

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**JUZGADO CINCUENTA Y DOS PENAL DEL CIRCUITO DE
CONOCIMIENTO**

Bogotá, D.C., veintiséis de octubre de dos mil veintiuno

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela instaurada en contra de la Fundación Universitaria del Áreandina, la Universidad Sergio Arboleda, la Comisión Nacional del Servicio Civil, y la Unión Temporal Mérito y Oportunidad DIAN 2020; por JAIRO ALBERTO OSORIO ARIAS, quien se identifica con la cedula de ciudadanía N° 18.493.549 de Armenia (Quindío).

ANTECEDENTES

JAIRO ALBERTO OSORIO ARIAS instauró acción de tutela en contra de la Fundación Universitaria del Áreandina, la Universidad Sergio Arboleda, la Comisión Nacional del Servicio Civil, y la Unión Temporal Mérito y Oportunidad DIAN 2020, reclamando protección para sus derechos fundamentales al acceso a cargos y funciones públicas en igualdad, principio constitucional de transparencia, principio de seguridad jurídica, principio de confianza legítima y principio constitucional de transparencia en el debido proceso administrativo, en razón a su participación en la convocatoria DIAN 1461 de 2020, para proveer el cargo de Analista IV, Nivel Jerárquico Técnico, código 204, grado 4, OPEC No. 126482.

Refiere que mediante Acuerdo número 285 del 10 de septiembre de 2020, la Comisión Nacional del Servicio Civil adelantó el proceso de selección de ingreso para la provisión de empleos en vacancia definitiva en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-.

Conforme a lo dispuesto en dicho acuerdo procedió a la inscripción en las fechas establecidas, para el cargo de Analista IV, Nivel

Jerárquico Técnico, código 204, grado 4, OPEC No. 126482 dentro de la convocatoria DIAN 1461 de 2020. Según N° de inscripción 324004649.

Agotadas todas las etapas previas, presentó la prueba escrita el 5 de julio de 2021, obteniendo el puntaje ponderado de 64.41 en la Prueba clasificatoria, de Competencias, resultado que conllevó a que fuera excluido del proceso, pues esta prueba debía ser puntuada con un mínimo de setenta (70) puntos clasificatorios.

Conforme a lo anterior, el día 6 de agosto siguiente realizó reclamación dentro de términos, en tiempo y forma y por el canal establecido en la convocatoria, para este caso la plataforma SIMO, por inconformidad en el puntaje obtenido en la Prueba de Competencias Funcionales (Empleos diferentes de nivel Profesional de Procesos Misionales), solicitando el acceso a las pruebas presentadas, así como a la hoja de respuestas, con el radicado de solicitud nro. 421269769 (que asignó el sistema de la plataforma).

El día 13 de agosto de 2021, a través del aplicativo SIMO, se le citó para la jornada de acceso al material de las Pruebas Escritas del Proceso de Selección de Ingreso No. 1461 de 2020 DIAN que se realizó el día domingo 22 de agosto de 2021.

El día 22 de agosto de 2021, acudió al lugar de acceso al material de pruebas escritas, donde pudo corroborar que de manera unilateral, sin previo aviso, ni justificación se había decidido eliminar del examen, cuarenta y nueve (49) preguntas de las ciento noventa y ocho (198) aplicadas, además varios errores en la formulación de preguntas, donde se cruzaban con preguntas de otras OPEC u otro nivel misional profesional, no misional y asistencial, las cuales afectaron sus resultados ponderados para el cargo al cual aspiró.

Así las cosas, señala que constató un desbalance evidente, marcado y desproporcionado en el número de preguntas a aplicar a cada prueba.

Además, refiere que ni el acuerdo No 0332 del 27 de noviembre de 2020, modificadorio del acuerdo No. 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, ni en ninguna de las resoluciones con ocasión de la convocatoria en mención, contempla la posibilidad de eliminar preguntas del examen aplicado a los aspirantes y máxime que son muchas las preguntas eliminadas para su OPEC.

Por manera, indica que el día 23 agosto de 2021 presentó ampliación de reclamación frente a los resultados de las pruebas escritas del proceso de selección de Ingreso No. 1461 de 2020 DIAN, por medio del aplicativo SIMO, quedando constancia en tiempo y forma estipulados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, con número de solicitud 425528808, donde solicitaba con fundamento y a la luz de la igualdad y el mérito, que los errores procedimentales administrativos y de juicio no deben ser asumidos por él, como aspirante en este concurso.

Solicitando además a la Comisión Nacional del Merito se apersonara de esta situación, se realizaran las correcciones pertinentes en lo referente, se anularan los resultados de las pruebas escritas para el proceso de selección No. 1461 de 2020 DIAN, y se le convocara nuevamente a pruebas escritas para la misma convocatoria, pero teniendo en cuenta un procedimiento de igualdad, moralidad y transparencia, avocando los procedimientos técnicos, lineamientos de equidad y donde el mérito brille por su presencia, con el fin de manejar justicia y restablecer su derecho de igualdad y merito evidentemente vulnerados.

El día 24 de septiembre del 2021 recibió respuesta de la Comisión Nacional del Servicio Civil la Unión Temporal del Mérito y Oportunidad DIAN 2020, radicado bajo el número RECPE-DIAN-4514, con fecha 17 de septiembre de 2021, registrada en el sistema SIMO con el nro. 431949791, donde niegan la solicitud de su reclamación, aduciendo que se llevó a cabo el análisis psicométrico de los ítems que conformaron las pruebas aplicadas - DIAN, manifestando que como parte de esta convocatoria se usó el modelo de Teoría Clásica de los Test (TCT), y que en su actuar era válido eliminar con posterioridad cuarenta y nueve (49) preguntas para el caso de su OPEC.

