su Anexo de la misma fecha (10-09-2020) que forma parte integrante del acuerdo. **“ANEXO POR EL CUAL SE ESTABLECEN LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE**

LAS ETAPAS DE VRM, PRUEBAS ESCRITAS Y CURSO DE FORMACIÓN DEL “PROCESO DE SELECCIÓN DIAN No. 1461 DE 2020”, EN LA MODALIDAD DE INGRESO, PARA PROVEER EMPLEOS EN VACANCIA DEFINITIVA PERTENECIENTES AL SISTEMA ESPECÍFICO DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE SU PLANTA DE PERSONAL”

1.2.-De conformidad con lo establecido en el artículo 166-1 de la Ley 1437 de 2011, para todos los fines legales el Acuerdo y su anexo, que se relacionan en este acápite se encuentran publicados en la página Web de la Comisión Nacional del Servicio Civil y pueden ser consultado y obtenido por los interesados en la página web de la CNSC, enlace:

<https://www.cnsc.gov.co/index.php/1461-de-2020-dian-normatividad>

1.2.-El comunicado de la H. Corte Constitucional sobre la sentencia C-172/21 de junio 3 de 2021. Si el H. Juez quiere verificar su autenticidad, puede dirigirse a la Corte Constitucional, mediante los siguientes Link y correos electrónicos: la página web www.corteconstitucional.gov.co; secretariadigital@corteconstitucional.gov.co; secretaria3@corteconstitucional.gov.co

VII.-ANEXOS

Con la presente demanda se anexan los siguientes documentos:

- 1.-Copia de la cédula de ciudadanía No.28.548.423
- 2.-Prueba documental enunciada en el acápite de pruebas.
- 3.- copia de la demanda y sus anexos, una para la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y otra para la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES; (UAE DIAN).

VIII- JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que no he interpuesto otra acción de tutela ante ninguna autoridad judicial con fundamento en los mismos hechos y derechos ni contra la misma autoridad a que se refiere la presente.

IX.-NOTIFICACIONES

Recibo notificaciones así:

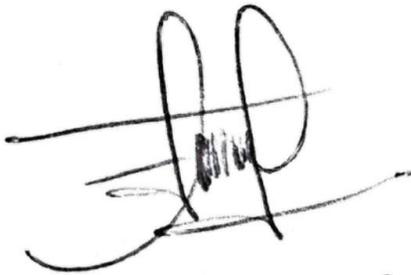
LUISA FERNANDA CASTAÑEDA CAÑAS, Calle 12A #56-25 torre 4 apto 302 Santa Maria de Guadalupe, Cali, Valle del Cauca. Correo electrónico lfcastaneda79@hotmail.com

Las Demandadas así:

1.-La demandada Comisión Nacional del Servicio civil en la carrera 12 No 97-80, piso 5, de Bogotá, D.C.; teléfono PBX: 57 (1) 3259700; correo exclusivo para notificaciones judiciales: notificacionesjudiciales@cncs.gov.co

2.-La demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES; (UAE DIAN); en la carrera 8 No 6C-38 edificio San Agustín de Bogotá, D.C.; teléfono PBX:(57+1)6079999 y en su correo para notificaciones judiciales: notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co

De los (as) Señores (as) Jueces Administrativos (as), Respetuosamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'LFC', with a large loop at the top and a horizontal line crossing through it.

LUISA FERNANDA CASTAÑEDA CAÑAS
Cedula de Ciudadanía No: C.C 28.548.423 de Ibagué

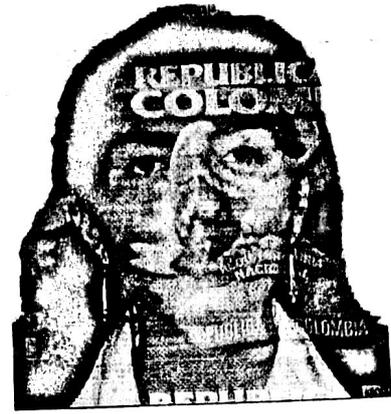
REPUBLICA DE COLOMBIA
IDENTIFICACION PERSONAL
CEDULA DE CIUDADANIA

NUMERO **28.548.423**
CASTAÑEDA CAÑAS

APELLIDOS
LUISA FERNANDA

NOMBRES

[Handwritten signature]
FIRMA

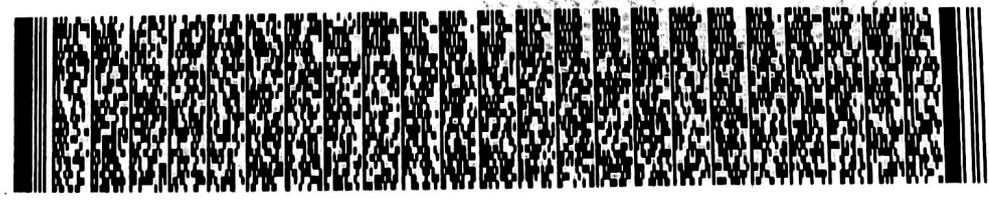


INDICE DERECHO

FECHA DE NACIMIENTO **21-JUL-1979**
IBAGUE
(TOLIMA)

LUGAR DE NACIMIENTO
1.75 **O+** **F**
ESTATURA G.S. RH SEXO

28-NOV-1997 IBAGUE
FECHA Y LUGAR DE EXPEDICION *Carlos Ariel Sánchez Torres*
REGISTRADOR NACIONAL
CARLOS ARIEL SÁNCHEZ TORRES



A-3100150-00057161-F-0028548423-20080822 0002502304A 1 2730009573



Sistema de apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad

CONSTANCIA DE INSCRIPCIÓN

Convocatoria PROCESO DE SELECCION - DIAN de 2020

U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

Fecha de inscripción:

lun, 25 ene 2021 00:08:30 -0500

Fecha de actualización:

lun, 25 ene 2021 00:08:30 -0500

LUISA FERNANDA CASTAÑEDA CAÑAS

Documento	Cédula de Ciudadanía	Nº 28548423
Nº de inscripción	328176310	
Teléfonos	3113767105	
Correo electrónico	lfcastaneda79@hotmail.com	
Discapacidades		

Datos del empleo

Entidad	U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN		
Código	303	Nº de empleo OPEC	126559
Denominación	3682	Gestor III	
Nivel jerárquico	Profesional	Grado	3

DOCUMENTOS

Formación

EDUCACION INFORMAL
 EDUCACION INFORMAL

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA
 UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
 PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
 SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA
 UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
 SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA
 SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA
 SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA
 SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA

Formación

EDUCACION INFORMAL
ESPECIALIZACION PROFESIONAL
PROFESIONAL
BACHILLER

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE OCCIDENTE
UNIVERSIDAD LIBRE
UNIVERSIDAD DEL TOLIMA
COLEGIO DEPARTAMENTAL SANTA TERESA DE

Experiencia laboral

Empresa	Cargo	Fecha	Fecha terminación
DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES	GESTOR I 301 01	02-feb-04	

Otros documentos

Documento de Identificación
Tarjeta Profesional
Certificado Electoral

Lugar donde presentará las pruebas

Selección de sitio de aplicación de pruebas. Cali - Valle del Cauca



Bogotá D.C., octubre de 2020

Señores(as) Doctores(as):

CONSEJEROS (AS) DE ESTADO

SECCIÓN SEGUNDA (REPARTO)

E. S. D.

Referencia: Demanda

Medio de control: Nulidad simple

Demandantes: Luis Ramiro Torres Luquerna; Rafael Acevedo Suarez y Jaime Araujo Renteria

Demandadas: La Comisión Nacional del Servicio Civil; y la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES; (UAE DIAN).

Acto administrativo demandado: Acuerdo No 0285 DE 2020 de fecha: 10-09-2020(CNSC) y el Anexo de la misma fecha que forma parte integrante del acuerdo

CON SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA
--

LUIS RAMIRO TORRES LUQUERNA, persona natural, ciudadano colombiano en ejercicio y domiciliado en Bogotá. D.C., mayor de edad e identificado con la Cédula de Ciudadanía No: C.C 79.279.309 de Bogotá, RAFAEL ACEVEDO SUAREZ persona natural, ciudadano colombiano en ejercicio y domiciliado en Bogotá. D.C., mayor de edad e identificado con la Cédula de Ciudadanía No: C.C. 91.207.242 de Bucaramanga; JAIME ARAUJO RENTERIA persona natural, ciudadano colombiano en ejercicio y domiciliado en

Bogotá, D.C., mayor de edad e identificado con la Cédula de Ciudadanía No: C.C 5088025 de La Paz (Cesar), con fundamento en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), presentamos ante ustedes demanda contentiva de medio de control de nulidad simple contra el Acuerdo No 0285 DE 2020 de La Comisión Nacional del Servicio Civil de fecha: 10-09-2020 *“Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección de Ingreso para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales-Dian, Proceso de selección DIAN No 1461 de 2020”* INCLUIDO su Anexo de la misma fecha (10-09-2020) que forma parte integrante del acuerdo, como lo dice el párrafo del artículo 1 del acuerdo: “ ANEXO POR EL CUAL SE ESTABLECEN LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LAS ETAPAS DE VRM, PRUEBAS ESCRITAS Y CURSO DE FORMACIÓN DEL “PROCESO DE SELECCIÓN DIAN No. 1461 DE 2020”, EN LA MODALIDAD DE INGRESO, PARA PROVEER EMPLEOS EN VACANCIA DEFINITIVA PERTENECIENTES AL SISTEMA ESPECÍFICO DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE SU PLANTA DE PERSONAL” toda vez que el acto administrativo (acuerdo junto con su anexo) se encuentra viciado de nulidad, según se evidenciará en los siguientes apartados:

I. DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y DE SUS REPRESENTANTES

PARTE DEMANDANTE: La parte actora somos LUIS RAMIRO TORRES LUQUERNA, persona natural, ciudadano colombiano en ejercicio y domiciliado en Bogotá. D.C., mayor de edad e identificado con la Cédula de Ciudadanía No: C.C 79.279.309 de Bogotá; RAFAEL ACEVEDO SUAREZ persona natural, ciudadano colombiano en ejercicio y domiciliado en Bogotá. D.C., mayor de edad e identificado con la Cédula de Ciudadanía No: C.C. 91.207.242 de Bucaramanga; JAIME ARAUJO RENTERIA persona natural, ciudadano colombiano en ejercicio y domiciliado en Bogotá, D.C., mayor de edad e identificado con la Cédula de Ciudadanía No: C.C 5088025 de La Paz (Cesar),

PARTE DEMANDADA:

a) Se demanda a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** representada por su presidente FRIDOLE BALLEEN DUQUE, o quien haga sus veces, en los términos del artículo 159 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- CPACA.

b) Se demanda a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES; (UAE DIAN). representada por su Director General JOSE ANDRES ROMERO TARAZONA, o quien haga sus veces,

II. PRETENSIONES

Por medio del presente escrito, solicito a este Honorable Consejo de Estado que se hagan las siguientes declaraciones:

1. Que se declare la nulidad parcial del Acuerdo No 0285 DE 2020 de La Comisión Nacional del Servicio Civil de fecha: 10-09-2020 *“Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección de Ingreso para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-Dian, Proceso de selección DIAN No 1461 de 2020”* INCLUIDO su Anexo de la misma fecha (10-09-2020) que forma parte integrante del acuerdo, como lo dice el párrafo del artículo 1 del acuerdo: **“ ANEXO POR EL CUAL SE ESTABLECEN LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LAS ETAPAS DE VRM, PRUEBAS ESCRITAS Y CURSO DE FORMACIÓN DEL “PROCESO DE SELECCIÓN DIAN No. 1461 DE 2020”, EN LA MODALIDAD DE INGRESO, PARA PROVEER EMPLEOS EN VACANCIA DEFINITIVA PERTENECIENTES AL SISTEMA ESPECÍFICO DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE SU PLANTA DE PERSONAL”**

Como el acuerdo tiene un anexo que forma parte integrante del mismo identificaremos separadamente las normas del anexo; de las del cuerpo del acuerdo, y se subrayan los apartes impugnados cuando no se trate de toda la norma.

A) Del acuerdo pedimos que se declare la nulidad de:

Artículo 1 inciso 1; artículo 5; artículo; 7 causales de exclusión numeral 4; art 14 párrafo 2; art. 17 inciso 2, tablas 2 y 3 de pruebas eliminatorias; artículo 21 párrafo 2 delega reclamaciones.

B) Del Anexo pedimos que se declare la nulidad de los numerales: 3.4. incisos 3 y 5; numeral 4.5 incisos 3 y 5.

2.- Y, en desarrollo de la solicitud de una medida cautelar de urgencia, solicitamos también al H. Consejo de Estado que SUSPENDA PROVISIONALMENTE los efectos del Acuerdo No 0285 DE 2020 de La Comisión Nacional del Servicio Civil de fecha: 10-09-2020; INCLUIDO su Anexo de la misma fecha (10-09-2020) que forma parte integrante del mismo.

III. PRESUPUESTOS PROCESALES

1. COMPETENCIA

De conformidad con el numeral 1 del artículo 149 del CPACA, es *Competencia del H. Consejo de Estado en única instancia*; de los siguientes asuntos: 1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional, en este caso por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

2. OPORTUNIDAD

Es oportuna la presentación de esta demanda de nulidad, ya que de conformidad con el **Artículo 164, numeral 1 literal a.** *Oportunidad para presentar la demanda.* La demanda deberá ser presentada: 1. En cualquier tiempo, cuando: a) Se pretenda la nulidad en los términos del artículo 137 de este Código (CPACA)

IV. HECHOS EN QUE SE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES DE NULIDAD

1.- La Comisión Nacional del Servicio Civil (también CNSC), expidió el Acuerdo No 0285 DE 2020 de La Comisión Nacional del Servicio Civil de fecha: 10-09-2020 *“Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección de Ingreso para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta*

de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-Dian, Proceso de selección DIAN No 1461 de 2020” INCLUIDO su Anexo de la misma fecha (10-09-2020) que forma parte integrante del acuerdo, como lo dice el párrafo del artículo 1 del acuerdo: “ ANEXO POR EL CUAL SE ESTABLECEN LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LAS ETAPAS DE VRM, PRUEBAS ESCRITAS Y CURSO DE FORMACIÓN DEL “PROCESO DE SELECCIÓN DIAN No. 1461 DE 2020”, EN LA MODALIDAD DE INGRESO, PARA PROVEER EMPLEOS EN VACANCIA DEFINITIVA PERTENECIENTES AL SISTEMA ESPECÍFICO DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE SU PLANTA DE PERSONAL”

2.- Según la página Web de la Comisión Nacional del Servicio Civil (también CNSC), <https://www.cnsc.gov.co/index.php/1461-de-2020-dian-normatividad>; fueron publicados tanto el acuerdo como su anexo, el día 16 de Septiembre de 2020.

3.- El artículo 1. de la convocatoria; NO convoca para proceso de selección de ascenso y solo convoca a proceso de selección de Ingreso.

4.- Mediante el párrafo 2 del artículo 21 de la convocatoria la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) delega en la DIAN el conocimiento y la decisión de las respectivas reclamaciones, de los cursos de formación de la fase II del proceso de selección.

5.- En la convocatoria, el concurso tiene etapas completamente independientes (fase I y fase II), eliminatorias y pruebas eliminatorias.

6.- La convocatoria, que es un acto administrativo, condiciona la aplicación de varias leyes, o normas de superior jerarquía (leyes 1960 de 2019; 2039 y 2043 de 2020 y normas constitucionales); con lo que se llega al absurdo que la norma de inferior jerarquía condicione o limite a la de superior jerarquía; cuando lo jurídico es que las normas de inferior jerarquía (acto administrativo), sea limitado, condicionado y determinado por la ley y la constitución. Con este absurdo se lesionan derechos fundamentales de varios grupos de personas como los

jóvenes o de aquellas personas que han culminado un proceso formativo, o de formación profesional o de educación técnica, tecnológica o universitaria; al reconocer de manera obligatoria como experiencia profesional y/o relacionada aquellas prácticas que se hayan realizado en el sector público y/o sector privado como opción para adquirir el correspondiente título.

7.- El anexo de la convocatoria en los numerales 3.4 y 4.5; denominados, respectivamente Reclamaciones contra los resultados de las Pruebas Escritas y Reclamaciones contra los resultados de la Evaluación Final del Curso de Formación, en ambos casos en sus incisos 3 y 5, crea delitos y opone reserva respecto de los mismos participantes. Normas claramente inconstitucionales.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO, NORMAS O DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

1. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Como fundamento de derecho se tienen los artículos 137, 149, 162, 163, 164, 229, 230, 231, 232 inciso 3 y 234, de la Ley 1437 de 2011.

2. NORMAS VIOLADAS.

Los actos administrativos identificados en el acápite de “hechos”, son manifiestamente opuestos a las siguientes normas:

- a. Constitución Política: preámbulo; artículos, 1; 2, 13, 25, 29, 40, 53; 121, 122; 125, 130, 150-23, 209,
- b. Las leyes 1960 de 2019; 2039 de 20220, 1955 de 2019 y 909 de 2004, decreto ley 760 de 2005

3. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Para un claro entendimiento de por qué el acto administrativo demandado es nulo y debe ser suspendido, se hace imprescindible establecer unas premisas vitales:

3.1.-PREMISAS FUNDAMENTALES

Se hace necesario dejar establecidas algunas premisas fundamentales que nos permitan ver de manera global y sistemática la relación inescindible que existe entre la carrera administrativa, el estado social y democrático de derecho; los derechos fundamentales y otros valores y principios constitucionales; para entender como el acto administrativo que se demanda viola ese sistema normativo de superior jerarquía.

3.1.1.-PRIMERA PREMISA FUNDAMENTAL

1.1.2.- LA CARRERA ADMINISTRATIVA COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL Y SU RELACION INESCINDIBLE CON OTROS PRINCIPIOS, VALORES O DERECHOS FUNDAMENTALES.

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado y de la Corte Constitucional tienen sólidamente establecido que la carrera administrativa es un principio fundamental de nuestra constitución; cimiento principal de la estructura del estado e instrumento o medio eficaz para la realización o protección de otros principios, valores o derechos fundamentales con los cuales tiene una relación inescindible.

Sin entrar en el tema de si se trata de un principio expreso o implícito de nuestra constitución, su calidad de principio trae importantes consecuencias jurídicas. No por azar, las constituciones modernas como la colombiana comienzan el título I por los Principios Fundamentales, solo después vienen los derechos fundamentales, luego los otros derechos y después la estructura del Estado; etc. Un principio prevalece sobre cualquier otra norma de la constitución inclusive sobre los derechos fundamentales. Principio es lo que da origen a todo lo demás. Principio es también el fundamento que sirve de base a toda una estructura o una concepción filosófica y como su nombre lo dice es lo que está primero y sin lo cual el resto no puede subsistir. El principio prevalece sobre cualquier cosa que siga después de este,

lo que explica que los principios constitucionales prevalecen sobre cualquier otra norma de la constitución incluidos los derechos fundamentales. Es muy importante tener en cuenta estas consecuencias jurídicas de definir algo como principio, y en este caso a la carrera administrativa de la Dian, ya que la hace prevalecer o primar sobre las competencias que pueda tener el gobierno nacional o cualquier otro funcionario administrativo, como puede serlo el Director General de la Dian.

La carrera administrativa (Art. 125 de la constitución política Colombiana) es un principio constitucional, cimiento de la estructura del estado e instrumento o medio eficaz para la realización o protección de otros principios, valores o derechos constitucionales fundamentales; como los de igualdad (art. 13); al trabajo (art. 25); al debido proceso (Art. 29); a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y para hacer efectivo ese derecho puede: acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (art 40). Así mismo es instrumento o medio eficaz para la realización o protección de otros principios o valores constitucionales definatorios de nuestra organización jurídico política como el Estado Social de derecho (art.1, incluida la Dignidad Humana); los fines esenciales del Estado (Art. 2); o de las funciones del mismo comenzando por la función administrativa y los principios que la rigen (Art. 209). Y lo que es más importante, que entre todas estas normas existe una relación de influencia recíproca, de incidencias mutuas, que se retroalimentan y auto complementan, en un vínculo donde una sostiene a la otra, en una ligazón de protección mutua; en una relación de medios a fines; en una cadena que garantiza que Colombia es un estado social de derecho y no una dictadura; pues como dice la propia Corte: "... por lo tanto, es imposible pretender que el alcance constitucional de la carrera administrativa se capte en su integridad a partir de una interpretación aislada de los artículos de la Carta que en forma directa se refieren a la carrera, porque ello, inicialmente, se muestra contrario al principio de unidad que impone leer la Constitución como un todo y armonizar sus distintos contenidos.”.

Para abreviar esta relación, dentro de la gran cantidad de jurisprudencia de la Corte Constitucional, nos limitaremos a unas pocas sentencias, en sus apartes pertinentes; comenzando por la Sentencia C-034 de 2015, que contiene una buena síntesis de estas relaciones reciprocas entre normas del bloque de constitucionalidad

La Sentencia C-034 de 2015

“De esta manera, la aplicación plena del sistema de la carrera busca la materialización de los objetivos fundamentales de un Estado Social de Derecho¹ y por ello constituye uno de sus elementos definitorios y estructurales².

De esta manera, se tiene que la carrera al ser un principio del Estado Social de Derecho³ y del Ordenamiento Superior⁴ cuenta con objetivos como **(i)** la realización de la función administrativa (art. 209 superior) al servicio de intereses generales y además es desarrollada de acuerdo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, **(ii)** el cumplimiento de los fines esenciales del Estado (art. 2 constitucional) como servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, **(iii)** garantizar el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 de la Constitución), **(iv)** salvaguardar el derecho a la igualdad (art. 13 de la Carta), y **(v)** proteger los principios mínimos fundamentales de la relación laboral consagrados en el artículo 53 de la Carta⁵.

3.3.2 Consagración de la carrera

Hay que resaltar la importancia y preeminencia que se le otorgó al Régimen de Carrera dentro del Estado Social, Pluralista y Democrático de Derecho⁶ por parte de la Asamblea Constituyente.

Debido a la importancia que reviste éste Régimen dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la carrera se consagra en tres disposiciones dentro del texto Constitucional: **(i)** el artículo 123

¹ Sentencias de la Corte Constitucional C-126 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz, SU-917 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, SU - 446 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y SU – 539 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

² Al respecto, ver el apartado [6.1.1.1.4.] acerca de la carrera como principio constitucional. Apartado que hace parte de las consideraciones de la sentencia de la Corte Constitucional C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. También la sentencia C-249 de 2012 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

³ Sentencia de la Corte Constitucional C-563 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-517 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵ Sentencias de la Corte Constitucional C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-963 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-1230 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-666 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-431 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

que señala qué debe ser entendido por servidor público⁷; **(ii)** el artículo 150-23 mediante el cual se autoriza al Congreso de la República para que expida las leyes que determinarán el ejercicio de las funciones públicas y, **(iii)** el artículo 125 superior que implementa el régimen de carrera como la regla general para aquellos empleos en órganos y entidades estatales⁸.

3.3.3. Propósitos constitucionales

Esta Corporación, ha reconocido que la carrera cumple con una serie de objetivos adicionales a la materialización del Estado Social de Derecho a través de la Estructura de la función pública⁹, como los siguientes:

3.3.3.1. La garantía de cumplimiento de los fines estatales

Con el sistema de carrera se busca cumplir los fines del Estado ya que éstos permiten que la función pública¹⁰ sea desarrollada con personas calificadas y escogidas bajo el criterio del mérito, de calidades personales y capacidades profesionales que determinen su ingreso, permanencia, ascenso y retiro del cargo, con la vigencia de los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia¹¹.

⁷ En ese sentido señala que se trata de todas aquellas personas que prestan sus servicios al Estado en calidad de miembros de las corporaciones públicas, al igual que los empleados y trabajadores del mismo y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-1177 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Adicionalmente la Corte ha puntualizado que existe “una relación intrínseca” entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, al punto que, según la Corporación, el fundamento constitucional de la carrera administrativa se encuentra en los artículos 125 y 209 superiores”, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, “la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” Ver también las sentencias de la Corte Constitucional C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-126 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz.

¹⁰ Función pública entendida como “el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines”. Sentencia de la Corte Constitucional C-631 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹¹ Sentencias de la Corte Constitucional C-540 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-1177 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil

Por lo anterior, se persigue el mejor funcionamiento posible del servicio público el cual debe ser ejercido conforme a condiciones de igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad las cuales se logran por medio de un proceso de selección de los servidores estatales a través de un concurso de méritos y capacidades (C.P. Preámbulo, arts. 1º, 2º y 209)¹². Por lo anterior, para garantizar la eficiencia y eficacia en el servicio público se hace necesario seleccionar a funcionarios y empleados por su mérito y su capacidad profesional, competencias que son demostradas en el concurso público, con lo cual se logra el ingreso a la carrera¹³.

Igualmente, a través del sistema de carrera se buscan, entre otros, los siguientes objetivos: **(i)** contar con una planta de personal idónea y capacitada que brinde sus servicios de acuerdo a lo solicitado por el interés general¹⁴; **(ii)** tener a su disposición servidores que cuenten con

¹² Sentencias de la Corte Constitucional C-517 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-315 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹³ Sobre los fines de la carrera administrativa ver Sentencias C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero; C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-040 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-041 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-030 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía; C-539 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-540 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-110 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-109 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-371 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-486 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-292 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-954 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-1177 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-517 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-969 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-734 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-077 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-733 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-182 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería. Ver también las Sentencias T-419 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez; C-532 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo. Al respecto la Sentencia de la Corte Constitucional C-315 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño indicó: *“El ingreso a los empleos públicos de las personas más idóneas y capacitadas para el cumplimiento de los propósitos misionales de las instituciones estatales es un presupuesto ineludible para la eficacia de los derechos constitucionales, en los términos del artículo 2 C.P. De igual manera, los concursos públicos basados en el mérito de los aspirantes y la estabilidad en el empleo propia del régimen de carrera administrativa, son características que se muestran constitucionalmente valiosas en términos de realización del principio democrático en la administración pública. En efecto, la operatividad material de los sistemas de carrera administrativa impide la reproducción de prácticas clientelistas y otras formas de favorecimiento a través de la concesión irregular de empleos estatales, comportamientos estos que alejan a la función pública de la satisfacción del interés general y del cumplimiento de los fines esenciales del Estado”*

¹⁴ Sobre los fines de la carrera ver Sentencias C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero; C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-040 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-041 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-030 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía; C-539 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-540 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-110 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-109 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-371 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-486 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-292 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-954 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-1177 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-517 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-969 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-734 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-077 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-733 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-182 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería.

experiencia, conocimiento y dedicación, los cuales garanticen los mejores índices de resultados¹⁵ y; (iii) garantizar que la administración esté conformada con personas aptas tanto en el aspecto profesional como de idoneidad moral, para que el cargo y las funciones que desempeñen sean conforme a los objetivos que espera el interés general por parte de los empleados que prestan sus servicios al Estado¹⁶.

Conforme a lo anterior, esta Corporación ha indicado que al institucionalizar e implementar el régimen de carrera se pretende garantizar la idoneidad de los funcionarios y servidores públicos, la excelencia en la administración pública para lograr los fines y objetivos del Estado Constitucional de Derecho tales como servir a la comunidad, satisfacer el interés general y la efectividad de principios, valores, derechos y deberes contenidos en la Constitución y de esta manera evitar vicios como el clientelismo, favoritismo y nepotismo para conseguir que se logre modernizar y racionalizar el Estado.¹⁷

3.3.3.3. Preservación y vigencia de los derechos fundamentales de las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos

Otro de los objetivos de la carrera es preservar y mantener en vigencia los derechos fundamentales de los individuos para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas y ejercer su derecho al trabajo en igualdad de condiciones y oportunidades de manera estable y contando con la opción de poder ascender de acuerdo a los resultados que haya demostrado al cumplir las funciones de su cargo (CP, arts. 2o., 40, 13, 25, 40, y 53)¹⁸.

¹⁵Al respecto pueden verse, entre otras las sentencias C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, C-391 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara, C-527 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-040 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-063 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-315 de 1998. MP Eduardo Cifuentes Muñoz y C-733 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁶Al respecto pueden verse, entre otras las sentencias de la Corte Constitucional C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero; C-391 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara; C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-527 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-040 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-063 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-315 de 1998, MP Eduardo Cifuentes Muñoz y C-733 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁷ Sentencias de la Corte Constitucional C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-1230 del 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-753 de 2008 M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹⁸ Sentencias de la Corte Constitucional T-419 de 1992 M.P. Simón Rodríguez Rodríguez; C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero; C-1177 de 2001. M. P. Álvaro Tafur Galvis; C-517 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-532 de 2006, M.P.

En el ámbito constitucional, el entendimiento de la función pública en armonía con derechos fundamentales implica realizar una interpretación sistemática de la cláusula del Estado Social de Derecho (art.1); el derecho a la igualdad (art.13); los derechos políticos de los colombianos (art.40.7); el establecimiento de funciones públicas mediante la ley o un reglamento y las limitantes para acceder a cargos públicos (art. 122 con su reforma mediante el A.L. 01 de 2009); la regla para acceder a la carrera por concurso de méritos y el principio de igualdad de oportunidades (art.125); así como la creación de la Comisión Nacional del Servicio Civil (art.130)¹⁹.

De esta manera, resulta evidente la vinculación entre el sistema de carrera con la protección de derecho político a acceder a cargos y funciones públicas (Art. 40-7 C.P.) con igualdad de oportunidades. En este sentido, la necesidad de un concurso público de méritos permite a los ciudadanos que, conforme a un procedimiento abierto y democrático, y sin mediar ninguna diferencia adicional que aquella referente a los requisitos y calidades profesionales necesarias para ocupar el cargo correspondiente, se coloque a consideración de las autoridades del Estado la intención de conformar su estructura burocrática. Además, como se ha indicado, dicho mecanismo de selección debe responder a parámetros objetivos de evaluación, lo que impide tratamientos discriminatorios injustificados en el acceso al servicio público²⁰.

Así mismo, a través de la carrera se logra que los derechos subjetivos de los trabajadores, incluyendo los servidores públicos, sean eficaces especialmente la estabilidad laboral (Art. 53 C.P.). Por lo anterior, y conforme al mandato de acuerdo al cual el ingreso, ascenso y retiro en los cargos del Estado se debe efectuar en condiciones que **(i)** valoren el mérito y las calidades de los aspirantes o servidores; y **(ii)** en caso de retiro del servicio, debe estar relacionado con la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario o por las demás causales que la Constitución o la Ley señalan, ya que

Álvaro Tafur Galvis; C-182 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-315 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-319 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-553 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

de esta manera se puede predicar la existencia de derechos adquiridos de permanecer en el empleo²¹ a favor de los trabajadores que ingresan cumpliendo los requisitos de la carrera²².

1.1.1.1. La estabilidad laboral de sus servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de esos fines²³.

Esta Corporación ha indicado que a través de la carrera se puede garantizar la protección de los derechos de quienes estén vinculados a la carrera y que tienen unos derechos subjetivos adquiridos que el Estado tiene la obligación de respetar y proteger²⁴, si los mismos ejercen su derecho al trabajo con estabilidad y teniendo la opción de ser promovidos de acuerdo a la eficacia con que desempeñen el cargo²⁵ y con la opción de contar con una capacitación profesional y los demás beneficios a los que tienen derecho por ser escalafonados conforme a los artículos 2º, 40, 13, 25, 53 y 54 de la Carta²⁶.

Como consecuencia de la importancia que el derecho al trabajo tiene dentro de la Constitución, la estabilidad de los trabajadores del Estado cobró especial atención. Por este motivo, el artículo 125 Constitucional señaló que todos los empleos en los órganos y entidades estatales sean de carrera, excepto aquellos de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que indique la Ley²⁷.

²¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²² Sentencia de la Corte Constitucional C-553 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²³ Sobre los fines de la carrera ver Sentencias C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero; C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-040 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-041 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-030 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía; C-539 de 1998 M.P. Alejandro Martínez caballero; C-540 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-110 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-109 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-371 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-486 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-292 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-954 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-1177 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-517 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-969 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-077 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-734 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-733 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-182 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería y C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-517 de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-1177 de 2001. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁶ Sentencias de la Corte Constitucional C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-1119 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

El Constituyente pretendió garantizar la estabilidad del trabajador del Estado por medio de la carrera por lo que solo ante el incumplimiento de las condiciones que la ley fija para desempeñar el cargo puede ser retirado del mismo, una vez se cumpla el procedimiento que para tal efecto se ha establecido y mediante el cual se proteja el derecho de defensa por lo que se trató de eliminar la discrecionalidad que había servido anteriormente para otorgar los empleos dentro de entidades y órganos del Estado.

Mas adelante la Corte Constitucional dice:

3.3.4. La carrera como regla general en la Administración Pública

La misma Constitución Política en su artículo 125 determinó que la regla general para acceder a los empleos estatales es el de carrera, con el fin de incentivar y darle prevalencia al mérito como un criterio de selección y permanencia del personal público. Igualmente, como excepción para aplicar la carrera son los empleos de libre nombramiento y remoción, los de elección popular, y los demás que indique la ley²⁸.

Así mismo, en los empleos donde el sistema de provisión no haya sido determinado por la Constitución o la Ley, la regla general sobre la carrera se hace aplicable, por lo que resulta obligatorio acudir al concurso público para nombrar a los funcionarios correspondientes²⁹.

De esta manera, a partir del sistema de carrera la disposición constitucional señala diversas reglas: **(i)** los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera; **(ii)** se exceptúan de ello los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley; **(iii)** en los cargos en que ni la Constitución ni la Ley haya fijado el sistema de nombramiento, deberá realizarse mediante

²⁸ Sentencias de la Corte Constitucional C-334 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero y Julio César Ortiz Gutiérrez; C-475 de 1999. M.P.(E). Martha Victoria Sáchica de Moncaleano; C-1381 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-808 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-963 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-319 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería; C-753 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-284 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa y C-333 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-1122 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: *“Conforme lo prescribe el artículo 125 superior, la regla general es que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”, es decir, “el acceso a ellos se hace previo el cumplimiento de los requisitos y las condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes.” Consecuentemente, el mismo artículo 125 constitucional dispone que “(l)os funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.”*

concurso público; (iv) el ingreso y ascenso en los cargos de carrera, se harán previo cumplimiento de los requisitos que fije la Ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes y (v) en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento, ascenso o remoción en un empleo de carrera³⁰.

Mas adelante la Corte dice:

3.5. LOS PRINCIPIOS APLICABLES A LA CARRERA, LA FUNCIÓN PÚBLICA

3.5.1. La exigencia de la aplicación de unos principios generales el ingreso a la función pública

3.5.1.1. Exigencia internacional

A nivel internacional, ha sido establecida la necesidad e importancia de implementar principios específicos aplicables a cualquier forma de acceso, selección o ingreso a la función pública, los cuales han sido consagrados en diferentes tratados suscritos y ratificados por Colombia:

3.5.1.1.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el numeral segundo del artículo 21 determina que *“toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”*.

3.5.1.1.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el numeral 1º del artículo 23 considera al derecho de acceso a cargos públicos como un derecho político:

“Artículo 23. Derechos Políticos. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

³⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-553 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

*2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, **exclusivamente** por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.*

3.5.1.1.3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra en el artículo 25 al derecho de acceso a cargos públicos, en condiciones de igualdad de oportunidades, en los siguientes términos:

*“Artículo 25. **Todos los ciudadanos** gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;*

b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

*c) Tener acceso, en **condiciones generales de igualdad**, a las funciones públicas de su país³¹”*

3.5.1.1.4. La Observación General núm. 25, mediante la cual se interpreta la citada disposición convencional prevé que:

“Para garantizar el acceso en condiciones generales de igualdad, los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos.

³¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-319 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Podrán adoptarse **medidas positivas** para promover la igualdad de oportunidades en los casos apropiados a fin de que todos los ciudadanos tengan igual acceso”.

Si el acceso a la administración pública se basa en los **méritos** y en la **igualdad de oportunidades**, y si se asegura la **estabilidad** en el cargo, se garantizará su libertad de toda injerencia o presión política”³².

3.5.1.1.5. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en su artículo 4° dispone lo siguiente: “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:(...) j) el derecho a tener **igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones**”³³.

3.5.1.1.6. La de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en el artículo 7° manifiesta: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para **eliminar la discriminación** contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, **en igualdad de condiciones con los hombres**, el derecho a: (...) b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer **todas las funciones públicas** en todos los planos gubernamentales”³⁴.

