

**HONORABLE
JUEZ DE TUTELA
-REPARTO-**

PROCESO	: ACCION DE TUTELA ACUERDO N 0285 DE 2020_DIAN del 10 de septiembre de 2020 <i>"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 Nacionales DIAN, Proceso de Selección DIAN 1461 de 2020".</i>
ACCIONADO	: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-, COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC, UNIÓN TEMPORAL MÉRITO Y OPORTUNIDAD DIAN 2020
ACCIONANTE	: JOSE ALDEMAR LAOS SUDEA
TEMA:	ELIMINACION DE PREGUNTAS EN PRUEBA ESCRITA. VIOLACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD, AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS, DE ACCESO A LA PROMOCIÓN DENTRO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA, A LA INFORMACIÓN VERAZ, AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y AL LIBRE ACCESO A CARGOS PÚBLICOS, ASÍ COMO LOS PRINCIPIOS DEL MÉRITO, LIBRE CONCURRENCIA, IGUALDAD EN EL INGRESO, PUBLICIDAD, TRANSPARENCIA, IMPARCIALIDAD, CONFIANZA LEGÍTIMA Y BUENA FE

1

Jose Aldemar Laos Sudea, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Popayan, identificado con la cédula de ciudadanía número 4.611.401, actuando en nombre propio, me permito instaurar **ACCIÓN DE TUTELA** contra la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-** y la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC, y la UNIÓN TEMPORAL MÉRITO Y OPORTUNIDAD DIAN 2020** por considerar que dichas entidades vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo en condiciones dignas, de acceso a la promoción dentro de la carrera administrativa, a la información veraz, al desempeño de funciones y al libre acceso a cargos públicos, así como los principios del mérito, libre concurrencia, igualdad en el ingreso, publicidad, transparencia, imparcialidad, confianza legítima y buena fe, entre otros, con ocasión del **Proceso de Selección DIAN 1461 de 2020**, en especial en lo concerniente a las pruebas escritas del **5 de julio de 2021** en dicho concurso de méritos,

I. FUNDAMENTOS DE HECHO:

PRIMERO. – Participé dentro del concurso de méritos, Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020 adelantado en virtud del Acuerdo No. CNSC-0285 del 10 de septiembre de 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”*, para el empleo denominado Gestor III 03-303 con N° de empleo OPEC 126559.

SEGUNDO. - En la etapa de pruebas escritas adelantada el **5 de julio de 2021**¹ obtuve 62.69 puntos en la **prueba competencias básicas organizacionales**, conforme se señaló en la publicación de resultados de estas pruebas publicados el día 5 de agosto de 2021 en SIMO.

TERCERO. - La prueba competencias básicas organizacionales es de carácter eliminatorio y se requería obtener un mínimo de 70.00 puntos para continuar en el proceso.

CUARTO. - En mi caso, dicha prueba constó de 198 preguntas, de las cuales un total de 49 fueron eliminadas.

QUINTO. - La eliminación de preguntas señaladas en el numeral anterior condujo a que el 24.74% de las preguntas formuladas no fueron tenidas en cuenta en la calificación final de esta prueba.

SEXTO. - A lo anterior debe sumarse las siguientes situaciones:

1. En las preguntas eliminadas sin **ningún criterio objetivo**, - *violentando principios constitucionales como el de transparencia, confianza legítima y legalidad-*, **se encontraban un número significativo de**

¹ Resultados publicados en el sitio web www.cnsc.gov.co enlace <https://simo.cnsc.gov.co>

respuestas acertadas, lo que incidió de manera determinante en el resultado de la prueba.

2. Se presentó una situación **totalmente anómala** consistente en que algunas preguntas, *que se encontraban mal formuladas-*, fueron eliminadas para unos cargos, pero no para otros. Lo anterior ocurrió, por ejemplo, en el caso del cargo de Gestor III Código OPEC 126559 para el cual se eliminaron las preguntas mal formuladas pero las mismas se dejaron para el cargo Inspector II 306-06. Lo anterior pese a que en las respuestas dadas a las reclamaciones la CNSC manifiesta lo siguiente: **“Cabe aclarar que las preguntas eliminadas no fueron tenidas en cuenta para ningún aspirante”.**

3. Nunca se informó ni se publicó en la pagina de la CNSC, el **ANEXO N° 1 ESPECIFICACIONES Y REQUERIMIENTOS TÉCNICOS CNSC- PAMC 017 DE 2020** el cual supuestamente establece el asunto relativo a la eliminación de las pruebas en la calificación, dado que dicho documento solo fue parte del contrato 599 suscrito entre la CNSC y la Unión Temporal Mérito y Oportunidad DIAN 2020, cuyo objeto es *“Desarrollar las etapas de verificación de requisitos mínimos y de pruebas escritas del proceso de selección para la provisión de empleos vacantes del sistema específico de los empleados públicos de la unidad administrativa especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN 2020”*, **pero de manera alguna fue dado a conocer a los participantes** ni siquiera a través de la publicación en la pagina de la CNSC, mucho menos hizo parte del acuerdo y los anexos que rigieron el concurso.

SÉPTIMO. La anterior situación violentó el **principio de legalidad**² de los actos administrativos en que se reglamentó el concurso, dado que en ningún

² “El principio constitucional de legalidad exige que la actuación de las diferentes autoridades públicas tenga una cobertura normativa suficiente o, lo que es lo mismo, esté basada en una norma habilitante

aparte del Acuerdo de la Convocatoria, ni de su anexo, se dispuso la posibilidad de eliminación de preguntas luego de la presentación de las mismas.

OCTAVO. - En efecto, la CNSC sorprendió con la metodología de calificación al señalar que se aplicaría el análisis psicométrico para verificar la calidad de las preguntas realizadas, y finalmente, sin ningún criterio objetivo verificable indicar que *“La puntuación final sólo incluirá las preguntas que cumplan con los criterios psicométricos definidos para este proceso de selección.”*

NOVENO.- Así, ni antes ni con posterioridad a expedido el acuerdo e inscritos los participantes, la CNSC informó sobre la exclusión de las preguntas, es decir que **NUNCA** explicó ni mucho menos informó a los participantes esa situación tan importante que concluyó incidiendo en los resultados de la prueba, en detrimento de mis derechos, dado que contesté de manera acertada las preguntas objeto de exclusión, situación que atentó contra el principio de la confianza legítima y del debido proceso administrativo.