Así mismo se le indicó que frente a la respuesta a la reclamación no procedía ningún recurso.

Con fundamento en lo anterior solicita la tutela de los derechos fundamentales invocados y en consecuencia se anulen los resultados de las pruebas escritas para el proceso de selección No. 1461 de 2020 DIAN; y se le convoque nuevamente a pruebas para la misma convocatoria, pero teniendo en cuenta un procedimiento de igualdad, moralidad y transparencia, avocando los procedimientos técnicos, lineamientos de equidad y buena fe y donde el mérito brille por su presencia, con el fin de manejar justicia y restablecer sus derechos evidentemente vulnerados.

En el auto que avocó conocimiento de la presente acción se dispuso correr traslado de la queja a las cuestionadas para garantizarles el ejercicio del derecho de defensa; así como la vinculación de la

Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales, y de quienes integran la lista de elegibles a proveer el cargo de Analista IV, Nivel Jerárquico Técnico, código 204, grado 4, OPEC No. 126482 dentro de la convocatoria DIAN 1461 de 2020, cuya notificación se ordenó realizar a través de la accionada CNSC y el INPEC.

Descorriendo el traslado de la demanda, la Subdirectora de Gestión de Representación Externa de la Dirección de Gestión Jurídica de la UAE – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, al margen de la facultad que le asiste a toda persona de recurrir al ejercicio de la acción constitucional incoada, solicitó desvincular a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales UAE-DIAN de la acción de tutela que se surte, por cuanto no es esa la entidad competente para resolver lo pretendido por el Tutelante.

Lo anterior, por cuanto denota inequívocamente que la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC – además de ser el ente encargado de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos en general, y del sistema específico de carrera administrativa de la UAE-DIAN, es la entidad responsable del proceso de selección (Convocatoria No. 1461 de 2020), en sus diferentes etapas: convocatoria y divulgación, adquisición de derechos de participación e inscripciones, verificación de requisitos mínimos, aplicación de pruebas de selección a los participantes admitidos, y conformación y adopción de las listas de elegibles para los empleos ofertados en este proceso de selección, y con ello es la entidad a la cual se deben dirigir las reclamaciones o impugnaciones que surjan en el desarrollo de la Convocatoria No. 1461 de 2020.

Agrega que lo pretendido mediante la presente acción desborda las competencias legales atribuidas a la UAE-DIAN, toda vez que, la atención de lo solicitado se encuentra en cabeza de la Comisión Nacional de Servicio Civil como ente encargado de la administración y vigilancia de la carrera administrativa de los servidores públicos, entendiéndose que el concepto de administración y vigilancia comprende la función de organizar, desarrollar y controlar, la carrera administrativa y las convocatorias correspondientes.

Por manera, evidencia que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales no es la Entidad llamada a atender el requerimiento elevado por el señor JAIRO ALBERTO OSORIO ARIAS y en consecuencia, solicita declarar la falta de legitimación por pasiva y por ende desvincular a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - UAE-DIAN -, por no tener la competencia para atender la pretensión del accionante.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, con relación a la participación del accionante en el presente proceso de selección, indicó que, constatado el SIMO se encuentra que cuenta con Inscripción No. 324004649 al empleo del nivel técnico, OPEC No. 126482, denominado Analista IV, grado 4, código 204, que pertenece a los empleos diferentes a los del nivel Profesional de los Procesos Misionales de la DIAN y resultó admitido en atención a que acreditó los requisitos mínimos exigidos en el empleo.

Explica que, para los empleos diferentes a los del nivel Profesional de los Procesos Misionales, se planteó una única fase que se encuentra surtida con la aplicación de Pruebas Escritas comprendida por: Prueba de Competencias Básicas u Organizacionales, Pruebas de Competencias Funcionales, siendo estas dos de carácter eliminatorio, con un mínimo aprobatorio de 70,00, y las pruebas de Competencias Conductuales o Interpersonales y la Prueba de Integridad, estas últimas de carácter clasificatorio.

En el caso particular, el accionante no superó el puntaje mínimo requerido, dado que no superó las pruebas de carácter eliminatorio pues no obtuvo un puntaje mínimo de 70 puntos, por lo que el no continúa en el proceso de selección y no se procedió a realizar el ponderado con las pruebas de carácter clasificatorio. Por cuanto no superó las Pruebas Escritas y de acuerdo al numeral 4 del artículo 7 del Acuerdo 0285 de 2020, esto constituye una causal de exclusión del proceso.

De las decisiones sobre la inclusión o exclusión de las preguntas que se tomen posterior al análisis de las propiedades de las preguntas, señala que van a llevar a obtener medidas con algún grado de confiabilidad y, según el propósito de la evaluación se podrá contar con uno u otro grado de precisión permisible. Para el caso del Proceso de Selección No. 1461 de 2020 DIAN, en el cual más de 170.000 aspirantes presentaron las Pruebas Escritas, se debe contar con pruebas lo suficientemente confiables para lograr el objetivo esperado, esto es elegir los más idóneos.