3.5.1.1.7.La Convención Interamericana contra la Corrupción en el artículo 3° exige que los Estados parte adopten medidas para la contratación de funcionarios públicos y que para adquirir bienes y servicios por parte del Estado aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas:

“A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales,

³² Sentencia de la Corte Constitucional C-319 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³³ Sentencia de la Corte Constitucional C-319 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-319 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

*destinadas a crear, mantener y fortalecer: (...) 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la **publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas**” (negritas y subrayado fuera de texto).*

3.5.1.1.8. La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, mediante su artículo 7°, exige a los Estados Partes que sean consagrados sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos basándose en los principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud:

“Cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Éstos:

- a) Estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud;*
- b) Incluirán procedimientos adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción, así como, cuando proceda, la rotación de esas personas a otros cargos;*
- c) Fomentarán una remuneración adecuada y escalas de sueldo equitativas, teniendo en cuenta el nivel de desarrollo económico del Estado Parte;*
- d) Promoverán programas de formación y capacitación que les permitan cumplir los requisitos de desempeño correcto, honorable y debido de sus funciones y les proporcionen capacitación especializada y apropiada para que sean más conscientes de los riesgos de corrupción inherentes al desempeño de sus funciones. Tales programas podrán hacer referencia a códigos o normas de conducta en las esferas pertinentes”.*

De esta manera, los instrumentos internacionales que han sido suscritos y ratificados por Colombia reconocen y evidencian la necesidad de la existencia de sistemas transparentes, equitativos y eficientes para el ingreso a la función pública.

3.5.1.2. Exigencia constitucional

Mediante el artículo 125 Superior se reconoció la existencia de regímenes aplicables al ingreso a la función pública diferentes a la carrera, tales como: la de elección popular, cargos de libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que la Ley ha determinado. Cabe señalar, que a pesar que todos los regímenes no estén sometidos a la carrera, si están orientados por los principios del artículo 209 de la Constitución, como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Frente a este tema, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el desarrollo de la potestad con la que cuenta el Legislador para regular los requisitos necesarios para acceder a cargos públicos tiene por finalidad preservar el interés general, garantizar que la función administrativa se cumpla conforme a los términos del artículo 209 Superior, y procurar que los fines del Estado consagrados en el artículo 2 de la Constitución³⁵ sean alcanzados.

Igualmente, la Corte Constitucional ha manifestado que respecto al acceso a cargos públicos el legislador debe buscar el equilibrio entre dos principios que orientan la función pública: **(i)** el derecho de igualdad de oportunidades con el que cuentan todos los ciudadanos para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas (CP arts. 13 y 40) y; **(ii)** la búsqueda de la eficiencia y eficacia en la Administración, a través de mecanismos que permitan seleccionar trabajadores que, por su mérito y capacidad profesional, resulten ser los más idóneos para cumplir con las funciones y responsabilidades inherentes al cargo³⁶.

De esta manera, así la discrecionalidad del Legislador sea amplia para regular los requisitos y condiciones de acceso a la función pública, no puede desconocer los derechos fundamentales de quienes aspiran ocupar un cargo público como el derecho de participación

³⁵ Sentencia C-651 de 2006 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), en la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del inciso 3 del artículo 60 de la Ley 610 de 2000 que dice: “*los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, de dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 60. de la ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín.*” La Corte consideró que era razonable y proporcional establecer este requisito porque era necesario restringir el derecho de acceso a ocupar cargos públicos cuando el legislador quiere garantizar la vigencia de los principios constitucionales como los de prevalencia del interés general, moralidad, transparencia, eficacia y eficiencia administrativa.

³⁶ Sentencia C-109 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

y de igualdad. Por tal motivo, conforme a los principios de eficiencia y eficacia de la función pública, se debe procurar determinar las condiciones que se adapten al mérito, capacidad de los aspirantes y, en especial a las exigencias del servicio³⁷.

Conforme a lo anterior, la facultad con la que cuenta el legislador para regular las condiciones y requisitos necesarios para acceder a los cargos públicos, tiene como objetivo garantizar el interés general (C.P. art. 209) y procurar el logro de los fines esenciales del Estado (C.P. art. 2°), cumpliendo con los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, y con los límites que permiten la realización de los principios de la función pública, estos son, la eficiencia, economía, igualdad, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.)³⁸.

Igualmente, en diversas ocasiones³⁹, la Corte Constitucional ha indicado que la potestad del legislador no es absoluta y que debe buscar en el ejercicio de su competencia, el equilibrio entre dos principios de la función pública **(i)** el derecho que tienen todos los ciudadanos para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas en igualdad de oportunidades, y **(ii)** la búsqueda de la eficiencia y eficacia en la administración mediante mecanismos que permitan seleccionar a aquellas personas que por su mérito y capacidad profesional, resulten las más idóneas para cumplir con las funciones y responsabilidades inherentes al cargo⁴⁰.

3.5.2. Los principios específicamente aplicables a la carrera

³⁷ Sentencias de la Corte Constitucional C-100 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-109 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

³⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-100 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-109 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

³⁹ Ver entre otras las sentencias C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-511 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, A.V. Fabio Morón Díaz, C-537 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón, C-408 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería, A.V. Manuel José Cepeda Espinosa, C-109 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, C-739 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, S.V. Rodrigo Escobar Gil, C-100 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, A.V. Jaime Araujo Rentería, C- 171 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-1174 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-099 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

3.5.3. Esta Corporación ha manifestado que la carrera está orientada por los principios de la administración, especialmente por la igualdad, mérito y estabilidad⁴¹, los cuales son analizados a continuación:

3.5.3.1. Principios de la función pública

El Constituyente de 1991, estableció que la carrera permite que la función pública sea ejercida por personas calificadas y conforme a los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia⁴².

Por lo anterior, se puede observar la relación que tiene el cumplimiento de los fines estatales y la prevalencia que el Constituyente le adjudicó a la carrera. En este sentido, existe una estrecha relación entre el cumplimiento de los fines del Estado y la prioridad que el constituyente otorga a la carrera⁴³.

De esta manera, la Corte Constitucional ha resaltado la “*relación intrínseca*” que subyace entre la carrera y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública,

⁴¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-954 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería: “*Además de los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la carrera administrativa deberá desarrollarse fundamentalmente en los siguientes:*

- *Principio de igualdad, según el cual para el ingreso a los empleos de carrera se brindará igualdad de oportunidades, sin discriminación de ninguna índole, particularmente por motivos como credo político, raza, religión o sexo; de la misma forma, para el ascenso, la estabilidad y la capacitación de quienes pertenezcan a la carrera, las organizaciones y entidades garantizarán que los empleados participen con criterio de igualdad y equidad.*

- *Principio del mérito, según el cual el acceso a cargos de carrera, la permanencia en los mismos y el ascenso estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas y la experiencia, el buen desempeño laboral y la observancia de buena conducta de los empleados que pertenezcan a la carrera y de los aspirantes a ingresar a ella.”*

De igual forma, el funcionario de carrera goza de una garantía de permanencia en su cargo, en armonía con el artículo 53 de la Carta, la cual, sin embargo, está sujeta a la ocurrencia o no de las situaciones previstas en el artículo 125 superior, que consagra los eventos en que procede el retiro del servidor público inscrito en carrera administrativa, a saber: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley

⁴² Sentencia de la Corte Constitucional C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴³ Sentencias de la Corte Constitucional C-954 de 2001. M. P. Jaime Araujo Rentería, C-315 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño y C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: “*que se explica en la naturaleza del sistema y en los principios que lo fundan*”, dado que “*la operatividad material de los sistemas de carrera administrativa impide la reproducción de prácticas clientelistas y otras formas de favorecimiento a través de la concesión irregular de empleos estatales, comportamientos estos que alejan a la función pública de la satisfacción del interés general y del cumplimiento de los fines esenciales del Estado*”

indicando además que el fundamento constitucional de la carrera se encuentra en los artículos 125 y 209 superiores⁴⁴.

3.5.3.2. Principio de igualdad

La Constitución Política de Colombia en el numeral 7 del artículo 40 determina que todos los ciudadanos tienen el derecho fundamental a participar en condiciones de igualdad en la conformación, ejercicio y control del poder político. Igualmente, se establece que para que este derecho sea efectivo se puede tener acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, conforme a las reglas del concurso público y a los méritos y calidades propias (C.P. art 125). Cabe resaltar que esta posibilidad deriva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en donde se reconoce la igualdad de los ciudadanos ante la ley y se declara que pueden acceder a todas las dignidades, puestos y empleos por su capacidad y sin distinción diferente que sus virtudes y talentos⁴⁵.

Por tal motivo ha indicado esta Corporación que el principio de igualdad es contrario a cualquier regulación que contenga requisitos diferentes al mérito y capacidad de los participantes, sin tener un fundamento objetivo o donde las pruebas no hayan sido valoradas razonablemente ni de manera acorde a su importancia, de conformidad al cargo que se va a otorgar, ya que con tales actuaciones se obstruye el derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones igualitarias⁴⁶.

⁴⁴ Sentencias de la Corte Constitucional C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo y C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, *“la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”*

⁴⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁴⁶ Sentencias de la Corte Constitucional C-211 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Ver además entre otras, las Sentencias C-555 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-507 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-245 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell; SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-741 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-153 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-155 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-647 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz; C-292 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-808 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-973 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-421 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-1040 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

Respecto al principio de igualdad de oportunidades, ha indicado la jurisprudencia constitucional⁴⁷ que se refiere a las ocasiones de las personas para compartir la misma posibilidad de tener un empleo, sin importar que con posterioridad y por motivos justos no se logren las mismas posiciones o el cargo que se pretendía. De esta manera, las opciones al acceso a empleos estatales dentro del régimen de carrera conllevan a que las expectativas de las personas sean concretadas en el reconocimiento de oportunidades iguales sin que se les permita a las autoridades generar tratos preferentes sin que medie una justificación objetiva⁴⁸.

Mas adelante la Corte dice:

3.5.3.3. Principio del mérito

El constituyente de 1991 le otorgó una relevancia superior al mérito como un criterio que define cómo se accede a la función pública y por tal motivo incorporó el concurso público como una forma de establecerlo, excepto en los cargos de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que establezca la ley. El artículo 125 Superior, autoriza al legislador para que **(i)** determine los requisitos y condiciones determinantes de méritos y calidades de los aspirantes; **(ii)** defina las causales de retiro -además de la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario y las consagradas en la Constitución- y prohíba tomar la posición

⁴⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-023-1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-1381 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Ver también las Sentencias de la Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: Tratándose de la relación de la carrera administrativa con el derecho a la igualdad, la Corporación ha indicado que *“el acceso a la carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes es una manifestación concreta del derecho a la igualdad”* que se opone al establecimiento de *“requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes”*, pues, en tal evento, se erigirían *“barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales”* y En este sentido, *“la posibilidad de acceso a los empleos estatales, bajo el régimen de carrera, permite que las expectativas que tienen (las personas) se concreten en el reconocimiento de iguales oportunidades, sin que les sea dado a las autoridades otorgar tratos preferentes”* o carentes de *“justificación objetiva”* e implica, por lo tanto, *“que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca”*

política de los ciudadanos para determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción⁴⁹.

Igualmente, y frente a la interpretación que la Corte Constitucional ha efectuado de las disposiciones constitucionales sobre la carrera, se estableció que la misma está fundamentada en el mérito, en la capacidad del funcionario público, la cual es considerada como un elemento destacado de la carrera e implica que tenga el carácter de regla general que a la misma le corresponda. Por tal motivo, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que los principios generales de la carrera están dirigidos a la eficacia del criterio del mérito para acceder, permanecer o retirarse del empleo público⁵⁰ y, por tal motivo, el artículo 125 superior establece al criterio del mérito como regla general⁵¹.

Cabe resaltar que la Corte Constitucional ha considerado al mérito como un fundamento contenido en la Carta Política de Colombia para ingresar y ascender a la carrera pública⁵².

3.5.3.4. Principio de estabilidad

El principio de estabilidad ha sido entendido por esta Corporación como “*la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo,*”⁵³ por lo que implica que es un factor esencial para proteger al trabajador, y respecto a los

⁴⁹ Sentencias de la Corte Constitucional C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-315 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵¹ Sentencias de la Corte Constitucional C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵² Sentencia de la Corte Constitucional C-011 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara. “*La ratio iuris de una carrera no es otra que la de racionalizar la administración mediante una normatividad que regule el mérito para el ingreso, el ascenso, los concursos, la capacitación, las situaciones administrativas y el retiro del servicio. Con ello se objetiviza el manejo del personal y se sustraen los empleos de factores subjetivos. La idea de “mérito” es la piedra de toque del ingreso a la carrera. Tal idea es heredera espiritual de las ideas platónicas acerca del filósofo-rey. (Corte Constitucional C-071 del 25 de febrero de 1993. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero)*”

⁵³ Sentencia de la Corte Constitucional C-479 de 1992, MP: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

servidores públicos se constituye como un mecanismo para garantizar la eficacia en el cumplimiento de las funciones del Estado⁵⁴.

Este principio implica que conforme a los artículos 53 y 125 Superiores, todos los trabajadores, sean servidores del Estado o estén vinculados al sector privado, pertenecen al sistema de carrera y cuentan con una expectativa cierta de continuar con su empleo si cumplen las obligaciones laborales propias de su cargo.⁵⁵

⁵⁴ Sentencias de la Corte Constitucional C-048 de 1997, MP: Hernando Herrera Vergara y C-838 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵⁵ Sentencias de la Corte Constitucional C-479 de 1992, MP: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. La Corte declara inexecutable una norma dictada en desarrollo de facultades extraordinarias que establecía un sistema especial de retiro para empleados de carrera con declaratoria de insubsistencia e indemnización o retiro voluntario con compensación, por violar el principio de estabilidad consagrado en el artículo 125 Superior. La Corte sobre este mismo punto ha afirmado que “...el principio general en materia laboral para los trabajadores públicos es la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo. (...) Esa estabilidad resulta ser esencial en lo que toca con los empleos de carrera, ya que los trabajadores inscritos en ella tan solo pueden ser separados de sus cargos por causas objetivas, derivadas de la evaluación acerca del rendimiento o de la disciplina del empleado”.

Mas adelante la Corte dice: En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional en las sentencias C-011 de 1996⁵⁶, C-063 de 1997⁵⁷ C-045 de 1998⁵⁸ y C-486 de 2000⁵⁹ reconoció la importancia de los concursos de ascenso, pues permiten dar efectividad al derecho a la estabilidad de quienes vinculados con la administración y reconocer los méritos de quienes hayan demostrado calidades, aptitudes y preparación para ascender en la entidad pública en la cual laboran.

⁵⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-011 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara: “Al momento de presentarse una vacante en la Registraduría Nacional del Estado Civil, rige el derecho de preferencia adquirido por el personal de carrera administrativa, debiendo iniciarse la provisión, en primer lugar, con los funcionarios escalafonados de esa institución, mediante el concurso que constitucional y legalmente se ha implementado, es decir, con el concurso cerrado o de ascenso, y luego, si no han sido llenados dichos cargos, se deberá, en consecuencia, proseguir con el concurso abierto para dar igual oportunidad a aquellos que no pertenecen a la carrera administrativa. Los artículos, en sus partes acusadas, en nada vulneran la Constitución Política, pues, antes por el contrario se ajustan a los principios generales de la carrera reconocidos en la Carta; además de que protegen los derechos de preferencia y los derechos adquiridos de quienes pretendan ascender, y de aquellas que deseen aspirar a ingresar a la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

⁵⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-063 del 11 de febrero de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero: “Por el contrario, la libertad de configuración en el ascenso en los cargos de carrera es más amplia, en la medida en que el Legislador se coloca frente a tres objetivos con igual peso jurídico y fuerza vinculante, lo cual permite desarrollar un campo numeroso de opciones legítimas, según la razonable ponderación que efectúe el órgano político. Así, en determinadas ocasiones, puede la ley consagrar formas de concurso cerrado con el fin de proteger de manera preferente las expectativas de ascenso de los servidores ya escalafonados. Este procedimiento podría denominarse un concurso de ascenso en estricto sentido, pues desde un punto de vista puramente lógico y semántico, sólo pueden ascender en el escalafón quienes ya han ingresado a él, ya que un ascenso significa pasar de un nivel inferior a uno superior dentro de una misma jerarquía, lo cual supone que la persona ya hace parte de la organización. En ese orden de ideas, es razonable que el artículo 11 de la Ley 27 de 1992, la cual regula de manera general la carrera administrativa, señale que existen dos clases de concurso, abiertos para el ingreso a la carrera y de ascenso para el personal escalafonado.

⁵⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-045 de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía: “La Corte ha reconocido, dentro de ciertos límites, la facultad del legislador de organizar concursos que tengan por objeto permitir ascensos dentro de la carrera, y en los que participen sólo quienes estén en ella, como una forma de dar efectividad al derecho a la estabilidad de quienes vinculados con la administración, deseen ascender: concursos para ascensos”.

⁵⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-486 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo: “El ascenso como la palabra lo indica, busca seleccionar para un rango superior a quien, ya estando incorporado, muestre de manera comprobada méritos suficientes para subir en la escala jerárquica del organismo al que pertenece o en otros de la Administración, imponiéndose por sus calidades, aptitudes y preparación sobre otros aspirantes también incorporados al servicio dentro de la institución o grupo de instituciones de que se trate. Por tanto, el concurso, para ascender en la jerarquía de la carrera, se produce, ya no con carácter abierto sino cerrado -es decir, comprende sólo a quienes, estando en niveles inferiores, en la organización del ente respectivo, pretenden acceder a puestos de grado superior-, o mixto, propiciando que en ciertas entidades u organismos sean llamadas a concurso personas no vinculadas a la carrera, junto con las que ya lo están, o permitiendo a aspirantes de varias entidades que puedan participar, bajo ciertas condiciones, aun tratándose de servidores externos a la entidad”.

Posteriormente, en la sentencia C-266 de 2002 la Corte matizó este criterio considerando que si bien los concursos de ascenso estimulan a quien se ha destacado y reconocer los esfuerzos, el cumplimiento, la eficiencia y la experiencia en la carrera de la entidad, ello no podría impedir completamente que otras personas que no estén en cargos de carrera participen en este concurso, pues se vulneraría el derecho a la igualdad de oportunidades y al acceso al desempeño de funciones o cargos públicos de terceros ajenos a la entidad⁶⁰.

⁶⁰ Sentencia de la Corte Constitucional Sentencia C-266 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “Los fines perseguidos por la norma que define quienes pueden en principio participar en el concurso de ascenso de la Procuraduría General son estimular a quien se ha destacado y reconocer los esfuerzos, el cumplimiento, la eficiencia y la experiencia en la carrera de la entidad. Tales fines son sin duda legítimos e importantes. Ahora bien, uno de los medios escogidos por el legislador para alcanzar dichos fines es el concurso cerrado para ascender a un cargo de carrera de superior jerarquía, en el cual sólo pueden participar – en principio, esto es, si hay por lo menos cinco inscritos en la carrera que cumplen con los requisitos para optar por el cargo que se prevé proveer – los inscritos en la carrera de la entidad. Se pregunta la Corte si la afectación del derecho a la igualdad de oportunidades, respecto de las personas ajenas a la entidad que quisieran ocupar el cargo vacante, que implica el impedirles participar en el concurso cerrado de ascenso, es razonable, o, por el contrario, vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de terceros ajenos a la entidad.

En concepto de la Corte, aunque el mecanismo del concurso cerrado resultase adecuado para alcanzar los fines de estimular a los inscritos en la carrera de la Procuraduría y reconocerles su cumplimiento, eficiencia y experiencia en el desempeño de cargos en la entidad, lo cierto es que el concurso cerrado de ascenso – y la exclusión de terceros igual o más calificados que éste lleva implícita – es innecesario, ya que existen otros medios menos lesivos de los derechos fundamentales de terceros – quienes también podrían, por sus calidades, optar para ocupar el cargo de carrera mediante el concurso público – y más adecuados para asegurar no sólo los fines de la norma sino también otros igualmente importantes como son la buena calidad de la función pública y la igualdad en el acceso y el ejercicio de la función pública. En efecto, nada impide que en el diseño del concurso se diseñen y adopten otros medios como, por ejemplo, el otorgamiento de puntos a los inscritos en la carrera y el ascenso del escalafonado y no del externo en caso de empate, con miras a estimular a los servidores de carrera y valorar su desempeño y su experiencia en la entidad, siempre que dichos medios no establezcan ventajas que en la práctica equivalgan a una barrera de entrada para los ciudadanos ajenos a la entidad ni represente un privilegio contrario al sistema de mérito en la provisión de cargos que protege la igualdad de oportunidades. El medio alternativo del concurso abierto (o mixto) además de valorar la dedicación de los servidores de carrera, no excluiría a otros potenciales participantes con mayores calidades y méritos. Con ello se deja a salvo, además, el derecho a la igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.) en el acceso a los cargos públicos (art. 41 num. 7 C.P.), se optimiza la calidad de la función pública y se promueve el principio de imparcialidad como fundamento de la función administrativa (art. 209 C.P.).

En consecuencia, el legislador vulneró los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y al acceso al desempeño de funciones o cargos públicos, así como el principio de imparcialidad en que se basa la función administrativa cuando escogió el concurso cerrado de ascenso como medio de reconocimiento de las calidades y los méritos a los inscritos en la carrera de la entidad. Es el concurso público, bien sea abierto o mixto, el medio alternativo que debe emplearse para el nombramiento de funcionarios de carrera cuando se trata de proveer cargos de carrera en la Procuraduría General de la Nación, aún para aquellos de elevada jerarquía”.

Por lo anterior, se ha reconocido la posibilidad de que existan concursos mixtos que concilien entre los objetivos de brindar igualdad en el acceso y otorgar la posibilidad de promover a quien previamente ha ingresado a la carrera y ha cumplido eficientemente con sus funciones.”.

3.2.-GRAN SINTESIS

Cómo síntesis del Estado actual de la carrera administrativa en el derecho colombiano podemos decir:

Primero: Que la carrera administrativa como principio constitucional fundamental, tiene una relación inescindible con otros principios, valores y derechos humanos fundamentales.

Segundo. - Que la carrera administrativa es la regla general para ingresar a la administración pública Por mandato del artículo 125 de la constitución colombiana.

Tercero: La carrera administrativa sirve para materializar el Estado social y democrático de derecho establecido en el artículo 1 de nuestra constitución.

Cuarto: La carrera administrativa es la garantía del cumplimiento de los fines estatales establecidos en el artículo 2 de nuestra constitución.

Quinto: La carrera administrativa es el instrumento o medio para materializar ciertos derechos fundamentales que protege y preserva cómo son los derechos fundamentales a la igualdad del artículo 13 de la constitución, el derecho al trabajo artículo 25 de la constitución; el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y especialmente el de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y atender dentro de ellos y ascender dentro de ellos cómo lo establece el artículo 40 y especialmente el numeral 7° del mismo.

Sexto: La Carrera administrativa busca proteger la estabilidad laboral de los funcionarios públicos y sus posibilidades de ascenso si cumplen con sus deberes. Evita que la administración pública se convierta en un botón político; artículos 53 y 54 de la constitución.

Séptimo: La carrera administrativa se rige por una serie de principios constitucionales, siendo ella misma un principio y se encuentra sometida a una serie de exigencias tanto de normas jurídicas nacionales como internacionales.

Dentro de la exigencia internacionales se encuentran muchas de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad Y por mandato del artículo 93 de nuestra constitución esos tratados y convenios internacionales prevalecen en el orden jurídico interno

Octavo: Además de las exigencias de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad encontramos exigencias de orden constitucional en artículos como el 2; el 125 y el 209 de nuestra constitución.

Noveno: Existen una serie de normas y principios específicamente aplicable a la carrera dentro de esos principios encontramos:

- a. principios de la función pública
- b. el principio de igualdad
- c. el principio del mérito
- d. el principio de estabilidad de los funcionarios públicos
- e. la posibilidad de ascender dentro de la carrera dentro de lo que se conoce como los concursos mixtos Qué son aquellos concursos qué combinan el ascenso y el ingreso Y dónde Se reserva un número para ascender con fundamento en el mérito.

3.3.-SEGUNDA PREMISA FUNDAMENTAL

3.3.1.-LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL TRABAJO Y AL ACCESO A LA FUNCION O AL ASCENSO DE CARGOS PUBLICOS, PASAN NECESARIAMENTE POR LOS PROCESOS DE SELECCIÓN Y CONCURSOS DE INGRESO O ASCENSO.

INGRESO Y ASCENSO FORMAN UNA UNIDAD INDISOLUBLE INTEGRANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL TRABAJO (25C.P.) Y A DESEMPEÑAR FUNCIONES PUBLICAS (40.7 C.P.).

Lo primero es recordar que el derecho al trabajo, artículo 25 de la constitución y el derecho al ingreso o ascenso para desempeñar funciones públicas, art. 40 numeral 7, de la constitución, son derechos fundamentales con todas las consecuencias que eso implica Determinar un derecho como fundamental trae consecuencias jurídicas muy importantes como son:

1.- Vincula a todos los poderes públicos.

Con esta propiedad se afirma que están obligados a respetarlos, protegerlos y promoverlos, las tres ramas del poder público (legislativo, ejecutivo y judicial) y todas las demás autoridades (órganos de control, órganos autónomos, etc.).

2.- Se aplican directamente.

Con esta característica se trata de señalar como su aplicación no está condicionada a la existencia de una ley previa que los desarrolle y que se pueden aplicar aun cuando todavía no exista ley que los desenvuelva. Esto quiere decir que su eficacia y aplicación no depende de la voluntad del legislador. Si existen en la constitución se aplican y producen efectos, sin ley o con ley.

3.- Existe reserva de ley.

Con este atributo queremos señalar que el derecho fundamental solo puede ser regulado por el legislador y no por el órgano ejecutivo. También queremos significar que el legislador no puede facultar (por medio de la ley), o deferir o remitir al órgano ejecutivo la regulación del derecho fundamental.

En el caso de Colombia el derecho fundamental no solo tiene reserva de ley, sino que, además, su NUCLEO ESENCIAL debe contenerse en una ley especial, como es la denominada ley estatutaria, por mandato del artículo 152, literal a de la Constitución política de Colombia. Reserva de ley y no de cualquier ley, sino de una ley especial, la ley estatutaria para el núcleo esencial del derecho fundamental; de modo que la regulación del núcleo esencial por medio de ley ordinaria o por medio de decreto-ley de facultades extraordinarias es inconstitucional.

4.- Existen límites a sus límites. EL Núcleo Esencial del Derecho Fundamental.

Con esta propiedad queremos señalar, que el único que puede regularlos, que es el legislador, no puede regularlos como quiera, pues tiene límites en su regulación, ya que no puede restringir su contenido esencial, pues el contenido esencial del derecho, o el núcleo del derecho, es un límite para el legislador.

En términos sencillos se entiende por núcleo o contenido esencial aquello que hace que un derecho sea ese derecho y no otro derecho, o deje de ser un derecho fundamental. Por ejemplo, si el legislador dijera en una norma, que solo se permiten las reuniones de una sola persona, esta norma sería inconstitucional, ya que toda reunión presupone la existencia de una pluralidad

de sujetos; por lo menos de dos personas, ya que es imposible que me reúna solo yo con yo. Esta Norma desnaturaliza completamente el derecho de reunión; ataca su núcleo esencial, qué es la pluralidad de sujetos reunidos, de modo que al prohibir la reunión de más de una persona en realidad lo que está es acabando el derecho de reunión, destruyendo su núcleo esencial. Las restricciones a los derechos fundamentales solo se permiten cuando se realizan buscando el bien común; pero no cualquier bien común, ya que este tiene que ser objetivo y RAZONABLE (y proporcional en sentido amplio), la limitación tiene que servir de medio idóneo, eficaz y adecuado para obtener el objetivo o fin (bien común), pero además de adecuado o idóneo, el medio tiene que ser necesario, es decir que no exista otro medio igualmente eficaz que no afecte el derecho fundamental o que lo haga en menor medida.

TANTO EL DERECHO A INGRESAR COMO A ASCENDER DENTRO DE LA FUNCION PUBLICA FORMAN UNA UNIDAD INDISOLUBLE INTEGRANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL TRABAJO (25C.P.) Y A DESEMPEÑAR FUNCIONES PUBLICAS (40.7 C.P.).

Tanto ingresar como ascender a un trabajo, ingresar o ascender a la función pública, forman una unidad, son 2 aspectos de los mismos derechos, son 2 caras de una misma moneda. Como el dios Jano de los romanos que tenía 2 caras unidas. En consecuencia, los artículos 25 y 40.7 de la constitución, protegen y garantizan ambos aspectos. Tan protegido está el ingreso, como el ascenso dentro de la función pública; los 2 tienen la misma protección de los artículos 25 y 40.7.

Demostrado como quedó arriba que el principio de carrera administrativa es un principio fundamental y que está en íntima relación con varios derechos fundamentales es imprescindible mirar cómo se producen, en la práctica, esas conexiones pues sería absurdo afirmar que están conectados y después olvidarnos como se producen esas conexiones en la praxis, en la realidad, o como se afectan mutuamente las cosas conectadas. Como la conexión condiciona o determina a las cosas o personas conectadas.

Es claro y está fuera de toda discusión que por mandato del artículo 125 de la constitución que en Colombia los empleos en los órganos y entidades del Estado son por regla general de

carrera administrativa. Es claro también que el ingreso a los cargos de carrera o el ascenso dentro de la misma se hace previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; esto es mediante el proceso de selección, como el que establece el artículo 28 del demandado.

Es claro también que en este caso se trata de una entidad del Estado como es la Dian; en consecuencia, es claro que quien trate de buscar un empleo o un trabajo en la Dian tiene que realizar un proceso de selección para ingresar o ascender si ya se encuentran en la institución. Es así mismo claro que cualquier ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y especialmente en una de sus manifestaciones que es el derecho a acceder al desempeño de una función o cargo público dentro de la Dian debe también pasar por este proceso de selección.

3.3.2. VIAS DE ACCESO AL PODER POLITICO

De otro lado debemos tener en cuenta las denominadas vías de acceso al poder político o rutas de acceso al poder político. Aclaremos que en este caso haremos abstracción de que se trata de vías de acceso legítimas o ilegítimas, antiguas o modernas; ya que por ahora sólo es importante recordar algunas de las que han existido: dentro de ellas encontramos a título de ejemplo; la herencia, la conquista, la cooptación, el golpe de Estado, la suerte; la revolución. Modernamente las elecciones y los concursos u oposiciones. En nuestro sistema jurídico tenemos algunas de ellas y no tenemos otras; no tenemos por ejemplo la herencia, la conquista, el golpe de Estado. Tenemos, por ejemplo, la cooptación en la cúspide de algunos órganos de la rama judicial; tenemos también la suerte en el caso en que se suscite un empate electoral, por ejemplo, en las elecciones de distritos electorales unipersonales como las alcaldías o las gobernaciones. Tenemos también las elecciones y existen la más común para ingresar a un cargo público y hacer efectivo el derecho al trabajo de muchos colombianos, como es el concurso, medio fundamental para acceder al desempeño de funciones o cargos públicos, mediante concursos para ingresar o ascender; concurso que necesariamente pasa por un proceso de selección.

Visto desde la dirección contraria; necesariamente hay que pasar por un proceso de selección si yo aspiro a un trabajo en la administración pública en cualquiera de sus tres niveles, nacional, departamental o municipal, ya que la carrera es la regla general en todos estos tres niveles de la administración pública.

Si yo quiero hacer realidad mi derecho al trabajo del artículo 25 de la constitución en una entidad del estado necesariamente debo realizar el proceso de selección y si esta entidad es la Dian necesariamente debo recorrer los pasos que establece el artículo 28 del decreto 071 del 2020.

Dicho de otra manera, cualquier ciudadano colombiano que quiera hacer eficaz el derecho fundamental que tiene a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos; o el derecho a tener un trabajo en una institución del Estado, como la Dian, tiene necesariamente que recorrer un concurso.

Expresado de manera clara: si yo quiero hacer efectivo, real y concreto el derecho fundamental al trabajo del artículo 25 de la constitución y mi derecho también fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, en su modalidad de acceso al desempeño de funciones o cargos públicos en la Dian; necesariamente debo recorrer un proceso de selección.

No sobra recordar que el proceso de selección es la columna vertebral del concurso de la Dian. Es la condición sine qua non para poder acceder o ascender a un cargo dentro de la Dian y afecta de manera necesaria y directa mi derecho fundamental al trabajo o el que tiene cualquier ciudadano; así como el derecho fundamental a acceder a cargos o funciones públicas y no tengo otra alternativa ya que a la Dian no se puede ingresar por regla general, ni a través de la herencia (como en las monarquías); tampoco se puede ingresar a través del golpe de Estado; como no se puede ingresar a través de cooptación; ni a través de conquista; ni a través de la revolución, ni a través de la suerte, tampoco por medio de elecciones. Entonces la única manera que queda (que es además la regla general) es a través de concursos y para poder ingresar o ascender es necesario, en el exacto sentido filosófico del término (como aquello que NO se puede evitar), con la misma regularidad con que se produce la ley

de la gravedad, como una necesidad casi ciega, determinista; realizar inevitablemente un proceso de selección y su concurso. Tengo inevitablemente, para realizar, concretar mi derecho al trabajo y al acceso a la función pública que transitar por un proceso de selección, lo que lo convierte en una condición necesaria para ejercerlos.

Y si no soy llamado a un proceso de selección para ascenso, cuando ya estoy dentro de la Dian, jamás podré hacer efectivo mi derecho fundamental a ascender dentro de la función pública.

3.4.-TERCERA PREMISA FUNDAMENTAL

LA SUSPENSION PROVISIONAL DEBE DECRETARSE AUN DE OFICIO, CUANDO SE VULNERAN DERECHOS FUNDAMENTALES

Así ha quedado establecido desde la existencia del anterior código contencioso administrativo, en la sentencia C-197 de 1999 (C-197-99), en la que la Corte Constitucional en la parte pertinente dijo:

3.4.1.-Sentencia C-197-99

“2.6. No obstante lo anterior, debe advertir la Corte que en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial, no se debe extremar la aplicación de la norma acusada, al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que atente contra dicho principio. En tal virtud, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad.

2.7. Considera la Corte, que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente.

A la misma conclusión llegó la Corporación en la sentencia SU-039/97⁶¹ cuando consideró que en caso de violación de derechos fundamentales es posible, aplicando directamente la Constitución Política suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, así no se invoquen expresamente como fundamento de la suspensión las respectivas normas. Dijo la Corte en dicha sentencia:

"La necesidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales y de efectivizarlos, impone un cambio, una nueva concepción, de la institución de la suspensión provisional. El viraje que se requiere para adaptarla a los principios, valores y derechos que consagra el nuevo orden constitucional puede darlo el juez contencioso administrativo o inducirlo el legislador, a través de una reforma a las disposiciones que a nivel legal la regulan."

"El juez administrativo, con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de transgresión de aquéllos. Decisiones de esa índole tendrían sustento en:

- La primacía que constitucionalmente se reconoce a los derechos fundamentales y a la obligación que tienen todas las autoridades- incluidas las judiciales- de protegerlos y hacerlos efectivos (art. 2 C.P.)."*

"- La aplicación preferente de la Constitución frente a las demás normas jurídicas y así mismo el efecto integrador que debe dársele a sus disposiciones con respecto a las demás normas del ordenamiento jurídico. De este modo, al integrar las normas que regulan la suspensión con las de la Constitución se podría lograr una mayor eficacia y efectividad a dicha institución."

"- La necesidad de dar prevalencia al derecho sustancial (art. 228 C.P.), mas aún cuando este emana de la Constitución y busca hacer efectivas la protección y la vigencia de los derechos fundamentales."

"- La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos tiene un fundamento constitucional. El art. 238 permite dicha suspensión "por los motivos y con los requisitos que establezca la ley". Siendo la Constitución ley de leyes y pudiendo

⁶¹ M.P. Antonio Barrera Carbonell

aplicarse sus normas directamente, sobre todo, cuando se trate de derechos fundamentales (art. 85), es posible aducir como motivos constitucionales para la procedencia de la suspensión provisional la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales."

"La idea central que se debe tener presente es que las diferentes jurisdicciones, dentro de sus respectivas competencias, concurran a la realización del postulado constitucional de la efectivización, eficacia y vigencia de los derechos constitucionales fundamentales. Por lo tanto, la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos por violación de los derechos constitucionales fundamentales, independientemente de que ésta sea manifiesta o no, indudablemente, puede contribuir a un reforzamiento en los mecanismos de protección de los referidos derechos."