DÉCIMO.- En un caso análogo al presente, *-cuya ratio decidendi se pide acoger como precedente por parte del juez de tutela-*, el Consejo de Estado amparó los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y al acceso a cargos públicos de la tutelante, y ordenó certificar *“cuál fue el contenido de las preguntas que fueron eliminadas de la prueba de conocimientos presentada por la accionante y cuáles de ellas, en el evento de ser así, fueron contestadas de manera correcta por la accionante”, y asimismo “recalificar la prueba presentada por la accionante”*³

DÉCIMO PRIMERO. En este caso lo que se discute concretamente es la reprochable conducta de que fueran eliminadas las preguntas de cara a la

*de competencia, que confiera el poder suficiente para adoptar una determinada decisión. Como señala García de Enterría, en virtud del principio de legalidad el ordenamiento jurídico “**otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites**”, de modo que “habilita a la Administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos”. (...) Precisamente, al no ser la competencia un elemento accidental o superfluo de los actos administrativos, **su inobservancia afecta la validez de la decisión y en ese sentido constituye causal de nulidad de los actos administrativos (artículo 137 CPACA)**”.* CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR Rad. No.: 11001-03-06-000-2016-00128-00(2307)

³ Sentencia 00294 de 2016 Consejo de Estado

calificación en cada prueba, por lo que, en amparo de los derechos fundamentales acá descritos, **las preguntas eliminadas debieron incluirse y ser objeto de evaluación.**

DÉCIMO SEGUNDO.- En la convocatoria, la cual inicia desde la publicación del Acuerdo N°0285 de 2020, **norma de normas del concurso, NUNCA** se dio a conocer la razón o el fundamento de la eliminación de preguntas, **violentando el principio de confianza legítima⁴ depositado en la DIAN** desde el mismo momento en que conocí el PROCESO DE SELECCIÓN DIAN No. 1461 DE 2020 y decidí participar en el concurso, con todo el esfuerzo, dedicación y recursos que ello conlleva, por lo que la decisión **inconsulta y sorpresiva** sobre la eliminación de preguntas mediante la imprevista metodología de análisis psicométrico que nunca fue informada a los participantes en las normas que regulan el proceso de selección, es sin lugar a dudas una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por mi legítima expectativa en el concurso.

DÉCIMO TERCERO. - El proceder descrito hasta este punto, en relación con la **eliminación inconsulta y sin fundamento ni criterio objetivo y verificable**, de las preguntas, vulneró, además, el **derecho de información** ⁵y el **principio de**

⁴ ***“La convocatoria es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes, y como tal impone las reglas que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en ella se delinearán los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y autocontrol porque la administración debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada” Sentencia SU446 de 2011 Corte Constitucional.***

⁵ La reserva no opera para los directamente interesados. Se trata de una reserva que sólo puede alegarse frente a terceros. El operador jurídico no sólo debe valorar que una norma de rango legal autorice la reserva del documento, sino cuáles derechos, principios y valores constitucionales están afectados con la restricción, ya que en algunas ocasiones deberán prevalecer los derechos, valores y principios que inspiran la confidencialidad de la información, y en otros, los que se le oponen. Sentencia -227 de 2019

transparencia⁶. Esto, al no permitirme conocer el contenido de las preguntas excluidas para su análisis posterior, en la medida en que se limitó su acceso **al prohibir la transcripción parcial y totalmente tanto de preguntas como de las claves de respuesta**, situación que no se indicó en el acuerdo de la convocatoria, lo que no me permitió, además, establecer a cuántas efectivamente acerté. En este sentido, la metodología utilizada implicó insuficiencia en tiempo y modo para acceder al **derecho que tengo de conocer las hojas de respuesta y las claves de cada pregunta** establecidas por la unión temporal como contratista del concurso, lo que no puede ampararse con el argumento de la reserva de la que gozan las pruebas aplicadas en los concursos, señalada en este caso en el artículo 17 del Acuerdo, dado que una situación es la prohibición de conocer las pruebas y, otra, totalmente distinta, la de impedir el derecho que me asiste de tener conocimiento de la forma de evaluación, de las preguntas formuladas, y de las respuestas a las mismas, esto adelantado de manera inadecuada, con violación del mencionado principio de transparencia y, a su vez, de legalidad.

DÉCIMO CUARTO. - La conducta y situación hasta acá descrita afecta mis derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al mérito, a la defensa y contradicción; así como al trabajo, y de acceso a los cargos públicos, al producirse **una significativa alteración y/o modificación de las variables a tener en cuenta en la fórmula calificadora, que de manera alguna estaba ni estuvo establecida en la convocatoria como norma de normas del proceso de selección.**

⁶ La Corte Constitucional en (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), al referirse a las objeciones presidenciales formuladas por el Gobierno Nacional al proyecto de ley No. 105/06 Senado y 176/06 Cámara, "por el cual se dictan algunas disposiciones sobre el concurso público de acceso a la carrera de notarios y se hacen algunas modificaciones a la", manifestó que "la regulación legal debe respetar las reglas del concurso que se encuentra en trámite. El fundamento constitucional de dicha conclusión es múltiple: **el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad () se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (ídem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar ; (...)**".

DÉCIMO QUINTO. - Asimismo, se presenta y advierte total improvisación que afectó e incidió de manera determinante en los resultados de la prueba, habida cuenta de que las preguntas eliminadas representaron bastante tiempo que pudo ser utilizado en las demás preguntas, situación que a su vez generó rebose de información, generando angustia y confusión, asaltando el principio de buena fe y lealtad que debe regir el concurso, situación que genera total desconfianza. En especial porque tal irregularidad evidencia que no se evaluaron aspectos propios del ejercicio del cargo público para el cual concursé, dado que muchas de esas preguntas, como se ha insistido a lo largo de este documento, fueron eliminadas.

DÉCIMO SEXTO. - Al respecto, esta irregularidad permite evidenciar que en la prueba se adelantó una evaluación parcial al eliminar preguntas sin sustento, lo que condujo a que una persona que obtenga un puntaje alto, no sea porque cuenta con conocimientos en todo sino en unos aspectos concretos debido a la eliminación de las preguntas.

DÉCIMO SÉPTIMO. - En ningún concurso se presenta tan reprochable irregularidad consistente en eliminar ese numero tan alto de preguntas con posterioridad a la prueba, lo que denota una situación totalmente anormal y mina de incertidumbre el concurso, perdiendo total credibilidad y objetividad.