En ese sentido, indica, la estimación de la confiabilidad de las pruebas, está estrechamente relacionada con el análisis de preguntas, con evidencias estadísticas que permitan identificar si es pertinente o no su eliminación o exclusión de la prueba para hacer más robusta la medición realizada. De ahí entonces que se analiza la dificultad y la discriminación de las preguntas.

De esa manera, explica, dicho proceso se hizo a partir de índices estadísticos y psicométricos previamente definidos, los cuales sirven como criterio objetivo para la toma de decisiones, eliminando el juicio subjetivo del evaluador, aludiendo únicamente a las características de las preguntas identificadas luego de su aplicación.

Por tanto, si un grupo de aspirantes responden acertadamente a todas las preguntas, ello conduce a establecer que tal grupo demuestra en cierto grado la competencia evaluada, pero no permite concluir cuál fue el mejor. Tampoco se podría determinar el mejor si dicho grupo responde incorrectamente. Por esta razón, se busca analizar el poder discriminativo de cada pregunta, para así diferenciar a los mejores e identificar a quien cuentan con la competencia evaluada. Así las cosas, las preguntas muy fáciles o muy difíciles no discriminan, no establecen diferencias. Estas preguntas no contribuyen a la confiabilidad, pero eso no quiere decir necesariamente que sean malas preguntas (son malas para discriminar, y afecta la precisión de la medida) (Aiken, 2003).

Entonces, arguye, que el proceso de eliminación de preguntas es un proceso racional y proporcional en la calidad técnicas de las pruebas, que permite darle solidez a la medición de las competencias, por cuanto solo incluye aquellas que permiten darles precisión a las pruebas. De ahí que la calificación de las pruebas se realiza con las preguntas definitivas, cuyo proceso de eliminación de preguntas, cuenta con el sustento científico y técnico. De no aplicarse el proceso de eliminación de preguntas, tampoco se lograría la medición de manera precisa y certera de las competencias evaluadas.

Aduce, además, que previo a la publicación de los resultados del 5 de agosto de 2021, el Operador del proceso de selección, realizó el respectivo análisis psicométrico de las preguntas para cada tipo de prueba, acción que les permitió eliminar de la calificación aquellas que no aportaron a la medición de las competencias.

De conformidad con lo expuesto, indica que el proceso de eliminación de ítems obedeció a las condiciones técnicas que deben exigirse en toda evaluación para cumplir los objetivos que persiguen las pruebas. Por el contrario, de no haberse realizado esta acción, se hubiera afectado notablemente el logro de los objetivos de las pruebas escritas, y la CNSC no podría demostrar el cumplimiento de los principios orientadores que rigen los procesos de selección que son administrados por ésta.

Por el contrario, la posibilidad que tiene de verificar las respuestas es racional, proporcionada y se encuentra en las reglas del proceso

de selección y busca garantizar el debido proceso de quienes concursaron y el desarrollo del trámite dentro parámetros de igualdad, transparencia y objetividad.

Por lo anterior, considera que el hecho que expresa el actor en cuanto a que “(...) *pude corroborar que de manera unilateral, sin previo aviso, ni justificación se había DECIDIDO ELIMINAR DEL EXAMEN, CUARENTA Y NUEVE (49) PREGUNTAS de las ciento noventa y ocho (198) aplicadas, además varios errores en la formulación de preguntas, donde se cruzaban con preguntas de otras opec u otro nivel misional profesional, no misional y asistencial, como se puede evidenciar en el cuadernillo de preguntas, para este caso, las cuales afectaron mis resultados ponderados para el cargo al cual espiro (...)*”, no tiene fundamento.

Igualmente, señala que el nivel del empleo al cual aspiraba el accionante, es misional pero de nivel Técnico, por lo que las pruebas aplicadas al empleo fueron las de empleos diferentes a los del nivel profesional de los procesos misionales.

Agrega que, no hay perjuicio respecto del accionante por cuanto las reglas fueron claras desde el 21 de septiembre de 2020, que se publicó el Acuerdo No. 0285 de 2020 y posterior a ello su Anexo modificado parcialmente, para que toda la ciudadanía conociera las condiciones en las que se surtiría el Proceso de Selección DIAN No.1461 de 2020, además, el 9 de junio de 2021 fue publicada la Guía de orientación al aspirante para la presentación de Pruebas Escritas, lo cual sólo demuestra que hubo suficiente tiempo para que los aspirantes conocieran las reglas del proceso de selección aludido y que hubo publicidad y transparencia para los aspirantes en condiciones de igualdad y oportunidad.

Así mismo, resalta que los aspirantes tienen la obligación de leer y conocer los requisitos y condiciones para participar en el proceso de selección.

Así las cosas, indica que los aspirantes conocían que estaba previsto que, previo a la obtención de la calificación, se realizaría un análisis psicométrico de las preguntas con el fin de verificar el aporte de las mismas a la medición de las competencias, de tal forma, que la puntuación en la prueba solo incluyó las preguntas que cumplieron los criterios técnicos definidos para este proceso de selección, tal como se informó en la Guía de Orientación al aspirante para la presentación de Pruebas Escritas publicada el 9 de junio de 2021.

Al igual, y luego de explicar la metodología de calificación de las pruebas escritas, indica que consultado el SIMO, encuentra que el accionante interpuso las reclamaciones Nos. 421269769 y

425528808 contra los resultados de las Pruebas Escritas y solicitó acceso a las mismas, jornada que se llevó a cabo el día 22 de agosto de 2021 a la que asistió, y además, sobre el particular, la respuesta a las reclamaciones interpuestas fue comunicada al accionante en los términos del artículo 33 de la Ley 909 de 2004 el 24 de septiembre de 2021, a través de SIMO, ingresando con usuario y contraseña, recalcando que, de conformidad con lo establecido en citado Anexo, frente a la respuesta a la reclamación no procede ningún recurso.