2.8. Considera igualmente la Corte que la exigencia prevista en el segmento normativo acusado, no puede significar que el juez administrativo pueda sustraerse de la obligación contenida en el art. 4 de la Constitución, conforme al cual "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", norma esta última que tiende a garantizar la supremacía y defensa del ordenamiento jurídico superior.

Lo expresado tiene su justificación en los razonamientos expuestos por esta Corte en la sentencia C-069/95⁶², en la cual, a propósito de la declaración de exequibilidad condicionada del art. 66 del C.C.A., se dijo:

"Considera la Corte que el texto constitucional ha de hacerse valer y prevalece sobre la preservación de normas de rango inferior. La función de la Constitución como determinante del contenido de las leyes o de cualquier otra norma jurídica, impone la consecuencia lógica de que la legislación ordinaria u otra norma jurídica de carácter general no puede de manera alguna modificar los preceptos constitucionales, pues la

⁶² M.P. Hernando Herrera Vergara

defensa de la Constitución resulta más importante que aquellas que no tienen la misma categoría".

"Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, esta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa, la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades con plena competencia para ello".

"Desde luego que la norma inaplicable por ser contraria a la Constitución en forma manifiesta, no queda anulada o declarada inexecutable, pues esta función corresponde a los organismos judiciales competentes, en virtud del control constitucional asignado por la Carta Fundamental en defensa de la guarda de la integridad y supremacía de la norma de normas (artículos 237 y 241 C.P.)".

"Si bien es cierto que por regla general las decisiones estatales son de obligatorio cumplimiento tanto para los servidores públicos como para los particulares "salvo norma expresa en contrario" como lo señala la primera parte del artículo 66 del decreto 01 de 1984, también lo es que, cuando de manera palmaria, ellas quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4° de la Carta ya citado, que ordena -se repite- que 'en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales', sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6° de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones".

3. En conclusión, por las razones anteriormente expuestas, considera la Corte que el aparte normativo acusado no viola las normas invocadas por el demandante ni ningún otro precepto de la Constitución. No obstante, la norma será declarada exequible condicionada a que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito tantas veces mencionado, y que cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica deberá aplicar el art. 4 de la Constitución.”.

Y agregamos nosotros; no sobra recordar que el art 40.7 es de aplicación inmediata por mandato del artículo 85 de la constitución junto con los derechos a la igualdad, el habeas data, petición, debido proceso, etc. Y por lo mismo procede la suspensión provisional de los actos administrativos que los violen, como sucede con el acuerdo 0285 de septiembre 10 de 2020, de la Comisión Nacional del Servicio Civil. El art 85 de la constitución dice: “**ARTÍCULO 85.** Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40.”.

Con estas premisas fundamentales, podemos comenzar a examinar la gran cantidad de normas de superior jerarquía violadas por los actos administrativos que se demandan. No sobra recordar que esos actos administrativos son nulos si violan cualquier norma de superior jerarquía.

4.-VIOLACION DE LAS NORMAS EN QUE DEBÍAN FUNDARSE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS.

El acto administrativo es nulo por violación de varias normas constitucionales, y que por lo mismo son normas de superior jerarquía.

Comencemos por recordar la norma demandada, subrayando la parte que se demanda. Y las normas constitucionales violadas, en sus apartes pertinentes.

Constitución Política Colombiana: Artículos 1; 2; 13; 25; 29; 40.7; 53; 125; 130; 341; etc.

ARTÍCULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

ARTÍCULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

ARTÍCULO 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

ARTÍCULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

...

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, ...

ARTÍCULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad

sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

ARTÍCULO 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.

ARTÍCULO 341.

...

El Plan Nacional de Inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores, con todo, en las leyes anuales de presupuesto se podrán aumentar o disminuir las partidas y recursos aprobados en la ley del plan. Si el Congreso no aprueba el Plan Nacional de Inversiones Públicas en un término de tres meses después de presentado, el gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley.

NORMAS LEGALES:

a) Ley 1960 de 2019.

ARTÍCULO 2. El artículo 29 de la Ley 909 de 2004 quedará así:

ARTÍCULO 29. Concursos. La provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función.

En los procesos de selección o concursos abiertos para ingresar a la carrera podrán participar las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos.

El concurso de ascenso tiene como finalidad permitir la movilidad a un cargo superior dentro de la planta de personal de la misma entidad, del mismo sector administrativo o dentro del cuadro funcional de empleos.

El concurso será de ascenso cuando:

1. La vacante o vacantes a proveer pertenecen a la misma planta de personal, las plantas de personal del sector administrativo, o cuadro funcional de empleos, en los niveles asesor, profesional, técnico o asistencial.
2. Existen servidores públicos con derechos de carrera general o en los sistemas específicos o especiales de origen legal, que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso.
3. El número de los servidores con derechos de carrera en la entidad o en el sector administrativo que cumplen con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso es igual o superior al número de empleos a proveer.

Si se cumple con los anteriores requisitos se convocará a concurso de ascenso el (30%) de las vacantes a proveer. El setenta (70%) de las vacantes restantes se proveerán a través de concurso abierto de ingreso.

Si en el desarrollo del concurso de ascenso no se inscribe un número igual de servidores con derechos de carrera por empleo convocado, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos se realizará mediante concurso de ingreso abierto. Quienes se hayan inscrito inicialmente para el concurso de ascenso continuarán en el concurso abierto de ingresos sin requerir una nueva inscripción.

PARÁGRAFO. La Comisión Nacional del Servicio Civil determinará, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, el procedimiento para que las entidades y organismos reporten la Oferta Pública de Empleos, con el fin de viabilizar el concurso de ascenso regulado en el presente artículo.

ARTÍCULO 5. Las normas previstas en la presente Ley relacionadas con los procesos de selección se aplicarán a los servidores que se rigen en materia de carrera por el sistema general y los sistemas específicos y especiales de origen legal. (Subrayas nuestras)

b) Ley 2039 de 2020.

“**ARTÍCULO 1°. Objeto.** La presente Ley tiene por objeto promover la inserción laboral y productiva de los jóvenes y dictar disposiciones que aseguren su implementación, en concordancia con el artículo 45 de la Constitución Política y los convenios internacionales firmados por Colombia que dan plena garantía a los derechos de los jóvenes.”.

“**ARTÍCULO 2°. Equivalencia de experiencias.** Con el objeto de establecer incentivos educativos y laborales para los estudiantes de educación superior de pregrado y postgrado, educación técnica, tecnológica, universitaria, educación para el trabajo y desarrollo humano, formación profesional integral del SENA, escuelas normales superiores, así como toda la oferta de formación por competencias, a partir de la presente ley, las pasantías, prácticas, *judicaturas, monitorias, contratos laborales, contratos de prestación de servicios y la participación en grupos de investigación debidamente certificados por la autoridad competente, serán acreditables como experiencia profesional válida,* siempre y cuando su contenido se relacione directamente con el programa académico cursado.

...

Parágrafo 2°. En los concursos públicos de mérito se deberá tener en cuenta la experiencia previa a la obtención del título profesional. En la valoración de la experiencia profesional requerida para un empleo público, se tendrá en cuenta como experiencia previa para los fines de la presente ley, la adquirida en desarrollo y ejercicio de profesiones de la misma área del conocimiento del empleo público.” (Subrayas nuestras).

c) Ley 1955 de 2019 Plan Nacional de Desarrollo.

Artículo 263. Reducción de la provisionalidad en el empleo público.

...

Parágrafo 2°. Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema general de carrera, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

Surtido lo anterior los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en los decretos reglamentarios.

Para el efecto, las listas de elegibles que se conformen en aplicación del presente artículo tendrán una vigencia de tres (3) años.

El jefe del organismo deberá reportar a la CNSC, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación de la presente ley, los empleos que se encuentren en la situación antes señalada. (Todas las subrayas son nuestras).

4.1.-NORMAS DEMANDADAS:

ARTÍCULO 5. NORMAS QUE RIGEN EL PROCESO DE SELECCION.

Las normas que rigen este proceso de selección son el Decreto Ley 71 de 2020, la Ley 909 de 2004 y sus Decretos Reglamentarios, el Decreto Ley 760 de 2005, el Decreto Ley 770 de 2005, la Ley 1033 de 2006, el Decreto 1083 de 2015 en los temas no regulados por el Decreto Ley 71 de 2020, la Ley 1955 de 2019, el Decreto 498 de 2020, la Ley 2039 de 2020 si, al iniciar la *Etapa de Inscripciones*, se cuenta con la reglamentación de las equivalencias de experiencias de que trata su artículo 2, la Ley 2043 de 2020, el MERF vigente de la DIAN, adoptado mediante la Resolución 060 de 2020 de esa entidad, modificada por la Resolución 089 de 2020, con base en el cual se realiza este proceso de selección, las Resoluciones 061 y 090 de 2020 de la DIAN, lo dispuesto en el presente Acuerdo y su Anexo y por las demás normas concordantes y vigentes sobre la materia.

ARTÍCULO 7. REQUISITOS GENERALES DE PARTICIPACION Y CAUSALES DE EXCLUSION. Los siguientes son los requisitos generales que los aspirantes deben cumplir para participar en este proceso de selección y las causales de exclusión del mismo.

...

Son causales de exclusión de este proceso de selección:

4.- No presentar o no superar las pruebas de carácter eliminatorio establecidas para este proceso de selección.

ARTÍCULO 14. VERIFICACION DE REQUISITOS MINIMOS. La verificación del cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en el MERF, transcritos en la OPEC, para cada uno de los empleos ofertados en este proceso de selección, se realizará a los aspirantes inscritos con base en la documentación que registraron en SIMO hasta la fecha del cierre de la inscripción, conforme a la última "*Constancia de Inscripción*" generada por el sistema. Se aclara que la *VRM* no es una prueba ni un instrumento de selección, sino una condición obligatoria de orden constitucional y legal, que de no cumplirse genera el retiro del aspirante en cualquier etapa del proceso de selección. Los aspirantes que acrediten cumplir con estos requisitos mínimos serán admitidos al proceso de selección y quienes no, serán inadmitidos y no podrán continuar en el mismo.

PARAGRAFO 2: El artículo 2 de la Ley 2039 de 2020 se aplicará para la VRM de este proceso de selección solamente si, al iniciar la respectiva Etapa de Inscripciones, se cuenta con la reglamentación de las equivalencias de experiencias de que trata esta norma.

ARTÍCULO 17. PRUEBAS A APLICAR, CARACTER Y PONDERACION.

TABLA No. 2
PRUEBAS A APLICAR EN EL PROCESO DE SELECCIÓN DE INGRESO DIAN
EMPLEOS DEL NIVEL PROFESIONAL DE LOS PROCESOS MISIONALES

FASE	PRUEBAS	CARÁCTER	PESO PORCENTUAL	PUNTAJE MINIMO APROBATORIO PRUEBA	PUNTAJE MINIMO APROBATORIO FASE	PUNTAJE MINIMO APROBATORIO GENERAL
Fase I	Prueba de Competencias Básicas u Organizacionales	Eliminatoria	10%	70.00	70.00	70.00
	Prueba de Competencias Conductuales o Interpersonales	Clasificatoria	20%	No aplica		
	Prueba de Integridad	Clasificatoria	15%	No aplica		
Fase II	Curso de Formación	Eliminatoria	55%	70.00	70.00	
TOTAL			100%			

TABLA No. 3
PRUEBAS A APLICAR EN EL PROCESO DE SELECCIÓN DE INGRESO DIAN
EMPLEOS DIFERENTES A LOS DEL NIVEL PROFESIONAL DE LOS PROCESOS MISIONALES

PRUEBAS	CARÁCTER	PESO PORCENTUAL	PUNTAJE MINIMO APROBATORIO PRUEBA	PUNTAJE MINIMO APROBATORIO GENERAL
Prueba de Competencias Básicas u Organizacionales	Eliminatoria	15%	70.00	70.00
Prueba de Competencias Funcionales	Eliminatoria	30%	70.00	
Prueba de Competencias Conductuales o Interpersonales	Clasificatoria	40%	No aplica	
Prueba de Integridad	Clasificatoria	15%	No aplica	
TOTAL		100%		

21. PUBLICACION DE RESULTADOS DE LOS CURSOS DE FORMACION Y RECLAMACIONES. La información sobre la publicación de resultados de los *Cursos de Formación* y las respectivas reclamaciones debe ser consultada en los correspondientes apartes del Anexo del presente Acuerdo.

PARAGRAFO 2: Teniendo en cuenta que, de conformidad con los artículos 3, numeral 3.3, 12, numeral 12.1 y 29, numeral 29.2 del Decreto Ley 71 de 2020, le corresponde a la DIAN realizar los *Cursos de Formación* de la Fase II de este proceso de selección, en aplicación del artículo 35 ibidem, la CNSC delega en dicha entidad el conocimiento y la decisión de las respectivas reclamaciones, atendidas las cuales debe presentar a esta Comisión Nacional el correspondiente informe, en los términos que la CNSC le indique.

PARTES DEMANDADAS DEL ANEXO

3.4. Reclamaciones contra los resultados de las Pruebas Escritas.

...

Inciso 2° “El aspirante sólo podrá acceder a las pruebas que él presentó, atendiendo el protocolo que para el efecto se establezca, advirtiendo que en ningún caso está autorizada su reproducción física y/o digital (fotocopia, fotografía, documento escaneado u otro similar), con el ánimo de conservar la reserva contenida en el numeral 3 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 o la norma que la modifique o sustituya”.

...

Inciso 5° “En atención a que las pruebas son propiedad patrimonial de la CNSC, su uso por parte del aspirante para fines distintos a la consulta y trámite de su reclamación se constituye en un delito que será sancionado de conformidad con la normativa vigente”.

4.5. Reclamaciones contra los resultados de la Evaluación Final del Curso de Formación.

...

Inciso 3 “El aspirante sólo podrá acceder a la Evaluación Final que él presentó, atendiendo el protocolo que para el efecto se establezca, advirtiendo que en ningún caso está autorizada su reproducción física y/o digital (fotocopia, fotografía, documento escaneado u otro similar), con el fin de conservar la reserva contenida en el numeral 3 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 o la norma que la modifique o sustituya”.

...

Inciso 5° “En atención a que esta Evaluación Final es propiedad patrimonial de la CNSC y de la DIAN, su uso por parte del aspirante para fines distintos a la consulta y trámite de su reclamación se constituye en un delito que será sancionado de conformidad con la normativa vigente”.

Acuerdo 0285 de 2020 artículo 1, inciso 1

“**ARTÍCULO 1. CONVOCATORIA.** Convocar a Proceso de Selección de Ingreso para proveer las vacantes definitivas referidas en el artículo 9 del presente Acuerdo, pertenecientes al Sistema Especifico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la DIAN, que se identificara como "*Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020*"...

4.2.-ANALISIS DE LAS NORMAS DEMANDADAS

ACLARACION PREVIA

Todas las normas arriba señaladas como demandadas, tanto del acuerdo 0285 de 2020, como de su anexo, son nulas ya que violan normas de superior jerarquía en las que deben fundarse y el artículo 21 parágrafo 2, además, podría subsidiariamente, incurrir en desvío de las atribuciones propias de quien los profirió (desvío de poder) como más adelante lo demuestro.

Comencemos por el análisis de este artículo 1, inciso 1 de la convocatoria.

Como se puede observar a simple vista NO convoca a proceso de selección para ASCENSO.

De conformidad con nuestra segunda premisa fundamental, que en una de sus partes establece que: **INGRESO Y ASCENSO FORMAN UNA UNIDAD INDISOLUBLE INTEGRANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL TRABAJO (25C.P.) Y A DESEMPEÑAR FUNCIONES PUBLICAS (40.7 C.P.)**., podemos afirmar que, al convocar solo para ingreso, se vulnera el derecho al trabajo y a desempeñar funciones públicas de todas las personas que hoy se encuentran dentro de la institución y que tienen también el derecho fundamental a ascender dentro de la misma.

Al no convocarlos para ascender se les vulneran estos 2 derechos fundamentales, pues, así como las personas tienen el derecho a ingresar, quienes ya han ingresado y se han desempeñado bien, tienen el derecho fundamental a ascender a la luz de los artículos 40.7 y 25 de la constitución. Por vulnerar estos derechos, consagrados en normas constitucionales, el acto administrativo (acuerdo No 285 de 2020) es nulo en la parte demandada.

Se violan también el artículo 125 de la constitución que protege por igual el ingreso y el ascenso dentro de la carrera administrativa.

Se hace imprescindible contextualizar las normas violadas de superior jerarquía al acto administrativo, dentro de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional, como del H. Consejo de Estado, para entender su recta interpretación y como son violadas por las normas demandadas.

LA SENTENCIA C-285-15

“4.- El régimen de carrera administrativa en la Constitución de 1991

4.3.- Siguiendo esa tradición constitucional, la Carta Política de 1991 reafirmó la importancia de la carrera administrativa como regla general en los empleos de los órganos y entidades del Estado, así como del mérito como forma de proveerlos bajo la observancia del principio de igualdad de oportunidades.

En la misma dirección, el artículo 130 superior reafirma la existencia de la carrera administrativa y asigna su administración y vigilancia a la Comisión Nacional del

Servicio Civil, con excepción de las que tengan carácter especial⁶³, asunto del que se ocupará la Sala más adelante.

Con todo, el sistema de carrera no está circunscrito a las normas referidas. Hace parte de todo el entramado constitucional e irradia la concepción de Estado Social y Democrático de Derecho, al punto que la jurisprudencia no ha dudado en calificarlo como un principio fundamental, pilar esencial y eje definitorio de la estructura básica de la Carta Política de 1991. A esa conclusión ha llegado este Tribunal con fundamento en tres (3) criterios⁶⁴:

(i) Criterio histórico. Según este, *“durante la historia del constitucionalismo colombiano se han planteado distintas reformas constitucionales y legales dirigidas a otorgar preeminencia al sistema de carrera administrativa como la vía por excelencia para el ingreso al servicio público, con el fin de eliminar las prácticas clientelistas, de ‘amiguismo’ o nepotismo, acendradas en la función pública y contrarias al acceso a los cargos del Estado de modo equitativo, transparente y basado en la valoración del mérito de los aspirantes”*⁶⁵.

(ii) Criterio conceptual. Desde esta perspectiva, la carrera administrativa es un principio de naturaleza constitucional que cumple el doble propósito de *“servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público”*, así como *“conformar una fórmula interpretativa de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado, las cuales deberán comprenderse de manera tal que cumplan con los requisitos y finalidades de la carrera administrativa, en especial el acceso basado en el mérito de los aspirantes”*⁶⁶.

(iii) Criterio teleológico. Sobre el particular la Corte ha señalado que el régimen de carrera apunta a la realización de varios fines constitucionalmente valiosos: *“cumplir*

⁶³ Artículo 130.- Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”.

⁶⁴ Cfr., Sentencia C-588 de 2009. La Corte declaró inexecutable el Acto Legislativo 1º de 2008, que había adicionado el artículo 125 de la Constitución con una regla que permitía, bajo ciertas condiciones, el ingreso automático a la carrera administrativa de servidores públicos vinculados en provisionalidad. Este tribunal concluyó que una norma de este carácter excedía el poder de reforma constitucional del Congreso, en la medida en que suspendía –al menos transitoriamente– la carrera administrativa como eje definitorio de la Constitución Política de 1991.

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencias C-533 de 2010 y C-288 de 2014.

⁶⁶ Ídem.

con los fines de transparencia, eficiencia y eficacia de la función administrativa y, de manera más amplia, del servicio público”, a través del concurso público de méritos que permite la escogencia de los aspirantes más idóneos; protege el derecho político de acceso a la función pública en condiciones de igualdad (arts. 13 y 40-7 CP), con la exigencia de un concurso público abierto y democrático en el que solo se deben evaluar las aptitudes y capacidades de los aspirantes; y por último, hace efectivos los derechos subjetivos de los empleados públicos, en especial en cuanto a su estabilidad laboral (art. 53 CP)⁶⁷.

4.4.- En la Sentencia SU-917 de 2010 la Corte recordó que la Constitución introdujo profundos cambios en la concepción de los derechos fundamentales y en la estructura del Estado, “los cuales han conducido a repensar los sistemas de carrera para la provisión de empleos públicos en Colombia”, para tratar de superar no solo la compleja problemática en torno al llamado “botín burocrático” en un régimen presidencial tan fuerte como el colombiano, sino también con miras a cumplir los fines del Estado en el marco de una economía global. En aquella oportunidad sostuvo:

“A decir verdad, el desarrollo económico de un país depende, entre otras variables, de la calidad del talento humano de la burocracia, es decir, de la capacidad de contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades que les han sido confiadas.

De la misma forma, es necesario reconocer que la implementación de un sistema de burocracia basado en el mérito y la igualdad de oportunidades contribuye a la consolidación de la democracia en el marco de un Estado social de derecho, como lo demuestran experiencias comparadas relativamente recientes⁶⁸”.

⁶⁷ En sentido similar puede consultarse la Sentencia SU-539 de 2012.

⁶⁸ *Cfr.*, Manuel Villoria Mendieta, “El papel de la burocracia en la transición y consolidación de la democracia española: primera aproximación”. En: Revista Española de Ciencia Política, Vol. 1, núm. 1, p.97-125; Miguel Beltrán, “La productividad de la Administración española: un análisis comparativo”. Madrid, Secretaría de Estado de Economía, 1991.

A pesar de lo anterior, en esa misma decisión este Tribunal advirtió que, “la construcción de un régimen de carrera administrativa que conduzca a la integración de un aparato burocrático idóneo, técnico, eficiente y eficaz, comprometido con los fines esenciales del Estado, integrado con funcionarios que gocen de garantías de estabilidad laboral, nombrados mediante concursos de méritos abiertos y transparentes, ajeno a consideraciones de orden partidista, clientelar o nepotista y respetuoso del principio de igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública, no ha sido una tarea fácil en el escenario colombiano”⁶⁹.

De esta manera, la jurisprudencia ha valorado el sistema de carrera como un “principio constitucional” y a la vez “pilar esencial” con miras a lograr (i) el cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa, (ii) la vigencia del principio de igualdad entre los aspirantes al ejercicio de un empleo público, y (iii) la realización de otros derechos fundamentales⁷⁰. Sin embargo, el sistema de carrera no se reduce a proveer cargos a través de concursos de méritos para asegurar el ingreso en condiciones de igualdad. Exige también el diseño de reglas de ascenso, permanencia y retiro que propicien un engranaje institucional adecuado, esto es, un balance entre el régimen jurídico de quienes ya hacen parte de la administración pública y el cumplimiento de los principios del Estado Social y Democrático de Derecho que pregona la Carta Política.” (Subrayas nuestras)

. OTRAS SENTENCIAS.

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-917 de 2010.

⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2009.

Se viola además la jurisprudencia de la Corte Constitucional, contenida en las sentencias C-011 de 1996⁷¹, C-063 de 1997⁷² C-045 de 1998⁷³ y C-486 de 2000⁷⁴ que reconocieron la importancia de los concursos de ascenso, pues permiten dar efectividad al derecho a la estabilidad de quienes vinculados con la administración y reconocer los méritos de quienes hayan demostrado calidades, aptitudes y preparación para ascender en la entidad pública en la cual laboran.

VIOLACION DE NUESTRA PRIMERA PREMISA

⁷¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-011 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara: “Al momento de presentarse una vacante en la Registraduría Nacional del Estado Civil, rige el derecho de preferencia adquirido por el personal de carrera administrativa, debiendo iniciarse la provisión, en primer lugar, con los funcionarios escalafonados de esa institución, mediante el concurso que constitucional y legalmente se ha implementado, es decir, con el concurso cerrado o de ascenso, y luego, si no han sido llenados dichos cargos, se deberá, en consecuencia, proseguir con el concurso abierto para dar igual oportunidad a aquellos que no pertenecen a la carrera administrativa. Los artículos, en sus partes acusadas, en nada vulneran la Constitución Política, pues, antes por el contrario se ajustan a los principios generales de la carrera reconocidos en la Carta; además de que protegen los derechos de preferencia y los derechos adquiridos de quienes pretendan ascender, y de aquellas que deseen aspirar a ingresar a la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

⁷² Sentencia de la Corte Constitucional C-063 del 11 de febrero de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero: “Por el contrario, la libertad de configuración en el ascenso en los cargos de carrera es más amplia, en la medida en que el Legislador se coloca frente a tres objetivos con igual peso jurídico y fuerza vinculante, lo cual permite desarrollar un campo numeroso de opciones legítimas, según la razonable ponderación que efectúe el órgano político. Así, en determinadas ocasiones, puede la ley consagrar formas de concurso cerrado con el fin de proteger de manera preferente las expectativas de ascenso de los servidores ya escalafonados. Este procedimiento podría denominarse un concurso de ascenso en estricto sentido, pues desde un punto de vista puramente lógico y semántico, sólo pueden ascender en el escalafón quienes ya han ingresado a él, ya que un ascenso significa pasar de un nivel inferior a uno superior dentro de una misma jerarquía, lo cual supone que la persona ya hace parte de la organización. En ese orden de ideas, es razonable que el artículo 11 de la Ley 27 de 1992, la cual regula de manera general la carrera administrativa, señale que existen dos clases de concurso, abiertos para el ingreso a la carrera y de ascenso para el personal escalafonado.

⁷³ Sentencia de la Corte Constitucional C-045 de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía: “La Corte ha reconocido, dentro de ciertos límites, la facultad del legislador de organizar concursos que tengan por objeto permitir ascensos dentro de la carrera, y en los que participen sólo quienes estén en ella, como una forma de dar efectividad al derecho a la estabilidad de quienes, vinculados con la administración, deseen ascender: concursos para ascensos”.

⁷⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-486 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo: “El ascenso como la palabra lo indica, busca seleccionar para un rango superior a quien, ya estando incorporado, muestre de manera comprobada méritos suficientes para subir en la escala jerárquica del organismo al que pertenece o en otros de la Administración, imponiéndose por sus calidades, aptitudes y preparación sobre otros aspirantes también incorporados al servicio dentro de la institución o grupo de instituciones de que se trate. Por tanto, el concurso, para ascender en la jerarquía de la carrera, se produce, ya no con carácter abierto sino cerrado -es decir, comprende sólo a quienes, estando en niveles inferiores, en la organización del ente respectivo, pretenden acceder a puestos de grado superior-, o mixto, propiciando que en ciertas entidades u organismos sean llamadas a concurso personas no vinculadas a la carrera, junto con las que ya lo están, o permitiendo a aspirantes de varias entidades que puedan participar, bajo ciertas condiciones, aun tratándose de servidores externos a la entidad”.

Así mismo se violan varias de las normas contenidas dentro de nuestra primera premisa fundamental que dice: **“LA CARRERA ADMINISTRATIVA COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL Y SU RELACION INESCINDIBLE CON OTROS PRINCIPIOS, VALORES O DERECHOS FUNDAMENTALES”**.

Estos principios y valores constitucionales son violados por el artículo 1, inciso 1 del acuerdo No 0285 de 2020.

Al no llamar a concurso de ascenso a quienes ya están en la DIAN, se impide que respecto de estos funcionarios se materialice el Estado social y democrático de derecho establecido en el artículo 1, de la constitución, fundado en el respeto a la dignidad humana y el trabajo de las personas.

Al no llamar a concurso de ascenso se impide el cumplimiento de los fines estatales establecidos en el artículo 2 de nuestra constitución; como son garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la constitución y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida administrativa y política de la nación.

Al no convocar para concurso de ascenso se viola a estos funcionarios la estabilidad laboral de los funcionarios públicos y sus posibilidades de ascenso si cumplen con sus deberes. Evita que la administración pública se convierta en un botín político; artículos 53 y 54 de la constitución.

Al no citar para concurso de ascenso a los funcionarios de la Dian se les viola a estos empleados el principio del mérito establecido en el artículo 125 de la constitución.

Como se puede observar al no convocar al proceso de selección y a su concurso a los actuales trabajadores de la Dian se les violan flagrantemente varios derechos fundamentales y varios artículos de la Constitución política Colombiana como son: los artículos, 1; 2; 25; 40.7; 53;

54; 125; etc.; así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en las sentencias C-011 de 1996, C-063 de 1997; C-045 de 1998 y C-486 de 2000.

Por violar todas estas normas de superior jerarquía el aparte demandado del artículo 1, inciso 1 del acuerdo No 0285 de 2020 es nulo y además debe ser suspendido provisionalmente de manera urgente.

VIOLACION DE OTRAS NORMAS DE SUPERIOR JERARQUIA.

También se viola con el acuerdo No 0285 de 2020, la ley 1960 de 2019, que es una norma especial ya que regula tanto la carrera administrativa general como todas las carreras de todos los sistemas específicos y especiales de origen legal; como lo señala expresamente el artículo 5 de esa ley.

Esa ley establece en su artículo 2 que en todos los procesos de selección y sus concursos se reserva un 30% para concurso de ascenso y el otro 70%, para los que ingresen (se convocará a concurso de ascenso el (30%) de las vacantes a proveer. El setenta (70%) de las vacantes restantes se proveerán a través de concurso abierto de ingreso); esta ley recoge la jurisprudencia actual de la Corte Constitucional que permite los concursos mixtos y que es desconocida en la convocatoria que se hizo.

La convocatoria viola también el mandato contenido en el párrafo del artículo 2 de la ley 1960 de 2019, dirigido a la Comisión Nacional del Servicio Civil de hacer eficaz, efectivo y real en concurso de ascenso en la Dian; en un término máximo de 6 meses, contados a partir de la entrada en vigencia de la Ley; término que expiro el día 27 de diciembre de 2019. Veamos el “PARÁGRAFO. La Comisión Nacional del Servicio Civil determinará, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, el procedimiento para que las entidades y organismos reporten la Oferta Pública de Empleos, con el fin de viabilizar el concurso de ascenso regulado en el presente artículo.” (Subraya nuestra).

La convocatoria que hace el acuerdo No 0285 de 2020 desconoce de plano y flagrantemente, el adelantamiento del concurso de ascenso dentro de la Dian.

UN ABSURDO LOGICO-JURIDICO

Es absurdo el argumento de quienes afirman que se puede llamar primero a concurso de ingreso y después a otro concurso de ascenso. Desde el punto de vista lógico y jurídico esto constituiría una violación de las normas cómo lo demuestra la lógica matemática. Supongamos para hacerlo de manera más inteligible y fácil que el total de los cargos de la DIAN que hoy se encuentran vacantes son 100; y el reparto que establece la ley serían 70 cargos para ingresar y 30 cargos para ascender. En una primera hipótesis podríamos pensar que en esta convocatoria se llama a concurso de ingreso de todos los cargos vacantes. No hay duda que en esta hipótesis se ha vulnerado el artículo segundo de la ley 1960 en la medida en que no quedan cargos para ascender y se vulneraría el derecho de las 30 (30%) personas que pueden ascender.

En otra hipótesis pensemos que ahora se llama a concurso para Ingresar a el 60% de las vacantes totales; o sea, que la próxima vez se cita a un concurso mixto del 40% restantes. En esta hipótesis el 30% de los cargos vacantes restantes, o sea de las 40 vacantes que quedaron, son 12 vacantes para ascenso y 28 para ingresar. El resultado final absurdo, es que solo ascendieron 12 personas y no las 30 que manda la ley de 100 vacantes. En cambio, habrían ingresado 88 personas nuevas, desconociendo el derecho de 18 funcionarios que tienen un derecho fundamental a ascender de conformidad con el artículo 40. Numeral 7 de la constitución y el artículo 25 de la misma y de paso se viola la justa proporción que trae la ley 1960 de 2019. Para evitar estas violaciones y estas injusticias, es que la convocatoria debía ser mixta, para ascenso e ingreso y además cobijar la totalidad de los empleos vacantes de la Dian.

LA REALIDAD DE LA DIAN

La convocatoria 1461 desconoce de plano el adelantamiento de concurso de ascenso.

La DIAN, una entidad donde “El 55 por ciento son funcionarios provisionales” y donde, además, “llevaban 12 años sin tener concurso”, --en verdad el 9 de noviembre de 2020 se completan 11 años sin concurso.⁷⁵ Se tiene mas de una década sin concursos de ascenso

⁷⁵ Palabras entre comillas son parte de una entrevista coordinada con la revista Semana de Luz Gabriela Barriga, directora alterna de la DIAN, encargada de los temas de talento humano.

Convocar como está previsto por el acuerdo número 0285 de 2020 de la CNSC, sin concurso de ascenso, es intentar dejar todo como está porque a pesar de que la entidad cuenta con los recursos y la posibilidad de convocar para proveer la totalidad de las vacantes se convoca, únicamente el 22% de las mismas y solo para ingreso, dejando de lado a quienes ya están, que además están en provisionalidad o encargados, lo que lleva a la situación absurda de que cerca del 70% de los trabajadores que hoy están en la Dian, están en provisionalidad o en encargo; si no se llama a concurso de ascenso seguirán estando en provisionalidad o encargados, en esta condición hay quienes llevan 11 años, no solo devengando un ingreso extra sin concurso, sin mérito, sino además, el grueso de la población DIAN en la vida real está en interinidad y sujeto a la voluntad del nominador bien para que no se le quite el encargo o bien para seguir siendo provisional. Esta situación de los actuales trabajadores es una burla a toda la teoría del estado social y democrático de derecho y una burla a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. En vez de reconocer el derecho al trabajo y a la Dignidad Humana de quienes desde hace muchos años dan su esfuerzo y sudor a la Dian, llamándolos también a concurso de ascenso, se les olvida, se les ignora y se les trata como a cosas, violando la constitución y la ley. Rogamos al H. Consejo de Estado, reconozca el derecho a la dignidad humana, definido como el derecho de todos los derechos y obligue a la CNSC y a la Dian a convocar también para ascenso, mediante un concurso mixto, como ordena la constitución y la ley.

LA FAVORABILIDAD CONSTITUCIONAL. ARTÍCULO 53 DE LA CONSTITUCION

Hemos señalado cómo la ley 1960 de 2019 es una norma doblemente especial ya que regula no sólo parte de la carrera administrativa general, sino también todas las carreras especiales de orden legal; esto nos dice que debe aplicarse también al caso de la Dian.

Si existiera un conflicto entre la norma especial ley 1960 de 2019 y otra norma de la misma clase debe prevalecer la ley 1960 por mandato del artículo 53 de la constitución política, qué como señalamos arriba dentro los principios que rigen la carrera administrativa encuentra señalado por la jurisprudencia, tanto del H. Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, cómo una de esas normas fundamentales que rigen todas las carreras

administrativas. Ese artículo 53 de la constitución establece en la parte pertinente de su inciso 2, que el caso de que exista un conflicto normativo debe prevalecer la norma más favorable al trabajador de la Dian. La situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho. Veamos la norma:

“**ARTÍCULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (Subraya nuestra)

El criterio constitucional de favorabilidad, hace que la ley especial 1960 de 2019, prevalezca sobre cualquier otra, no importa que sea general o especial, por ser más favorable a los trabajadores de la Dian.

No solo se viola el Artículo 53 de la constitución, que como hemos visto, establece la interpretación más favorable al trabajador, sino también el actual plan nacional de desarrollo, en su artículo 263, que establece una norma para la reducción de la provisionalidad en el empleo público, sin distinguir la clase de empleo público; sin distinguir en el título del artículo, la clase de carrera de la que se trate y por lo mismo es aplicable a todas las carreras administrativas y a cualquiera que sea el empleo, que es una norma no solo de mayor jerarquía al acto administrativo, sino que tiene por mandato de la propia constitución UNA PRELACION CONSTITUCIONAL, sobre cualquier otra ley, no importa que se trate de una ley general o especial, ya que la PRELACION la establece la propia constitución. Veamos la norma legal y la constitucional.

Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de desarrollo Gobierno Duque)

Artículo 263. Reducción de la provisionalidad en el empleo público.

...

Parágrafo 2°. Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema general de carrera, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

Surtido lo anterior los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en los decretos reglamentarios.

Para el efecto, las listas de elegibles que se conformen en aplicación del presente artículo tendrán una vigencia de tres (3) años.

El jefe del organismo deberá reportar a la CNSC, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación de la presente ley, los empleos que se encuentren en la situación antes señalada.

La norma arriba señalada, debe mirarse en armonía con el artículo 341 de la constitución, en su parte pertinente que dice:

ARTÍCULO 341. El gobierno elaborará el Plan Nacional de Desarrollo...

El Plan Nacional de Inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores...