DÉCIMO OCTAVO. - Lo relatado hasta este punto va en contravía del mismo Acuerdo No. CNSC-0285 del 10 de septiembre de 2020, que en su artículo 17 señala que la valoración de los factores en las pruebas a aplicar “se efectuará a través de medios técnicos, que corresponden a **criterios de objetividad e imparcialidad y con observancia del principio constitucional de transparencia en ejercicio de la función administrativa**”

DÉCIMO NOVENO – En este proceso y, en especial en el caso concreto de estas pruebas, la Comisión Nacional del Servicio Civil, desconoce su obligación constitucional de Administración y Vigilancia del Sistema Específico de Carrera que rige en la DIAN, dado que pese a las numerosas y públicas manifestaciones que dan cuenta de las irregularidades que atentan contra los principios de transparencia, imparcialidad y confianza legítima que gobiernan este tipo de procesos, la CNSC se limita a contestar que se ha actuado acorde a las normas y solo expone asuntos técnicos en sus

respuestas para fundamentar su negativa en aceptar las irregularidades, argumentos que de manera alguna aclaran las denuncias.

VIGÉSIMO. A las irregularidades que hasta este punto se han descrito, se suman las denuncias públicas en medios de comunicación, como indicios sumamente importantes que debe conocer el juez de tutela, como la emisión en radio del 15 de septiembre de 2021 a las 7:16:47 con el Titular: **Graves denuncias por parte de trabajadores de la Dian por un concurso de méritos que se adelanta para proveer en carrera administrativa en 1500 cargos,** noticia que se realizó en el Medio Caracol, 6 AM Hoy por Hoy⁷.

VIGÉSIMO PRIMERO. - Inclusive, la misma entidad DIAN, mediante comunicación 100202151-00015 del 16 de septiembre de 2021, que se aporta como prueba, le advirtió a la CNSC que en las redes sociales y en los medios de comunicación se han hecho públicas denuncias sobre la presunta **venta y filtración de los cuestionarios**, que dada la gravedad que revisten estos hechos, tienen connotación penal.

VIGESIMO SEGUNDO. En dicha comunicación, la DIAN le pidió a la Comisión Nacional del Servicio Civil emprender las acciones necesarias para que se inicien las averiguaciones correspondientes por parte de las autoridades competentes, sin que hasta la fecha se haya adelantado ninguna gestión, ni suspendido el concurso hasta tanto no se aclaren o corrijan tales situaciones anómalas e irregulares, desconociendo y defraudando el principio de confianza legítima de los concursantes, tal como señaló la DIAN en la citada comunicación.

VIGÉSIMO TERCERO. A lo anterior se suma una situación de **capital importancia** que debe ser objeto de determinación y pronunciamiento por parte del juez de tutela, - *dado que la CNSC ha guardado sorpresivo silencio* -, correspondiente a que se ha denunciado públicamente, en medios e inclusive la misma DIAN, que **existe una situación totalmente anómala y suspicaz, consistente en que 10 estudiantes obtuvieron puntaje de 100/100,** lo cual en estos concursos y, en especial en este tipo de pruebas, resulta extraordinario. Al respecto, la DIAN, en la comunicación 100202151-00015 del 16 de septiembre de 2021, enviada a la CNSC, le manifestó lo siguiente:

*“A la presunta venta o filtración de los cuestionarios se suma el hecho calificado como ‘**coincidencia supremamente suspicaz**’ que aspirantes en un*

⁷ Link: <http://ipshort.ipnoticias.com/ywCQg>

número importante (conocemos más de 10) hayan obtenido puntaje de 100/100, resultado que para este tipo de prueba resulta extraordinario, que dada la frecuencia con que se presentó en esta Convocatoria se tornó en ordinario, por lo que como entidad interesada nos surge la necesidad de indagar ante la Comisión las razones que justifican la situación planteada". (Negrillas y subrayas fuera del texto)

VIGÉSIMO CUARTO. La anterior situación no ha sido justificada por la CNSC, violentando los derechos y principios acá invocados, dado que la diferencia de las personas que obtuvieron 100/100 aciertos en comparación con las personas que le siguen en puntajes es exorbitante, y la probabilidad de que esto ocurra normalmente es ínfima. Al respecto, en un caso similar al presente, en el que se advirtió la existencia de una irregularidad consistente en la posible filtración de las preguntas de la prueba conocimiento realizada por la ESAP, en el marco del concurso público y abierto de méritos para la elección de un comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se dejó sin efecto la prueba de conocimientos aplicada el 11 de octubre de 2020. Lo anterior porque se identificó que uno de los aspirantes obtuvo un total de 97 ítems acertados sobre los 100 ítems aplicados.

En esa oportunidad el acto administrativo⁸ que se acompaña a esta tutela como precedente de gran importancia, señaló lo siguiente:

"Llama la atención de la ESAP el número de aciertos obtenido por uno de los participantes, el cual desde el criterio estadístico y psicométrico se considera atípico, extremo, anormal o poco probable, o casi imposible; a partir de lo cual se deduce que presuntamente existió una filtración de las preguntas formuladas en la prueba de conocimientos, hecho que constituye una clara contravención al mérito y a los derechos fundamentales de los ciudadanos colombianos que en igualdad de condiciones tienen la posibilidad de participar y acceder a un empleo público, previo proceso de selección que demuestre sus capacidades" (Negrillas fuera del texto)

⁸ ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA- ESAP Resolución No. SC – 1276 de 2020 "Por medio de la cual se deja sin efecto alguno la prueba de conocimientos aplicada el 11 de octubre de 2020, en el marco del concurso público y abierto de méritos para la elección de un comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se modifica el artículo 7 de la Resolución No. SC- 1047 de 19 de agosto de 2020 y el artículo 1 de la Resolución No. SC- 1055 de 21 de agosto de 2020"

VIGÉSIMO QUINTO. - Con fundamento en lo anterior el día 24 de agosto de 2021 elevé la correspondiente reclamación ante los resultados definitivos de la prueba de COMPETENCIAS BASICAS U ORGANIZACIONALES, publicados el 05 de agosto de 2021 en la página web de la CNSC, www.cnsc.gov.co, enlace SIMO; para aspirar al empleo denominado Gestor III 03-303 novel profesional, N° de empleo OPEC 126559.