De otra parte, encuentra claro que el Proceso de Selección DIAN No.1461 de 2020 se ha ajustado a los principios legales establecidos en el artículo 2° de la Ley 909 de 2004 (igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad), y para esa Comisión, no son de recibo los señalamientos del accionante en cuanto a la transparencia del proceso, por el solo hecho de no encontrarse conforme con los resultados de las pruebas, las cuales, dado su carácter eliminatorio, vienen a ser uno de los factores determinantes para definir el mérito, y así acceder al empleo para el cual se concursa, por lo que, el hecho de no superarlas, es una situación totalmente factible, y no inusual, en estos concursos.

Considera que, acceder a las pretensiones de esta acción de tutela, significaría dar un trato preferencial y privilegiado por encima de los demás concursantes, pues las reglas del proceso de selección establecieron que para la calificación de las Pruebas Escritas, previamente se realizaría un análisis psicométrico para verificar la calidad de las preguntas realizadas y que la puntuación final sólo incluirá las preguntas que cumplieran con los criterios psicométricos definidos para este proceso de selección, por ello, advierte que las pretensiones a todas luces, contrarían lo previsto en las reglas del proceso de selección.

Así las cosas, resalta que los procesos de selección adelantados por la CNSC se enmarcan entre otros, dentro del principio de igualdad, que exige dar aplicación a los términos del Acuerdo y Anexo del proceso de selección para la totalidad de aspirantes, sin hacer distinción de las circunstancias subjetivas que presentan estos de manera individual, sino que debe ponderarse el interés general sobre el particular asegurando la imparcialidad de todo el proceso de selección.

En tal sentido, considera imposible dar un tratamiento diferencial atendiendo a situaciones particulares de cada uno de los aspirantes en atención a criterios de imparcialidad y objetividad, como lo ha considerado la Corte Constitucional.

De lo anterior, concluye que las reglas del proceso de selección son vinculantes y deben ser respetados tanto por el operador del concurso como por los aspirantes y demás involucrados dentro del proceso; como consecuencia de ello, no puede darse un trato diferente o preferencial a ninguno de los aspirantes, esto con el fin de respetar los principios de igualdad, imparcialidad y debido proceso, los cuales son piedra angular del proceso de selección y deben estar presentes en todas y cada una de las decisiones tomadas y adoptadas.

Finalmente, reitera que la continuidad del proceso de selección que nos ocupa, ha estado sujeta al cumplimiento de los parámetros establecidos en la normatividad que la regula, sin que le sea dado a esa CNSC modificar las reglas del proceso, afectando la provisión definitiva de los empleos de carrera de la planta de personal de la DIAN, máxime, cuando dicho proceso responde al cumplimiento del mandato constitucional que prevé la primacía del principio del mérito para el ingreso a estos empleos.

En virtud de lo expuesto, evidencia que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante, puesto que esa Comisión Nacional ha actuado bajo los parámetros Constitucionales y Legales, dando aplicabilidad a los principios establecidos en la Constitución Política de Colombia, así como en la Ley 909 de 2004, sus decretos reglamentarios.

El Coordinador Jurídico de Proyectos de la Unión Temporal Mérito y Oportunidad DIAN 2020, luego de hacer mención a la convocatoria, y a la normativa aplicable sobre la etapa de pruebas escritas, del caso en concreto indicó que verificado el Sistema SIMO se encuentra que el accionante registró reclamación en la cual solicitó acceso al material de la prueba.

Por lo tanto, esta institución educativa proceso la solicitud de acceso del accionante interpuesta en términos, y realizó la respectiva citación para el 22 de agosto de 2021 a las 7:30 AM, información que pudo ser verificada por el Sr. Jairo Osorio ingresando al Sistema SIMO con su usuario y contraseña.

Revisado los listados de asistencia de la jornada de acceso encuentre que el accionante estuvo presente a la misma y en los términos establecidos por el Acuerdo No. 0285 de 2020 y su Anexo el cual fue modificado parcialmente por el Acuerdo No. 0332 de 2020 realizó la respectiva reclamación que complemento su solicitud inicial.

El día 24 de septiembre de 2021 a través del Sistema-SIMO esa delegada mediante radicado RECPE-DIAN-4514 de fecha 17 de septiembre de 2021 dio respuesta de fondo a la reclamación interpuesta, informándole las razones técnicas de la inclusión o exclusión de los ítems, aclarando y resaltando que la eliminación de los mismo, no indicaba que estuviera mal construido o que su contenido no correspondiera al dominio a evaluar, pues fue construido y validado por un grupo de expertos previo a la aplicación de la prueba; así mismo se resaltó que las pruebas se diseñan a medida de los cargos a proveer y son confidenciales hasta el momento de la aplicación, por lo cual no es posible tener información empírica de su funcionamiento psicométrico previamente.