COMO INTERPRETAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En la interpretación de los derechos fundamentales hay que tener en cuenta:

- a) Que tienen un lugar o posición preferente dentro del ordenamiento jurídico.
- b) que no basta la interpretación conforme de los derechos fundamentales, sino que, además, debe hacerse la interpretación más favorable a los derechos fundamentales.
- c) el principio pro homine; criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual, se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, y, a contrario sensu; a la norma o a

la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.

En general, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos. Se encuentra positivamente consagrado, por ejemplo, en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos humanos en la que especifica: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: permitir a alguno de los estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados; excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Consagrado también en el art 5 del pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos. el **principio pro homine** tiene varias formas de aplicación, en los casos en los cuales está en juego la aplicación de varias normas relativas a derechos humanos, debe aplicarse aquella que contenga protecciones mejores o más favorables para los derechos de las personas.

d) principio pro libertatis, entendido como que entre libertad y no libertad hay que interpretar a favor de la libertad, pues se parte del supuesto de que el individuo es un ser libre.

e) principio de expansión; entendido como que los derechos deben interpretarse de manera extensiva y no restrictiva, ya que los derechos deben disfrutarse plenamente, hay que buscar la optimización de su disfrute o ejercicio.

f) principio de interacción, en caso de conflicto entre una norma de derecho internacional y una

nacional debe prevalecer la que más favorezca el derecho.

g) principio de promoción, que obliga a los aplicadores de normas jurídicas, especialmente a los jueces a favorecer el goce de los derechos humanos.

h) principio de universalidad; pues siendo inherentes a los seres humanos, debe aplicarse a todos, en cualquier parte en que se encuentren.

i) principio de indivisibilidad, ya que deben ser considerados de manera integral, como una unidad; como el hombre forma una unidad, así también son sus derechos, todos son igualmente importantes y necesarios: Los civiles, los políticos, los económicos, sociales y culturales, la paz y el medio ambiente sano; etc.

Así como existe el principio de interpretación constitucional; de interpretación de las normas de inferior jerarquía a ella (leyes, decretos, etc.) de manera conforme a la constitución; como los derechos fundamentales hacen parte vital de ella, ha surgido un principio que especifica el anterior, que establece que la interpretación del orden o sistema jurídico en su totalidad debe realizarse a la luz de los derechos fundamentales.

La propia constitución colombiana trae otro principio de interpretación jurídica de los derechos, incluidos los fundamentales, cuando en el “*Artículo 93*, dice: (...) Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Como a su vez existen intérpretes autorizados de esos tratados; por ejemplo, en el sistema interamericano, la Corte Interamericana de derechos humanos, la interpretación que este órgano haga, debe ser tenida en cuenta por las autoridades colombianas, incluidas las judiciales, al momento de dirimir conflictos sobre derechos, lo que abre la puerta al control de convencionalidad.

VIOLACION DE LA LEY 2039 de 2020 (julio 27 de 2020)

Se viola también de manera flagrante con el acuerdo No 0285 de 2020 de la CNSC, la constitución en su artículo 40.7 y ley 2039 de 2020, que se encuentra vigente y que tiene su fundamento constitucional en el artículo 45 y en el bloque de constitucionalidad y que les permite a los jóvenes hacer efectivo su derecho al trabajo y al acceso a la función pública (arts. 25 y 40.7 de la constitución). La Ley 2039 de 2020 dice:

“**ARTÍCULO 1°. Objeto.** La presente Ley tiene por objeto promover la inserción laboral y productiva de los jóvenes y dictar disposiciones que aseguren su implementación, en concordancia con el artículo 45 de la Constitución Política y los convenios internacionales firmados por Colombia que dan plena garantía a los derechos de los jóvenes.”.

“**ARTÍCULO 2°. Equivalencia de experiencias.** Con el objeto de establecer incentivos educativos y laborales para los estudiantes de educación superior de pregrado y postgrado, educación técnica, tecnológica, universitaria, educación para el trabajo y desarrollo humano, formación profesional integral del SENA, escuelas normales superiores, así como toda la oferta de formación por competencias, a partir de la presente ley, las pasantías, prácticas, *judicaturas, monitorias, contratos laborales, contratos de prestación de servicios y la participación en grupos de investigación debidamente certificados por la autoridad competente, serán acreditables como experiencia profesional válida,* siempre y cuando su contenido se relacione directamente con el programa académico cursado.

...

Parágrafo 2°. En los concursos públicos de mérito se deberá tener en cuenta la experiencia previa a la obtención del título profesional. En la valoración de la experiencia profesional requerida para un empleo público, se tendrá en cuenta como experiencia previa para los fines de la presente ley, la adquirida en desarrollo y ejercicio de profesiones de la misma área del conocimiento del empleo público.” (Subrayas nuestras)

Cuando dejamos sentada nuestra segunda premisa fundamental que hacía referencia a que el ingreso y ascenso forman una unidad indisoluble con los derechos fundamentales al trabajo y al acceso a la función pública; explicamos también las características de los derechos fundamentales y las consecuencias de definirlos como tales. Una de esas características es su aplicación inmediata; esto es, que, aunque no hubiera salido la ley 2039 de 2020, los jóvenes ya tienen el derecho fundamental a acceder a la función pública y a hacerlo efectivo y a que se les aplique la Constitución directamente, tal como lo dispone el artículo 85 de la propia constitución al que ya hicimos mención más arriba.

En una palabra, los derechos fundamentales no están condicionados, para su aplicación a que salga una ley que los desarrolle y mucho menos que salga ningún acto administrativo de equivalencia. Por lo que el derecho de acceso a la función pública lo tienen los jóvenes, aunque no hubiera salido la ley 2039 del 2020.

La ley para facilitar el acceso a la función pública de los jóvenes, obliga a que, en los concursos públicos de mérito como este de la Dian, se deberá tener en cuenta la experiencia previa a la obtención del título profesional.

Es categórico el legislador cuando ordena que este derecho de los jóvenes a que se les tenga en cuenta en los concursos, la experiencia previa a la obtención del título a partir de la vigencia de esa ley. Y la ley entró a regir el día 27 de julio de 2020, fecha de su publicación: **“a partir de la presente ley, las pasantías, prácticas, judicaturas, monitorias, contratos laborales, contratos de prestación de servicios y la participación en grupos de investigación debidamente certificados por la autoridad competente, serán acreditables como experiencia profesional válida,”...**

Los jóvenes que hayan realizado esas actividades, tienen ya el derecho tanto por mandato constitucional, como legal, a que les sea reconocida esa experiencia previa como experiencia profesional y que les sea reconocida sin ningún condicionamiento para el concurso de la Dian, desde antes de su inscripción, para acceder a la función pública.

Como un derecho fundamental no está condicionado para su ejercicio a que salga una ley; mucho menos puede estar condicionado a que salga un acto administrativo.

Más grave aún, la Comisión Nacional del Servicio Civil, como sucede en el acuerdo de convocatoria, que es un acto administrativo, de menor jerarquía que la constitución y la ley; condiciona el derecho que ya entregó la Constitución y la ley a los jóvenes, a que salgan otros actos administrativos; los actos administrativos de equivalencia. Cuando el derecho a la equivalencia ya lo dio la ley, ya lo tienen los jóvenes y si resta alguna cosa, son trámites burocráticos que no dependen de ellos y por lo mismo no pueden privarlos de sus beneficios.

Esto trae consecuencias jurídicas, sumamente graves, ya que, en la práctica, en concreto, priva a los jóvenes de su derecho constitucional fundamental a acceder a la función pública; lo que produce el absurdo de que un acto administrativo de la CNSC condiciona la aplicación de un derecho fundamental como es el acceso a la función pública de los jóvenes.

Lo lógico, lo jurídico, es lo contrario. Lo jurídico en materia derechos fundamentales es que ni siquiera la falta de ley, o la inexistencia de la ley, condiciona el ejercicio de los derechos fundamentales. Lo lógico, lo jurídico, es que la constitución es la que condiciona la ley y condiciona cualquier acto administrativo de inferior jerarquía. Es también jurídico que la ley condicione al acto administrativo y en este caso al acuerdo de la CNSC; pero lo que resulta un exabrupto jurídico es que el acuerdo, un acto administrativo de inferior jerarquía, a la constitución y a la ley, condicione la aplicación de la constitución en materia de derechos fundamentales de los jóvenes. Pero además eso tiene consecuencias graves, puesto que los jóvenes que hayan realizado estas labores previas al grado y que ya tienen derecho a la equivalencia no puede inscribirse con esos requisitos, ya que los condiciona a un hecho futuro e incierto, que además no depende de su voluntad, sino de la conducta de un tercero, que no manejan ni sobre la cual tienen ningún control esos jóvenes.

Al impedirles el acceso a la inscripción con esos requisitos ya reconocidos por ley; de entrada, Ab initio, los coloca en una situación desigual en relación con otras personas que pueden tener la misma experiencia, y a las cuales si les será reconocida.

En conclusión, el artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 14 del acuerdo 0285 de 2020 de la CNSC, son inconstitucionales en cuanto condiciona no solamente a la ley 2039 de 2020; sino también a la constitución en su Artículo 40 numeral 7, al impedirles ejercer el derecho fundamental que tienen los jóvenes a acceder a la función pública.

Lo jurídico es aplicar directamente la constitución y reconocer las equivalencias que ya tienen los jóvenes para escribirse al proceso de la Dian. Reconocerles lo que ya la ley les reconoció como experiencia. Y si alguien hubiera tenido que esperar, no es este derecho fundamental de acceder a la función pública que otorga la Constitución y la ley sino el acto administrativo. Lo lógico era esperar que se reconocieran las equivalencias y después convocar al concurso; el absurdo es convocar al concurso desconociendo el artículo 40.7 de la constitución y la experiencia que ya les dio la ley 2039 de 2020. Si la CNSC y la DIAN hubieran querido

actuar de buena fe, como lo exige el artículo 83 de la constitución, que dice: “**ARTÍCULO 83.** Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, ...”; lo correcto era que la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Dian para garantizar el derecho de los jóvenes esperaran para hacer la convocatoria; y no al revés; convocar para quitarle el derecho a los jóvenes y por esta vía condicionar la aplicación de la Constitución y la ley, por medio de un acto administrativo, lo que constituye un exabrupto jurídico y la violación del artículo 83 de la constitución.

Los convocantes han actuado de Mala Fe por lo que han vulnerado, el artículo 83 de la constitución y en consecuencia se configura otro motivo de nulidad del acto administrativo de la convocatoria, por lo que pedimos de manera expresa que sea declarada esta nulidad, por no respetar una norma de superior jerarquía al acto administrativo, como es el mencionado artículo 83, el 40.7 de la constitución y la ley 2039 de 2020.

VIOLACION DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 1437 DE 2011 (CPACA), EN ARMONIA CON LA SENTENCIA C-634-11; VIOLACION DE LOS ARTÍCULOS 125, 13 Y 40.7 DE LA CONSTITUCION.

El artículo 17 del acuerdo 0285 de 2020, contiene 2 tablas; la numero 2 para empleos del nivel profesional y la tabla 3 para empleos diferentes a los del nivel profesional. La tabla 2 tanto en la fase I, como en la fase II, contiene pruebas eliminatorias. La tabla 3 contiene 2 pruebas eliminatorias.

Este Artículo en esas partes es violatorio de varias normas constitucionales y legales y especialmente de una de superior jerarquía que es el artículo 10 de la ley 1437 de 2011 (CPACA), tal como quedo esta norma después del fallo de la Corte Constitucional en la sentencia C-634 de 2011

TABLA No. 2
PRUEBAS A APLICAR EN EL PROCESO DE SELECCIÓN DE INGRESO DIAN
EMPLEOS DEL NIVEL PROFESIONAL DE LOS PROCESOS MISIONALES

FASE	PRUEBAS	CARÁCTER	PESO PORCENTUAL	PUNTAJE MINIMO APROBATORIO PRUEBA	PUNTAJE MINIMO APROBATORIO FASE	PUNTAJE MINIMO APROBATORIO GENERAL
Fase I	Prueba de Competencias Básicas u Organizacionales	Eliminatoria	10%	70.00	70.00	70.00
	Prueba de Competencias Conductuales o Interpersonales	Clasificatoria	20%	No aplica		
	Prueba de Integridad	Clasificatoria	15%	No aplica		
Fase II	Curso de Formación	Eliminatoria	55%	70.00	70.00	
TOTAL			100%			

TABLA No. 3
PRUEBAS A APLICAR EN EL PROCESO DE SELECCIÓN DE INGRESO DIAN
EMPLEOS DIFERENTES A LOS DEL NIVEL PROFESIONAL DE LOS PROCESOS MISIONALES

PRUEBAS	CARÁCTER	PESO PORCENTUAL	PUNTAJE MINIMO APROBATORIO PRUEBA	PUNTAJE MINIMO APROBATORIO GENERAL
Prueba de Competencias Básicas u Organizacionales	Eliminatoria	15%	70.00	70.00
Prueba de Competencias Funcionales	Eliminatoria	30%	70.00	
Prueba de Competencias Conductuales o Interpersonales	Clasificatoria	40%	No aplica	
Prueba de Integridad	Clasificatoria	15%	No aplica	
TOTAL		100%		

Ley 1437 de 2011(CPACA) en su artículo 10 dice:

Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

La sentencia C-634-11, de la Corte Constitucional es su parte resolutive dijo:

“Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 “*por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*”, por los cargos analizados en esta sentencia, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin

perjuicio del carácter obligatorio *erga omnes* de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.”.

Tal como quedo la norma las autoridades, en este caso la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y la DIAN, deben aplicar tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional-y no sobra recordar que todas las sentencias de constitucionalidad producen efectos obligatorios Erga Omnes-Y las de unificación del H. Consejo de Estado.

En materia del carácter de las pruebas que se aplican, tanto en la tabla No 2 como en la No 3 aparecen varias pruebas con el carácter de eliminatorias lo que viola varios artículos de la constitución como aparecen mencionados en varias sentencias de la Corte Constitucional que prohíbe las pruebas eliminatorias. Ya que, en el proceso de selección para ascenso o ingreso, todas las pruebas de selección cuentan y todas deben ser evaluadas, pues no hay pruebas ni etapas eliminatorias, sino que todas cuentan y todas deben evaluarse y sumarse para el resultado final. Todas las pruebas son clasificatorias y ninguna es eliminatoria. Sobre ese tema existe una jurisprudencia consolidada de la Corte constitucional y del H. Consejo de Estado. Veamos algunas de sus sentencias

LA SENTENCIA C-1122 de 2005.

En esta providencia, muy importante para esta demanda, la Corte Constitucional dijo que cuando se hacen cursos dentro del concurso, como es el caso de la Dian, este no puede ser un elemento que excluya a los demás de la evaluación y que este elemento NO puede ser eliminatorio de los demás, ya que todos deben ser evaluados, tenidos en cuenta, calificados y sumados. Veámoslo

“Por lo anterior la Corte rechaza la postura de algunas de las superintendencias intervinientes, para las cuales los únicos conocimientos y habilidades que son importantes a la hora de elaborar la lista de elegibles son los que ellas mismas pueden impartir durante el curso-concurso, puesto que supuestamente las competencias necesarias para desarrollar funciones en esas entidades no son susceptibles de ser adquiridas en ningún programa académico o en ninguna otra experiencia que pueda verse reflejada en los resultados de la prueba de

conocimientos generales o específicos.⁷⁶ Para esta Corporación, los candidatos llegan al proceso de selección con un bagaje de conocimientos y habilidades que deben ser valorados por cuanto forman parte del mérito de cada concursante, no solamente para efectos de eliminar a algunos, sino también para clasificar de mayor a menor el resultado de aquellos aspirantes que superen el mínimo puntaje requerido para pasar a la fase siguiente del proceso. Dichos saberes, a pesar de no ser los propiamente específicos del cargo, contribuyen a su buen desempeño. Por ejemplo, el solo manejo correcto del idioma, la adecuada comprensión de lectura, la educación cívica o las habilidades matemáticas, son saberes o habilidades previos que indudablemente forman parte del mérito que debe ser medido a la hora de clasificar a los concursantes mediante el examen de conocimientos.

Ahora bien, el reconocer a la prueba de conocimientos un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, de manera que los resultados del mismo no inciden en la conformación de la lista de elegibles, **no sólo desconoce el mérito como fundamento constitucional del ingreso y ascenso dentro de la carrera judicial, y con el ello el artículo 125 superior, sino también el derecho a la igualdad.** Por este camino acaba dándose un trato jurídico igual a personas que están en diferente situación de hecho, precisamente en una relación jurídica en la cual las diferencias de mérito conllevan diferente reconocimiento de derechos. Y si la justicia, como lo postularon lo clásicos, consiste en dar a cada cual lo que se merece, evidentemente, el desconocer así sea parcialmente los mayores conocimientos o habilidades del aspirante a ocupar un cargo no realiza el objeto de este valor, **afectando también el derecho de acceder al ejercicio de los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad.**”

Agregado nuestro, esto es viola el art 40 numeral 7 y el 13 de la constitución. Las subrayas son nuestras.

LA SENTENCIA C-478-05

⁷⁶ En este sentido, por ejemplo, la Superintendencia de Sociedades en su intervención afirma que los conocimientos que se adquieren en el curso-concurso, “no se obtienen en los programas académicos tradicionales...”

En este caso la Corte dijo que la entrevista en la carrera de la procuraduría no era una prueba eliminatoria, sino una más dentro del concurso y por eso conservo la norma. Veamos la parte pertinente del fallo:

“Precisamente para garantizar estos principios, el artículo 204 acusado establece que en ningún caso dicha entrevista podrá tener un puntaje superior al 20 % de la calificación definitiva, y se realizará con un mínimo de tres personas que integran el jurado calificador, dentro de los cuales se encuentra el jefe de la dependencia a la que esté adscrito el empleo a proveer

Es decir, la norma prevé la posibilidad de que dentro del concurso de méritos para acceder a un cargo en la Procuraduría General de la Nación, se tenga la posibilidad de conocer si las condiciones de quien pretende acceder a dicha entidad, correspondan con la naturaleza del empleo que se va a proveer, sin que esto signifique que la decisión será subjetiva, pues precisamente en aras de garantizar la objetividad de la misma, ésta corresponde tan solo a una de las etapas del concurso, que no tiene carácter eliminatorio y se realiza, después de la prueba escrita pues su finalidad es conocer bajo criterios preestablecidos la personalidad del aspirante.”.

En la tabla 2 La fase 1 tiene carácter eliminatorio cómo lo dice con certeza absoluta y expresamente; si es eliminatoria la consecuencia es que no se puede pasar a la fase 2 porque el concursante es eliminado en la fase 1 y no puede pasar a la fase 2 y sino pasa a la fase 2, nunca podrá tener la posibilidad de ocupar un lugar dentro de la lista de elegibles; se le niega absolutamente esta posibilidad. Se deja claramente establecido que en la fase 2 sólo serán llamados serán llamados quienes aprueben la fase 1. Por ejemplo, quienes no superen la prueba del polígrafo podrían ser eliminados y en consecuencia no serían llamados a la fase 2. Interpretando estas normas de manera sistemática la conclusión cierta es que jamás podrán hacer parte de la lista de elegibles quienes no superen la primera prueba de la fase 1 o quienes hayan sido eliminados durante esta primera fase; dicho de otra manera, Sólo podrán hacer parte de la lista de elegibles quienes hayan participado en la fase 1 y en la fase 2. Existe la certeza de que los eliminados en la primera fase nunca podrán hacer parte de la lista de elegibles.

Porque las pruebas o fases eliminatorias, como lo ha dicho la Corte en las sentencias arriba transcritas particularmente **LA SENTENCIA C-1122 de 2005;** en la parte pertinente violan

la constitución especialmente los artículos 125, 13 y 40.7 de la constitución. Pues parte o divide en dos, el proceso unitario de aplicación y evaluación de pruebas que ordena el art 125 de la constitución; de manera abrupta, impidiendo que muchos de los participantes puedan participar en la fase número 2; lo que viola el derecho a la igualdad consagrado en el art. 13 de la constitución, al mismo tiempo les impide acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, manifestación del derecho fundamental a participar en la conformación, control y ejercicio del poder político, consagrado en el artículo 40 de la constitución. Cada prueba es una prueba dentro de un proceso que se debe tener en cuenta, pero que no impide continuar con el proceso de aplicación de pruebas, hasta el final del mismo.

Existen además razones de orden lógico y jurídico, para declarar la nulidad de estas normas: la primera es del orden de los principios: Si el fin que persiguen todas las carreras administrativas es vincular a la administración a los que tengan más méritos, hay que darles las mismas oportunidades a todos de demostrar sus méritos. No es posible que unos tengan más oportunidades que otros de demostrar sus capacidades y competencias, solo dando igualdad de oportunidades se sabrá de verdad quien es el más competente y de más méritos y esto solo puede conocerse al final de todo el proceso.

Desde el punto de vista Lógico-Jurídico, todo resultado final, como su nombre lo dice, es la suma de los resultados parciales. Es lógicamente posible y también frecuente, que una persona en una primera etapa no tenga los mejores resultados; pero que en la segunda etapa o fase tenga un excelente resultado y; ponderando y sumando los resultados parciales de la primera etapa, con los excelentes de la segunda etapa; es posible y frecuente, que esa persona ocupe el primer lugar en la lista de elegibles. Sólo hasta al final del camino sabemos de verdad quién es el mejor; no al comienzo o en la mitad del camino. Como frecuentemente ocurre en el deporte: el equipo de futbol que comienza ganando el partido no siempre termina ganándolo, pero además muchas veces se gana en el último minuto; nadie ha ganado hasta que no finaliza el partido. O como sucede en el atletismo que no siempre el que arranca más rápido gana la carrera, pues muchas veces lo sobrepasan en la mitad del camino; mientras otros corredores que al comienzo no corren tan rápido, al final llegan de primero. Lo mismo sucede con estos procesos de selección, que no siempre se conoce al comienzo quien es el mejor, ya que puede suceder que quien comienza el proceso sin tener inicialmente los mejores resultados, al final puede obtener el mejor resultado global definitivo. La competencia en

una carrera no se termina sino en la meta y sólo al final del proceso se conoce el mejor, pues es posible también que quienes tengan un buen resultado el comienzo, al final tengan un resultado pobre y viceversa.

Pero además por otra razón científica y es que hoy la psicología tiene claramente establecida la existencia de inteligencias múltiples, lo que significa que en unos aspectos y contextos unas personas puede ser mejores que otras, pero en otros aspectos y contextos otras personas son mejores; como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-1122-05 arriba mencionada: “Para esta Corporación, los candidatos llegan al proceso de selección con un bagaje de conocimientos y habilidades que deben ser valorados por cuanto forman parte del mérito de cada concursante, no solamente para efectos de eliminar a algunos, sino también para clasificar de mayor a menor el resultado de aquellos aspirantes que superen el mínimo puntaje requerido para pasar a la fase siguiente del proceso. Dichos saberes, a pesar de no ser los propiamente específicos del cargo, contribuyen a su buen desempeño. Por ejemplo, el solo manejo correcto del idioma, la adecuada comprensión de lectura, la educación cívica o las habilidades matemáticas, son saberes o habilidades previos que indudablemente forman parte del mérito que debe ser medido a la hora de clasificar a los concursantes mediante el examen de conocimientos.

En síntesis, existen distintas clases de saberes y de inteligencias (lógica y emocional, etc.) y todos deben tener el derecho igual a demostrar su mérito en todas las pruebas del concurso, de no permitírseles se les está discriminando a quienes no participan en la totalidad de oportunidades de pruebas y al mismo tiempo privilegiando a quienes participan en ambas fases.

En síntesis con las pruebas de carácter eliminatorias del artículo 17 de las tablas 2 y 3 del acuerdo 0285 de 2020, que son demandadas en esa parte se violan los artículos 125, 13, 40 numeral 7, de la constitución y la lógica jurídica, que ordena dar iguales oportunidades de participación en las pruebas, para saber de verdad quien es el mejor porque demostró más méritos y el artículo 10 de la ley 1437 de 2011, que obliga a respetar la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del H. Consejo de Estado.

LA SENTENCIA DEL H. CONSEJO DE ESTADO: Radicación número: 11001-03-25-000-2015-01053-00(4603-15)

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO; SECCIÓN SEGUNDA;
Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; de fecha veinticinco (25) de
abril de dos mil diecinueve (2019); Actor: MARÍA ESTHER PINTO ESCOBAR, LUISA
JACKELINE PRATO RAMÍREZ Y LUIS AURELIO PUIN CAMACHO;
Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), AGENCIA
NACIONAL DE MINERÍA (ANM) Y UNIVERSIDAD DE LA SABANA.

Esta sentencia en la parte pertinente también prohíbe las pruebas eliminatorias. Veámosla.

“5.1. SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

22. Como viene dicho, la primera cuestión que ocupará la atención de la Sala tiene que ver con establecer, si la CNSC desconoció los principios constitucionales de objetividad, imparcialidad y mérito, al disponer en el marco de la Convocatoria No. 318 de 2014, que la prueba de «*entrevista*», tendría carácter «*eliminatorio*», y en consecuencia, que quien no la superara quedaría excluido del concurso público de méritos para ingresar a la ANM.

23. Para resolver el primer problema jurídico planteado, la Sala examinará los siguientes aspectos:

- (i) El mérito y la carrera administrativa como principios fundamentales del Estado;
- (ii) Obligación de proveer los empleos públicos de carrera administrativa a través del mecanismo del concurso público de méritos;
- (iii) Naturaleza de los concursos públicos de méritos para el ingreso a los empleos públicos de carrera administrativa;
- (iv) Etapas o fases de los concursos públicos de méritos;

(v) La normativa que regula lo relacionado con la realización de la prueba de «*entrevista*» en los concursos públicos de méritos para acceder a cargos públicos de carrera administrativa; y

(vi) Los antecedentes jurisprudenciales relacionados con la prueba de «*entrevista*» en los concursos públicos de méritos para el ingreso a la Función Pública.

24. Una vez recorrida la ruta metodológica expuesta, la Sala formulará varias conclusiones jurisprudenciales en lo que tiene que ver con la aplicación de la prueba de «*entrevista*» en los concursos públicos de méritos para acceder a cargos públicos de carrera administrativa, para finalmente proceder al análisis del acto administrativo demandado.

Mas adelante el H. Consejo de Estado dice:

5.1.5. LA PRUEBA DE LA «ENTREVISTA» EN EL SISTEMA GENERAL DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA (LEY 909 DE 2004)⁷⁷

42. En el ordenamiento jurídico colombiano, las normas sobre «*empleo público, carrera administrativa y gerencia pública*», se encuentran contenidas en la Ley 909 de 2004,⁷⁸ la cual se refiere a la «*práctica de una entrevista*», únicamente cuando regula el «*procedimiento de ingreso a los empleos de naturaleza gerencial*».

Sobre el particular, el artículo 49 de la Ley 909 de 2004⁷⁹ señala:

«Artículo 49. Procedimiento de ingreso a los empleos de naturaleza gerencial.

⁷⁷ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁷⁸ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁷⁹ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

1. Sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad que caracteriza a estos empleos, la competencia profesional es el criterio que prevalecerá en el nombramiento de los gerentes públicos.
2. Para la designación del empleado se tendrán en cuenta los criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo, y se podrá utilizar la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia.
3. La evaluación del candidato o de los candidatos propuestos por el nominador, podrá ser realizada por un órgano técnico de la entidad, conformado por directivos y consultores externos, o, en su caso, podrá ser encomendado a una universidad pública o privada, o a una empresa consultora externa especializada en selección de directivos.
4. El Departamento Administrativo de la Función Pública apoyará técnicamente a las diferentes entidades públicas en el desarrollo de estos procesos.
5. El Departamento Administrativo de la Función Pública, formulará políticas específicas para la capacitación de directivos, con la finalidad de formar candidatos potenciales a gerentes de las entidades públicas.

Parágrafo. En todo caso, la decisión sobre el nombramiento del empleado corresponderá a la autoridad nominadora.» (Lo subrayado no está en el texto original).

43. La Ley 909 de 2004⁸⁰ no vuelve a mencionar en ninguno de sus apartados a la «entrevista» como instrumento de selección de personal, o como prueba a superar para acceder a un cargo público, ya sea de carrera administrativa o de libre nombramiento o remoción.

44. Se resalta, que el artículo 31 de la Ley 909 de 2004⁸¹ al referirse, de manera general, a las «etapas del proceso de selección o concurso» para el acceso a los cargos de carrera administrativa, estableció que son las siguientes: (i) la convocatoria, (ii) el reclutamiento,

⁸⁰ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁸¹ Ib.

(iii) la fase de realización de las pruebas o instrumentos de selección, (iv) la etapa de elaboración y publicación de las listas de elegibles, y (v) el periodo de prueba.

45. Respecto de la etapa de realización de las pruebas, la norma en mención expresa:

«3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación.».

46. Como puede apreciarse, la Ley 909 de 2004⁸² al referirse a las pruebas o instrumentos de selección a utilizarse en los concursos públicos para determinar el mérito de quienes se postulen para cargos de carrera administrativa, no se refirió a ningún mecanismo en particular, sino que se limitó a precisar, entre otras, su propósito, señalando que su finalidad es el de apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

47. Ahora bien, revisados los antecedentes legislativos de la Ley 909 de 2004,⁸³ se encuentra que en los proyectos y ponencias discutidos y aprobados en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República, no se hizo mención a la prueba de «entrevista». En efecto,

⁸² Ib.

⁸³ Ib.

luego de hacer un examen exhaustivo de las gacetas⁸⁴ del Congreso en donde constan como antecedentes todas las ponencias y debates que se adelantaron, así como el trámite de conciliación de los textos definitivos entre ambas cámaras legislativas, no se halló registro alguno referido a la mencionada prueba.

48. Para la Sala, ello no quiere decir que la intención del legislador hubiese sido la de establecer que la prueba «*entrevista*» aplica únicamente cuando se trata del ingreso de «*empleos de naturaleza gerencial*», y en consecuencia, prohibir dicho instrumento de selección en los concursos de méritos para proveer empleos de carrera administrativa, pues, un análisis sistemático o de contexto⁸⁵ de la Ley 909 de 2004,⁸⁶ muestra que dicha norma tampoco se refirió a las demás pruebas o instrumentos de selección, tales como, competencias básicas, funcionales, comportamentales, etc.

49. Entiende la Sala entonces, que el legislador lo que quiso fue facultar de manera amplia a la CNSC para establecer, en cada uno de los procesos de selección, el tipo de pruebas a realizar para determinar el mérito de los participantes, dependiendo, entre otras, de la naturaleza y funciones de la entidad que solicite la provisión de los cargos de carrera administrativa de su planta de personal a través del concurso, y de las necesidades del servicio existentes para el momento de la realización de la Convocatoria, pero siempre en condiciones de igualdad, objetividad, publicidad e imparcialidad.

⁸⁴ Gacetas número 173 de 2003, 267 de 2003, 427 de 2003, 629 de 2003, 134 de 2003, 121 de 2003, 232 de 2004, 263 de 2004, 289 de 2004, 290 de 2004, 318 de 2004, 317 de 2004, 319 de 2004, 355 de 2004, 361 de 2004, 362 de 2004, 396 de 2004, 430 de 2004, 476 de 2004, 539 de 2004, 586 de 2004, 587 de 2004, 599 de 2004 y 600 de 2004.

⁸⁵ El cual considera a la norma como parte de un todo cuyo significado y alcance debe entonces fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece, es decir, que supone una lectura de la norma que se quiere interpretar, en conjunto con las demás que conforman el ordenamiento en el cual aquella está inserta. Es del caso precisar, que el Código Civil, adoptado como legislación permanente por virtud de la Ley 57 de 1887, se refiere a éste método en su artículo 30 así: «**Artículo 30. Interpretación por contexto.** El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto».

⁸⁶ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

50. Sin embargo, al reglamentar la la Ley 909 de 2004,⁸⁷ mediante el Decreto Reglamentario 1227 de 2005,⁸⁸ el Gobierno Nacional señaló una serie de pautas con el propósito de establecer parámetros en relación con la realización de la prueba de «*entrevista*», de los cuales se ocupa la Sala a continuación.

Mas adelante el H. Consejo de Estado dice:

5.1.6. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA MATERIA

1) Sentencia C-372 de 1999. La primera vez que la Corte Constitucional estudió el tema de la realización de una «entrevista» como medio idóneo para establecer el mérito en un proceso de selección de personal para el ingreso a cargos públicos, fue en la sentencia C-372 de 1999,⁸⁹ donde revisó, entre otros, el artículo 21 de la derogada Ley 443 de 1998.⁹⁰

De lo dicho por la Corte en aquella oportunidad, se extrae de manera resumida: **(i)** que la realización de la entrevista no implica la consideración subjetiva de las calidades de los entrevistados para inclinar la balanza del concurso a favor o en contra, según la simpatía o animadversión personal que generen los aspirantes, lo cual significa, en criterio de este Despacho, que la prueba de entrevista no puede tener carácter eliminatorio; **(ii)** que previo a la realización de la entrevista, se deben establecer mecanismos idóneos de verificación y control del papel de los entrevistadores, de manera tal que estos no desarrollen de manera arbitraria, subjetiva e imparcial su rol; **(iii)** que las demás pruebas o instrumentos de selección, no pueden ser desconocidos a costa de los resultados que arroje la entrevista, ni puede la administración sobrevalorar la calificación en ella obtenida, lo que a juicio de la Ponente también implica que la prueba de entrevista no puede tener carácter eliminatorio porque ello implicaría desconocer los resultados de las demás pruebas a aplicar; **(iv)** que no son admisibles preguntas sobre el ámbito personal del aspirante, porque atentan contra

⁸⁷ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁸⁸ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998.

⁸⁹ Con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

⁹⁰ Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.

derechos como el de la intimidad; (v) que los entrevistadores deben dejar constancia por escrito y de manera motivada de las razones por las cuales descalifican o aprueban a un aspirante; y (vi) que los entrevistadores pueden ser recusados si existen razones válidas, objetivas y probadas que pongan en duda su imparcialidad.

2) Sentencia SU-613 de 2002.⁹¹ En esta providencia, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de revisar la tutela presentada por el señor José Luis Aramburo Restrepo contra la Corte Suprema de Justicia porque no lo designó como Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, *«no obstante encabezar la lista correspondiente por haber obtenido el puntaje más alto, no sólo para dicha plaza sino en todo el país»*, pues, valiéndose de la realización de una entrevista aplicada a los integrantes de la lista de elegibles, escogió a quien ocupó el tercer lugar. Señaló la Corte en esa oportunidad, que si bien la Ley 270 de 1996, *«Estatutaria de Administración de Justicia»*, no regula lo relacionado con la prueba de entrevista en los procesos de selección, se *«considera necesario precisar algunos aspectos relacionados con la entrevista de manera tal que su realización, cuando fuere necesaria, no desvirtúe el proceso de evaluación ni altere los propósitos para los cuales fue creada»*.

Así las cosas, en la referida providencia SU-613 de 2002, la Corte Constitucional reiteró el criterio jurisprudencial que observó por vez primera en la sentencia C-372 de 1999, en el sentido: (i) que la realización de la prueba de la entrevista no puede distorsionar o desconocer la relevancia de las demás pruebas; (ii) que dicha prueba debe ir precedida de la publicación de los parámetros y condiciones de su realización y evaluación; (iii) que están prohibidas las preguntas sobre aspectos íntimos o personales; (iv) que los evaluadores pueden ser recusados; y (v) que estos están en la obligación de motivar la calificación de los aspirantes.

3) Sentencia T-384 de 2005.⁹² En esta oportunidad, la Corte Constitucional revisó una acción de tutela presentada por el señor Rogelio Arturo Sánchez Idárraga contra la Sala

⁹¹ Con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett.

⁹² Con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil.

Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, CSJ,⁹³ por «no admitirlo al Curso de Formación Judicial, dentro del XII Concurso de Méritos para la Provisión de Cargos de Carrera de la Rama Judicial, en el que participó para los cargos de Juez Penal del Circuito y Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, (...) por cuanto, de conformidad con el Acuerdo 1.549 de 2002 del CSJ, solo un número de aspirantes equivalente a la cantidad estimada de vacantes adicionada en un 25% tendrían acceso a dicho curso». En esta providencia, luego de analizar cada una de las etapas y pruebas establecidas para ese concurso en particular, la Corte reiteró el criterio expresado en las sentencias C-372 de 1999 y SU-613 de 2002, según la cuales, (i) la entrevista no puede versar sobre aspectos íntimos o personales de los concursantes, (ii) los resultados de su aplicación no pueden pesar más que los del resto de las pruebas, (iii) los entrevistadores pueden ser recusados previamente, y (iv) los entrevistadores deben dejar expresa constancia de las razones de la valoración realizada a cada uno de los concursantes.