VIGÉSIMO SEXTO. El día 24 de agosto de 2021 presenté escrito de complementación de la reclamación, en el que se elevaron las siguientes peticiones:

1. **INFORMAR** cuál fue el contenido de las preguntas que fueron eliminadas de la prueba y cuáles de ellas, en el evento de ser así, fueron contestadas de manera correcta en mi caso.
2. **INCLUIR** aquellas preguntas que fueron eliminadas del examen y que las mismas sean incluidas nuevamente para la evaluación y revisión de las respuestas a las preguntas.
3. **MODIFICAR** mi puntuación obtenida en la prueba competencias **básicas organizacionales**, habida cuenta que tengo respuestas correctas que no se me tuvieron en cuenta como válidas.
4. En el evento en que no proceda la inclusión de las preguntas eliminadas, solicito se adopte la repetición de la prueba escrita subsanando las falencias señaladas en este documento.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. La anterior reclamación fue resuelta de manera negativa mediante comunicación 323212163 del 17 de septiembre de 2021 Coordinadora General Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020 UNIÓN TEMPORAL MÉRITO Y OPORTUNIDAD DIAN 2020. En dicha respuesta la Comisión se limita a exponer un extenso y confuso argumento técnico que de manera alguna desvirtúa la irregularidad flagrante relativa a la eliminación de preguntas mediante la imprevista metodología de *análisis psicométrico*. Además expone que en una guía se informó sobre la eliminación de preguntas, lo cual no corresponde a la realidad porque en dicha guía de orientación, que se acompaña a esta acción de tutela, de manera alguna se desarrolla el asunto de la metodología concretamente a la eliminación de preguntas, ni siquiera se encuentra en el texto la palabra eliminación, lo que,

se insiste, violenta el principio de transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por mi legítima expectativa en el concurso.

VIGÉSIMO OCTAVO. En efecto, en la respuesta se incurre en una dicotomía al manifestar que acorde con lo indicado en el artículo 7 del Acuerdo el participante debe aceptar en su totalidad las reglas establecidas para este proceso de selección, sin embargo, lo relativo al proceso de eliminación de preguntas no se encontraba en el acuerdo, ni en documento alguno conocido por los participantes, pues en la aludida guía no se desarrolla ni se encuentra la palabra “eliminación”, es decir que en la convocatoria, la cual inicia desde la publicación del Acuerdo N°0285 de 2020, **norma de normas del concurso**, nunca se dio a conocer la razón o el fundamento de la eliminación de preguntas, **violentando el principio de confianza legítima⁹ depositado en la DIAN** desde el mismo momento en que conocí el PROCESO DE SELECCIÓN DIAN No. 1461 DE 2020 y decidí participar en el concurso.

VIGÉSIMO NOVENO. Debe conocer en este punto el juez de tutela que en el Acuerdo N°0285 de 2020 **NUNCA** se dio a conocer el asunto relativo a las preguntas que fueron eliminadas sin **ningún criterio objetivo**, lo que violentó principios constitucionales como el de transparencia, confianza legítima y legalidad, generándome una afectación directa en el resultado de la prueba, habida cuenta de que en las preguntas eliminadas **se encontraban un número significativo de respuestas acertadas.**

Los hechos relatados en este acápite se sustentan en los siguientes,

⁹ ***“La convocatoria es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes , y como tal impone las reglas que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en ella se delinear los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y autocontrol porque la administración debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada” Sentencia SU446 de 2011 Corte Constitucional.***

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

2.1 DEFRAUDACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE CONFIANZA LEGÍTIMA.

2.1.1 CONCEPTO Y ALCANCE DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

El principio de confianza legítima tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁰, y se ha entendido que este impone límites a los cambios normativos provenientes de los órganos estatales productores de derecho, cuando afectan las expectativas legítimas de los particulares.

En este sentido, se trata de una garantía en favor de las personas, que restringe la posibilidad de que se emitan decisiones **abruptas y sorpresivas**, sin adoptar medidas de transición o que minimicen los efectos negativos que el cambio de regulación les implica. Es decir, que su alcance no es el de hacer intangibles o inmodificables las disposiciones jurídicas, sino el de **reducir el impacto negativo que el cambio en ellas pueda producir**¹¹.

Es importante resaltar la íntima relación que tiene este principio con los de buena fe, seguridad jurídica y respeto por el acto propio. Este último, conocido también por la locución latina «*Venire contra factum proprium non valet*», señala que un sujeto que ha emitido un acto, **que ha definido una situación jurídica particular y concreta, en favor de otro, está impedido para modificar unilateralmente su decisión**, porque de hacerlo, **estaría violando la confianza que se generó con la primera conducta desplegada**.

De acuerdo con lo anterior, para la configuración del principio de confianza legítima, la Corte Constitucional¹² fijó los siguientes presupuestos:

[...] (i) La necesidad de preservar de manera concreta un interés público, esto es, resulta indispensable para la administración generar un cambio en sus

¹⁰ C. Const. Sents., SU-360, may. 19/1999; T-364, may. 20/1999; SU-601A, ago. 18/1999; T-706, sep. 21/1999; T-754, oct. 11/1999; T-961, sep. 6/2001; T-660, ago. 15/2002; T-807, sep. 18/2003; T-034, ene. 22/2004; C-131, feb. 19/2004; T-483, may. 20/2004; T-642, jul. 1/2004; T-1204, dic. 2/2004; T-892A, nov. 2/2006; T-021, ene. 22/2008; T-210, mar. 23/2010; T-437, jun. 12/2012; T-717, sep. 13/2012; C-258, may. 7/2013; T-204, abr. 1/2014; T-231, abr. 9/2014; T-311, jun. 16/2016, entre otras.

¹¹ Corte Constitucinal Sent. T-566, ago. 6/2009

¹² Ver sentencia T-311 de 2016 de la Corte Constitucional.

actuaciones **en aras de proteger el interés general**; (ii) la demostración de que el particular ha **desplegado su conducta acorde con el principio de la buena fe**; (iii) la desestabilización **cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados**; y (iv) la obligación de adoptar medidas por un periodo transitorio **que adecúen la actual situación a la nueva realidad [...]**"(negritas fuera del texto)

En síntesis, el principio de confianza legítima se convierte en un deber jurídico de la administración frente a los administrados, que ha de atender en el ejercicio de la potestad de expedir actos que **creen, modifiquen o extingan situaciones jurídicas, en detrimento de las ya consolidadas para ellos.**

2.1.2 DEFRAUDACIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN ESTE CASO.

El principio de confianza legítima fue depositado por parte de quien suscribe esta tutela en la DIAN y la CNSC y defraudado por estas al proceder a eliminar preguntas sin **ningún criterio objetivo**, habida cuenta de que **se encontraban un número significativo de respuestas acertadas, lo que incidió de manera determinante en el resultado de la prueba**. Lo anterior porque en ningún aparte del Acuerdo de la Convocatoria, ni de su anexo, ni en desarrollo del concurso, **se dispuso la posibilidad de eliminación de preguntas luego de la presentación de las mismas.**

Es indiscutible que las reglas del concurso son **INMODIFICABLES** y en consecuencia las entidades no pueden variarla en ninguna de las etapas del concurso, pues con ello se están afectando derechos fundamentales de la comunidad en general y de los participantes en particular tal y como lo ha manifestado en diferentes oportunidades la Corte Constitucional.