Adicionalmente realizó la verificación de la calificación sin embargo determino técnicamente que no procedía modificación alguna en el puntaje inicialmente publicado, por tanto, en el documento RECPE-DIAN-4514 se ratificó como definitivo el puntaje así:

Prueba de Competencias Básicas u Organizacionales (ELIMINATORIA): 77,23

Prueba de Competencias Funcionales (ELIMINATORIA): 64,41

Frente a los argumentos expuestos por el accionante en el escrito de tutela, explicó que tal cual y como se menciona en la respuesta otorgada al aspirante mediante radicado RECPE-DIAN- 4514, previo a la calificación de las pruebas escritas se realizó un proceso sistemático que incluye la consolidación de las bases de respuestas, la verificación técnica de las claves, el análisis del funcionamiento psicométrico de los ítems y la decisión de eliminación de los ítems que no aportan a la medición de los dominios, permitiendo que se calcule el puntaje individual a partir de las respuestas.

Lo anterior teniendo en cuenta que la Guía de Orientación al Aspirante sobre la Presentación de Pruebas escritas, en el apartado de Metodología de Calificación de las Pruebas Escritas, indica que la puntuación final *“sólo incluirá las preguntas que cumplan con los criterios psicométricos definidos para este proceso de selección”*; criterios que fueron explicados en la respuesta otorgada al aspirante.

No obstante, para dar mayor claridad se reitera que la información de los análisis psicométricos sirvió como insumo para tomar decisiones de incluir o excluir (eliminar) ítems en cada prueba; de tal manera que en la calificación solo se tuvieron en cuenta los ítems que presentaron funcionamiento psicométrico adecuado y que aportaron a mejorar la confiabilidad de la medición.

Resalta que el proceso de eliminación se sustentó en un análisis cuidadoso, en el cual se validan los supuestos teóricos y estadísticos para garantizar que los resultados y el puntaje refleja de forma confiable el nivel de competencia de los evaluados y su desempeño dentro del grupo. Este proceso se realizó teniendo en cuenta que todos los dominios fueran evaluados y además que el porcentaje de eliminación de ítems no superara el 30% por cada prueba según los lineamientos técnicos del ANEXO N° 1 ESPECIFICACIONES Y REQUERIMIENTOS TÉCNICOS CNSC-PAMC 017 DE 2020.

Asimismo, aclara que los ítems eliminados en cada prueba no fueron tenidos en cuenta para ningún aspirante evaluado en cada prueba.

Teniendo en cuenta lo mencionado, indica que la evaluación de las respuestas correctas o incorrectas de los ítems eliminados, no es procedente ya que los mismos se excluyeron del proceso de calificación, por las razones técnicas mencionadas y expuestas en la respuesta a la reclamación que el aspirante interpuso, mediante los canales dispuestos para tal fin.

En consecuencia, reitera que la construcción de la prueba obedece a los lineamientos solicitados por el concurso -específicamente en lo que refiere a la evaluación de los dominios, y la construcción de preguntas establecidas para cada nivel-, realizada por personas idóneas en los diferentes temas que se requieren y evaluaron en la prueba de la convocatoria; dicha prueba es precisa en lo referente al resultado.

Por otra parte, y en cuanto a que algunas preguntas contenían errores de ortografía, puntuación o de redacción, que supuestamente afectaron su interpretación, señala que las preguntas fueron construidas y validadas por expertos profesionales idóneos, debidamente aprobados y capacitados por la Unión Temporal Mérito y Oportunidad - DIAN; preguntas que posteriormente fueron revisadas en redacción, ortografía, pertinencia y coherencia por otros profesionales expertos en materia.

Conforme a lo expuesto, indica que la presente acción carece de fundamento fáctico y jurídico pues no existe violación alguna de los derechos toda vez que se ha concedido al aspirante la posibilidad de acceder al material de la prueba, tomar los apuntes necesarios para poder complementar su reclamación dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al acceso y posteriormente complementar su

reclamación inicial tal como lo hizo, esto en respeto de los principios de igualdad, mérito, transparencia, publicidad y demás concordantes que rigen el presente Proceso de Selección; adicionalmente, las peticiones han sido resueltas por esa institución mediante la correspondiente respuesta que cierra la etapa de atención a reclamaciones y publicación de resultados finales de la prueba escrita en términos de igualdad con la totalidad de aspirantes que han presentado reclamación y en respeto al debido proceso que debe llevarse a cabo acorde con las normas que rigen el Proceso de Selección.

Al igual, encuentra que la tutela es improcedente ante la inexistencia de un perjuicio irremediable, dado que el derecho al debido proceso o igualdad del accionante en ningún momento se ha visto amenazado; pues esa delegada ha seguido a cabalidad el deber ser establecido en el Acuerdo No. 0285 de 2020 y en su Anexo el cual fue modificado parcialmente por el Acuerdo No. 0332 de 2020 frente a cada una de las etapas del concurso.

Finalmente itera que el hecho de no acceder a las pretensiones establecidas en el escrito de tutela no configura una violación al debido proceso, al derecho de petición, al derecho a la igualdad, confianza legítima puesto que se le indica de manera clara las razones por las cuales no es posible acceder a las pretensiones señaladas y se le da respuesta de fondo a las inquietudes presentadas.