4) C-478 de 2005.⁹⁴ En esta sentencia, la Corte Constitucional estudió una demanda de constitucionalidad presentada, entre otros, contra el artículo 204 del Decreto Ley 262 de 2000⁹⁵ atrás transcrito, referido a la prueba de la entrevista como medio de selección de personal en el sistema especial de carrera de la PGN. De acuerdo con lo expuesto por la Corte, «Los cargos que expone la demandante (...) se concretan en afirmar que la consagración legal de la entrevista como criterio de evaluación para el concurso público de méritos encaminado a la provisión de empleos en la Procuraduría General de la Nación, desconoce principios constitucionales que caracterizan el sistema de concurso de méritos. Por cuanto, la entrevista puede conllevar en sí misma una decisión de carácter subjetivo, razón por la que no debería constituir un criterio de evaluación en un concurso público». La corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la norma acusada, argumentando que, en el caso del sistema especial de carrera de la PGN, el hecho de que el artículo 204 del

⁹³ En adelante CSJ.

⁹⁴ Con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra.

⁹⁵ Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

Decreto Ley 262 de 2000⁹⁶ establezca que la prueba de entrevista no tendrá carácter eliminatorio es garantía de objetividad.

5) C-105 de 2013.⁹⁷ La última vez que la Corte Constitucional se refirió a la prueba de la entrevista como medio o instrumento de selección de personal fue en la sentencia C-105 de 2013, en la que estudió una demanda de constitucionalidad presentada contra el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012,⁹⁸ modificatorio del artículo 170 de la Ley 136 de 1994,⁹⁹ que estableció el procedimiento de elección de los personeros por los concejos municipales y distritales previo concurso de méritos adelantado por la PGN. La Corte definió que el problema jurídico a resolver en dicha providencia tenía que ver con establecer, si la previsión de un concurso público de méritos como instancia previa a la elección de los personeros municipales y distritales, es incompatible o no con el principio democrático, con el derecho a la igualdad, y con el procedimiento constitucional para la designación de estos servidores. En esa oportunidad, la Corte aprovechó para recordar su jurisprudencia sobre la exigencia de diseñar y realizar los concursos públicos de méritos para proveer cargos bajo estándares generales que aseguren el acceso a la función pública en condiciones de igualdad, así como el debido proceso, la transparencia, la objetividad, la independencia y el mérito, entre otros, valores, principios y derechos constitucionales. Así mismo, reiteró el criterio expuesto en las sentencias SU-613 de 2002, C-372 de 1999, T-384 de 2005, C-478 de 2005, antes referidas, en el sentido de considerar que la entrevista, por su carácter subjetivo, no puede tener mayor peso que las pruebas objetivas como la de conocimientos, y que por lo tanto es admisible en la medida que sólo sea considerada como un «*factor secundario y accesorio*».

66. El anterior recuento jurisprudencial, aunque sucinto, permite concluir entonces, que, para la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la prueba de la entrevista se aviene a los

⁹⁶ Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

⁹⁷ Con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁹⁸ Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

⁹⁹ Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

principios, valores y derechos constitucionales, siempre que su diseño y realización cumpla con las siguientes reglas generales:

(i) La realización de la entrevista no puede implicar la consideración subjetiva de las calidades de los entrevistados para inclinar la balanza del concurso a favor o en contra, según la simpatía o animadversión personal que generen los aspirantes, lo cual significa, en criterio de esta Sala, que la prueba de entrevista no puede tener carácter eliminatorio, sino clasificatorio, es decir, que los resultados de su realización, nunca pueden significar la exclusión de un concursante, aseveración que para esta Sección tiene el carácter de regla jurisprudencial;

(ii) Previo a la realización de la entrevista, se deben publicar los parámetros y condiciones de su realización y evaluación;

(iii) Las demás pruebas o instrumentos de selección no pueden ser desconocidos a costa de los resultados que arroje la entrevista, ni puede la administración sobrevalorar la calificación en ella obtenida de tal manera que se distorsione o desconozca la relevancia de las demás pruebas, es decir, que la entrevista es una prueba accesoria y secundaria, lo que a juicio de la Sala también implica que la prueba de entrevista no puede tener carácter eliminatorio, sino clasificatorio, porque lo contrario, implicaría desconocer los resultados de las demás pruebas a aplicar;

(iv) No son admisibles preguntas sobre el ámbito personal del aspirante, porque atentan contra derechos como el de la intimidad;

(v) Los entrevistadores deben dejar constancia por escrito y de manera motivada de las razones de la calificación de un aspirante;

(vi) Previo a la realización de la entrevista se deben publicar mecanismos idóneos de verificación y control del papel de los entrevistadores, de manera tal que estos no desarrollen de manera arbitraria, subjetiva e imparcial su rol; y

(vii) Los nombres de los jurados entrevistadores deberán publicarse varios días antes de la realización de la entrevista y pueden ser recusados si existen razones válidas, objetivas y probadas que pongan en duda su imparcialidad.

5.1.7. ANALISIS DE LOS APARTES NORMATIVOS DEMANDADOS.

67. Establecidos entonces, los parámetros legales y jurisprudenciales fijados por el ordenamiento jurídico para el diseño y realización de la prueba de entrevista en los concursos públicos de méritos para el acceso a la función pública, procede la Sala al análisis de los apartes normativos demandados:

68. A continuación se transcriben los artículos 4, 27, 32, 33, 34, 35 y 36 que regulan lo relacionado con la prueba de entrevista en el Acuerdo 518 de 2014:¹⁰⁰

«Artículo 4.º. Estructura del proceso. El concurso abierto de méritos para la selección de los aspirantes, tendrá las siguientes fases:

- 1. Convocatoria y divulgación.*
- 2. Inscripciones.*
- 3. Verificación de requisitos mínimos.*
- 4. Aplicación de pruebas o instrumentos de selección, que incluyen la evaluación de:*
 - 4.1 Convocatoria y divulgación.*
 - 4.2 Competencias Funcionales.*
 - 4.3 Competencias comportamentales.*
 - 4.4 Prueba de entrevista (Análisis de Estrés de Voz.)*
 - 4.5 Prueba de Aptitud Física.*
 - 4.6 Valoración de Antecedentes.*
- 5. Conformación de Listas de Elegibles.*

¹⁰⁰ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de la Carrera Administrativa de la Agencia Nacional de Minería, Convocatoria N°. 318 de 2014 – Agencia Nacional de Minería.

6. Periodo de Pruebas.

Parágrafo 1.º. La prueba de entrevista (Análisis de Estrés e Voz), se aplicará únicamente a los aspirantes que superen la prueba de competencias básicas y funcionales, que hayan optado por inscribirse y aspirar a los empleos con los Códigos OPEC que se relacionan a continuación:

(...).

Artículo 27. Pruebas a aplicar, carácter y ponderación. De conformidad con lo previsto en el numeral 3.º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad evaluar la capacidad, adecuación, competencia, idoneidad y potencialidad del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad y eficiencia las funciones y responsabilidades de un empleo. La evaluación de estos factores se realizará a través de medios técnicos, que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad, con parámetros previamente establecidos.

Para el desarrollo del presente proceso de selección, los empleos a concurso se clasificarán en tres grupos, a fin de establecer aquellos que cuentan con proceso adicionales en el proceso de selección y que por lo tanto, difieren en su peso porcentual. En consecuencia, las pruebas a aplicar para los diferentes grupos de empleos, y sus respectivos pesos y carácter, son:

(...)

- **Grupo II. Empleos identificados con los Código OPEC que se relacionan a continuación:**

(...)

Pruebas a aplicar:

PRUEBAS	PONDERACIÓN	CARÁCTER	MÍNIMO APROBATORIO

<i>Competencias Básicas</i>	20%	<i>Eliminatoria</i>	70/100
<i>Competencias Funcionales</i>	25%	<i>Eliminatoria</i>	70/100
<i>Competencias comportamentales</i>	20%	<i>Clasificatoria</i>	N/A
<i>Prueba de Entrevista (Análisis de Estrés de Voz)</i>	<u>15%</u>	<u>Eliminatoria</u>	<u>70/100</u>
<i>Valoración de antecedentes</i>	20%	<i>Clasificatoria</i>	N/A

(...)

Artículo 32. Prueba de entrevista (Análisis de estrés de voz). Tiene como propósito la verificación de la información como prueba de confiabilidad o verificación de la información específica en el aspirante, permitiendo así evaluar el nivel de ajuste a los requerimientos del empleo al que aspira y a los requerimientos de la entidad.

La prueba de entrevista (Análisis de Estrés de Voz), tiene carácter eliminatorio y será aplicada a los aspirantes de los niveles Asesor y Profesional que se hayan inscrito en alguno de los empleos correspondientes al Grupo II y que hayan superado la etapa de verificación de requisitos mínimos, las pruebas de competencias básicas y funcionales.

La entrevista (Análisis de Estrés de Voz), se calificará numéricamente en escala de cero (0) a cien (100) puntos, con una parte entera y dos (2) decimales y será ponderada como se describe a continuación.

El aspirante que obtenga una calificación en la prueba de entrevista (Análisis de Estrés de Voz) menor de setenta (70) puntos, quedará eliminado y no podrá continuar en el proceso de selección. Por el contrario, el aspirante que obtenga una calificación en la prueba de entrevista (Análisis de Estrés de Voz), mayor o igual que setenta (70) puntos, podrá continuar en el concurso y su resultado será ponderado con un porcentaje del 15%, conforme a lo establecido al artículo 27 del presente Acuerdo.

Artículo 33. Citación a la prueba de entrevista (Análisis de estrés de voz). La Universidad o Institución de Educación Superior contratada para adelantar la prueba de entrevista, citará a esta prueba únicamente a los aspirantes que hayan superado las pruebas de competencias básicas y funcionales, y que hayan optado por alguno de los empleos correspondientes al Grupo II, de acuerdo con lo señalado en el parágrafo 1° del artículo 4° del presente Acuerdo; para lo cual, publicará con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles a la aplicación de la prueba en su página Web y en la página de la CNSC www.cnsc.gov.co en el link: “convocatorias en desarrollo”, “318 de 2014 – Agencia Nacional de Minería”, el cronograma respectivo.

La Universidad o Institución de Educación Superior que la Comisión Nacional del Servicio Civil contrate para adelantar el proceso de selección, será la responsable de realizar la prueba de entrevista de acuerdo con el protocolo que adopte las CNSC, y deberá realizar la grabación de la prueba de los aspirantes en medio magnetofónico, en concordancia con lo previsto en el inciso segundo del artículo 24 del Decreto 1227 de 2005.

El aspirante admitido podrá consultar lugar, fecha y hora de aplicación de la prueba de Entrevista (Análisis de Estrés de Voz), en la página Web www.cnsc.gov.co en el link: “convocatorias en desarrollo”, “318 de 2014 – Agencia Nacional de Minería” y en la página de la Universidad o Institución de Educación Superior Contratada.

La prueba de entrevista (Análisis de Estrés de Voz), se aplicará únicamente en las ciudades de: Bogotá D.C., Cali, Bucaramanga, Cartagena, Cúcuta, Manizales y Pasto.

Artículo 34. Publicación de los resultados de la prueba de entrevista (Análisis de estrés de voz). En la fecha que disponga la Comisión Nacional de Servicio Civil, a través del despacho del COMISIONADO responsable, de la convocatoria, que será informada con una antelación no inferior a cinco (5) hábiles en la página Web: www.cnsc.gov.co en el link: “convocatorias en desarrollo”, “318 de 2014 – Agencia Nacional de Minería”, y en la página de la Universidad o Institución de Educación Superior que contrate la CNSC, se publicaran los resultados de la prueba de entrevista.

Artículo 35. Reclamaciones. *Las reclamaciones de los aspirantes por los resultados de la prueba de entrevista (Análisis de estrés de Voz), se recibirán y decidirán exclusivamente por la Universitario Institución de Educación Superior contratada por la CNSC, a través de su página Web y/o en la página Web de la CNSC www.cnsc.gov.co en el link: “Convocatorias en desarrollo”, “318 de 2014 – Agencia Nacional de Minería”.*

El plazo para realizar las reclamaciones es de cinco (5) días hábiles contado a partir del día siguiente a la publicación de los resultados.

Contra la decisión que resuelve la reclamación no procede ningún recurso.

Artículo 36. Resultados definitivos de la prueba de entrevista (Análisis de estrés de voz). *Las respuestas a las reclamaciones y los resultados definitivos de la prueba de entrevista (Análisis de Estrés de Voz) se publicarán en la página Web: www.cnsc.gov.co en el link: “Convocatorias en desarrollo”, “318 de 2014 – Agencia Nacional de Minería”, y en la página de la Universidad o Institución de Educación Superior contratada por la CNSC. Para conocer las respuestas a las reclamaciones y los resultados definitivos de esta prueba, los aspirantes deberán ingresar con el número de identidad y el PIN correspondiente.*

Parágrafo. *Los aspirantes que no hayan superado la prueba de entrevista (Análisis de Estrés de Voz), no continuarán en el proceso de selección, por tratarse de una prueba de carácter eliminatorio, y por tanto serán excluidos del concurso.».* (Subraya la Sala).

69. Los apartes normativos demandados establecen, en líneas generales, entre otras, que en la Convocatoria No. 318 de 2014, los cargos ofertados fueron agrupados en 3 grupos y que la prueba de entrevista con «análisis de estrés de voz» sólo se les realizaría, con carácter eliminatorio, a los participantes que aplicasen para los empleos ofertados en el grupo II.

70. El análisis que se acaba de realizar evidencia, que la forma como fue diseñada la prueba de entrevista en la Convocatoria 318 de 2014 desconoce los parámetros establecidos por la legislación y la jurisprudencia reseñadas, puesto que contrariando la reglas contenidas en las fuentes normativas analizadas y al criterio pacífico y reiterado de la Corte Constitucional al

que se ha hecho referencia en líneas anteriores, la CNSC dispuso en el demandado Acuerdo 518 de 2014,¹⁰¹ que dicha prueba tendría carácter eliminatorio.

71. Así las cosas, como los parámetros fijados por las normas y la jurisprudencia reseñadas, no fueron colmadas por las reglas de la Convocatoria No. 318 de 2014, en cuanto a la prueba de entrevista se refiere, las anteriores consideraciones son suficiente para ordenar, luego del análisis realizado, la nulidad de los apartados normativos del Acuerdo 518 de 2014,¹⁰² que disponen que la prueba de entrevista, tiene carácter eliminatorio, contenidos en los artículos 27, 32 y 36 de las reglas de la Convocatoria.”

SINTESIS

Como consecuencia de la violación de los artículos 13, 40.7 y 125 de la constitución y del artículo 10, de la ley 1437 de 2011, interpretado como quedo luego del fallo de la Corte Constitucional C-634-11; se debe decretar la nulidad del carácter eliminatorio de las pruebas eliminatorias de las tablas Nos 2 y 3 del artículo 17 del acuerdo 0285 de 2020 de la CNSC, ya que no solo viola la ley y la constitución en las normas arriba mencionadas, sino también la prohibición señalada en la jurisprudencia de ambas corporaciones, que es obligatoria tanto para la Comisión Nacional del Servicio Civil como para la Dian; ya que en el proceso de selección para ascenso o ingreso, todas las pruebas de selección cuentan y todas deben ser evaluadas, pues no hay pruebas ni etapas eliminatorias, sino que todas cuentan y todas deben evaluarse y sumarse para el resultado final. Todas las pruebas son clasificatorias y ninguna es eliminatoria. Sobre ese tema existe una jurisprudencia consolidada de la Corte constitucional y del H. Consejo de Estado.

NULIDAD DE LAS NORMAS DEL ANEXO AL ACUERDO: 3.4.Y 4.5. INCISOS 3 Y 5 DE AMBAS NORMAS.

¹⁰¹ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de la Carrera Administrativa de la Agencia Nacional de Minería, Convocatoria N°. 318 de 2014 – Agencia Nacional de Minería.

¹⁰² Ib.

3.4. Reclamaciones contra los resultados de las Pruebas Escritas

...

El aspirante sólo podrá acceder a las pruebas que él presentó, atendiendo el protocolo que para el efecto se establezca, advirtiéndole que en ningún caso está autorizada su reproducción física y/o digital (fotocopia, fotografía, documento escaneado u otro similar), con el ánimo de conservar la reserva contenida en el numeral 3 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 o la norma que la modifique o sustituya.

...

En atención a que las pruebas son propiedad patrimonial de la CNSC, su uso por parte del aspirante para fines distintos a la consulta y trámite de su reclamación se constituye en un delito que será sancionado de conformidad con la normativa vigente.

4.5. Reclamaciones contra los resultados de la Evaluación Final del Curso de Formación

...

El aspirante sólo podrá acceder a la *Evaluación Final* que él presentó, atendiendo el protocolo que para el efecto se establezca, advirtiéndole que en ningún caso está autorizada su reproducción física y/o digital (fotocopia, fotografía, documento escaneado u otro similar), con el fin de conservar la reserva contenida en el numeral 3 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 o la norma que la modifique o sustituya.

...

En atención a que esta *Evaluación Final* es propiedad patrimonial de la CNSC y de la DIAN, su uso por parte del aspirante para fines distintos a la consulta y trámite de su reclamación se constituye en un delito que será sancionado de conformidad con la normativa vigente.

El anexo del acuerdo 0285 del 2020 trae dos normas profundamente inconstitucionales y violadoras de Derechos Humanos como son los numerales 3.4. y 4.5. ambas en los incisos tercero y quinto; el inciso 3, establece una especie de reserva ante uno mismo, cuando solo puede oponerse a terceros, pero no al propio sujeto que debe defenderse. Y el inciso 5 crea delitos.

Lo primero que debemos aclarar es que nuestro sistema constitucional la regla general, es la falta de reserva y especialmente de la falta de reserva sobre documentos. Esta es una consecuencia de la existencia del Estado social y democrático de derecho que como dijera Norberto Bobbio iusfilosofo, en su obra el futuro de la democracia: “Con una redundancia se

puede definir el gobierno de la democracia como el gobierno del poder público en público.”. El ejercicio del poder público en el estado social y democrático de derecho se hace por el poder público, en público y frente al público, no en secreto, ya que en este modelo de estado se han acabado los denominados “arcana imperi” de la época del imperio romano; donde existían hechos o actos o cosas que sólo podía conocer el emperador ninguna otra persona podía hacerlo. Por el contrario, en el estado democrático de derecho, el gobierno y la administración deben estar en una urna de cristal donde todos los ciudadanos puedan verlos; preguntarles; cuestionarlos y tener acceso a la información que maneja el gobierno y la administración pública.

Sólo excepcionalmente pueden existir reservas y documentos reservados; pero esta excepción exige ciertos requisitos constitucionales: lo primero; es que el único que puede crear la reserva es el Constituyente o el legislador; a contrario sensu; no la puede crear el gobierno, ni se puede crear mediante actos administrativos. Lo segundo es que la reserva es la excepción y como tal sólo puede interpretarse restrictivamente. Tercero la reserva no puede ser perpetua; solo es temporal y en el estado social y democrático de derecho debe tratarse de periodos breves de tiempo, nunca de periodos muy largos, porque impide que las generaciones conozcan la realidad de los hechos en que ellas vivieron y la verdad histórica. Asimismo, en cuarto lugar, pero primero en importancia, la jurisprudencia ha establecido que en principio no hay reserva contra uno mismo; dicho de otra manera, al autor del acto o del contrato o del hecho o de la conducta en principio no puede oponérsele la reserva. Así lo establecido expresamente la Corte Constitucional en varias sentencias dentro de esas en las sentencias: sentencias C-942 de 2003 y C-1173 de 2005, y especialmente en la sentencia **C-211-07**, en la que más adelante nos detendremos.

De otro lado en el inciso 5 de ambas normas se creó una especie de propiedad de la CNSC, sobre los exámenes que han realizado los participantes en el proceso de selección; sobre unos presuntos derechos de autor y con fundamento en esta propiedad, a su vez se crea un delito. Lo primero que debemos señalar es que, si una persona participa en una prueba, ella es la autora de la prueba. El participante es quien utilizó su ingenio, sus conocimientos, su talento y su razón para responder las pruebas. Y desde ese punto de vista es el propietario de esas respuestas, no la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Pero aun en la hipótesis de que existiera un derecho patrimonial en cabeza de otra persona, el participante en el concurso sigue teniendo la propiedad intelectual sobre los derechos morales. Estos derechos le siguen perteneciendo por mandato del artículo 61 de la constitución que dice: “**ARTÍCULO 61.** El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.” Derechos morales garantizados en la ley 23 de 1982 y en la decisión andina 351 de 1993 aplicable en Colombia. No podemos olvidar que toda creación tiene otra clase de derechos como son los derechos Morales, que siempre conserva el creador de la obra y que son de él. En consecuencia, en relación con esta clase de derechos el participante en el concurso sigue siendo el dueño. Por esta razón no puede impedírsele que obtenga: fotocopia, fotografía, documento escaneado u otro similar de sus propios exámenes o pruebas y mucho menos que esa propiedad sea exclusiva de la Comisión Nacional del Servicio Civil; porque el participante en esas pruebas, es el autor de ellas y adicionalmente conserva los derechos morales típicos de los derechos de autor. Mal puede, entonces, la Comisión Nacional del Servicio Civil hacerse dueña de estos derechos morales; y lo que es más grave; crear un delito sobre esos exámenes de los participantes en el concurso. La creación arbitraria de este delito, en la convocatoria, es otra violación flagrante de la constitución ya que de conformidad con el artículo 29 de la constitución que consagra el debido proceso, se consagra también el principio de legalidad de los delitos y de las penas, que se proyecta en varias direcciones: la primera; es que los delitos sólo los puede crear el legislador no el gobierno; y hoy en día, ni siquiera con facultades extraordinarias por mandato del artículo 150 numeral 10 que prohíbe dar facultades para expedir códigos, como el código penal. Si esto es así, como efectivamente lo es, mucho menos puede crear delitos un órgano de naturaleza administrativa como es la Comisión Nacional del Servicio Civil. Segundo; la conducta punible tiene que estar previamente determinada antes de la ocurrencia del hecho (legalidad previa del delito); tercero; que también esté determinada de manera clara la conducta (tipicidad clara, tanto en el verbo rector de la conducta, como de sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, clara determinación de los sujetos y del objeto jurídico y material) así como la determinación previa y clara de la sanción correspondiente. En consecuencia, el anexo de la convocatoria, en esos dos artículos el 3.4. y el 4.5. en sus incisos tercero y quinto violan normas constitucionales y leyes de Colombia cómo son el artículo 61 de la constitución y la ley 23 de 1982 sobre derechos de autor y la decisión andina

351 de 1993 que regulan en nuestro régimen el derecho de autor y los derechos morales y viola también de manera flagrante el artículo 29 de la constitución al debido proceso y el principio de legalidad de los delitos y de las penas y en consecuencia deben ser declaradas nula por la violación de estas normas constitucionales y legales.

La protección por derecho de autor también incluye derechos morales, a saber, el derecho de reivindicar la paternidad de una obra y el derecho de oponerse a toda modificación de la obra. La protección del derecho de autor y los derechos conexos se obtiene automáticamente sin necesidad de efectuar un registro ni cumplir otras formalidades. Y esto es muy importante ya que los participantes en el concurso tienen esa protección sin necesidad de registro.

La decisión 351 del pacto andino sobre derechos de autor, en el capítulo 4, del derecho moral, señala algunos de los derechos morales que se tienen.

“Artículo 11.- El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

- a) Conservar la obra inédita o divulgarla;
- b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y,
- c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la presente Decisión. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra. Artículo 12.- Las legislaciones internas de los Países Miembros podrán reconocer otros derechos de orden moral.”

A diferencia de la propiedad industrial, los derechos de autor nacen con la creación y materialización de las obras y no es necesario que se registren ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor. En materia de derecho de autor, Colombia hace parte del Convenio de Berna, el cual establece que, las obras protegidas en uno de los Estados Contratantes deberán ser protegidas en todos y cada uno de los demás Estados Contratantes. Por lo tanto, cuando se crea y materializa una obra, se entiende que se ha obtenido un derecho protegible en cualquiera de los países miembros del Convenio de Berna (177 países).

Veamos ahora en la parte pertinente la jurisprudencia de la Corte Constitucional que prohíbe oponer la reserva a los participantes en el proceso de selección en relación con sus propias pruebas o exámenes y especialmente la:

SENTENCIA C-211-07

“En aplicación de los mismos criterios en el presente caso la Corte en relación con el artículo 4° de la Ley 1033 de 2006 considera necesario precisar que la naturaleza “reservada” del estudio a que allí se alude en el caso en que se entendiera oponible al interesado sin duda vulneraría los derechos a que se refiere la demandante, pues implicaría la imposibilidad de defenderse y de controvertir por los medios jurídicos pertinentes sus derechos si a ello hubiera lugar.

En ese orden de ideas lo que procede es condicionar la citada disposición en el mismo sentido a que hizo referencia la Corte en la sentencia C-942 de 2003 y C-1173 de 2005, es decir que el carácter reservado del estudio de seguridad se impone para terceros, pero no para quien pretenda vincularse como personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Igualmente en el entendido que el estudio de seguridad realizado por las autoridades competentes ha de fundarse en razones neutrales derivadas de hechos objetivos, ciertos, específicos y relevantes, para mostrar que se pondría en peligro o se lesionaría la seguridad de las personas que laboran en el sector defensa o la seguridad ciudadana, así como que en el acto administrativo correspondiente se dará aplicación al inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo.

Cabe precisar que en el presente caso la disposición acusada no hace referencia concretamente a los concursos ni a las listas de elegibles -como lo hacían las normas examinadas por la Corte en las Sentencias C-942 de 2003 y C-1173 de 2005- sino en general a la vinculación de personal civil no uniformado, es decir que comprende tanto el personal de carrera administrativa como los demás servidores que se vinculen en cargos de libre nombramiento y remoción con la sola excepción que hace el inciso segundo del referido artículo 4° de la Ley 1033 de 2003.

Tal circunstancia no comporta para la Corte diferencia en cuanto a la necesidad del condicionamiento sobre el carácter reservado solo frente a terceros del informe de

inteligencia a que se ha hecho referencia en función de la protección de los derechos que pudieran, según las circunstancias específicas en que se encuentren, ver afectadas las personas que pretendan bajo cualquiera de dichas modalidades vincularse como personal civil del sector defensa.

Empero en cuanto a la expedición de un acto administrativo motivado en caso que el informe sea desfavorable es claro que el mismo no resulta aplicable para el caso de los cargos de libre nombramiento y remoción o cuando se trate de proveer en provisionalidad un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito¹⁰³.

Así las cosas la Corte declarará la exequibilidad condicionada del primer inciso del artículo 4 de la Ley 1033 de 2006 en el entendido que el carácter reservado del estudio de seguridad se impone para terceros, pero no para quien pretenda vincularse como personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Igualmente que el referido estudio realizado por las autoridades competentes ha de fundarse en razones neutrales derivadas de hechos objetivos, ciertos, específicos y relevantes, para mostrar que se pondría en peligro o se lesionaría la seguridad de las personas que laboran en el sector defensa o la seguridad ciudadana, así como que en caso de ser desfavorable el informe en el acto administrativo correspondiente -con excepción de los cargos de libre nombramiento y remoción, o cuando se trate de proveer en provisionalidad un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito- se dará aplicación al inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

...

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE**, por el cargo analizado, el primer inciso del artículo 4° de la Ley 1033 de 2006 en el entendido que el carácter reservado del estudio de seguridad

¹⁰³ Cabe precisar que la Corte a partir de los textos constitucionales ha desarrollado una clara línea jurisprudencial en relación con la motivación del acto mediante el cual se desvincula a una persona nombrada en provisionalidad. En este sentido ver entre otras las sentencias T-1011/03 M.P., T- 951/04 M.P., T-1159/05 y T-070/06 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Cabe aclarar empero que en el caso del nombramiento la situación es diferente pues en este punto la situación de la persona a quien se nombra en provisionalidad por fuera del sistema de mérito no es comparable con la de las personas que participan en un concurso, presentan pruebas y son clasificadas en listas de elegibles para proveer los empleos.

es oponible a terceros, pero no para quien pretenda vincularse como personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Igualmente que el referido estudio realizado por las autoridades competentes ha de fundarse en razones neutrales derivadas de hechos objetivos, ciertos, específicos y relevantes, para mostrar que se pondría en peligro o se lesionaría la seguridad de las personas que laboran en el sector defensa o la seguridad ciudadana, así como que en caso de ser desfavorable el informe en el acto administrativo correspondiente -con excepción de los cargos de libre nombramiento y remoción o cuando se trate de proveer en provisionalidad un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito- se dará aplicación al inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo.”

5.-NULIDAD POR DESVIO DE PODER

5.1.-LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL NO PUEDE DELEGAR EN LA DIAN EL CONOCIMIENTO Y LA DECISION DE LAS RECLAMACIONES DE LA FASE II, ESTO ES, LAS RECLAMACIONES DE LOS RESULTADOS DE LOS CURSOS DE FORMACION. Y SI LO HICIERA INCURRE EN DESVIO DE PODER.

En el caso concreto que nos ocupa la Comisión Nacional del servicio civil no puede delegar sino en: a) Universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas ante el Ministerio de Educación; que además, b) Deben certificar que cuentan con programas en materia tributaria, aduanera y/o cambiaria, según corresponda, y demostrar que tienen la infraestructura y la capacidad logística para el desarrollo del curso y c) Esten previamente acreditadas ante la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En consecuencia, son tres los requisitos previos, que además deben concurrir simultáneamente, sin que pueda faltar ninguno para que la Comisión Nacional del Servicio Civil pueda delegar en alguna de esas Universidades o instituciones de educación superior. Es importante tener claro que estos 3 requisitos deben estar reunidos antes de la convocatoria y no después y que tienen que estar reunidos antes de la delegación y no después, ya que

hacerlo después es hacer fraude a la ley y violación del principio constitucional de buena fe, establecido en el artículo 83 que obliga a las autoridades a actuar de buena fe en sus relaciones con las personas.

En el caso de la escuela de impuestos y aduanas de la DIAN; esta no reúne sin duda ni el primero ni el tercero de estos requisitos; ya que NO es ni una Universidad, ni una institución de educación superior acreditadas ante el Ministerio de Educación; como no lo era al momento de la delegación ni al momento de la convocatoria. ni tampoco esta previamente acreditada ante la Comisión Nacional del Servicio civil, al momento de la delegación ni mucho menos al momento de la convocatoria y como se puede verificar, en el momento en que escribo estas líneas, 19 de octubre de 2020, al mirar las que hoy están acreditadas ante la CNSC, mediante el LINK <https://www.cnsc.gov.co/index.php/informacion-y-capacitaciones/acreditacion-de-universidades> sin que lo esté la Escuela de la Dian. Pues solo están acreditadas las de Pamplona, Medellín, Cartagena, Sergio Arboleda, Militar Nueva Granada; Nacional de Colombia; ESAP; CES, Libre; Distrital Francisco José de Caldas; Fundación Universitaria del Área Andina; Manuela Beltrán y Francisco de Paula Santander. Sin que aparezca la Escuela de la Dian. Y en relación con el segundo requisito tampoco se sabe si la escuela de la Dian lo cumpla. Insistimos que se necesitan los 3 requisitos para poder delegar la CNSC en otra entidad y es claro que la escuela de la Dian NO está acreditada ante el ministerio de educación, como universidad o institución de educación superior; ni tampoco esta previamente acreditada ante la CNSC.

LA SENTENCIA C-1175-05 PROHIBE DELEGAR EL CONOCIMIENTO Y DECISION DE LAS RECLAMACIONES EN LA DIAN O EN LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO, COMO TAMPOCO LA CELEBRACION DE CONTRATOS O CONVENIOS PARA ADELANTAR PROCESOS DE SELECCIÓN O CONCURSOS EN ORGANOS DE LA RAMA EJECUTIVA COMO LA DIAN.

Además, existe otra razón potísima. Y es que la Comisión Nacional del servicio civil cómo lo ha definido previamente la corte constitucional en sus funciones de administración y vigilancia de la carrera administrativa del servicio civil no puede delegar ciertas competencias referidas a los procesos de selección y sus concursos en las entidades con las

cuales contrata. Ni mucho menos contratar esos procesos y sus concursos con entidades de la rama ejecutiva del poder público, como lo es la Dian o su escuela.

La sentencia C-1175-05 la Corte Constitucional lo dejó claramente establecido que aquellos asuntos que tienen que ver con la totalidad del proceso o con cuestionamientos del proceso de selección como delitos, fraudes quejas contra todo el proceso NO pueden ser delegadas por la Comisión Nacional del servicio civil. El conocimiento y la decisión correspondiente no sólo no pueden ser delegados, sino que únicamente la Comisión Nacional del Servicio Civil es la competente para conocer y decidir al respecto, adoptando las medidas pertinentes que la situación amerite, como suspender el proceso, iniciar investigaciones, denunciar ante las autoridades penales o de control los hechos correspondientes, etc. Ejemplos de estas situaciones son las quejas sobre la existencia de errores ostensibles en la valoración de las pruebas, o filtración del contenido de las mismas, o sospechas de corrupción en el proceso o en sus resultados, desconocimiento de los lineamientos o instrucciones dados por la Comisión Nacional del Servicio Civil a la entidad delegada para el desarrollo del concurso. Es decir, se trata de reclamaciones que involucran la responsabilidad administrativa o de vigilancia de la carrera de los servidores públicos, según el caso, que hacen parte indelegable de las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Esto está claramente establecido en esta sentencia, en la parte referida al artículo segundo del decreto ley 760 del 2005 que además es una de las normas que rigen este proceso de selección de personal y el concurso de la Dian.

Si se observa con detenimiento esa misma sentencia, se ve que se declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo tercero (3) del decreto ley 760 del 2005 que permitía que se contratara el proceso de selección o sus concursos con el departamento administrativo de la función pública. La razón por la cual se declaró la inconstitucionalidad, de ese sujeto o persona del artículo tercero, es que al contratar a entidades del gobierno y permitirle la delegación en ellas, de algunas de sus competencias por parte de la CNSC, se entrega al gobierno el manejo de la carrera administrativa; cuándo la existencia de la propia Comisión Nacional del Servicio Civil y su fortalecimiento tiene un objetivo diametralmente opuesto; un sentido totalmente contrario; como es separar la carrera administrativa de la politiquería, el clientelismo y el nepotismo. La finalidad de la Comisión Nacional del Servicio Civil, es precisamente impedir que el gobierno haga lo que quiera en la administración pública,

convertirla en un botín político; siendo éste el objetivo al independizar la carrera administrativa del gobierno o de sus entidades. Buscar precisamente que se respete el mérito; que se haga efectivo el derecho de los ciudadanos a acceder a la función pública por méritos y sin politiquería, sin nepotismo ni favoritismo; buscando precisamente fortalecer el estado social y democrático de derecho establecido en el art. 1 de la constitución; y sus fines esenciales del art 2 de la misma, proteger los derechos fundamentales al trabajo y al acceso a la función pública. Todos los cuales terminarían violados y burlados si se permite que el gobierno o sus entidades, como la DIAN manejen aspectos vitales de la carrera administrativa cómo es la calificación y las reclamaciones de esos concursos o el proceso de selección.

No sobra agregar que la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Dian, es una institución del gobierno, adscrita al Ministerio de hacienda, lo que implica una sujeción mayor que si fuera una entidad vinculada. Su Director General lo nombra directamente el presidente de la Republica, como consta y se prueba con el decreto número 1629 del 24 de agosto de 2018 que nombra a José Andrés Romero Tarazona. Que nadie puede negar que el Director de la escuela de impuestos y Aduanas, a su vez es nombrado por el Director General de la Dian; libremente; y nadie puede negar que la escuela como tal es manejada por el Director de la escuela y por el Director de la Dian, 2 funcionarios de la rama ejecutiva del poder público.

Si se permitiera, contra el fallo de la Corte Constitucional, que ya comprobó que se violan normas constitucionales, que la Comisión Nacional del servicio civil entregué en este concurso la herramienta más importante para definir quienes son los más capaces cómo es no solamente la calificación sino también las reclamaciones que contra esas calificaciones puedan presentarse por parte de los intervinientes en el concurso; no existe la menor duda de que por la puerta de atrás se estaría entregando al gobierno nacional una competencia que el Constituyente en el artículo 130 de la constitución le entregó a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Bajo ninguna circunstancia se le puede entregar por parte de la comisión a la Dian, a la rama ejecutiva del poder público, la decisión de las reclamaciones sobre el concurso. Al hacerlo así, se está borrando de un plumazo los artículos 1; 2; 25, 13; 40 numeral 7; 125 y 130 de la constitución y todos los demás, que buscan que el ingreso a la administración pública se haga a través del mérito y que esta no sea el botín político del gobierno de turno. Por esta vía se

vuelve a entregar el gobierno lo que el Constituyente quiso quitarle. Además, se desconoce tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como el Honorable Consejo de Estado.