Al respecto, en sentencia SU-443 de 2011 el alto tribunal dijo:

*Las reglas del concurso son invariables tal como lo reiteró esta Corporación en la sentencia 913 de 2009 al señalar "...**resulta imperativo recordar la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos** para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una*

vez éstas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos.

Así, se deben respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en la convocatoria. La convocatoria es "la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes", **y como tal impone las reglas que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes.**

14

Por tanto, como en ella se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, **en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento.** La Corte Constitucional ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes.

En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada.

2.2. VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

2.2.1 DEFINICIÓN Y ALCANCE DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO.

El artículo 29 de la Constitución Política determina que el debido proceso debe regir todas las actuaciones adelantadas bien sea en procesos judiciales o en trámites administrativos. En armonía con ello, este derecho ha sido definido por la Corte Constitucional como el conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para proteger a una persona dentro del trámite de un procedimiento judicial o administrativo. En ese sentido, su propósito es efectivizar los derechos de los asociados, lo que se logra no solo con el respeto del contenido sustancial o material de aquellos sino también con el acatamiento de las condiciones formales que posibilitan su ejercicio.

Es preciso recordar que el núcleo esencial de un derecho fundamental alude a aquel ámbito de su contenido que resulta indispensable para la protección de los intereses jurídicos que busca satisfacer. Así las cosas, es plausible afirmar que, tratándose del debido proceso, ese contenido básico e irreductible se refiere al ejercicio del derecho de defensa a fin de que, luego de agotarse una serie de etapas con sujeción a unas reglas previamente establecidas y con respeto de las oportunidades consagradas en favor de quienes son parte dentro del respectivo procedimiento, se adopte una decisión definitiva, ya sea en una instancia judicial o administrativa.

Debe anotarse que, en sede administrativa, este derecho busca que todas las actuaciones y decisiones adoptadas por funcionarios en los trámites de esta naturaleza se realicen con cumplimiento de las garantías propias del ejercicio de la administración pública.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en uno de sus primeros pronunciamientos sobre el debido proceso administrativo, aseveró que aquel derecho debe ser desarrollado en todas las manifestaciones de la administración pública y que los actos administrativos deben ser dictados previos los procedimientos y los requisitos exigidos por la ley.

Más adelante, en la sentencia T-214 de 2004, el máximo tribunal constitucional definió el debido proceso administrativo como el conjunto de condiciones impuestas a la administración por la ley sobre el cumplimiento de una secuencia de actos, cuya finalidad esta previamente determinada constitucional y legalmente y cuyo objeto es asegurar el funcionamiento ordenado de la administración y la validez de sus actuaciones. Así como proteger los derechos de los administrados, especialmente a la seguridad jurídica y a la defensa.

Igualmente, en la sentencia C-980 de 2010, manifestó que el debido proceso administrativo es un derecho constitucional fundamental, de aplicación inmediata en los términos del artículo 29 de la Constitución Política y que está en armonía con los artículos 6 y 209 superiores sobre la responsabilidad de los servidores públicos y los principios que rigen la actividad administrativa del Estado.

Más recientemente, la Corte Constitucional reiteró las consideraciones expuestas en las anteriores sentencias y, adicionalmente, precisó que el debido proceso administrativo obliga a los funcionarios públicos a estar actualizados sobre las modificaciones que se realicen a las leyes que regulan sus funciones y que aquel constituye un límite al ejercicio de las funciones de

las autoridades públicas en tanto deben actuar dentro de los procedimientos previamente fijados por el ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, se colige que el debido proceso administrativo es un derecho fundamental que sirve como garantía para los administrados frente a las actuaciones y decisiones adoptadas dentro de los procedimientos establecidos por la ley.

La manifestación de este derecho en el concurso de méritos **supone que, previo a la selección de los concursantes que califiquen para acceder al empleo, se hayan establecido las normas que han de regir todas las actuaciones de la administración, de las entidades contratadas y de los participantes; y que aquellas se respeten y observen a cabalidad.**

De esta forma, la convocatoria, como norma reguladora del proceso de selección, se convierte en el referente para evaluar si en el desarrollo de las etapas y procedimientos que integran el concurso público de méritos se garantiza el derecho al debido proceso.

Sobre el particular, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente en la sentencia SU-913 de 2009:

*“[...] (i) las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas **sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales**; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) **se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe.** En este punto, esta Sala de Revisión estima que si por factores exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, **deben ser plenamente conocidas por los partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa**; y, (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido [...]”* (negritas fuera del texto original)

2.2.2 VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO EN ESTE CASO.

En este caso, las tuteladas violan el derecho fundamental al debido proceso al desconocer las normas preestablecidas para la realización de la prueba escrita, y en su evaluación, es en este sentido en el cual, al yo incorporarme voluntaria y necesariamente en un proceso de selección, sometién dome a procedimientos y actuaciones administrativas que deben ser acatadas por todas las partes, aplicar procedimientos diferentes a los establecidos, vulneran mi buena fe y el debido proceso. **En ese sentido los ítems que fueron eliminados de manera inconsulta, oculta y sin sustento objetivo en cada prueba es violatorio al debido proceso.**

2.3 VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

2.3.1 CONCEPTO Y ALCANCE PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

Este principio alude a la **claridad con que deben desarrollarse las actividades y procedimientos de la administración**, así como la publicidad e imparcialidad que deben caracterizarles **a efectos de que se garantice la realización del interés general, la moralidad administrativa, la igualdad y el derecho de contradicción de los asociados.**

Se trata de un postulado que, al **prevenir las actuaciones ocultas y arbitrarias de los servidores públicos**, permite que el ejercicio del poder sea ajeno a subjetividades y, con ello, favorece el fortalecimiento de la institucionalidad. Así, este principio se erige como uno de los fundamentos esenciales del Estado social y democrático de derecho en la medida en que proporciona los insumos necesarios para propiciar la convivencia armónica y pacífica.

Sobre el particular, la Corte Constitucional Sala ha señalado lo siguiente:

“[...] Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, lo nebuloso, la bruma maligna que puede dar sustento al actuar arbitrario de la administración. Así, la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser ante todo cristalina [...]”

2.3.2 VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN ESTE CASO

Para fines de este asunto, la decisión **inconsulta y sorpresiva** sobre la eliminación de preguntas mediante la imprevista metodología de *análisis psicométrico* violenta este principio, además, en la mencionada guía de orientación tampoco se desarrolló ni explicó el asunto relativo a la eliminación de preguntas, omisión que no puede subsanarse con explicaciones técnicas confusas que no son de recibo y que lo que hacen es seguir engañando a los participantes.