Finalmente, como aspirantes para proveer el cargo de Analista IV, Nivel Jerárquico Técnico, código 204, grado 4, OPEC No. 126482 dentro de la convocatoria DIAN 1461 de 2020, vinculados a la presente tramitación, se recibieron escritos de los señores EDINSON FABIAN VELASCO BURBANO, ANDRÉS FELIPE VEGA HENAO; ANGEL FABIAN DIAZ PINEDA; LUIS ALFONSO DAZA GOMEZ; EDDNA YULIETH SILVA BLANCO; NATALIA CARMONA GIRALDO; WILLIAM ESCOBAR MARÍN; LEIDY MARYEN HERRERA SERNA, y ANDREA CAROLINA ISAQUITA PACHECO, solicitando, negar la presenta acción tutelar, declarándola improcedente como quiera, y existe un centenar de participantes que surtieron con éxito las fases del concurso, bajo los mismos términos, mismas pruebas y debido proceso que el accionante a través de la acción de tutela pretende desconocer de las fases del concurso señaladas en los acuerdos, y busca obtener un beneficio personal que en nada se asemeja a un derecho fundamental.

CONSIDERACIONES

La Acción de Tutela es un mecanismo creado por la Constitución y regulado por la ley, de trámite preferencial y sumario, que permite a los ciudadanos en garantía de plena efectividad de sus derechos constitucionales fundamentales, accionar contra las autoridades públicas o los particulares, en este evento en los casos especiales señalados por la legislación, que por acción u omisión vulneren o amenacen con vulnerar tales derechos.

Goza la tutela, entre otras, de las características de celeridad, sencillez, preferencia, sumariedad y subsidiariedad; en virtud de esta última, no resulta procedente la vía tutelar ante la existencia de medio diferente de defensa judicial que permita la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales, a menos que se intente como mecanismo transitorio en presencia de un perjuicio irremediable, entendido éste como el que solo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

La vulneración o amenaza a derechos constitucionales fundamentales ameritan tutela, entendiéndose que vulneración y amenaza son dos conceptos diferentes, a saber: el primero implica una verificación efectiva y, por lo tanto, la concreción, la materialización de una conducta, ya activa, ora pasiva, en detrimentos de derechos fundamentales de rango superior; el segundo involucra criterios tanto subjetivos como objetivos, representados por el temor de quien considera en peligro sus derechos fundamentales y la convalidación de esa creencia mediante elementos objetivos externos que se determinen en el tiempo y en el espacio.

Quiere lo anterior significar que no basta la existencia de los derechos constitucionales fundamentales en cabeza de las personas para invocar tutela; requiérase de la efectiva violación o amenaza de los mismos por acción u omisión, concretamente a ello dirigida.

Así, la acción de tutela procede para la protección de los derechos fundamentales, cuando estos han sido vulnerados o puestos en peligro por parte de las autoridades. La vulneración o amenaza a un derecho constitucional implica que la autoridad ha incumplido su deber respecto del derecho, o que no ha desplegado el poder estatal en procura de evitar que los particulares desconozcan o amenacen el derecho de la persona.

El desconocimiento del deber general de respeto de un derecho fundamental por parte de la administración, supone, en términos generales, que la autoridad pública ha realizado un acto o una omisión que conlleva al desconocimiento del derecho o, lo que es lo mismo, ha aplicado una restricción inconstitucional del mismo.

Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos, en sentencia T-180 de 2015, la Corte Constitucional reiteró su posición en el sentido de señalar que en algunos casos y pese a existir otro medio de defensa, este se torna en ineficaz, emergiendo la acción de amparo como mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público.

En esa oportunidad se dijo:

"El artículo 86 constitucional consagró la acción de tutela como un mecanismo residual para la protección de derechos, dado que su procedencia está supeditada a que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial [2], salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable [3].

El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios para la protección de sus derechos fundamentales. Este imperativo constitucional pone de relieve que para solicitar el amparo de un derecho fundamental, el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia de la acción de tutela.

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe analizar, en cada caso concreto, si los otros mecanismos judiciales disponibles permiten ejercer la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logrando su protección efectiva e integral [4].

Ahora bien, en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces[5] para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes [6] y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo[7].

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009 se determinó que: "en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado 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".

Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo.

La Corte ha resaltado que la provisión de empleos a través de concurso busca la satisfacción de los fines del Estado y garantiza el derecho fundamental de acceso a la función pública. Por ello, la elección oportuna del concursante que reúne las calidades y el mérito asegura el buen servicio administrativo y requiere de decisiones rápidas respecto de las controversias que surjan entre los participantes y la entidad [8].

Así las cosas, este Tribunal ha entendido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales."

Ahora, respecto al debido proceso administrativo en concursos de méritos, la Corte Constitucional ha sido enfática en referirse al debido proceso *"como un derecho constitucional fundamental, que se encuentra regulado en el Artículo 29 Superior, aplicable a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales, en procura de que los habitantes del territorio nacional puedan acceder a mecanismos justos, que permitan cumplir con los fines esenciales del Estado, entre ellos, la convivencia pacífica (...)"*¹

Dado el carácter de derecho fundamental aplicable a las actuaciones administrativas, y para el caso que hoy nos tiene en este escenario, referido al trámite y valoración de resultados dentro del proceso adelantado dentro de la convocatoria DIAN 1461 de 2020, considera este Despacho prudente traer a colación lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-090 del 2.013, cuando razonó:

"En este orden de ideas, el concurso público es el mecanismo establecido por la Constitución para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público, a fin de que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo.

4.3. Ahora bien, el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe

¹ Sentencia T-051 del 10 de febrero de 2.016

ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior).

Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso, así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles. Hacer caso omiso a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación."