SINTEISIS

Podemos afirmar que la Comisión Nacional del Servicio Civil no puede ni contratar con el gobierno los procesos de selección y sus concursos ni mucho menos entregar a una entidad del gobierno, cómo es la DIAN la decisión sobre las reclamaciones que formulen quienes participen en el concurso de ella; pues es una regla de interpretación jurídica que quien no puede lo más, tampoco puede lo menos; por ejemplo quien no puede vender un inmueble, tampoco puede hipotecarlo; y no puede hacerlo porque o no tiene la competencia para ello y si la tuviera y la entrega contra el artículo 130 de la constitución, estaría incurriendo en desvío de poder; ya que el poder que se le dio es para proteger la carrera administrativa; para hacer efectivo y eficaz el derecho fundamental que tienen las personas para ingresar a la administración pública por méritos; para proteger el derecho al trabajo; para proteger los fines del Estado.

Si lo entrega a la Escuela de la Dian, al ejecutivo, al gobierno, incurriría en un desvío de la competencia que se la entrego. Entregaría esa competencia para un fin diametralmente opuesto; absolutamente contrario para el cual le fue concedido; que era precisamente mantener la carrera administrativa independiente del gobierno. Vulnerando de paso el estado social de derecho, los fines del estado; el derecho a la igualdad del artículo 13; se vulneraría también el artículo 25 que garantiza el derecho al trabajo; el 40 numeral 7 de la Constitución que permite el acceso a la función pública; se violaría el artículo 125 que hace que el ascenso y el ingreso a la función pública sea por méritos y se burlarían también las propias competencias de la Comisión Nacional del Servicio Civil; ya que esas competencias se estarían utilizando para fines torticeros y no para los fines de protección del interés general. En consecuencia ese párrafo segundo del artículo 21 del acuerdo 0285 del 2020 de la CNSC; es violatorio de todas esas normas de la constitución; bien porque constitucionalmente la Comisión Nacional del Servicio Civil no tiene competencia para contratar con entidades del Gobierno o rama ejecutiva del poder público los procesos de selección sus concursos, y como no puede lo más, tampoco puede lo menos; que es delegar a una institución del gobierno las reclamaciones; y si tuviera esa competencia incurriría en

un evidente desvío de poder; en la medida en que el poder que se le entrego, es un poder para garantizar la carrera; para independizarla del gobierno y en este caso se utilizaría para lo contrario, para lo que el constituyente quiso evitar al crear la CNSC; entregarle la competencia al ejecutivo. Precisamente se le entregaría al gobierno la competencia, perjudicando de paso a los ciudadanos que intervienen y vulnerando le sus derechos al acceso a la función pública; al trabajo; se vulneraría el estado social y democrático de derecho donde no son los gobiernos los que escogen a dedo los funcionarios públicos sino donde la función pública deja de ser un botín electoral.

Todo el esfuerzo que hizo el Constituyente para blindar a los colombianos y proteger su derecho al trabajo y al acceso y ascenso en la función pública se tiraría por la borda. Toda la lucha que han hecho, tanto la Corte Constitucional como el Honorable Consejo de Estado para garantizar que no sea el gobierno quién maneje la función pública; que de verdad se respeten los derechos de los ciudadanos a ingresar a la función pública por méritos y ascender también por méritos se borraría de un solo plumazo, si se permitiera que un órgano del gobierno tuviera la palabra definitiva en relación con los concursos para ingresar o ascender dentro la administración pública; y más grave aún, que el propio órgano diseñado por el constituyente para garantizarlo, encargado de vigilar que eso no sucediera, voluntariamente, entrega sus competencias al gobierno. Con esta delegación, se habría traicionado el espíritu de la Constitución de 1991 y todo el esfuerzo que ha hecho el Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional para darle a los colombianos la protección en sus derechos al trabajo y al ingreso a la función pública; se estarían vulnerando los fines del estado; y acabando el estado social y democrático de derecho se borrarían con un solo acto y en un instante varios artículos de la propia Constitución y lo más grave; es que a ese resultado se habría llegado con la voluntad y el consentimiento del órgano encargado de proteger y vigilar la carrera administrativa que en vez de vigilarla y protegerla la estaría asesinando, ahogándola y asfixiándola; haciéndola inocua e inicua.

No sobra recordar que las competencias en el estado social y democrático de derecho no son renunciables, se conceden para que sean ejercidas y para que sean ejercidas en defensa del fin para el cual fueron otorgadas o concedidas, NO para hacer un uso torticero de ellas, ni para distorsionar ese fin; ni para ejercerlas para intereses particulares; ya que los órganos del estado y los funcionarios siempre deben ejercer sus competencias teniendo como objetivo el

interés general. En todo caso nunca debe primar el interés particular de una rama del poder público cómo es la ejecutiva; y mucho menos, en detrimento de los derechos fundamentales de las personas.

De permitirse esa conducta de delegar en el ejecutivo, contraria a los principios, valores y derechos fundamentales; la Comisión Nacional del Servicio Civil no sólo habría transformado el estado social de derecho en un estado feudal donde el poder político y la soberanía son propiedad del Rey o Monarca de turno; sino que también habría incumplido el deber que tiene de conformidad con el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución que establece que las autoridades están instituidas para proteger los derechos y libertades de las personas y no para violarlos o ayudar a violarlos; o ser cómplices de su violación, qué es lo que sucedería si quién decide sobre los recursos en los concursos de la Dian, es la Propia Dian. No nos digamos mentiras ni utilicemos eufemismos, para entender que quien tiene el poder para decidir las reclamaciones de los concursos es quien puede decidir si una persona ingresa o asciende en la Dian; y son los que finalmente van a permitir el ingreso a la lista de elegibles. Es la propia Dian, por no decir directamente que es el propio gobierno nacional, quien nombra directamente al Director General de la Dian.

De esta manera la Comisión Nacional del Servicio Civil en vez de guardiana de la Constitución y de los derechos de los colombianos, se convierte en autora intelectual o fautora o cómplice de esa violación de múltiples normas de la constitución como arriba lo hemos demostrado: De los artículos 1, que consagra el Estado social de derecho; del 2 que consagra los fines esenciales del estado y dentro de estos garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la constitución y la participación de todos en las decisiones que les afectan y en la vida administrativa de la Nación. La CNSC incumple con el deber de proteger a los colombianos en sus derechos y libertades; así mismo se viola el derecho fundamental a la igualdad, ya que al dejarle al gobierno la decisión final sobre el concurso solo podrán ingresar sus amigos y No podrán ingresar quienes no lo sean, con lo que se viola el artículo 13 de la constitución. Se viola el derecho fundamental al debido proceso del artículo 29 de la constitución, ya que quien califica es el mismo que resuelve las reclamaciones contra ellas, lo que lo convierte en juez y parte; pues es el gobierno ante el propio gobierno. Se violan también otros derechos fundamentales como el 25 al trabajo y el 40.7 de la constitución que consagra el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del

poder político y a una de sus manifestaciones más importantes, como es la de ingresar o ascender a la función pública por méritos. Lo que implica también la violación del artículo 125 de la constitución que establece a la carrera administrativa (fundada en el mérito) como un principio constitucional unido inescindiblemente a otros derechos, principios y valores constitucionales fundamentales. Y finalmente vulnera también el artículo 130 de la constitución que impide a la Comisión Nacional del Servicio Civil, delegar ciertas competencias y las entidades que participan mediante contratos en los procesos de selección o en sus concursos e impide contratar a entidades de la rama ejecutiva del poder público para los procesos de selección o sus concursos, ya que quien no puede lo más (hacer todo el proceso) no puede lo menos (resolver recursos de los concursos), así como quien no puede vender un inmueble tampoco puede hipotecarlo; como lo dejo claramente establecido la Corte Constitucional en la sentencia C-1175-05.

“21. PUBLICACION DE RESULTADOS DE LOS CURSOS DE FORMACION Y RECLAMACIONES. La información sobre la publicación de resultados de los *Cursos de Formación* y las respectivas reclamaciones debe ser consultada en los correspondientes apartes del Anexo del presente Acuerdo.

...

PARAGRAFO 2: Teniendo en cuenta que, de conformidad con los artículos 3, numeral 3.3, 12, numeral 12.1 y 29, numeral 29.2 del Decreto Ley 71 de 2020, le corresponde a la DIAN realizar los *Cursos de Formación* de la Fase II de este proceso de selección, en aplicación del artículo 35 ibidem, la CNSC delega en dicha entidad el conocimiento y la decisión de las respectivas reclamaciones, atendidas las cuales debe presentar a esta Comisión Nacional el correspondiente informe, en los términos que la CNSC le indique.”

...

Sea lo primero precisar que no es cierto que el decreto 71 de 2020, le atribuye a la Dian Inexorablemente, con la misma necesidad física de la ley de la gravedad, la realización de los cursos de formación, ya que las podría, por no decir que las debería, contratar la Comisión

Nacional del Servicio Civil, con universidades o instituciones de educación superior acreditadas ante el Ministerio de Educación, ya que esta es una de las competencias que la CNSC, tiene de manera exclusiva, e indivisible, que además no puede compartir con ninguna otra institución y menos de la rama ejecutiva del poder público como es la Dian, como lo ha establecido desde hace más de dos décadas la Corte Constitucional y reiterado de manera constante. Como tampoco es cierto que el artículo 35 del decreto 71 de 2020, obliga a delegar a la CNSC y mucho menos a delegar en la DIAN, que es un órgano del ejecutivo, que está prohibido por la Corte Constitucional porque viola varias normas constitucionales (arts. 1, 2, 13, 25, 29, 40.7, 125, 130, etc.).

Veamos la norma: “**Artículo 35. Reclamaciones.** Contra las decisiones que afecten de manera individual, particular y concreta a quienes se inscriban para participar en los concursos, en cualquiera de sus etapas, solamente procederá la reclamación en única instancia ante la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Lo anterior de conformidad con las disposiciones que regulan el procedimiento ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual podrá delegar el conocimiento y decisión de las reclamaciones en el organismo que prepare, evalúe y califique las pruebas.”

OTRA LIMITACION QUE TIENE EL LEGISLADOR EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA DIAN. ADMINISTRACION Y VIGILANCIA

En relación con las carreras administrativas de orden legal, bien la general, bien las especiales como la Dian, es necesario hacer una precisión sobre una limitación que tiene, en su competencia, el legislador colombiano tanto ordinario como extraordinario y que la estableció el propio Constituyente en el artículo 130 de la constitución, al ordenar que la administración y vigilancia de esas carreras como la de la Dian corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil. Cómo fue el propio Constituyente y está consagrada en la propia constitución el legislador en este caso tiene un límite y es que todas las competencias para administrar y vigilar esta carrera son exclusiva y unitariamente de la Comisión Nacional del Servicio Civil; dicho de otra manera, en este tema de la administración y vigilancia de la carrera de la Dian no existe una libertad absoluta del legislador sino que el legislador tiene

límites por mandato constitucional por ejemplo no puede trasladar las funciones de administración o vigilancia de la carrera de la Dian, ni al gobierno nacional ni al Director General de la Dian. Esto es lo que explica que hayan sido declarada inconstitucionales competencias que se le atribuían, por ejemplo, al departamento administrativo de la función pública o a las superintendencias y que tenían que ver con la administración o vigilancia de las carreras administrativas y que el constituyente radico directamente en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio civil.

Teniendo claro que en materias de administración y vigilancia de las carreras de orden legal incluida la de la Dian no pueden ser trasladadas a ninguna autoridad ya que el propio Constituyente las dejó el cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de manera indivisible y excluyente, en esta materia la competencia del legislador tiene un límite, limite que consiste en que no puede transferir o compartir estas competencias para administrar y vigilar la carrera administrativa de la Dian a ninguna otra autoridad no importa que se llame Gobierno nacional o Director General de la Dian.

No es válido decir que en este caso el régimen especial es distinto al General, por la sencilla razón que en la constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional los principios constitucionales, que rigen a todas las carreras tienen que ser los mismos; no se puede decir, por ejemplo; que en la carrera administrativa general no se puede violar el derecho a la dignidad humana y en cambio sí se puede hacerlo en el régimen especial de la Dian; no se puede afirmar que en el régimen general de carrera administrativa se debe respetar el derecho fundamental a participar, controlar y ejercer el poder político y especialmente a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, pero no se tiene el mismo derecho en los regímenes especiales. No se puede declarar que a los trabajadores del régimen general de carrera administrativa se les debe respetar el derecho a la igualdad, pero no a los trabajadores del régimen especial de la Dian. Con razón, la corte ha dicho que, en relación con los derechos fundamentales, con los principios y valores constitucionales, no puede haber diferencia entre la carrera general y las carreras especiales. Existe otra razón potísima, es que la Carrera Administrativa no es más que una sola en cuanto a los principios y valores que les sirven de fundamento y las carreras especiales, no son más que especificaciones de la carrera general, aplicaciones concretas con los mismos principios, valores y derechos fundamentales.

Veamos la sentencia de la Corte Constitucional

Sentencia C-1175/05

3.8 Para resolver este interrogante, nuevamente es preciso hacer la siguiente distinción : una cosa son las simples reclamaciones que surgen en alguna de las etapas delegadas de los procesos de selección, que no afectan el concurso en sí mismo, porque se trata de asuntos individuales o particulares, y, otra, muy distinta, cuando la reclamación tiene la connotación de denuncias o reclamos por irregularidades en el proceso, denuncias que al adquirir connotaciones de trascendencia, sí pueden afectar la integridad del proceso.

3.8.1 Ejemplos del primer caso, ocurren cuando el aspirante no es admitido a un concurso o proceso o cuando el participante está en desacuerdo con las pruebas aplicadas en los procesos de selección, y que por tales hechos presentan las reclamaciones respectivas (arts. 12 y 13 del Decreto 760 de 2005). En estos eventos, la Corte considera que no obstante que la persona interesada puede elevar su reclamo bien sea ante la Comisión Nacional del Servicio Civil o ante la entidad delegada, la Comisión, a su vez, puede resolver si delega o no el conocimiento y la decisión pertinente en la entidad que realizó el proceso. Además, la Comisión siempre puede reasumir el conocimiento de lo reclamado, o avocar en segunda instancia el asunto, tal como lo establece el artículo 12, literales c) y d) de la Ley 909 de 2004.

3.8.2 En cambio, cuando la reclamación o queja adquiere una entidad superior, por contener denuncias de irregularidades, en las que se ponen en entredicho no situaciones individuales o particulares, sino el proceso en sí mismo, el conocimiento y la decisión correspondiente no sólo no pueden ser delegados, sino que únicamente la Comisión Nacional del Servicio Civil es la competente para conocer y decidir al respecto, adoptando las medidas pertinentes que la situación amerite, como suspender el proceso, iniciar investigaciones, denunciar ante las autoridades penales o de control los hechos correspondientes, etc. Ejemplos de estas situaciones son las quejas sobre la existencia de errores ostensibles en la valoración de las pruebas, o filtración del contenido de las mismas, o sospechas de corrupción en el proceso o en sus resultados, desconocimiento de los lineamientos o instrucciones dados por la Comisión Nacional del Servicio Civil a la entidad delegada para el desarrollo del concurso. Es decir, se trata de reclamaciones que involucran la responsabilidad administrativa o de

vigilancia de la carrera de los servidores públicos, según el caso, que hacen parte indelegable de las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En resumen : siguiendo un orden lógico y sistemático del asunto, tratándose de los reclamos que se producen con ocasión del propio proceso de selección, concursos o procesos que a su vez fueron objeto de delegación, el conocimiento de las reclamaciones puede, también, ser delegado al propio ente con el que la Comisión Nacional del Servicio Civil realizó el contrato o convenio para tal fin, sin que signifique que la Comisión no puede reasumir su conocimiento en cualquier momento.

Desde esta perspectiva, el hecho de que el artículo 2º del Decreto 760 de 2005 acusado simplemente señale que la Comisión puede delegar el conocimiento y decisión de las reclamaciones no es inconstitucional, porque, como se vio, la disposición está haciendo referencia a las reclamaciones que ocurran en el proceso de selección que hubiere sido delegado y corresponde, por consiguiente, a la entidad delegada absolver directamente lo relativo a las mismas.

3.9 Sin embargo, antes de declarar la exequibilidad de la disposición acusada, la Corte debe hacer la siguiente advertencia :

La delegación para el conocimiento de las reclamaciones en los procesos de selección sólo puede recaer en las entidades a las que la Ley 909 de 2004 autorizó que podrían realizar tales procesos, es decir: las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, con las que la Comisión contrate y estén acreditadas para ello, tal como lo indican los artículos 11, literal i), y 30 de la Ley 909 de 2004, que a la letra dicen:

“Artículo 11. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

(...)

i) Realizar los procesos de selección para el ingreso al empleo público a través de las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, que contrate para tal fin;”

Y el artículo 30 de la misma Ley señala: “Competencia para adelantar concursos. Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos. (...)” (se subraya)

3.10 Esto significa que la delegación para el conocimiento y la decisión de las reclamaciones en los procesos de selección de que trata el artículo 2º del Decreto 760 de 2005 es exequible bajo el entendido de que la delegación para conocer y resolver las reclamaciones que se presenten en el desarrollo de los procesos de selección, sólo puede recaer en las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior con las que hubiere contratado para este objeto, y que las mismas deben referirse a reclamaciones que no afecten el proceso en sí mismo, tal como se explicó.

3.11 Se observa por la Corte que el artículo 2º del Decreto 760 de 2005 que ahora se analiza por la Corporación no establece de ninguna manera que la Comisión Nacional del Servicio Civil en forma imperativa deba delegar el conocimiento y decisión de las reclamaciones que se presenten en desarrollo de los procesos de selección, pues ello sería contrario a la Constitución. Por tal razón, se trata simplemente de otorgarle una facultad para delegar en las hipótesis y en las entidades de educación superior expresamente previstas por la Ley para que atiendan y resuelvan las reclamaciones surgidas en los procesos de selección que no afecten la totalidad del concurso, pero como es obvio si en el futuro la Comisión Nacional

del Servicio Civil cuenta con la infraestructura, los recursos y el personal idóneo necesarios para adelantar directamente los procesos de selección a que se refiere la norma, no tendrá entonces necesidad de acudir al mecanismo administrativo de la delegación.

4. Cargos contra el artículo 3° del Decreto 760 de 2005.

4.1 Esta disposición está acusada por incluir entre las entidades con las cuales la Comisión Nacional del Servicio Civil puede celebrar contratos o convenios interadministrativos para adelantar los procesos de selección, además de las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, al Departamento Administrativo de la Función Pública.

4.2 Para el demandante esta inclusión desconoce la sentencia C-372 de 1999.

4.3 La interviniente de la Función Pública aunque pidió la exequibilidad de la expresión acusada, sólo suministró consideraciones generales.

4.4 El señor Procurador pidió que la inclusión del Departamento de la Función Pública fuera declarada inexecutable, por razones semejantes a las expuestas por el demandante.

4.5 Así las cosas, debe decirse que la Corte comparte los reparos del demandante en la acusación de inconstitucionalidad por la inclusión del Departamento Administrativo de la Función Pública como una de las entidades con las que la Comisión puede contratar los procesos de selección, porque se desconoce la independencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En efecto, si las características constitucionales de la Comisión Nacional del Servicio Civil la ubican como una entidad única, autónoma, permanente, del nivel nacional e independiente. Que no hace parte del Ejecutivo ni de las otras ramas u órganos de poder público, que no tiene funciones de cuerpo asesor o consultivo del Gobierno, ni de junta directiva, características que se expusieron en la sentencia C-372 de 1999 a la que se aludió en el punto anterior y cuyas consideraciones ahora se reiteran, esto conduce a que esta autonomía e

independencia pueden verse comprometidas si son contratados con el Departamento Administrativo de la Función Pública los concursos en mención, ya que tal Departamento, como entidad administrativa que es, hace parte de la Rama Ejecutiva y, por consiguiente, depende y actúa bajo las orientaciones del Presidente de la República, suprema autoridad administrativa.

(Subrayas nuestras)

4.6 Por consiguiente, se declarará inexecutable la expresión “el Departamento Administrativo de la Función Pública”, contenida en el artículo 3° del Decreto 760 de 2005, por desconocer las características constitucionales de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

RESUELVE :

Tercero : Declarar **inexecutable** la expresión “el Departamento Administrativo de la Función pública”, contenida en el artículo 3° del Decreto 760 de 2005.

LA SENTENCIA C-471-2013. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

4. La Comisión Nacional del Servicio Civil tiene la competencia constitucional para administrar y vigilar los sistemas específicos de carrera

4.1. Prevalencia constitucional de la Comisión Nacional del Servicio Civil

4.1.1. El Constituyente de 1991 creó la Comisión Nacional del Servicio Civil, como un órgano autónomo e independiente y le encargó, como regla general, la función específica de administrar y vigilar los regímenes de carrera.¹⁰⁴ Se buscó con ello que fuera ajeno a las influencias de otras instancias del poder público, para asegurar que el sistema de concurso de méritos para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, para el ascenso dentro de los mismos y para el retiro del servicio, se lleve a cabo de manera transparente, idónea e imparcial, conforme con los postulados constitucionales y legales que regulan la materia. El propósito constitucional, por lo tanto, es asegurar que los procesos de

¹⁰⁴ Al respecto ver, por ejemplo, la sentencia C-372 de 1999 (MP José Gregorio Hernández Galindo).

selección de personal se adelanten sin presiones de ninguna clase y lejos de los intereses políticos o burocráticos.¹⁰⁵

4.1.2. En la sentencia C-746 de 1999, la Corte Constitucional precisó su posición jurisprudencial con relación al alcance de las competencias de la Comisión Nacional del Servicio Civil, advirtiendo que “[...] *sólo en virtud de la exclusión que sobre alguna carrera haga la propia Constitución, la Comisión carecerá de competencia.*”¹⁰⁶ Esta posición jurisprudencial, que se pretendió variar en un par de ocasiones,¹⁰⁷ ha sido confirmada y reiterada por la jurisprudencia constitucional, entre otras, en la sentencia C-1230 de 2005 así,

“Coincidiendo con el criterio general inicialmente fijado en la Sentencia C-746 de 1999, la Corte encuentra que, respecto a los sistemas especiales de origen legal, denominados por el legislador *sistemas específicos de carrera*, una interpretación sistemática de los artículos 125 y 130 de la Carta Política permite concluir que los mismos deben ser administrados y vigilados, sin ninguna excepción y con carácter obligatorio, por la Comisión Nacional del Servicio Civil, tal y como ocurre con el sistema general de carrera. [...]”

La posición de la Corte se fundó en cinco argumentos de carácter hermenéutico que la llevaron a preferir esta posición jurisprudencial, por encima de las demás. A continuación, se transcriben,

“[i] Según quedo explicado en esta Sentencia, la Constitución del 91 consagró el sistema de carrera como la regla general para el acceso al servicio público (art. 125), y con ese mismo propósito le asignó a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y vigilancia “*de las carreras de los servidores públicos*” (art. 130). Si ello es así, no queda duda que la exclusión de competencia prevista en el artículo 130 Superior para la Comisión es de alcance

¹⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1230 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil, AV Jaime Araujo Rentería).

¹⁰⁶ Corte Constitucional, sentencia C-746 de 1999 (MP Alfredo Beltrán Sierra). Esta posición supuso una variación frente a la posición que se había fijado en otras sentencias previas. Sobre esta primera fase de la jurisprudencia ver por ejemplo las sentencias C-391 de 1993, C-356 de 1994 y C-616 de 1996. Sobre un análisis de la variación de la posición jurisprudencial ver, entre otras, la sentencia C-1230 de 2005 ya citada.

¹⁰⁷ En las sentencias C-313 de 2003 (MP Alvaro Tafur Galvis) y C-734 de 2003 (MP Alvaro Tafur Galvis, SV Jaime Araujo Rentería), la Corte Constitucional trató de variar su jurisprudencia, indicando que la administración y vigilancia de los sistemas especiales de carrera administrativa dependen, exclusivamente, de la decisión del Legislador.

excepcional y de interpretación restrictiva y, por tanto, debe entenderse que sólo opera para los sistemas especiales de carrera de origen estrictamente constitucional, o lo que es igual, para aquellos señalados expresamente por la propia Carta Política [...]

[ii] Si el artículo 130 Superior dispone que la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad “*responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos*”, *excepción hecha de las que tengan carácter especial*”, está definiendo dos aspectos puntuales sobre su ámbito de competencia. El primero, que la referida competencia es sobre “*las carreras de los servidores públicos*”; es decir, que tiene alcance general y que, por tanto, no se puede agotar en un sólo sistema de carrera, la carrera ordinaria o común, sino que se proyecta también sobre otros que, de acuerdo con la exclusión de competencia prevista en la misma preceptiva, no pueden ser sino los sistemas especiales de origen legal. El segundo, que las funciones a ella asignada para administrar y vigilar las carreras se constituye en un imperativo constitucional de carácter indivisible, en el sentido que tales atribuciones no pueden compartirse con otros órganos ni ser separadas o disgregadas a instancia del legislador. El vocable “y” -que representa la vocal *i*-, mencionado en el artículo 130 Superior para referirse a las labores que le corresponde cumplir a la Comisión, es utilizado en dicho texto como conjunción copulativa, cuyo oficio es precisamente unir, ligar y juntar en concepto afirmativo las dos acepciones, “*administración y vigilancia*”, de modo que se entienda que se trata de dos funciones que se deben ejercer de forma conjunta, inseparable y privativa por la Comisión Nacional del Servicio Civil y no por otros órganos o entidades estatales.

[iii] La interpretación del artículo 130 Superior, en el sentido que corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil tanto la administración como la vigilancia de los sistemas especiales de carrera de origen legal, es consecuente con los objetivos y propósitos que justifican la implementación del sistema de carrera y la creación constitucional de la mencionada Comisión. Tal y como se señaló anteriormente, **el propósito del Constituyente del 91, al implementar el sistema de carrera por concurso de méritos y asignarle a un órgano autónomo e independiente la función específica de administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, fue precisamente el de aislar y separar su**

organización, desarrollo y control de factores subjetivos que pudieran afectar sustancialmente el adecuado ejercicio de la actividad estatal (clientelismo, favoritismo y nepotismo), materializados, entre otros, en el interés que como patrono puede tener el propio Estado, y en particular la Rama Ejecutiva del Poder público, en el proceso mismo de selección, promoción y remoción de sus servidores. Por eso, si se excluye a la Comisión Nacional del Servicio Civil de la competencia obligatoria para administrar y vigilar los sistemas especiales de origen legal, se desconoce sustancialmente los postulados que determinan la existencia y eficacia del sistema de carrera, toda vez que bajo esa premisa el legislador estaría facultado para dejar en cabeza de las mismas entidades públicas nominadoras, a las que decide aplicar un sistema especial de carrera, la función de administración y vigilancia del sistema, patrocinándose así el monopolio sobre el acceso a la función pública que precisamente la Constitución Política buscó evitar y combatir.

[iv] En ese contexto, interpretar que es a la Comisión Nacional del Servicio Civil a quien corresponde ejercer la administración y vigilancia de los sistemas especiales de carrera de origen legal, permite mantener vigente el propósito del constituyente de garantizar la igualdad, la neutralidad y la imparcialidad en el manejo y control de los sistemas de carrera administrativa, impidiendo que tales funciones puedan ser asumidas por las mismas entidades del Gobierno que tienen a su cargo la designación y nombramiento de los servidores públicos a quienes aplican, o en su defecto, por otros órganos que también pertenecen al mismo Gobierno y que como tal no gozan de la autonomía necesaria para garantizar la independencia e imparcialidad que se requiere frente a los cometidos del régimen de carrera.

LA SENTENCIA C-518-16 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

“5. Autonomía de la Comisión Nacional del Servicio Civil

5.1. El artículo 113 de la Constitución previó la posibilidad de que dentro de la estructura del ejercicio del poder público, además de los órganos que integran las tres ramas -legislativa, ejecutiva y judicial-, existieran otros de carácter *autónomo e independiente*, para el

cumplimiento de las funciones del Estado. Esto, sin perjuicio de la colaboración armónica entre unos y otros en el ejercicio de sus funciones.

5.2. Entre tales órganos de carácter autónomo e independiente se encuentra la CNSC, consagrada en el artículo 130 Superior como la *“responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”*. Sobre la CNSC, esta Corporación ha señalado que se trata de un órgano que no hace parte de ninguna de las ramas del poder público, es de carácter permanente, del nivel nacional y cuenta con una personalidad jurídica, con autonomía administrativa y patrimonio propio^[52].

5.3. En este sentido, la configuración de la estructura del Estado que se deriva del artículo 113 de la Carta Política y que supera la clásica división tripartita del ejercicio del poder, ubica a la CNSC como un órgano que goza de autonomía para el ejercicio de sus funciones en relación con los demás órganos del poder público. En tal sentido, este Tribunal ha destacado especialmente su independencia del Ejecutivo, aclarando que no tiene la calidad de “cuerpo asesor o consultivo del Gobierno, ni de junta o consejo directivo de composición paritaria o con mayoría prevalente de los organismos estatales o de los trabajadores, ni de las entidades territoriales en cabeza de sus autoridades”^[53].

5.4. El propósito de atribuirle a un órgano autónomo la función de administrar y vigilar el régimen de carrera de los servidores públicos, lo ha dicho la Corte, “no es otro que el de sustraer la carrera y su desarrollo y operación, así como la práctica de los concursos y la implementación de los procesos de selección de personal al servicio del Estado, de la conducción de la Rama Ejecutiva del poder público, que tiene a su cargo los nombramientos en orden estricto de méritos -según los resultados de los concursos-, mas no la función de manejar la carrera, privativa del ente creado por la Carta Política con las funciones muy específicas de administrarla y vigilarla en todas las dependencias estatales”^[54], con las excepciones previstas por la propia Constitución.

5.5. En relación con esto último, la jurisprudencia ha explicado que, en la medida que el “Constituyente quiso establecer la carrera administrativa como la regla general para la

provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, para el ascenso dentro de los mismos y para el retiro del servicio, su criterio consistió en prever un sistema de carrera, coordinado y armónico, técnicamente organizado, confiado a un organismo único de nivel nacional y con jurisdicción en todo el territorio, que garantizara la efectividad del ordenamiento constitucional en la materia, sin depender en su actividad y funcionamiento de ninguna de las ramas del poder público aunque bajo los criterios y directrices trazados por el legislador”^[55].

5.6. La autonomía reconocida a la CNSC, sin embargo, no implica desconocer el funcionamiento armónico que entre los diferentes órganos del Estado debe mantenerse tal y como lo establece el mismo artículo 113, ni los controles y límites que la misma Constitución establece sobre la estructura del poder público y sobre quienes actúen en su nombre, en material fiscal, disciplinaria o penal. Lo que implica es que la CNSC ejerza sus funciones, dentro del marco constitucional y legal, con un amplio margen de discrecionalidad administrativa y presupuestal derivada de la autonomía otorgada por la misma Constitución.

5.7. Como resulta natural, la autonomía proveniente de la naturaleza de la CNSC, se expresa a través del ejercicio de las funciones o competencias que la Constitución le ha asignado. Es decir, a la luz del artículo 130 Superior, en el ejercicio de la potestad de administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos salvo las excepciones a las que haya lugar.

5.8. En primer lugar, es preciso tener en cuenta que estas potestades de administración y vigilancia sobre las que se volverá más adelante, están referidas a las carreras de los servidores públicos, que no es otra cosa que el sistema que el Constituyente de 1991, de conformidad con el artículo 125 de la Carta, estableció como regla general -no exclusiva- para proveer los cargos en los órganos y entidades del Estado y que se basa en el concurso de méritos.

5.9. Así las cosas, compete a la CNSC administrar y vigilar este sistema general de carreras, salvo las carreras de carácter especial a las que se refiere la propia Constitución y que, por

tanto, se encomienda a otras entidades. Sobre este aspecto, corresponde tener presente que, como la jurisprudencia constitucional lo ha señalado, existen carreras especiales tanto de tipo constitucional como legal, de manera que, como lo menciona en artículo 113 Superior, la CNSC “queda excluida de la administración y vigilancia de las carreras especiales de **origen constitucional**. Frente a las segundas, esto es, a los regímenes especiales de carrera de **origen legal**, existe en la actualidad una jurisprudencia unificada de la Corte en cuanto a que es a esta entidad [a la CNSC] a quien corresponde la administración y vigilancia de dichos regímenes especiales de origen legal”^[56].

5.10. Por otra parte, en relación con las funciones relativas a la “*administración*” y “*vigilancia*” de las carreras de los servidores públicos, la Corte Constitucional ha definido que el carácter indeterminado de tales expresiones conduce a que, a su vez, la competencia de la CNSC tenga un carácter amplio, pues comprende los posibles contenidos a los que pueda dar lugar el ejercicio de la administración y la vigilancia. De hecho, este Tribunal indicó que a la hora que el legislador desarrolle estas funciones, debe tener en cuenta que “el que se trate de conceptos jurídicos indeterminados y no de nociones jurídicas delimitadas de forma clara y precisa, no quiere decir que pueda el legislador prescindir de algunos contenidos básicos y estructurales de sentido y significación que tienen ambas nociones (...)”^[57].

5.11. En este contexto, el alcance de estas competencias está determinado, además del contenido amplio de los términos contenidos en el artículo 130 Superior, por el hecho que la administración y vigilancia son dos funciones que se debe ejercer de forma conjunta, inseparable y privativa por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil y que no pueden ser asignadas, en conjunto o por separado a otros órganos o entidades estatales^[58].

5.12. Lo anterior significa que, una vez identificadas las funciones a cargo de la CNSC, es posible fijar el ámbito de autonomía que impide que otros órganos puedan usurpar o limitar su actuación^[59] pues, en todo caso, la comisión está configurada como un ente “de la más alta jerarquía en lo referente al manejo y control del sistema de carrera de los servidores públicos”^[60].

5.13. Sobre ello se pronunció esta Corporación en la Sentencia C-1175 de 2005 en el escenario de una demanda de constitucionalidad contra varias disposiciones del Decreto 760 de 2005 “*por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones*”. Entre ellas, en dicha oportunidad, se demandó el artículo 3º, en el que se establecía que los concursos o procesos de selección serían “*adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios Interadministrativos, suscritos con el Departamento Administrativo de la Función Pública, universidades públicas o privadas, instituciones universitarias o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin (...)*”. En dicha oportunidad, se cuestionó el aparte resaltado por cuanto condicionaba la realización de concursos a la inclusión de una entidad que no hace parte del sector de la educación.

5.14. En el fallo anteriormente mencionado, se declaró inexecutable la intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública en el desarrollo de los procesos de contratación para adelantar los concursos de mérito en el acceso al servicio público por el sistema de carrera. En sustento de tal decisión, la Corte afirmó que resultaba inconstitucional incorporar esta institución “como una de las entidades con las que la Comisión puede contratar los procesos de selección, porque se desconoce la independencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil”. **Lo anterior, arguyó esta Corporación, implicaba que la “autonomía e independencia pueden verse comprometidas si son contratados con el Departamento Administrativo de la Función Pública los concursos en mención, ya que tal Departamento, como entidad administrativa que es, hace parte de la Rama Ejecutiva y, por consiguiente, depende y actúa bajo las orientaciones del Presidente de la República, suprema autoridad administrativa”.**

5.15. Este caso presenta una concreta manifestación de la autonomía de la CNSC en el escenario de la contratación, que advierte sobre la inconstitucionalidad de cualquier condicionamiento o restricción de otros órganos del Estado en el escenario de la administración y vigilancia del sistema de carreras de servidores públicos y que de manera exclusiva y privativa corresponde a la CNSC.

5.16. Conforme con ello, el Legislador, no obstante su amplio margen de configuración en la materia, no está habilitado para condicionar el ejercicio de las atribuciones propias de la CNSC, a que las mismas se lleven a cabo, necesaria y forzosamente, por conducto de organismos que hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.”

(subrayas nuestras)

VI.- SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL COMO MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA DEL ACUERDO 0285 DE 2020 Y DE SU ANEXO

El presente apartado tiene como objetivo solicitar una medida cautelar de urgencia, de suspensión provisional del acuerdo 0285 de 2020, incluido su anexo, con fundamento en las normas y razones arriba señaladas a las cuales ahora, por brevedad nos remitimos y expresamente pedimos tener en cuenta, por lo que solo reiteraremos y sintetizaremos algunos conceptos jurídicos fundamentales que sirven de cimiento y pilar de la medida cautelar de urgencia de la suspensión provisional del acto administrativo demandado.