El proceder descrito hasta este punto, en relación con la **eliminación inconsulta y sin fundamento ni criterio objetivo y verificable**, de las preguntas, vulneró, además, el **derecho de información**¹³ y el **principio de transparencia**¹⁴. Esto, al no permitirme conocer el contenido de las preguntas excluidas para su análisis posterior, en la medida en que se limitó su acceso **al prohibir la transcripción parcial y totalmente tanto de preguntas como de las claves de respuesta**, situación que no se indicó en el acuerdo de la convocatoria, lo que no me permitió, además, establecer a cuántas efectivamente acerté. En este sentido, la metodología utilizada implicó insuficiencia en tiempo y modo para acceder al **derecho que tengo de conocer las hojas de respuesta y las claves de cada pregunta** establecidas por la unión temporal como contratista del concurso, lo que no puede

¹³ La reserva no opera para los directamente interesados. Se trata de una reserva que sólo puede alegarse frente a terceros. El operador jurídico no sólo debe valorar que una norma de rango legal autorice la reserva del documento, sino cuáles derechos, principios y valores constitucionales están afectados con la restricción, ya que en algunas ocasiones deberán prevalecer los derechos, valores y principios que inspiran la confidencialidad de la información, y en otros, los que se le oponen. Sentencia -227 de 2019

¹⁴ La Corte Constitucional en (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), al referirse a las objeciones presidenciales formuladas por el Gobierno Nacional al proyecto de ley No. 105/06 Senado y 176/06 Cámara, "por el cual se dictan algunas disposiciones sobre el concurso público de acceso a la carrera de notarios y se hacen algunas modificaciones a la ", manifestó que "la regulación legal debe respetar las reglas del concurso que se encuentra en trámite. El fundamento constitucional de dicha conclusión es múltiple: **el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad () se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (ídem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar ; (...)**".

ampararse con el argumento de la reserva de la que gozan las pruebas aplicadas en los concursos, señalada en este caso en el artículo 17 del Acuerdo, dado que una situación es la prohibición de conocer las pruebas y, otra totalmente distinta, la de impedir el derecho que me asiste de tener conocimiento de la forma de evaluación, de las preguntas formuladas, y de las respuestas a las mismas, esto adelantado de manera inadecuada, con violación del mencionado principio de transparencia y, a su vez, de legalidad.

Todo lo anterior habilita la interposición de esta acción de tutela.

III. CUMPLIMIENTO REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA

3.1 FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES RELACIONADOS CON LA SUBSIDIARIDAD.

Los artículos 86 de la Carta Política y 6 del Decreto 2591 de 1991 señalan que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando se utilice como un mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En este sentido, tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado y la Corte Suprema de justicia actuando como jueces constitucionales, han establecido que **un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salvaguarda del derecho fundamental invocado.**

En el presente caso, **NO** existen mecanismos en sede administrativa para la protección de los derechos fundamentales invocados. Esto, ante la negativa de la CNSC en aceptar mi petición consistente en **INFORMAR** cuál fue el contenido de las preguntas que fueron eliminadas de la prueba y cuáles de ellas, en el evento de ser así, fueron contestadas de manera correcta en mi caso, **INCLUIR** aquellas preguntas que fueron eliminadas del examen y que las mismas sean incluidas nuevamente para la evaluación y revisión de las respuestas a las preguntas y **MODIFICAR** mi puntuación obtenida en la prueba **competencias básicas organizacionales**, habida cuenta que tengo respuestas correctas que no se me tuvieron en cuenta como válidas. O la petición subsidiaria consistente en la repetición de la prueba escrita subsanando las falencias señaladas en este documento.

En efecto, como se dijo en el acápite de hechos, al advertir las flagrantes irregularidades que vulneran los derechos fundamentales acá invocados, se elevó la correspondiente reclamación de manera oportuna, advirtiendo las irregularidades que conducen a que se acceda a la misma pero la CNSC en una respuesta supremamente confusa, en un juego de palabras técnicas, no ha querido aceptar que, en efecto, las irregularidades alegadas existieron en la prueba.

Así, evidenciando la vulneración de los derechos fundamentales invocados, la DIAN advirtió las irregularidades que se presentaron en la prueba y envió la comunicación 100202151-00015 del 16 de septiembre de 2021, en la que expone lo siguiente:

“Reciba un cordial saludo, deseando que en este momento coyuntural Usted, sus familiares y su equipo de trabajo se encuentren bien de salud.

La Comisión Nacional del Servicio Civil, en ejercicio de la facultad constitucional de Administración y Vigilancia del Sistema Específico de Carrera que rige en la DIAN¹, que comprende la realización de los concursos y la aplicación de las pruebas², convocó al Proceso De Selección Dian No. 1461 De 2020

*En desarrollo del proceso del proceso de selección referido, el día 5 de julio de 2021 se aplicaron las pruebas escritas y posterior a la realización de esta jornada han surgido **públicas manifestaciones que atentan contra los principios de transparencia, imparcialidad y confianza legítima que gobiernan este tipo de procesos.***

*En efecto, en las redes sociales y en los medios de comunicación se han hecho públicas denuncias sobre la **presunta venta y filtración de los cuestionarios**, que dada la gravedad que revisten estos hechos, que de paso sea del caso señalar de connotación penal, respetuosamente consideramos necesario que la Comisión Nacional del Servicio Civil emprenda las acciones necesarias para que se inicien las averiguaciones correspondientes por parte de las autoridades competentes, a fin de determinar si los hechos referidos ocurrieron y que de ser así, se adopten las decisiones correspondientes y se dispongan los mecanismos idóneos y conducentes que mitiguen sus efectos negativos, restableciéndose la confianza legítima que resultaría defraudada.*

*A la presunta venta o filtración de los cuestionarios se suma el hecho calificado como **³coincidencia supremamente suspicaz´** que aspirantes en un número importante (conocemos más de 10) hayan obtenido puntaje de 100/100, resultado que para este tipo de prueba resulta extraordinario, que*

dada la frecuencia con que se presentó en esta Convocatoria se tornó en ordinario, por lo que como entidad interesada nos surge la necesidad de indagar ante la Comisión las razones que justifican la situación planteada (...)" (Negritas fuera del texto)

Pese a tan evidente prueba de las irregularidades, la CNSC se ha dedicado a dar respuesta a las reclamaciones con argumentos totalmente **ILEGALES e INCONSTITUCIONALES**, en el sentido de que se ha actuado conforme a la normativa y ha habido la correspondiente auditoria de la DIAN, pese a que la misma DIAN hace esas denuncias.