En el caso, JAIRO ALBERTO OSORIO ARIAS interpone la tutela en contra de la Fundación Universitaria del Áreandina, la Universidad Sergio Arboleda, la Comisión Nacional del Servicio Civil, y la Unión Temporal Mérito y Oportunidad DIAN 2020, al considerar que en el proceso de selección de aspirantes para el cargo de Analista IV, Nivel Jerárquico Técnico, código 204, grado 4, OPEC No. 126482 dentro de la convocatoria DIAN 1461 de 2020, las accionadas han desarrollado comportamientos que atentan contra sus derechos fundamentales.

La Constitución Política, a través del artículo 125, establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo contadas excepciones, y que el ingreso a los empleos y el ascenso en los mismos se logra previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes.

Así mismo, de conformidad con el artículo 130 de la Constitución Política, corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC la administración y vigilancia del sistema de carrera, obligación que se encuentra plenamente reflejada en el literal c) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, el cual establece dentro de las funciones de la CNSC, elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera.

En consonancia, ante la función a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, en uso de sus competencias Constitucionales y Legales procedió a adelantar el Concurso Abierto de Méritos para la provisión de empleos en vacancia definitiva en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, el cual se encuentra publicado en la página Web de la CNSC, que contiene los lineamientos y parámetros respecto de los cuales se llevará a cabo la Convocatoria.

Sobre esta situación, en primera instancia se tiene que los aspirantes conocían que estaba previsto que, previo a la obtención de la calificación, se realizaría un análisis psicométrico de las preguntas con el fin de verificar el aporte de las mismas a la medición de las competencias, de tal forma, que la puntuación en la prueba solo incluyó las preguntas que cumplieron los criterios técnicos definidos para este proceso de selección, tal como se informó en la Guía de Orientación al Aspirante para la presentación de Pruebas Escritas publicada el 9 de junio de 2021. Guía en la que además se estableció claramente en el apartado de Metodología de Calificación de las Pruebas Escritas, que la puntuación final “*sólo incluirá las preguntas que cumplan con los criterios psicométricos definidos para este proceso de selección*”.

A su vez el Acuerdo No. 0285 de 2020 dispuso:

“ARTÍCULO 7. REQUISITOS GENERALES DE PARTICIPACIÓN Y CAUSALES DE EXCLUSIÓN. *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.*

Requisitos generales para participar en este proceso de selección:

1. *Ser ciudadano(a) colombiano(a) mayor de edad.*
2. *Registrarse en el SIMO.*
3. **Aceptar en su totalidad las reglas establecidas para este proceso de selección.**
4. *Cumplir con los requisitos mínimos del empleo seleccionado, los cuales se encuentran establecidos en el MERF vigente de la DIAN, con base en el cual se realiza este proceso de selección, transcritos en la correspondiente OPEC.*
5. *No encontrarse incurso en causales constitucionales y/o legales de inhabilidad, incompatibilidad o prohibiciones para desempeñar empleos públicos, que persistan al momento de posesionarse.*
6. *No encontrarse incurso en situaciones que generen conflicto de intereses durante las diferentes etapas del presente proceso de selección y/o que persistan al momento de posesionarse.*
7. *Los demás requisitos establecidos en normas legales y reglamentarias vigentes. (...)*

ARTÍCULO 12. CONDICIONES PREVIAS A LA ETAPA DE INSCRIPCIONES. *Los aspirantes a participar en este proceso de selección, **antes de iniciar su trámite de inscripción, deben tener en cuenta las respectivas condiciones previas establecidas en los correspondientes apartes del Anexo del presente Acuerdo.***

En el mismo sentido, el Anexo que hace parte integral del Acuerdo del proceso de selección, estableció lo siguiente:

“1. ADQUISICIÓN DE DERECHOS DE PARTICIPACIÓN E INSCRIPCIONES

1.1. Condiciones previas a la Etapa de Inscripciones

Los aspirantes a participar en este proceso de selección deben tener en cuenta las siguientes consideraciones, antes de iniciar el trámite de su inscripción:

(...)

c) Con su inscripción, el aspirante acepta todas las condiciones y reglas establecidas para este proceso de selección, consentimiento que se estipula como requisito general de participación en el mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Acuerdo del Proceso de Selección. (...)

e) Inscribirse en este proceso de selección no significa que el aspirante haya superado el concurso de méritos. Los resultados obtenidos en las diferentes pruebas a aplicar serán el único medio para determinar el mérito y sus consecuentes efectos, en atención a lo regulado en el Acuerdo del Proceso de Selección."

Así las cosas, se tiene que los aspirantes conocían que estaba previsto que, previo a la obtención de la calificación, se realizaría un análisis psicométrico de las preguntas con el fin de verificar el aporte de las mismas a la medición de las competencias, de tal forma, que la puntuación en la prueba solo incluyó las preguntas que cumplieron los criterios técnicos definidos para este proceso de selección, tal como se informó en la Guía de Orientación al aspirante para la presentación de Pruebas Escritas publicada el 9 de junio de 2021, y de la cual el actor no niega haber tenido acceso, máxime cuando como se dijo, toda la normatividad correspondiente al referido concurso se encuentra a disposición de la ciudadanía, y en especial de los concursantes en la página web de la CNSC.

Igual se debe tener en cuenta que la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar, como lo hizo en sentencia T-588 del 2.008, que:

"... la convocatoria es norma reguladora de todo concurso y a ella quedan obligados tanto la CNSC, como la entidad que convoca el concurso y todos los participantes."

En sentencia T- 256 de 1995 la Corte Constitucional señaló claramente la necesidad de respetar las bases del concurso:

"... Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se auto vincula y autocontrola, en el sentido de que 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, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (art. 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla."