Según el artículo 229 de la ley 1437 de 2011 (CPACA), en cualquier proceso declarativo que se adelante ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo es posible solicitar la adopción de medidas cautelares. Según el artículo 230 del mismo código, estas pueden ser preventivas, anticipativas o de suspensión y deben estar relacionadas directa y necesariamente con las pretensiones de la demanda. Una de las opciones con que cuenta la ciudadanía al ejercer el medio de control de nulidad simple es solicitar la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado. Y el artículo 234 del CPACA, permite impetrar medidas cautelares de urgencia

De acuerdo con el artículo 238 de la Constitución Política, “la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”. Esto significa que la ciudadanía, a través de la jurisdicción, puede solicitar que un acto administrativo deje de surtir efectos temporalmente, con la intención de garantizar el ejercicio de un derecho, impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho, o asegurar los resultados de una decisión futura⁶. Así, según el Consejo

de Estado, “la suspensión provisional constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico continúen surtiendo efectos, dada la presunción de legalidad que los acompaña, mientras se decide su fondo (...)”⁷.

De conformidad con nuestra tercera premisa fundamental, a la que nos remitimos; **LA SUSPENSION PROVISIONAL DEBE DECRETARSE AUN DE OFICIO, CUANDO SE VULNERAN DERECHOS FUNDAMENTALES**

Así ha quedado establecido desde la existencia del anterior código contencioso administrativo, en la sentencia C-197 de 1999 (C-197-99), en la que la Corte Constitucional en la parte pertinente dijo:

“2.7. Considera la Corte, que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente.

A la misma conclusión llegó la Corporación en la sentencia SU-039/97¹⁰⁸ cuando consideró que en caso de violación de derechos fundamentales es posible, aplicando directamente la Constitución Política suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, así no se invoquen expresamente como fundamento de la suspensión las respectivas normas. Dijo la Corte en dicha sentencia:

"La necesidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales y de efectivizarlos, impone un cambio, una nueva concepción, de la institución de la suspensión provisional. El viraje que se requiere para adaptarla a los principios, valores y derechos que consagra el nuevo orden constitucional puede darlo el juez contencioso administrativo o inducirlo el legislador, a través de una reforma a las disposiciones que a nivel legal la regulan."

"El juez administrativo, con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de transgresión de aquéllos. Decisiones de esa índole tendrían sustento en:

¹⁰⁸ M.P. Antonio Barrera Carbonell

- La primacía que constitucionalmente se reconoce a los derechos fundamentales y a la obligación que tienen todas las autoridades- incluidas las judiciales- de protegerlos y hacerlos efectivos (art. 2 C.P.)."

"- La aplicación preferente de la Constitución frente a las demás normas jurídicas y así mismo el efecto integrador que debe dársele a sus disposiciones con respecto a las demás normas del ordenamiento jurídico. De este modo, al integrar las normas que regulan la suspensión con las de la Constitución se podría lograr una mayor eficacia y efectividad a dicha institución."

"- La necesidad de dar prevalencia al derecho sustancial (art. 228 C.P.), mas aún cuando este emana de la Constitución y busca hacer efectivas la protección y la vigencia de los derechos fundamentales."

"- La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos tiene un fundamento constitucional. El art. 238 permite dicha suspensión "por los motivos y con los requisitos que establezca la ley". Siendo la Constitución ley de leyes y pudiendo aplicarse sus normas directamente, sobre todo, cuando se trate de derechos fundamentales (art. 85), es posible aducir como motivos constitucionales para la procedencia de la suspensión provisional la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales."

"La idea central que se debe tener presente es que las diferentes jurisdicciones, dentro de sus respectivas competencias, concurren a la realización del postulado constitucional de la efectivización, eficacia y vigencia de los derechos constitucionales fundamentales. Por lo tanto, la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos por violación de los derechos constitucionales fundamentales, independientemente de que ésta sea manifiesta o no, indudablemente, puede contribuir a un reforzamiento en los mecanismos de protección de los referidos derechos."

Adicionalmente, el CPACA trae la posibilidad de calificar la solicitud de medida cautelar. Según el artículo 234, las demandantes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares de urgencia cuando se evidencia que no es posible agotar el trámite de traslado de la solicitud a la contraparte.

De acuerdo con el Consejo de Estado, con las medidas de urgencia "(...) lo que se procura [es] la adopción de una medida provisional de manera inmediata, en donde – dada la situación

de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado – se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y puede ordenarse la misma, inclusiva, de manera previa a la notificación del auto admisorio de la demanda (...)”¹¹.

La naturaleza de la nulidad simple y, de la posibilidad de solicitar medidas cautelares dentro del procedimiento en el que se tramita, es dotar a la ciudadanía de la posibilidad de activar el control judicial a la administración de una forma adecuada y efectiva. Permitir que una situación jurídica se consolide luego de que la ciudadanía plantee serias dudas sobre la legalidad del marco en el que se fundamenta, de suyo, es una vulneración del derecho fundamental de acceso a la justicia. El derecho contencioso administrativo está basado en la posibilidad y el derecho de hacer control al poder; por ello, las decisiones que se basan en él, deban tener en cuenta la efectividad que tendrán y, en todo caso, los operadores deben hacer uso de las herramientas que el ordenamiento jurídico dispone para asegurarla. En el caso del acto administrativo que se demanda, una intervención tardía del juez de lo contencioso administrativo tendría como consecuencia la violación de varios principios, valores y derechos fundamentales de todos los colombianos, tanto de quienes quieren acceder a la función pública como de quienes pueden ascender dentro de ella, consagrados en la constitución en los artículos: 13 a la igualdad, 25 al trabajo, 29 al debido proceso, 40.7 a ingresar y ascender en la función pública, 83 a la buena fe, 125 a todos los principios de la carrera administrativa que a su vez es un principio constitucional, 130 a evitar que la administración pública se convierta en un botín del gobierno de turno; 1 al estado Social y Democrático de derecho, 2 a realizar los fines esenciales del Estado: garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida.. administrativa ...de la Nación; y para que autoridades de la República como la CNSC, que están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus... derechos y libertades, cumpla con su deber de evitar que el gobierno o los órganos de la rama ejecutiva se apoderen de la administración pública como presa, despojo, pillaje o saqueo, contrariando como dice la Corte Constitucional “**el propósito del Constituyente del 91, al implementar el sistema de carrera por concurso de méritos y asignarle a un órgano autónomo e independiente la función específica de administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, fue precisamente el de aislar y separar su organización, desarrollo y control de factores subjetivos que pudieran afectar sustancialmente el adecuado**

ejercicio de la actividad estatal (clientelismo, favoritismo y nepotismo), materializados, entre otros, en el interés que como patrono puede tener el propio Estado, y en particular la Rama Ejecutiva del Poder público, en el proceso mismo de selección, promoción y remoción de sus servidores” ; o hacer eficaz la primacía de la constitución sobre cualquier otra norma del orden jurídico incluido el acuerdo 0285 de 2020, que establece el artículo 4 de la constitución. Todos estos derechos fundamentales, principios y valores constitucionales, es lo que se busca proteger con la medida cautelar de urgencia de suspensión provisional, que imploramos.

LOS PROBLEMAS JURIDICOS

Los problemas jurídicos a tratar en el presente caso y que imponen la medida cautelar de urgencia de suspensión provisional del acuerdo 0285 de 2020, incluido su anexo, son los siguientes:

1) ¿Podemos permitir que la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), con el acuerdo 0285 de 2020, destruya, despedace y aniquile la carrera administrativa como principio constitucional, cimiento principal de la estructura del estado social y democrático de derecho; medio eficaz para la realización o protección de otros principios, valores o derechos fundamentales?. ¿Podemos tolerar que se destrocen, arrasen y pulvericen los artículos 1; 2; 13; 25; 29; 40.7; 53; 125; 130; de la constitución por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Dian? ¿Podemos aceptar que el ingente esfuerzo que ha hecho el Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, durante 4 décadas, por defender, proteger y salvaguardar las carreras administrativas, sea devastado, despedazado y demolido por la CNSC y la Dian?. A todos estos interrogantes debemos responder con un NO absoluto, ya que tanto el Honorable Consejo de Estado, como la Corte Constitucional, en diversas oportunidades han reiterado que la carrera administrativa es un principio constitucional, cimiento de la estructura del estado; instrumento o medio eficaz para la realización o protección de otros principios o derechos constitucionales fundamentales; éste postulado constituye ya una jurisprudencia consolidada y es tan importante que ha sido el fundamento para declarar inexecutable no sólo a leyes o actos administrativos que violan estos principios, derechos fundamentales o valores constitucionales; sino también para declarar inconstitucionales

varias reformas constitucionales; cómo son entre otras, la que declaró inexequible el acto legislativo 4 de 2011, mediante la sentencia C- 249-12; y la que declaró inexequible el acto legislativo 1 de 2008 mediante la sentencia C-588-09.

No sobra recordar que en ambos casos, estos actos legislativos consagraban normas transitorias, no permanentes, que se adicionaban al artículo 125 de la constitución y; a pesar de que eran normas transitorias, la corte constitucional consideró que sustituían a la constitución, que eran una violación del principio constitucional de la carrera administrativa, que la carrera es además un cimiento principal de la estructura del estado e instrumento o medio eficaz para la realización o protección de otros principios, derechos y valores constitucionales fundamentales.

2) ¿Podemos admitir que los colombianos y especialmente los jóvenes NO puedan acceder a sus derechos fundamentales al trabajo y a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, consagrados en los artículos 25 y 40.7 de la constitución y de paso se les violen sus derechos a la igualdad y al debido proceso consagrados en los artículos 13 y 29 de la misma; todos ellos definidos como derechos fundamentales.?.

La respuesta vuelve a ser un rotundo NO.

REMISION Y REITERACION DE ARGUMENTOS

Con el fin de hacer más breve este apartado, rogamos tener en cuenta para la medida cautelar de urgencia de suspensión provisional, todos los argumentos, razones y normas señalados a lo largo de esta demanda de nulidad y nos limitaremos a condensar algunos de ellos.

LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL NO PUEDE DELEGAR EN LA DIAN EL CONOCIMIENTO Y LA DECISION DE LAS RECLAMACIONES DE LA FASE II, ESTO ES, LAS RECLAMACIONES DE LOS RESULTADOS DE LOS CURSOS DE FORMACION. Y SI LO HICIERA INCURRE EN DESVIO DE PODER.

En el caso concreto que nos ocupa la Comisión Nacional del servicio civil no puede delegar sino en: a) Universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas ante el Ministerio de Educación; que además, b) Deben certificar que cuentan con programas en materia tributaria, aduanera y/o cambiaria, según corresponda, y demostrar

que tienen la infraestructura y la capacidad logística para el desarrollo del curso y c) Esten previamente acreditadas ante la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En consecuencia, son tres los requisitos previos, que además deben concurrir simultáneamente, sin que pueda faltar ninguno para que la Comisión Nacional del Servicio Civil pueda delegar en alguna de esas Universidades o instituciones de educación superior. Es importante tener claro que estos 3 requisitos deben estar reunidos antes de la convocatoria y no después y que tienen que estar reunidos antes de la delegación y no después, ya que hacerlo después es hacer fraude a la ley y violación del principio constitucional de buena fe, establecido en el artículo 83 que obliga a las autoridades a actuar de buena fe en sus relaciones con las personas.

En el caso de la escuela de impuestos y aduanas de la DIAN; esta no reúne sin duda ni el primero ni el tercero de estos requisitos; ya que NO es ni una Universidad, ni una institución de educación superior acreditadas ante el Ministerio de Educación; como no lo era al momento de la delegación ni al momento de la convocatoria. ni tampoco esta previamente acreditada ante la Comisión Nacional del Servicio civil, al momento de la delegación ni mucho menos al momento de la convocatoria y como se puede verificar, en el momento en que escribo estas líneas, 19 de octubre de 2020, al mirar las que hoy están acreditadas ante la CNSC, mediante el LINK <https://www.cnsc.gov.co/index.php/informacion-y-capacitaciones/acreditacion-de-universidades> sin que lo esté la Escuela de la Dian

LA SENTENCIA C-1175-05 PROHIBE DELEGAR EL CONOCIMIENTO Y DECISION DE LAS RECLAMACIONES EN LA DIAN O EN LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO, COMO TAMPOCO LA CELEBRACION DE CONTRATOS O CONVENIOS PARA ADELANTAR PROCESOS DE SELECCIÓN O CONCURSOS EN ORGANOS DE LA RAMA EJECUTIVA COMO LA DIAN.
SINTESIS

Podemos afirmar que la Comisión Nacional del Servicio Civil no puede ni contratar con el gobierno los procesos de selección y sus concursos ni mucho menos entregar a una entidad del gobierno, cómo es la DIAN la decisión sobre las reclamaciones que formulen quienes

participen en el concurso de ella; pues es una regla de interpretación jurídica que quien no puede lo más, tampoco puede lo menos; por ejemplo, quien no puede vender un inmueble, tampoco puede hipotecarlo; y no puede hacerlo porque o no tiene la competencia para ello y si la tuviera y la entrega contra el artículo 130 de la constitución, estaría incurriendo en desvío de poder; ya que el poder que se le dio es para proteger la carrera administrativa; para hacer efectivo y eficaz el derecho fundamental que tienen las personas para ingresar a la administración pública por méritos; para proteger el derecho al trabajo; para proteger los fines del Estado.

Si lo entrega a la Escuela de la Dian, al ejecutivo, al gobierno, incurriría en un desvío de la competencia que se la entrego. Entregaría esa competencia para un fin diametralmente opuesto; absolutamente contrario para el cual le fue concedido; que era precisamente mantener la carrera administrativa independiente del gobierno. Vulnerando de paso el estado social de derecho, los fines del estado; el derecho a la igualdad del artículo 13; se vulneraría también el artículo 25 que garantiza el derecho al trabajo; el 40 numeral 7 de la Constitución que permite el acceso a la función pública; se violaría el artículo 125 que hace que el ascenso y el ingreso a la función pública sea por méritos y se burlarían también las propias competencias de la Comisión Nacional del Servicio Civil; ya que esas competencias se estarían utilizando para fines torticeros y no para los fines de protección del interés general. En consecuencia ese párrafo segundo del artículo 21 del acuerdo 0285 del 2020 de la CNSC; es violatorio de todas esas normas de la constitución; bien porque constitucionalmente la Comisión Nacional del Servicio Civil no tiene competencia para contratar con entidades del Gobierno o rama ejecutiva del poder público los procesos de selección sus concursos, y como no puede lo más, tampoco puede lo menos; que es delegar a una institución del gobierno las reclamaciones; y si tuviera esa competencia incurriría en un evidente desvío de poder; en la medida en que el poder que se le entrego, es un poder para garantizar la carrera; para independizarla del gobierno y en este caso se utilizaría para lo contrario, para lo que el constituyente quiso evitar al crear la CNSC; entregarle la competencia al ejecutivo. Precisamente se le entregaría al gobierno la competencia, perjudicando de paso a los ciudadanos que intervienen y vulnerando le sus derechos al acceso a la función pública; al trabajo; se vulneraría el estado social y democrático de derecho donde

no son los gobiernos los que escogen a dedo los funcionarios públicos sino donde la función pública deja de ser un botín electoral.

Todo el esfuerzo que hizo el Constituyente para blindar a los colombianos y proteger su derecho al trabajo y al acceso y ascenso en la función pública se tirarían por la borda. Toda la lucha que han hecho, tanto la Corte Constitucional como el Honorable Consejo de Estado para garantizar que no sea el gobierno quién maneje la función pública; que de verdad se respeten los derechos de los ciudadanos a ingresar a la función pública por méritos y ascender también por méritos se borraría de un solo plumazo, si se permitiera que un órgano del gobierno tuviera la palabra definitiva en relación con los concursos para ingresar o ascender dentro la administración pública; y más grave aún, que el propio órgano diseñado por el constituyente para garantizarlo, encargado de vigilar que eso no sucediera, voluntariamente, entrega sus competencias al gobierno. Con esta delegación, se habría traicionado el espíritu de la Constitución de 1991 y todo el esfuerzo que ha hecho el Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional para darle a los colombianos la protección en sus derechos al trabajo y al ingreso a la función pública; se estarían vulnerando los fines del estado; y acabando el estado social y democrático de derecho se borrarían con un solo acto y en un instante varios artículos de la propia Constitución y lo más grave; es que a ese resultado se habría llegado con la voluntad y el consentimiento del órgano encargado de proteger y vigilar la carrera administrativa que en vez de vigilarla y protegerla la estaría asesinando, ahogándola y asfixiándola; haciéndola inocua e inicua.

No sobra recordar que las competencias en el estado social y democrático de derecho no son renunciables, se conceden para que sean ejercidas y para que sean ejercidas en defensa del fin para el cual fueron otorgadas o concedidas, NO para hacer un uso torticero de ellas, ni para distorsionar ese fin; ni para ejercerlas para intereses particulares; ya que los órganos del estado y los funcionarios siempre deben ejercer sus competencias teniendo como objetivo el interés general. En todo caso nunca debe primar el interés particular de una rama del poder público cómo es la ejecutiva; y mucho menos, en detrimento de los derechos fundamentales de las personas.

De permitirse esa conducta de delegar en el ejecutivo, contraria a los principios, valores y derechos fundamentales; la Comisión Nacional del Servicio Civil no sólo habría transformado el estado social de derecho en un estado feudal donde el poder político y la

soberanía son propiedad del Rey o Monarca de turno; sino que también habría incumplido el deber que tiene de conformidad con el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución que establece que las autoridades están instituidas para proteger los derechos y libertades de las personas y no para violarlos o ayudar a violarlos; o ser cómplices de su violación, qué es lo que sucedería sí quién decide sobre los recursos en los concursos de la Dian, es la Propia Dian. No nos digamos mentiras ni utilicemos eufemismos, para entender que quien tiene el poder para decidir las reclamaciones de los concursos es quien puede decidir si una persona ingresa o asciende en la Dian; y son los que finalmente van a permitir el ingreso a la lista de elegibles. Es la propia Dian, por no decir directamente que es el propio gobierno nacional, quien nombra directamente al Director General de la Dian.

De esta manera la Comisión Nacional del Servicio Civil en vez de guardiana de la Constitución y de los derechos de los colombianos, se convierte en autora intelectual o fatora o cómplice de esa violación de múltiples normas de la constitución como arriba lo hemos demostrado: De los artículos 1, que consagra el Estado social de derecho; del 2 que consagra los fines esenciales del estado y dentro de estos garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la constitución y la participación de todos en las decisiones que les afectan y en la vida administrativa de la Nación. La CNSC incumple con el deber de proteger a los colombianos en sus derechos y libertades; así mismo se viola el derecho fundamental a la igualdad, ya que al dejarle al gobierno la decisión final sobre el concurso solo podrán ingresar sus amigos y No podrán ingresar quienes no lo sean, con lo que se viola el artículo 13 de la constitución. Se viola el derecho fundamental al debido proceso del artículo 29 de la constitución, ya que quien califica es el mismo que resuelve las reclamaciones contra ellas, lo que lo convierte en juez y parte; pues es el gobierno ante el propio gobierno. Se violan también otros derechos fundamentales como el 25 al trabajo y el 40.7 de la constitución que consagra el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y a una de sus manifestaciones más importantes, como es la de ingresar o ascender a la función pública por méritos. Lo que implica también la violación del artículo 125 de la constitución que establece a la carrera administrativa (fundada en el mérito) como un principio constitucional unido inescindiblemente a otros derechos, principios y valores constitucionales fundamentales. Y finalmente vulnera también el artículo 130 de la constitución que impide a la Comisión Nacional del Servicio Civil, delegar ciertas

competencias y las entidades que participan mediante contratos en los procesos de selección o en sus concursos e impide contratar a entidades de la rama ejecutiva del poder público para los procesos de selección o sus concursos, ya que quien no puede lo más (hacer todo el proceso) no puede lo menos (resolver recursos de los concursos), así como quien no puede vender un inmueble tampoco puede hipotecarlo; como lo dejo claramente establecido la Corte Constitucional en la sentencia C-1175-05.

Teniendo claro qué en materias de administración y vigilancia de las carreras de orden legal incluida la de la Dian no pueden ser trasladadas a ninguna autoridad ya que el propio Constituyente las dejó el cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de manera indivisible y excluyente, en esta materia la competencia del legislador tiene un límite, limite que consiste en que no puede transferir o compartir éstas competencias para administrar y vigilar la carrera administrativa de la Dian a ninguna otra autoridad no importa que se llame Gobierno nacional o Director General de la Dian.

La Sentencia C-1175/05

4.5 Así las cosas, debe decirse que la Corte comparte los reparos del demandante en la acusación de inconstitucionalidad por la inclusión del Departamento Administrativo de la Función Pública como una de las entidades con las que la Comisión puede contratar los procesos de selección, porque se desconoce la independencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En efecto, si las características constitucionales de la Comisión Nacional del Servicio Civil la ubican como una entidad única, autónoma, permanente, del nivel nacional e independiente. Que no hace parte del Ejecutivo ni de las otras ramas u órganos de poder público, que no tiene funciones de cuerpo asesor o consultivo del Gobierno, ni de junta directiva, características que se expusieron en la sentencia C-372 de 1999 a la que se aludió en el punto anterior y cuyas consideraciones ahora se reiteran, esto conduce a que esta autonomía e independencia pueden verse comprometidas si son contratados con el Departamento Administrativo de la Función Pública los concursos en mención, ya que tal Departamento, como entidad administrativa que es, hace parte de la Rama Ejecutiva y, por consiguiente,

depende y actúa bajo las orientaciones del Presidente de la República, suprema autoridad administrativa.

(Subrayas nuestras)

4.6 Por consiguiente, se declarará inexecutable la expresión “el Departamento Administrativo de la Función Pública”, contenida en el artículo 3º del Decreto 760 de 2005, por desconocer las características constitucionales de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

LA SENTENCIA C-471-2013. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

“[iii] La interpretación del artículo 130 Superior, en el sentido que corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil tanto la administración como la vigilancia de los sistemas especiales de carrera de origen legal, es consecuente con los objetivos y propósitos que justifican la implementación del sistema de carrera y la creación constitucional de la mencionada Comisión. Tal y como se señaló anteriormente, **el propósito del Constituyente del 91, al implementar el sistema de carrera por concurso de méritos y asignarle a un órgano autónomo e independiente la función específica de administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, fue precisamente el de aislar y separar su organización, desarrollo y control de factores subjetivos que pudieran afectar sustancialmente el adecuado ejercicio de la actividad estatal (clientelismo, favoritismo y nepotismo), materializados, entre otros, en el interés que como patrono puede tener el propio Estado, y en particular la Rama Ejecutiva del Poder público, en el proceso mismo de selección, promoción y remoción de sus servidores.** Por eso, si se excluye a la Comisión Nacional del Servicio Civil de la competencia obligatoria para administrar y vigilar los sistemas especiales de origen legal, se desconoce sustancialmente los postulados que determinan la existencia y eficacia del sistema de carrera, toda vez que bajo esa premisa el legislador estaría facultado para dejar en cabeza de las mismas entidades públicas nominadoras, a las que decide aplicar un sistema especial de carrera, la función de administración y vigilancia del sistema, patrocinándose así el monopolio sobre el acceso a la función pública que precisamente la Constitución Política buscó evitar y combatir.

LA SENTENCIA C-518-16 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

“5.14. En el fallo anteriormente mencionado, se declaró inexecutable la intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública en el desarrollo de los procesos de contratación para adelantar los concursos de mérito en el acceso al servicio público por el sistema de carrera. En sustento de tal decisión, la Corte afirmó que resultaba inconstitucional incorporar esta institución “como una de las entidades con las que la Comisión puede contratar los procesos de selección, porque se desconoce la independencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil”. **Lo anterior, arguyó esta Corporación, implicaba que la “autonomía e independencia pueden verse comprometidas si son contratados con el Departamento Administrativo de la Función Pública los concursos en mención, ya que tal Departamento, como entidad administrativa que es, hace parte de la Rama Ejecutiva y, por consiguiente, depende y actúa bajo las orientaciones del Presidente de la República, suprema autoridad administrativa”.**

5.15. Este caso presenta una concreta manifestación de la autonomía de la CNSC en el escenario de la contratación, que advierte sobre la inconstitucionalidad de cualquier condicionamiento o restricción de otros órganos del Estado en el escenario de la administración y vigilancia del sistema de ~~carreras~~ de servidores públicos y que de manera exclusiva y privativa corresponde a la CNSC.

5.16. Conforme con ello, **el Legislador, no obstante su amplio margen de configuración en la materia, no está habilitado para condicionar el ejercicio de las atribuciones propias de la CNSC, a que las mismas se lleven a cabo, necesaria y forzosamente, por conducto de organismos que hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.”**

(subrayas nuestras)

Nuestra **PRIMERA PREMISA FUNDAMENTAL** dejaba establecido que **LA CARRERA ADMINISTRATIVA ES UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL Y TIENE UNA RELACION INESCINDIBLE CON OTROS PRINCIPIOS, VALORES O DERECHOS FUNDAMENTALES.** Y que sus características sintetizadas son:

Primero: Que la carrera administrativa como principio constitucional fundamental, tiene una relación inescindible con otros principios, valores y derechos humanos fundamentales.

Segundo: Que la carrera administrativa es la regla general para ingresar a la administración pública por mandato del artículo 125 de la constitución colombiana.

Tercero: La carrera administrativa sirve para materializar el Estado social y democrático de derecho establecido en el artículo 1 de nuestra constitución.

Cuarto: La carrera administrativa es la garantía del cumplimiento de los fines estatales establecidos en el artículo 2 de nuestra constitución.

Quinto: La carrera administrativa es el instrumento o medio para materializar ciertos derechos fundamentales que protege y preserva como son los derechos fundamentales a la igualdad del artículo 13 de la constitución, el derecho al trabajo artículo 25 de la constitución; el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y especialmente el de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y atender dentro de ellos y ascender dentro de ellos como lo establece el artículo 40 y especialmente el numeral 7° del mismo.

Sexto: La Carrera administrativa busca proteger la estabilidad laboral de los funcionarios públicos y sus posibilidades de ascenso si cumplen con sus deberes. Evita que la administración pública se convierta en un botín político; artículos 53 y 54 de la constitución.

Séptimo: La carrera administrativa se rige por una serie de principios constitucionales, siendo ella misma un principio y se encuentra sometida a una serie de exigencias tanto de normas jurídicas nacionales como internacionales.

Dentro de la exigencia internacionales se encuentran muchas de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad Y por mandato del artículo 93 de nuestra constitución esos tratados y convenios internacionales prevalecen en el orden jurídico interno

Octavo: Además de las exigencias de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad encontramos exigencias de orden constitucional en artículos como el 2; el 125 y el 209 de nuestra constitución.

Noveno: Existen una serie de normas y principios específicamente aplicable a la carrera dentro de esos principios encontramos:

- a) Principios de la función pública
- b) El principio de igualdad
- c) El principio del mérito
- d) El principio de estabilidad de los funcionarios públicos
- e) La posibilidad de ascender dentro de la carrera dentro de lo que se conoce como los concursos mixtos que son aquellos concursos que combinan el ascenso y el ingreso y dónde, se reserva un número para ascender con fundamento en el mérito.

Al caracterizar nuestra **SEGUNDA PREMISA FUNDAMENTAL**; dejamos claramente establecido que **LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL TRABAJO Y AL ACCESO A LA FUNCION O AL ASCENSO DE CARGOS PUBLICOS, PASAN NECESARIAMENTE POR LOS PROCESOS DE SELECCIÓN Y CONCURSOS DE INGRESO O ASCENSO.**

INGRESO Y ASCENSO FORMAN UNA UNIDAD INDISOLUBLE INTEGRANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL TRABAJO (25C.P.) Y A DESEMPEÑAR FUNCIONES PUBLICAS (40.7 C.P.). y que **TANTO EL DERECHO A INGRESAR COMO A ASCENDER DENTRO DE LA FUNCION PUBLICA FORMAN UNA UNIDAD INDISOLUBLE INTEGRANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL TRABAJO (25C.P.) Y A DESEMPEÑAR FUNCIONES PUBLICAS (40.7 C.P.).**

Nuestra **TERCERA PREMISA FUNDAMENTAL** nos enseñó que **LA SUSPENSION PROVISIONAL DEBE DECRETARSE AUN DE OFICIO, CUANDO SE VULNERAN DERECHOS FUNDAMENTALES** y sí ha quedado establecido desde la

existencia del anterior código contencioso administrativo, en la sentencia C-197 de 1999 (C-197-99), a que arriba hicimos referencia.

Si a las razones, argumentos, desarrollo jurisprudencial y normas constitucionales violadas, agregamos la **VIOLACION DE LA LEY 2039 de 2020 (julio 27 de 2020)**, que protege el acceso de los jóvenes a los derechos fundamentales al trabajo y a la función pública. Derechos fundamentales violados también de manera flagrante con el acuerdo No 0285 de 2020 de la CNSC. Ya que los derechos fundamentales NO pueden ser condicionados para su ejercicio por ninguna norma de inferior jerarquía a la constitución como es un acto administrativo. No puede condicionar su ejercicio ni siquiera el legislador mucho menos la CNSC.

la constitución en su artículo 40.7 y ley 2039 de 2020, que se encuentra vigente y que tiene su fundamento constitucional en el artículo 45 y en el bloque de constitucionalidad y que les permite a los jóvenes hacer efectivo su derecho al trabajo y al acceso a la función pública (arts. 25 y 40.7 de la constitución). La Ley 2039 de 2020 que establece en su artículo 2 la equivalencia de experiencias, que es obligatoria tener en cuenta en concursos como los de la Dian.

“ARTÍCULO 2°. Equivalencia de experiencias. Con el objeto de establecer incentivos educativos y laborales para los estudiantes de educación superior de pregrado y postgrado, educación técnica, tecnológica, universitaria, educación para el trabajo y desarrollo humano, formación profesional integral del SENA, escuelas normales superiores, así como toda la oferta de formación por competencias, **a partir de la presente ley, las pasantías, prácticas, *judicaturas, monitorias, contratos laborales, contratos de prestación de servicios y la participación en grupos de investigación debidamente certificados por la autoridad competente, serán acreditables como experiencia profesional válida,*** siempre y cuando su contenido se relacione directamente con el programa académico cursado.

...

Parágrafo 2°. En los concursos públicos de mérito se deberá tener en cuenta la experiencia previa a la obtención del título profesional. En la valoración de la experiencia profesional requerida para un empleo público, se tendrá en cuenta como experiencia previa para los fines de la presente ley,

característico de los derechos es su aplicación inmediata; esto es, que, aunque no hubiera salido la ley 2039 de 2020, los jóvenes ya tienen el derecho fundamental a acceder a la función pública y a hacerlo efectivo y a que se les aplique la Constitución directamente, tal como lo dispone el artículo 85 de la propia constitución al que ya hicimos mención más arriba.

En una palabra, los derechos fundamentales no están condicionados, para su aplicación a que salga una ley que los desarrolle y mucho menos que salga ningún acto administrativo de equivalencia. Por lo que el derecho de acceso a la función pública lo tienen los jóvenes, aunque no hubiera salido la ley 2039 del 2020.

la ley para facilitar el acceso a la función pública de los jóvenes, obliga a que, en los concursos públicos de mérito como este de la Dian, se deberá tener en cuenta la experiencia previa a la obtención del título profesional.

Es categórico el legislador cuando ordena que este derecho de los jóvenes a que se les tenga en cuenta en los concursos, la experiencia previa a la obtención del título a partir de la vigencia de esa ley. Y la ley entro a regir el día 27 de julio de 2020, fecha de su publicación: **“a partir de la presente ley, las pasantías, prácticas, judicaturas, monitorias, contratos laborales, contratos de prestación de servicios y la participación en grupos de investigación debidamente certificados por la autoridad competente, serán acreditables como experiencia profesional válida,”.**

Los jóvenes que hayan realizado esas actividades, tienen ya el derecho tanto por mandato constitucional, como legal, a que les sea reconocida esa experiencia previa como experiencia profesional y que les sea reconocida sin ningún condicionamiento para el concurso de la Dian, desde antes de su inscripción, para acceder a la función pública.

Como un derecho fundamental no está condicionado para su ejercicio a que salga una ley; mucho menos puede estar condicionado a que salga un acto administrativo.

Más grave aún, la Comisión Nacional del Servicio Civil, como sucede en el acuerdo de convocatoria, qué es un acto administrativo, de menor jerarquía que la constitución y la ley; condiciona el derecho que ya entregó la Constitución y la ley a los jóvenes, a que salgan otros actos administrativos; los actos administrativos de equivalencia. Cuando el derecho a la

equivalencia ya lo dio la ley, ya lo tienen los jóvenes y si resta alguna cosa, son trámites burocráticos que no dependen de ellos y por lo mismo no pueden privarlos de sus beneficios. Esto trae consecuencias jurídicas, sumamente graves, ya que, en la práctica, en concreto, priva a los jóvenes de su derecho constitucional fundamental a acceder a la función pública; lo que produce el absurdo de que un acto administrativo de la CNSC condiciona la aplicación de un derecho fundamental como es el acceso a la función pública de los jóvenes.

Lo lógico, lo jurídico, es lo contrario. Lo jurídico en materia derechos fundamentales es que ni siquiera la falta de ley, o la inexistencia de la ley, condiciona el ejercicio de los derechos fundamentales. Lo lógico, lo jurídico, es que la constitución es la que condiciona la ley y condiciona cualquier acto administrativo de inferior jerarquía. Es también jurídico que la ley condicione al acto administrativo y en este caso al acuerdo de la CNSC; pero lo que resulta un exabrupto jurídico es que el acuerdo, un acto administrativo de inferior jerarquía, a la constitución y a la ley, condicione la aplicación de la constitución en materia de derechos fundamentales de los jóvenes. Pero además eso tiene consecuencias graves, puesto que los jóvenes que hayan realizado estas labores previas al grado y que ya tienen derecho a la equivalencia no puede inscribirse con esos requisitos, ya que los condiciona a un hecho futuro e incierto, que además no depende de su voluntad, sino de la conducta de un tercero, que no manejan ni sobre la cual tienen ningún control esos jóvenes.

Al impedirles el acceso a la inscripción con esos requisitos ya reconocidos por ley; de entrada, Ab initio, los coloca en una situación desigual en relación con otras personas que pueden tener la misma experiencia, y a las cuales si les será reconocida.

En conclusión, el artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 14 del acuerdo 0285 de 2020 de la CNSC, son inconstitucionales en cuanto condiciona no solamente a la ley 2039 de 2020; sino también a la constitución en su Artículo 40 numeral 7, al impedirles ejercer el derecho fundamental que tienen los jóvenes a acceder a la función pública.

Lo jurídico es aplicar directamente la constitución y reconocer las equivalencias que ya tienen los jóvenes para escribirse al proceso de la Dian. Reconocerles lo que ya la ley les reconoció como experiencia. Y si alguien hubiera tenido que esperar, no es este derecho fundamental de acceder a la función pública que otorga la Constitución y la ley sino el acto administrativo. Lo lógico era esperar que se reconocieran las equivalencias y después convocar al concurso; el absurdo es convocar al concurso desconociendo el artículo 40.7 de la constitución y la

experiencia que ya les dio la ley 2039 de 2020. Si la CNSC y la DIAN hubieran querido actuar de buena fe, como lo exige el artículo 83 de la constitución, que dice: “**ARTÍCULO 83.** Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, ...”; lo correcto era que la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Dian para garantizar el derecho de los jóvenes esperaran para hacer la convocatoria; y no al revés; convocar para quitarle el derecho a los jóvenes y por esta vía condicionar la aplicación de la Constitución y la ley, por medio de un acto administrativo, lo que constituye un exabrupto jurídico y la violación del artículo 83 de la constitución.

Los convocantes han actuado de Mala Fe por lo que han vulnerado, el artículo 83 de la constitución y en consecuencia se configura otro motivo de nulidad del acto administrativo de la convocatoria, por lo que pedimos de manera expresa que sea declarada esta nulidad, por no respetar una norma de superior jerarquía al acto administrativo, como es el mencionado artículo 83, el 40.7 de la constitución y la ley 2039 de 2020.