En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional ha dicho que en el evento de presentarse, en desarrollo del concurso la flagrante violación de un derecho fundamental, **la acción de tutela para el afectado resulta procedente** ante la carencia de medios de defensa judiciales para lograr la continuidad en el concurso. Así lo aceptó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹⁵ y lo han reiterado las Secciones Primera y Cuarta de dicha Corporación.

Lo anterior tiene respaldo en la Sentencia 00294 de 2016 del Consejo de Estado, según la cual, las decisiones que se dictan en el desarrollo de un concurso de méritos para la provisión de empleos generalmente constituyen actos de trámite y contra estos no proceden los recursos de la vía gubernativa ni los medios de control que regula la Ley 1437 de 2011 –CPACA.

La carrera administrativa cuyo origen constitucional se encuentra en el Art. 125 superior, es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. En este sentido, la carrera administrativa funge como un principio y una garantía constitucional. Así pues, el concurso de méritos está dirigido a garantizar la selección objetiva del aspirante, según la evaluación y determinación de su capacidad e idoneidad para asumir las funciones a desempeñar, de manera que se **impida la subjetividad o arbitrariedad del nominador o criterios contrarios a los principios y valores constitucionales**.

Así, para establecer la idoneidad y eficacia de los mecanismos judiciales, el juez debe valorar los supuestos fácticos de los casos en concreto, y examinará aspectos como:

¹⁵ Sentencia AC-00698 (2007) del 28 de agosto de 2007, M. P. Martha Sofía Sanz Tobón.

- (i) si la utilización del medio de defensa judicial tiene la virtualidad de ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela;
- (ii) el tiempo que tarda en resolverse la controversia ante el juez natural;
- (iii) la vulneración del derecho fundamental durante el trámite;
- (iv) las circunstancias que impidieron que el accionante hubiese promovido los mecanismos judiciales ordinarios;
- (v) la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario, entre otras.

En la Sentencia SU-913 de 2009, se analizó el tema de la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de quienes participan en concurso de méritos, al respecto indicó:

*“(...) la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aún existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede **“desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto”**, en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos.*

*Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que **su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata**. Esta Corte ha expresado, que, para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que **no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular**” (Negritas del suscrito)*

Continuando con la misma línea en la sentencia T 800 de 2011, la Honorable Corte Constitucional al analizar la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos de asignación de puntajes en concursos de mérito, que igual podría ser de cualquier otro requisito, como el que nos ocupa en el presente, señaló:

"Aun cuando para este caso hay otro medio de defensa judicial susceptible de ser ejercido ante la justicia contencioso-administrativa, lo cierto es que no puede asegurarse que sea eficaz, pues la terminación del proceso podría darse cuando ya se haya puesto fin al concurso de méritos, y sea demasiado tarde para reclamar en caso de que el demandante tuviera razón en sus quejas. Ciertamente, el peticionario podría reclamar ante el juez contencioso la suspensión provisional del acto de asignación de puntajes que cuestiona como irregular, pero incluso si se le concediera esta decisión no tendría la virtualidad de restablecer de inmediato los derechos del accionante y, en cambio, podría dejarlo en una situación de indefinición perjudicial en el trámite de las etapas subsiguientes del concurso".

En igual sentido, en la sentencia SU-913 de 2009 la Sala Plena de la Corte consideró que **"en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso –administrativo-, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata**. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que **no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular**"¹⁶

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (C.P.C.A.), las medidas cautelares se intentaron equiparar a las que se adoptan en las sentencias que definen las acciones de tutela, lo que condujo a que muchas autoridades judiciales que conocía de acciones de tutela advirtieran que a través de dichas medidas se podía conjurar la violación de derechos fundamentales, siendo ese medio de defensa el adecuado para tal fin y, en consecuencia, se declaraban improcedentes las solicitudes de amparo con el argumento del requisito de procedibilidad de la subsidiaridad. No obstante, respecto de las condiciones para solicitar medidas cautelares en los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-284 de 2014, en la que concluyó que existen diferencias entre éstas y la protección inmediata que acarrea la naturaleza de una acción de tutela. Ello, en la medida en que el procedimiento para que el juez decreta una medida cautelar es más largo que los **10 días establecidos para la resolución del amparo constitucional**.

¹⁶ En la sentencia SU-913/09, La Corte Constitucional citó a su vez las providencias SU-133/98 y SU-086/99.

De lo anterior se desprende que la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo competente para resolver la controversia objeto de revisión si se tiene en cuenta que las pretensiones deprecadas están encaminadas a demostrar que existiendo la alternativa de acudir a los medios de control jurisdiccional en lo contencioso administrativo, **por premura del caso exige acudir a la acción de tutela toda vez que las fases del concurso avanzan poniendo en evidente consumación la vulneración de los derechos fundamentales.**

En efecto, en el presente caso la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, recientemente ha venido avanzando en el proceso, contestando rápidamente las reclamaciones en un formato sin reparar en el fondo del asunto.

De otra parte, se cumple con el requisito señalado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, dado que lo dicho a lo largo de esta solicitud de amparo demuestra la flagrante violación de derechos fundamentales, por lo que en este caso la acción de tutela resulta procedente ante la carencia de medios de defensa judicial.

Retomando lo dicho por la Corte Constitucional en cuanto a la ineficacia de un medio de defensa ordinario por la supuesta posibilidad de acudir a la justicia ordinaria y allí pedir medidas cautelares, debe señalarse que en la práctica, y según lo señalado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, los mecanismos ordinarios en estos casos, tales como medios de control de nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho, **no son eficaces para conjurar de manera inmediata la violación de derechos fundamentales.** Por lo anterior, en la sentencia C-284 de 2014 el alto tribunal constitucional manifestó que la Constitución **les otorgó a los jueces de tutela una importante facultad para proteger derechos fundamentales de manera inmediata y a través de medidas que son más amplias que aquellas que tienen previstas las medidas cautelares**, puesto que, en principio, no están sometidas a “reglas inflexibles” que limiten de alguna forma el estándar de protección que se puede otorgar.

En efecto, la naturaleza de las medidas cautelares implica que, de por medio, debe existir el ejercicio de una de las acciones previstas para iniciar un juicio ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, en ese orden de ideas, **(i)** es necesario seguir y ajustarse al procedimiento descrito en la norma y acudir mediante abogado debidamente acreditado, situación que no ocurre con la acción de tutela, como quiera que este es un instrumento que puede ser usado de manera personal por el titular de los derechos

vulnerados, sin necesidad de seguir una forma preestablecida, **(ii)** por regla general, para que una medida cautelar sea decretada, es imperativo prestar caución para asegurar los posibles perjuicios que con ésta se puedan causar y, **(iii)** la suspensión de los actos que causen la vulneración de los derechos no es de carácter definitivo, puesto que estas herramientas son transitorias y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio, en contraposición con la protección que brinda el amparo constitucional, que en principio, es **inmediato y definitivo**.