De conformidad con la anterior jurisprudencia que ha sido reiterada en varias oportunidades por la Corte Constitucional, una vez definidas las reglas del concurso, las mismas deben aplicarse de manera rigurosa, para evitar arbitrariedades o subjetivismos que alteren la igualdad o que vayan en contravía de los procedimientos que de manera general se han fijado en orden a satisfacer los objetivos del concurso. De este modo, el concurso se desenvuelve como un trámite estrictamente reglado, que impone precisos límites a las autoridades encargadas de su administración y ciertas cargas a los participantes."

Adicional, y como lo corroboraron los aspirantes a la referida convocatoria, vinculados a la presente tramitación al descorrer el respectivo traslado, el artículo 17 del acuerdo 0285 de 2020 definió las pruebas a aplicar, el carácter y la ponderación de las mismas en el proceso de selección de la DIAN. Así mismo, el artículo 18 consagró que las especificaciones técnicas, la citación y las ciudades de presentación de estas pruebas se encuentran definidas en los respectivos apartados del Anexo del acuerdo en mención.

Por su parte, la "GUÍA DE ORIENTACIÓN AL ASPIRANTE PARA LA PRESENTACIÓN DE LAS PRUEBAS ESCRITAS" fue publicada el día 9 de junio de 2021, esto es, antes de la prueba aplicada el 5 de julio de 2021, en la página de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en donde regulan las reglas de calificación, las cuales se itera, fueron puestas a disposición de los aspirantes no solo en la Guía de Orientación al Aspirante, sino también en el Decreto 71 de 2020, el acuerdo 0285 de 2020 y su anexo técnico.

Por lo anterior, la eliminación de preguntas es un procedimiento técnico usado a partir de los resultados del análisis de ítems, con el cual se busca mejorar la calidad de las pruebas en cuanto a confiabilidad, sin disminuir la cantidad de reactivos necesaria para evaluar un constructo o contenido. De esta manera, al identificar y excluir los elementos que aumentan el error estadístico de medida de todo el instrumento, mejora la confiabilidad del mismo y permite evaluar a los examinados con los ítems que facilitan detectar a los mejores aspirantes.

En esas condiciones no es posible acceder, vía tutela, a las pretensiones del accionante, pasando por alto el procedimiento reglado y previamente establecido, como reglas del debido proceso de la aludida convocatoria. Ello entrañaría, a más de desconocer los derechos de quienes se ajustaron al procedimiento, previamente establecido, y en término cumplieron las exigencias de la convocatoria, obviar que las accionadas actuaron sujetas a la ley de la convocatoria, garantizando suficientemente a los participantes ejercer sus derechos.

Por manera, no le asiste razón al accionante, cuando se verifica que se le respetaron dentro de la convocatoria todos sus derechos, pues debe advertirse que en los concursos de méritos los aspirantes deben, en identidad de condiciones, sujetarse a las reglas previamente establecidas y conocidas de manera general, lo que lleva a que se garantice la imparcialidad y la igualdad, y actuar en contrario, sería desconocer esos derechos de quienes en la misma condición del accionante se ajustaron a las reglas de concurso y se presentaron cumpliendo con el lleno de los requisitos exigidos, siguiendo los lineamientos normativos que rigen la convocatoria, y superando las pruebas que se establecieron de manera clara dentro de la convocatoria.

En este escenario, la actuación tanto de las accionadas responde a la naturaleza y normas del concurso, y preserva la garantía de transparencia e imparcialidad del mismo, sin que pueda considerarse vulneradora de los derechos reclamados por el accionante.

Por manera, no puede predicarse la existencia de vulneración a derecho fundamental alguno del accionante, pues no existe evidencia ni parámetro para deducir que existe una discriminación o falta de imparcialidad u objetividad en el proceder de las accionadas, como para sostener que se esté perjudicando a la accionante o vulnerando sus derechos fundamentales.

Así las cosas, no encuentra este Despacho mérito para dispensar el amparo deprecado, por no evidenciarse afectación evidente y manifiesta del derecho fundamental al debido proceso, no concurriendo las exigencias para que el Juez Constitucional intervenga siquiera transitoriamente ante la presencia de un eventual perjuicio irremediable.

Por consiguiente, se negará la tutela impetrada en contra de la Fundación Universitaria del Áreandina, la Universidad Sergio Arboleda, la Comisión Nacional del Servicio Civil, y la Unión Temporal Mérito y Oportunidad DIAN 2020 de Colombia por JAIRO ALBERTO OSORIO ARIAS.

En consecuencia, el JUZGADO CINCUENTA Y DOS PENAL DEL CIRCUITO DE CONOCIMIENTO de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Negar la tutela solicitada por JAIRO ALBERTO OSORIO ARIAS por la presunta violación de sus derechos fundamentales, acorde con las razones puntualizadas en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: Notifíquese esta decisión en los términos señalados por el art. 30 del decreto 2591 de 1.991, ordenando a Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC **NOTIFICAR** la presente decisión por medio de su página web, donde se publica la información del concurso, a los aspirantes para proveer el cargo de Analista IV, Nivel Jerárquico Técnico, código 204, grado 4, OPEC No. 126482 dentro de la convocatoria DIAN 1461 de 2020.

TERCERO: Si esta decisión no es impugnada, remítase a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

El Juez,
Yjrt.


CARLOS ENRIQUE TORRES MELÉNDEZ