Siendo así, solicitamos atentamente al Consejo de Estado que suspenda con urgencia los efectos del acuerdo 0285 de 2020 y su anexo, hasta tanto no tome una decisión de fondo sobre la presente demanda, pues de lo contrario se vulneraría el derecho fundamental de los jóvenes al trabajo, a acceder a la función pública, a la igualdad, con las equivalencias que ya la ley les dio y porque no podemos permitir que la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), con el acuerdo 0285 de 2020, destruya, despedace y aniquile la carrera administrativa como principio constitucional, cimiento principal de la estructura del estado social y democrático de derecho; medio eficaz para la realización o protección de otros principios, valores o derechos fundamentales. Porque no podemos tolerar que se destrocen, arrasen y pulvericen los artículos Artículos 1; 2; 13; 25; 29; 40.7; 53; 125; 130; de la constitución por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Dian? Y no Podemos aceptar que el ingente esfuerzo que ha hecho el Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, durante 4 décadas, por defender, proteger y salvaguardar las carreras administrativas, sea devastado, despedazado y demolido por la CNSC y la Dian.

VII.-COMPETENCIA

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 149 del CPACA, es competencia del Consejo de Estado en única instancia conocer de los asuntos relacionados con la “(...) nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional (...)”; mediante el procedimiento ordinario

Dado que el acuerdo 0285 de 2020 y su anexo fue expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil autoridad del orden nacional, el medio de control de nulidad simple en su contra corresponde al Consejo de Estado en única instancia.

VIII.-PRUEBAS

En el presente apartado se enumeran las pruebas que se solicita al Consejo de Estado practicar, incorporar al expediente y ser consideradas al momento de tomar una decisión.

1. DOCUMENTALES QUE SE APORTAN:

1.1.-Copia del Acuerdo No 0285 DE 2020 de La Comisión Nacional del Servicio Civil de fecha: 10-09-2020 *“Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección de Ingreso para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales-Dian, Proceso de selección DIAN No 1461 de 2020”*.

Se incluye su Anexo de la misma fecha (10-09-2020) que forma parte integrante del acuerdo. **“ANEXO POR EL CUAL SE ESTABLECEN LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LAS ETAPAS DE VRM, PRUEBAS ESCRITAS Y CURSO DE FORMACIÓN DEL “PROCESO DE SELECCIÓN DIAN No. 1461 DE 2020”, EN LA MODALIDAD DE INGRESO, PARA PROVEER EMPLEOS EN VACANCIA DEFINITIVA PERTENECIENTES AL SISTEMA ESPECÍFICO DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE SU PLANTA DE PERSONAL”**

1.2.-De conformidad con lo establecido en el artículo 166-1 de la Ley 1437 de 2011, para todos los fines legales el Acuerdo y su anexo, que se relacionan en este acápite se encuentran

publicados en la página Web de la Comisión Nacional del Servicio Civil y pueden ser consultado y obtenido por los interesados en la página web de la CNSC, enlace:

<https://www.cnsc.gov.co/index.php/1461-de-2020-dian-normatividad>

IX.-ANEXOS

Con la presente demanda se anexan los siguientes documentos:

- 1.-Copia de las cédulas de ciudadanía de las demandantes.
- 2.-Prueba documental enunciada en el acápite de pruebas.
- 3.-Dos Dos copias de la demanda y sus anexos, una para la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y otra para la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES; (UAE DIAN).
- 4.-Copia de la demanda y sus anexos para el archivo.
- 5.-Copia de la demanda y sus anexos para el señor Agente del Ministerio Público.
- 6.-Copia de la Demanda y sus anexos para la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

X.-NOTIFICACIONES

Los demandantes recibimos notificaciones así:

JAIME ARAUJO RENTERIA en la Carrera 5 #15-11 oficina 405, Bogotá D.C.

Correo electrónico: jaraujorent@gmail.com ; Tel: 316-328-2494

LUIS RAMIRO TORRES LUQUERNA, Hacienda Fontanar del Río, Agrupación Ciprés

Casa 56, Chía Cundinamarca. Correo electrónico unionsindical.dian@gmail.com

RAFAEL ACEVEDO SUAREZ Dirección Carrera 72a 24 69 Modelia. Correo electrónico
tsivalenzuela@gmail.com

Las Demandadas así:

1.-La demandada Comisión Nacional del Servicio civil en la carrera 12 No 97-80, piso 5, de Bogotá, D.C.; teléfono PBX: 57 (1) 3259700; correo exclusivo para notificaciones judiciales: notificacionesjudiciales@cns.gov.co

2.-La demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES; (UAE DIAN); en la carrera 8 No 6C-38 edificio San Agustín de Bogotá, D.C.; teléfono PBX:(57+1)6079999 y en su correo para notificaciones judiciales: notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co

De los (as) Señores (as) Magistrado (as), Respetuosamente,



LUIS RAMIRO TORRES LUQUERNA,

Cédula de Ciudadanía No: C.C 79.279.309 de Bogotá,

JAIME ARAUJO RENTERIA

Cédula de Ciudadanía No. 5088025 de La Paz (Cesar)



RAFAEL ACEVEDO SUAREZ

Cédula de Ciudadanía No: C.C. 91.207.242 de Bucaramanga



La Constitución, el pacto fundamental de convivencia que nos une

COMUNICADO 20

Junio 3 de 2021

SENTENCIA C-172/21

M.P Diana Fajardo Rivera y Jorge Enrique Ibáñez Najjar

Expediente: D-13855 (AC)

Norma acusada: DECRETO 071 DE 2020 (arts. 11, numerales 11.1 y 11.2; 12, numeral 12.1; 22 párrafo transitorio; 27, párrafo transitorio; 27, 28, 29, 30, 44, 46 (parcial), 49, 53 (parcial) 9, 54 (parcial), 62 (parcial), 83, párrafo transitorio (arts. 6 y 16, parciales; 23, 55, 97, parcial; 123, parcial; 129 y 144).

AL ANALIZAR VARIAS DISPOSICIONES DEL RÉGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA DIAN, LA CORTE AVALÓ LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRUEBA DEL POLÍGRAFO PARA LOS CONCURSOS DE ACCESO Y ASCENSO, POR LA ESPECIFICIDAD DE LA FUNCIÓN DE ESTA ENTIDAD Y BAJO CONDICIONES ESTRICTAS DE APLICACIÓN, COMO LA PREVIA MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR EL O LA CONCURSANTE Y LA PLENA GARANTÍA DE LOS DDHH. ADICIONALMENTE, ESTIMÓ QUE ALGUNAS RESTRICCIONES PARA EL EJERCICIO DE LA GARANTÍA DEL PERMISO SINDICAL ERAN INCONSTITUCIONALES, POR LESIONAR EL DERECHO A LA ASOCIACIÓN SINDICAL

1. Norma objeto de control constitucional

"DECRETO 71 DE 2020

(enero 24)

Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN.

La Ministra del Interior de la República de Colombia Delegataria de Funciones Presidenciales mediante el Decreto número 053 de 2020, en ejercicio de las facultades

extraordinarias que le confiere el artículo 122 de la Ley 2010 de 2019, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 122 de la Ley 2010 del 27 de diciembre de 2019, revistió al Presidente de la República, por el término de un (1) mes de facultades extraordinarias, para regular (i) el Sistema Específico de Carrera Administrativa de los servidores públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (UAE DIAN)

denominado Carrera Administrativa, de Administración y Control Tributario, Aduanero y Cambiario, (ii) la gestión y administración del talento humano de esa entidad, y (iii) todo lo concerniente al ingreso, permanencia, situaciones administrativas, movilidad y causales de retiro de los servidores de la DIAN;

Que las facultades extraordinarias tienen como propósito garantizar la profesionalización y la excelencia de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (UAE DIAN) para cumplir su misión y objetivos, ofreciendo igualdad de oportunidades, posibilidad de movilidad en la carrera sobre la base del mérito, con observancia de los principios que orientan el ejercicio de la función pública, de conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política;

Que en el presente decreto-ley se ejercen las citadas facultades extraordinarias,

DECRETA:

(...)

Artículo 29. Pruebas para la provisión de los empleos del nivel profesional de los procesos misionales de la DIAN bajo las modalidades de ingreso o ascenso.

Para la provisión de los empleos bajo las modalidades de ingreso o ascenso, el proceso de selección comprenderá dos (2) fases independientes, a saber:

29.1. Fase I. La Fase I corresponde a la aplicación de competencias básicas para la DIAN y puede comprender pruebas de integridad, polígrafo y de competencias comportamentales, según el perfil y el nivel del cargo al

que se aspira. Esta fase es de carácter eliminatorio y su mínimo aprobatorio se definirá en la convocatoria.

29.2. Fase II. A esta fase serán llamados, en estricto orden de puntaje, y en el número que defina la convocatoria pública, los concursantes que alcancen o superen el puntaje mínimo aprobatorio de la Fase I.

Esta fase se cumplirá con la realización de un curso de formación que, a discreción del Director de la DIAN, se podrá adelantar a través de:

a) La Escuela de Impuestos y Aduanas con programas específicos definidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil y con la participación de la DIAN, o

b) Contratos o convenios interadministrativos, celebrados entre la DIAN y las universidades o instituciones de educación superior acreditadas ante el Ministerio de Educación, cuyo objeto será desarrollar el curso con base en programas específicos definidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil y con la participación de la DIAN. En este evento, dichas universidades o instituciones de educación superior deben certificar que cuentan con programas en materia tributaria, aduanera y/o cambiaria, según corresponda, y demostrar que tienen infraestructura y la capacidad logística para el desarrollo del curso.

(...)

Artículo 30. Pruebas para la provisión de los empleos diferentes a los del nivel profesional de los procesos misionales tributarios, aduaneros o cambiarios de la DIAN. Para la provisión de estos empleos se aplicarán las reglas dispuestas en el artículo 28 y en el

numeral 29.1 del artículo 29 del presente Decreto-ley.

En la convocatoria del concurso se podrá prever la aplicación de pruebas con carácter eliminatorio como el polígrafo y otras de confiabilidad y/o transparencia.

(...)

Artículo 97. Comisión sindical. A juicio del Director General de la DIAN o quien este delegue, se podrá conferir comisión hasta por el tiempo que dure el mandato, a los miembros de la junta directiva y subdirectivas de los sindicatos de empleados públicos de la DIAN. Esta comisión no puede exceder de cinco (5) miembros principales. Previa solicitud de la organización sindical se podrá conferir al suplente el permiso sindical, por el término en que deba asumir el cargo por la ausencia del principal. Esta comisión no genera reconocimiento de viáticos, ni gastos de viaje, y es incompatible con los permisos sindicales.

Artículo 123. Permiso sindical. Única y exclusivamente, los cinco (5) miembros principales y los cinco (5) suplentes de la junta directiva y de las subdirectivas de los sindicatos

de empleados públicos de la DIAN, tendrán derecho a que se les conceda permiso remunerado para ejercer la actividad sindical, siempre que se garantice el servicio público.

Artículo 144. Retiro de servidores amparados con fuero sindical. No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los servidores con fuero sindical en los siguientes casos:

144.1 Cuando no supere el período de prueba.

144.2 Cuando los empleos deban ser provistos con las listas de elegibles y el servidor que los desempeñe no ocupe un lugar en la lista que le permita el nombramiento en estricto orden de mérito.

144.3 Cuando no supere el proceso de evaluación, en los términos establecidos en el presente decreto-ley.

144.4 Cuando exista destitución por sanción disciplinaria ejecutoriada.

144.5 Por inhabilidad sobreviniente.

144.6 Por edad de retiro forzoso.

144.7 Por haber obtenido la pensión de jubilación, vejez o invalidez."

2. Decisión

Primero.- Primero.- Declarar la **EXEQUIBILIDAD** de la expresión "polígrafo" prevista en el artículo 29.1 del Decreto Ley 71 de 2020, en el entendido de que la utilización de esta prueba no es de carácter eliminatorio, deberá contar con el consentimiento previo del concursante y practicarse conforme a los protocolos que garanticen el respeto y efectividad de los principios constitucionales entre ellos el de la dignidad humana, y en general los derechos humanos. Y declarar la **EXEQUIBILIDAD** de la expresión "Esta fase es de carácter eliminatorio", contenida en la misma disposición.

Segundo.- Declarar la **EXEQUIBILIDAD** de las expresiones demandadas del artículo 30 del Decreto ley 71 de 2020, salvo del enunciado "como el polígrafo", que se declara **INEXEQUIBLE**.

Tercero.- Declarar la **INEXEQUIBILIDAD** de la expresión "*a discreción del Director de la DIAN,*" prevista en el artículo 29.2 del Decreto ley 71 de 2020.

Cuarto.- Declarar la **EXEQUIBILIDAD** del artículo 123 del Decreto ley 71 de 2020 por el cargo analizado, salvo de las expresiones "*Única y exclusivamente,*", "*cinco (5)*" y "*principales y los cinco (5) suplentes de la junta directiva y de las subdirectivas*", que se declaran **INEXEQUIBLES**.

Quinto.- Declarar la **EXEQUIBILIDAD** de los artículos 97 y 144 del Decreto ley 71 de 2020, por los cargos analizados en esta decisión.

3. Síntesis de los fundamentos

3.1. La Sala Plena resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada por los ciudadanos Luis Ramiro Torres Luquerna, Rafael Acevedo Suárez y Jaime Araújo Rentería contra varias disposiciones del Decreto ley 71 de 2020. En atención a que sus reparos eran reconducibles a cuatro cargos concretos, el estudio de la demanda giró en torno a la formulación y resolución de un número igual de problemas jurídicos. El **primero**, tuvo por objeto determinar la sujeción al ordenamiento superior de la permisión de incluir en los procesos de ingreso y ascenso a los cargos misionales de carrera administrativa de la DIAN la **prueba del polígrafo** y, además, de la calificación de la misma como eliminatoria, para lo cual el estudio se dirigió a los enunciados expresamente cuestionados de los artículos 29.1 y 30 del Decreto ley 71 de 2020.

3.2. Con respecto a la utilización de la prueba del polígrafo en la Fase I de los procesos de selección de ingreso y ascenso para el nivel profesional y otros niveles inferiores de carácter misional de la carrera de la DIAN, la Corte Constitucional consideró que no se trata de una herramienta que esté expresamente prohibida en el ámbito del acceso a cargos públicos y aunque no es necesaria en parte del sector público, sí lo es en áreas en las cuales el talento humano o el capital intelectual que se seleccione tiene relación directa con la seguridad nacional, la seguridad del Estado y la seguridad ciudadana o seguridad humana -como sucede v.gr. con las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, la guardia penitenciaria o carcelaria y la Dirección de Inteligencia-, con las áreas de investigación criminal y de apoyo a las mismas, o las que guardan relación con la confianza en el sistema monetario y en el sistema financiero, que son de interés público, o las que tienen a su cargo la

responsabilidad del sistema tributario, especialmente, en lo que se refiere al recaudo y administración del ingreso público, como sucede en el caso objeto de análisis con la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. El análisis solo se refirió al uso de esta herramienta en los procesos de selección de personal y no en otros procesos tales como los judiciales o administrativos, por escapar al objeto de estudio y decisión en este proceso judicial.

3.3. En tal virtud, la Corte declaró la exequibilidad de la expresión "polígrafo" contenida en el artículo 29.1 del Decreto Ley 071 de 2020, a condición de que se entienda que la utilización del polígrafo no es de carácter eliminatorio, deberá contar con el consentimiento previo del concursante y practicarse conforme a los protocolos que garanticen el respeto y efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos. A su turno, la Corte declaró exequibles el enunciado "Esta fase es de carácter eliminatorio" de la misma disposición; y las expresiones demandadas del artículo 30 del citado Decreto, salvo el enunciado "como el polígrafo" que se declaró inexecutable.

3.4. El **segundo** problema jurídico se dirigió a establecer si la facultad conferida por el Legislador extraordinario en el artículo 29.2 del Decreto ley 71 de 2020 al director de la DIAN, para decidir a su *discreción* la persona jurídica encargada de adelantar los cursos de formación de la Fase II de los procesos de selección vulneraba el artículo 130 de la Constitución, que le atribuye a la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos.

3.5. La Sala Plena concluyó que tal facultad era inconstitucional dado que (i) la administración y vigilancia del régimen de carrera específico de la DIAN corresponde a la CNSC y (ii) la selección del encargado de adelantar los cursos de formación es una competencia típica de administración de la carrera, que está dirigida a garantizar la autonomía de la Comisión y la imparcialidad y neutralidad que guían los procesos de selección del talento humano en el sector público, a partir del mérito.

3.6. La Sala Plena destacó que en tratándose de un régimen específico de carrera como el de la DIAN, la Comisión debe atender para el diseño y realización de los concursos de méritos a las particularidades técnicas de la Entidad, siendo necesario el ejercicio colaborativo y armónico de las autoridades de la DIAN. Esta premisa, sin embargo, era desbordada por el Legislador al radicar la facultad en estudio "*a discreción del Director de la DIAN*", por lo cual el enunciado cuestionado se declaró inexecutable.

3.7. El **tercer** problema jurídico se enfocó en determinar la constitucionalidad de la regulación de la comisión sindical y del permiso sindical prevista en los artículos 97 y 123 del Decreto ley 71 de 2020, respectivamente. En concreto, según los demandantes, los límites en cuanto al número y los destinatarios de tales garantías, así como la sujeción de su otorgamiento a la decisión de las autoridades de la DIAN desconocían el derecho de asociación sindical.

3.8. La Sala Plena concluyó que el **permiso sindical**, cuya comprensión deriva del artículo 39 de la Constitución y, entre otros, del Convenio 151 de la OIT, constituye una garantía del cumplimiento de la gestión de las organizaciones sindicales, que beneficia a sus dirigentes y a las personas afiliadas que llevan en determinadas circunstancias la representación de la organización. Agregó que, de conformidad con la línea jurisprudencial construida al respecto, el ejercicio de esta garantía debe darse dentro de **límites razonables**, concretamente debe basarse en criterios de **necesidad, razonabilidad y proporcionalidad**.

3.9. La (i) **necesidad** del beneficio alude a las *circunstancias -ordinarias o extraordinarias-* que se exponen como justificatorias de la intervención de dirigentes y/o representantes de las organizaciones; (ii) la **razonabilidad** se refiere a la determinación de la **condición** del representante que se beneficiaría del permiso, esto es, si es directivo o un afiliado que por decisión de la organización asume su representación, del **número** de personas que lo requieren, de la **duración del mismo**, entre otros aspectos, estimados frente a las *circunstancias* de que trata el anterior criterio; y, (iii) la **proporcionalidad** tiene que ver con el impacto que tendrá el beneficio solicitado en la prestación adecuada del servicio público, en el marco de las posibilidades materiales de la Entidad de enfrentar la situación, por ejemplo, a través de medidas de administración de personal que permitan suplir las ausencias, si ello se requiere, generadas a raíz del permiso sindical. Corresponde al Jefe de la entidad, mediante decisión motivada, valorar la petición integralmente de cara a garantizar la prestación efectiva del servicio, examinando, entre otros aspectos, el número de sindicatos de la entidad, el número de integrantes de cada organización, el número de permisos vigentes, el tipo de actividad para la cual se solicita el permiso, y la función que desempeña el destinatario del permiso y su impacto en el servicio público a cargo de la DIAN.

3.10. En este marco se juzgó, previa realización de un test estricto de proporcionalidad, que las restricciones sobre el número y destinatarios del permiso sindical, estipuladas en el artículo 123, eran inconstitucionales, porque no eran efectivamente conducentes ni necesarias y limitaban de manera intensa la autonomía de las organizaciones sindicales en la determinación de sus directivas y representantes. No obstante, consideró que la sujeción del permiso a la valoración por el jefe de la entidad sobre la *garantía del servicio público* era compatible con los mandatos constitucionales, por supuesto, en la medida en

que la calificación de esta circunstancia sea motivada y justificada, bajo los lineamientos de la jurisprudencia de esta Corporación.

3.11. Respecto a la configuración normativa de la **comisión sindical** del artículo 97 del Decreto ley 71 de 2020, se concluyó su plena adecuación a la Constitución. Para el análisis se tuvo en cuenta que este era un instrumento adicional que reforzaba la garantía del permiso sindical en aquellos eventos en los que se requiere la provisión temporal del empleo ocupado por el dirigente sindical que adelanta acciones de gestión y representación. Las reglas respecto al número y destinatarios en este caso se evaluaron razonables, en atención a que en este beneficio entraba en juego la necesidad de planeación presupuestal de la entidad y el hecho de que, dado que en principio los permisos son temporales, es en casos excepcionales y frente a las directivas que la gestión de la organización exigirá mayor dedicación.

3.12. El **cuarto** y último problema consistió en indagar si el contenido normativo del artículo 144, que prevé los eventos en los que no es necesaria la autorización judicial previa para el retiro de los servidores amparados por el fuero sindical, desconocía el artículo 152 de la Constitución, por regular una materia propia de ley estatutaria. La Corte concluyó que el cargo no debía prosperar, dado que no está regulando integralmente un derecho fundamental ni prevé aspectos esenciales e inescindibles a la garantía del derecho a la asociación sindical.

4. Salvamento o aclaración

Las magistradas **DIANA FAJARDO RIVERA** y **CRISTINA PARDO SCHLESINGER** y los magistrados José **FERNANDO REYES CUARTAS** y **ALBERTO ROJAS RÍOS** se separaron de la decisión de exequibilidad condicionada de la **prueba del polígrafo**, porque en su concepto la permisón de incluir esta prueba en los concursos de ingreso y ascenso de la DIAN para la provisión de cargos misionales **es inconstitucional**.

Para las magistradas **Diana Fajardo Rivera** y **Cristina Pardo Schlesinger** la Sala Plena de la Corte Constitucional avaló la práctica de la prueba del polígrafo en el marco de los concursos de ingreso y ascenso en la DIAN, pese a la intervención intensa que su aplicación genera en la dignidad humana, la autodeterminación y la intimidad. La decisión mayoritaria consideró que esta prueba solo proyecta riesgos sobre tales derechos y, en un intento por superarlos, adoptó una decisión condicionada que, en concepto de las magistradas disidentes, no salvaguarda los mencionados principios y derechos fundamentales sino que incrementa su afectación y lesiona otros bienes amparados por la Constitución y los sistemas regional y universal de derechos humanos, pues enfrenta a las personas que participan en los concursos de ingreso y ascenso a la DIAN al escenario trágico

de elegir entre la defensa de su libertad en una sociedad democrática, y el acceso al empleo que, casi para todos, constituye una imperiosa necesidad.

Para justificar su postura, las magistradas Fajardo Rivera y Pardo Schlesinger evidenciaron que, en el estado actual del desarrollo científico, tecnológico y técnico la práctica del polígrafo es cuestionada al menos por dos razones. Primero, porque no está demostrado que la verdad o la mentira se asocien a una reacción fisiológica en particular, de manera que el polígrafo no cumple la misión que se le asigna desde un punto de vista epistémico; y, segundo, porque la complejidad que subyace al ser humano permite afirmar que la idoneidad ética o la confiabilidad de una persona no puede medirse a partir de impulsos emocionales o estados de consciencia o inconsciencia particulares. Son, entonces, razones epistémicas y humanistas las que demuestran la ausencia de idoneidad de esta prueba para alcanzar la verdad y, en especial, para conocer las virtudes de una persona.

Aunado a lo anterior, destacaron que la permisón del artículo 29.1 del Decreto ley 71 de 2020 para la práctica de la prueba del polígrafo afecta intensamente la dignidad y los derechos a la autodeterminación y la intimidad. Al respecto, desde la clásica aproximación kantiana a la dignidad, el ser humano no debe ser tratado únicamente como un medio, sino como un fin en sí mismo; no obstante, esta garantía se pone en riesgo cuando se pretenden invadir los escenarios más íntimos del sujeto -entre ellos sus probablemente incontrollables impulsos fisiológicos- con el ánimo de extraer de allí -con todas las dudas recién planteadas- condiciones morales o éticas para el buen servicio público. En este tipo de práctica, la persona se instrumentaliza al despojarla de la posibilidad de controlar las respuestas que desea brindar, de decidir voluntariamente aquello que, desde sus convicciones más íntimas y su conciencia, estima necesario exponer ante el otro o, por el contrario, reservar para sí.

Esta instrumentalización, juzgaron las magistradas disidentes, no se supera con los requisitos que formuló la Sala Plena para soportar su decisión condicionada. Sostuvieron que en el marco del concurso no existen condiciones para que los y las concursantes otorguen su consentimiento **libre** para la práctica de la prueba, pues en caso de negarse no podrán sumar los puntos que otorga su realización, aspecto crucial a la hora de obtener una buena ubicación en la lista de elegibles y, en consecuencia, para acceder al empleo.

Por último, los condicionamientos a la prueba constituyen la confirmación de que **no es necesaria**, pues su carácter "**opcional**" evidencia que no es imprescindible para acreditar las condiciones objetivas y éticas para acceder al empleo; y son débiles en la defensa de los derechos que pretende proteger, pues "delegan" a unos protocolos la difícil tarea de proteger los derechos fundamentales involucrados, derechos que la Corte Constitucional debía

salvaguardar y hacer prevalecer en una prueba tan cuestionable y en un escenario tan valioso para quienes buscan acceder a un empleo, a una vida digna carente de las necesidades más básicas.

Las magistradas destacaron que no desconocen la lucha legítima y necesaria de la Administración Pública por incorporar personas que garanticen la prevalencia del interés general y la satisfacción de los fines estatales, mucho más en el escenario de la DIAN, cuya misión está dirigida a la contribución de la seguridad fiscal del Estado y a la protección del orden público económico; sin embargo, ante la ausencia de idoneidad del polígrafo para determinar las condiciones éticas de una persona y la instrumentalización que en cambio produce en el ser humano, rechazaron su práctica y afirmaron que es imperativo establecer y fortalecer otras herramientas para la consecución de dicho objetivo, más acordes con el nivel de cargos que están inmersos en estos procesos y que den cuenta de mejor manera de la conducta pasada de los interesados e interesadas en el servicio -como antecedentes penales, disciplinarios y fiscales- y eviten conductas en el curso del servicio que afecten su marcha adecuada.

En ese orden de ideas, concluyeron, la Sala Plena dejó a quienes participan en los concursos de méritos de la DIAN en una posición inaceptable, pues, por virtud de esta Sentencia, las personas que consideran inadecuada una prueba que afecta sus derechos y legítimamente no desean exponerse a su realización deberán someterse, si pretenden el acceso al empleo, o no hacerlo con la consecuente pérdida de puntos clave para su aspiración al ejercicio del derecho fundamental a acceder a los cargos públicos. La decisión adoptada, en ese contexto, desconoce el papel de garante de los derechos humanos que le corresponde a la Corte Constitucional.

Por su parte, los magistrados **José Fernando Reyes Cuartas** y **Alberto Rojas Ríos** salvaron parcialmente su voto porque consideraron que la utilización del polígrafo vulnera los derechos a la dignidad, la honra, la intimidad y el libre pensamiento. En el criterio de los magistrados disidentes, eso ocurre cuando se usa un mecanismo contrario a la dignidad humana con independencia del fin que esa herramienta persiga, de los ámbitos (procesales o laborales) en los que se aplique o de los efectos (vinculantes, eliminatorios y opcionales) que se le atribuyan. Tanto peor es ello si las regulaciones legales son prácticamente inexistentes a pesar de algunos insulares y escasísimos pronunciamientos jurisprudenciales.

Justificar la entrada dura en el principio de la dignidad de la persona humana por la naturaleza de la entidad en la que se pretende aplicar (La DIAN) ante las altas cotas de corrupción, no puede evidenciar de manera constitucionalmente admisible el uso de un aparato que solo arroja dudas e incertidumbres y jamás

el hallazgo de una verdad más allá de toda duda razonable. Si ese argumento fuera correcto, el polígrafo debería utilizarse como condición de ingreso en un muy elevado número de entidades del Estado si nos atenemos a las estadísticas en materia de corrupción que superan —dicen— los 50 billones de pesos al año.

Los magistrados recordaron que el polígrafo se basa en criterios de valoración positivista probatoria que no son concluyentes y que han sido superados en la teoría probatoria y argumentativa contemporáneas. De manera que el carácter moderno, sofisticado y científico del polígrafo es solo aparente cuando se trata de determinar si una persona miente (o no) en relación con una determinada pregunta. Los magistrados recordaron que el proceso de construcción de la verdad en el marco de los procesos judiciales o de selección de personal no puede ser violatorio de la dignidad del ser humano. Asimismo, reiteró que los medios constitucionales para obtener cualquier fin en el Estado constitucional deben ser respetuosos de la dignidad humana; de manera que la Constitución contiene una prohibición implícita y categórica de medios y fines contrarios a la dignidad humana.

Los magistrados también sostuvieron que, cuando se trata del uso del polígrafo en procesos de selección de personal, no se puede predicar el carácter libre y voluntario del polígrafo. El contexto social y la información sobre el desempleo en el país permiten inferir que el Estado impone una serie de requisitos que una persona, con intención de acceder al (escaso) empleo público, no puede rehusar por razones de necesidad.

De manera que esa imposibilidad de medios y fines contrarios a la dignidad humana no se matiza con el hecho de excluir el carácter eliminatorio de la prueba del polígrafo. Para Los magistrados Reyes Cuartas y Rojas Ríos, de lo que se trata es de que el modelo de Estado constitucional se basa en la idea kantiana de que el ser humano es un fin en sí mismo. Cuando el medio elegido es contrario a la dignidad humana no es posible condicionar su aplicación a que se respete ese valor constitucional sin que con ello se incurra en una contradicción lógica y, más que eso, en una vulneración del más caro de los valores, principios y derechos constitucionales. Dicho de otro modo, cómo decir que *se autoriza* el uso del polígrafo solo si *se respetan los derechos humanos y la dignidad humana*, si justamente el polígrafo *in se* es violatorio de tan caros derechos y garantías. O mejor dicho, no se podría decir que la tortura es admisible como medio procesal de averiguación de la verdad, siempre que se respeten en su práctica los derechos humanos.

El magistrado **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** salvó su voto en relación con **la inexequibilidad parcial del artículo 123 del Decreto Ley 071 de 2020** (resolutivo cuarto de la providencia) e hizo aclaraciones respecto de las demás decisiones adoptadas en la Sentencia.

En relación con el resolutivo primero, si bien comparte la declaratoria de exequibilidad condicionada de la expresión "polígrafo", contenida en el art. 29.1 del Decreto Ley 071 de 2020, el condicionamiento debió restringirse únicamente a la exigencia de contar con el consentimiento previo del concursante, pero no en relación con los demás aspectos.

En efecto, era innecesario condicionar la expresión "polígrafo", contenida en el art. 29.1 demandado, a que se entendiera que la citada prueba no era de carácter eliminatorio y que su práctica debía realizarse conforme a protocolos que garantizaran el respeto y efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos. Esto por cuanto a partir de una interpretación sistemática del art. 29 demandado, no es correcto afirmar que la prueba del polígrafo, a la que hace relación el art. 29.1, tenga carácter eliminatorio. Lo que es "eliminatorio" es la "Fase I" del proceso de selección para la provisión de los empleos bajo las modalidades de ingreso o ascenso –que regula el citado art. 29–, no las pruebas que pueden aplicarse en dicha fase. Es por ello por lo que, luego de hacer referencia a las pruebas que pueden aplicarse en la etapa en cita¹, el artículo dispone que "Esta fase es de carácter eliminatorio y su mínimo aprobatorio se definirá en la convocatoria". En idéntico sentido, el art. 29.2 reafirma el carácter eliminatorio de la "Fase I", no así de las pruebas que la integran, al disponer que a la Fase II del proceso de selección, "serán llamados, en estricto orden de puntaje, y en el número que defina la convocatoria pública, los concursantes que alcancen o superen el puntaje mínimo aprobatorio de la Fase I". Por tanto, las pruebas que se aplican en la "Fase I", entre ellas, la de polígrafo, deben ponderarse para efectos de definir cuál es el "mínimo aprobatorio" de la citada fase.

En segundo lugar, la sujeción de la práctica de la prueba de polígrafo a protocolos que garanticen el respeto y efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos, es superflua. De un lado, porque tales deberes son exigibles de toda actuación administrativa, en los términos del art. 4 de la Constitución, y los arts. 3, 5.5, 5.7 y 7.1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. De otro lado, han sido exigencias jurisprudenciales en el control concreto de la actividad administrativa, tanto por parte del Consejo de Estado² como de la Corte Constitucional³.

¹ Estas pruebas, según dispone el citado art. 29.1 pueden ser: "de integridad, polígrafo y de competencias comportamentales".

² Al respecto, cfr., la sentencia de abril 25 de 2019 de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado –radicación: 11001-03-25-000-2015-01053-00(4603-15)–, en la que se definieron unos estándares para la aplicación de las pruebas de confianza, entre ellas las de polígrafo, de tal forma que fuesen compatibles con los principios constitucionales, entre ellos el de dignidad humana y, en general, los derechos humanos.

³ Cfr., al respecto, la Sentencia T-227 de 2019.

En relación con lo segundo, la Sala ha debido declarar la exequibilidad simple del art. 123 del Decreto Ley 071 de 2020, al superar las exigencias de un juicio "intermedio" –y no "estricto"– de proporcionalidad, al igual que aquel aplicado para declarar la exequibilidad simple del art. 97 del citado decreto, al no existir una justificación suficiente para su trato diferenciado. Lo anterior, por las siguientes razones:

En primer lugar, la Sala ha debido valorar, de manera conjunta, la constitucionalidad de los arts. 97 y 123, dado que ambos garantizan el ejercicio de la actividad sindical al interior de una entidad estatal y son una particularización del concepto genérico del "permiso sindical". El "permiso" que regula el art. 123 garantiza una separación "temporal" y "específicamente delimitada para el ejercicio de la actividad sindical", mientras que la "comisión" supone un estándar cualificado del "permiso sindical", al garantizar una dedicación mucho mayor y genérica a la actividad sindical. Además, al pertenecer las especies al mismo género, ambas instituciones se complementan mutuamente: la segunda –"comisión"– otorga una garantía de dedicación fundamental a la actividad sindical, mientras que la primera busca hacer compatible esta, por parte de los demás "representantes" sindicales, con la condición de empleados públicos que los caracteriza.

En segundo lugar, la circunstancia de que se circunscriba la concesión del "permiso" a los "representantes" sindicales, a diferencia de lo que se indica en la ponencia, es consecuente con lo dispuesto en el art. 39, inciso 4º, de la Constitución, el art. 6 del Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (aprobado mediante la Ley 411 de 1997), "Sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública", y la jurisprudencia constitucional⁴.

En tercer lugar, si bien, es posible que el legislador amplíe la garantía del permiso sindical a otros trabajadores –que no a los "representantes" sindicales⁵–, de que esta sea una opción regulativa, no se sigue que su otorgamiento a favor de los "representantes" sindicales sea inconstitucional⁶.

⁴ En particular, se hace referencia a las sentencias T-322 de 1998, C-377 de 1998 (en la que se efectuó el control de constitucionalidad al Convenio 151 de la OIT y a su ley aprobatoria, 411 de 1997), T-502 de 1998 y SU-598 de 2019 (en esta última, en particular, en el apartado relacionado con la "Naturaleza del permiso sindical y su relación con el derecho de libre asociación sindical").

⁵ Es importante reiterar que, según el art. 123 del Decreto Ley 071 de 2020, la garantía se otorga a favor de los miembros principales y suplentes "de la junta directiva y de las subdirectivas de los sindicatos de empleados públicos de la DIAN".

⁶ De hecho, la regulación del art. 123 del Decreto Ley 071 de 2020 es análoga a la actual regulación de la garantía del permiso sindical a favor de la generalidad de las organizaciones sindicales de empleados públicos, en los términos del art. 2 del Decreto 2813 de 2000, "por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 584 de 2000" (el art. 13 de la Ley 584 de 2000 adicionó el art. 416A al Código Sustantivo del Trabajo), decreto reglamentario concertado con los

República de Colombia



Corte Constitucional

La Constitución, el pacto fundamental de convivencia que nos une

“representantes de las centrales sindicales” (tal como se indica en la parte motiva del citado decreto y fue dispuesto en el citado art. 13 de la Ley 584 de 2000). De conformidad con este, el permiso sindical se garantiza a favor de los “representantes” sindicales: “Las organizaciones sindicales de servidores públicos son titulares de la garantía del permiso sindical, del cual podrán gozar los integrantes de los comités ejecutivos, directivos y subdirectivos de confederaciones y federaciones, juntas directivas, subdirectivas y comités seccionales de los sindicatos, comisiones legales o estatutarias de reclamos, y los delegados para las asambleas sindicales y la negociación colectiva”.