La Corte Constitucional advirtió que los mecanismos previstos en la Ley 1437 de 2011 **no significa la improcedencia automática y absoluta de la acción de tutela como mecanismo de protección subsidiario de los derechos fundamentales**, ya que los jueces constitucionales tienen la obligación de realizar, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en concreto de los medios de defensa alternos y, en ese sentido, están obligados a considerar: ***“(i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados”***.

En suma, en este caso el requisito de subsidiariedad se cumple cabalmente y la acción de tutela procede de manera definitiva para estudiar la flagrante vulneración de los derechos fundamentales en atención a que la actuación de la parte tutelada resulta realmente **arbitraria, inconstitucional y vulneradora de los derechos fundamentales invocados** y la etapa del concurso permite tomar decisiones que amparen tales derechos en este momento, dado que aun no se han adelantado actuaciones que generen derechos de terceros.

Ademas de lo anterior, se cumple con lo dicho por la jurisprudencia constitucional en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, que ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, **que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos**.

IV. PRETENSIONES

Con fundamento en lo expuesto, se suplica al juez de tutela **AMPARAR** los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo en condiciones dignas, de acceso a la promoción dentro de la carrera administrativa, a la información veraz, al desempeño de funciones y al libre acceso a cargos públicos, así como los principios del mérito, libre concurrencia, igualdad en el ingreso, publicidad, transparencia, imparcialidad, confianza legítima y buena fe. En consecuencia,

Se **ORDENE** a la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-**, y a la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC, UNIÓN TEMPORAL MÉRITO Y OPORTUNIDAD DIAN 2020** proceder de materia inmediata a **SUSPENDER** el Proceso de Selección DIAN 1461 de 2020 derivado del **ACUERDO N 0285 DE 2020 DIAN** del 10 de septiembre de 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 de específico de carrera administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales DIAN, Proceso de Selección DIAN 1461 de 2020"* y se **dicte un acto administrativo en el que se proceda a realizar nuevamente la etapa de pruebas escritas en el mencionado concurso.**

V. **SOLICITUD MEDIDA PROVISIONAL**

El artículo 7º del Decreto 2591 de 1991 que señala:

*"Artículo 7º. **Medidas provisionales para proteger un derecho.** Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.*

Sin embargo, a petición de parte o de oficio se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como con secuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso."

La norma anterior ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, al señalar que las medidas provisionales pueden ser adoptadas en los siguientes casos: "(i) cuando resultan necesarias para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en una violación o; (ii) cuando habiéndose constatado la existencia de una violación, estas sean necesarias para precaver que la violación se torne más gravosa"¹⁷

Dice además la Corte Constitucional, que las medidas cautelares pueden ser adoptadas durante el trámite del proceso o en la sentencia, pues **"únicamente durante el trámite o al momento de dictar la sentencia, se puede apreciar la urgencia y necesidad de la medida"**

De igual forma, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que toda medida provisional debe cumplir con dos principios a saber; "La medida de suspensión provisional de actos concretos debe ser razonada y no arbitraria, producto de una valoración sensata y proporcional a la presunta violación o amenaza de los derechos fundamentales alegados.

Así entonces, el Decreto 2591 de 1991, efectivamente **permite suspender provisionalmente la aplicación de actos concretos que amenacen o vulneren un derecho fundamental, pero solamente cuando sea necesario y urgente para la protección del derecho**, lo cual exige, por parte del juez de tutela, un estudio razonado y conveniente de los hechos que lleven a la aplicación de la medida.

¹⁷ 1. (Autos A-040A de 2001 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), A-049 de 1995 (MP: Carlos Gaviria Díaz), A- 041A de 1995 (MP: Alejandro Martínez Caballero) y A-031 de 1995 (MP: Carlos Gaviria Díaz).

Teniendo en cuenta lo anterior, **se solicita al juez constitucional:**

DECRETAR COMO MEDIDA CAUTELAR SUSPENDER el Proceso de Selección DIAN 1461 de 2020 derivado del **ACUERDO N 0285 DE 2020 DIAN** del 10 de septiembre de 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 de específico de carrera administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales DIAN, Proceso de Selección DIAN 1461 de 2020" **y se dicte un acto administrativo en el que se proceda a realizar nuevamente la etapa de pruebas escritas en el mencionado concurso.** Esto, porque continuar con las etapas del proceso implica la realización de etapas en un proceso que se encuentra viciado por las irregularidades aca descritas, que violentaron los derechos de personas que, como quien adelanta esta acción, se vieron afectadas ante la eliminación de preguntas, por lo que el tiempo que continué en actividad el proceso repercute en expectativas legítimas de quienes participan, afectando derechos de terceros, con lo que se cumplen los presupuestos para decretar esta medida.

VI.- COMPETENCIA

La competencia es del JUZGADO CON CATEGORIA CIRCUITO de conformidad con las reglas de reparto de la acción de tutela.

VII.- JURAMENTO

De conformidad con el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991, **MANIFIESTO** bajo la gravedad del juramento, que no he presentado otra acción de tutela respecto de los mismos hechos y derechos.

VIII. PRUEBAS

Se aportan:

DOCUMENTO
Resultados publicados en el sitio web www.cnsc.gov.co enlace https://simo.cnsc.gov.co
Reclamación ante los resultados definitivos de la prueba de COMPETENCIAS BASICAS U ORGANIZACIONALES, publicados el 05 de agosto de 2021 y su ampliación.
Comunicación 100202151-00015 del 16 de septiembre de 2021 de la DIAN
Link: http://ipshort.ipnoticias.com/ywCQg
<i>Resolución No. SC – 1276 de 2020 “Por medio de la cual se deja sin efecto alguno la prueba de conocimientos aplicada el 11 de octubre de 2020, en el marco del concurso público y abierto de méritos para la elección de un comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se modifica el artículo 7 de la Resolución No. SC- 1047 de 19 de agosto de 2020 y el artículo 1 de la Resolución No. SC- 1055 de 21 de agosto de 2020”</i>
GUIA DE ORIENTACIÓN AL ASPIRANTE PARA LA PRESENTACIÓN DE LAS PRUEBAS ESCRITAS
Respuesta a la reclamación.