

Bogotá, D. C. 18 de enero de 2022

Señor (a):
JUEZ DE TUTELA (REPARTO)
E. S. D.

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA – SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL

ACCIONANTE: MARGARITA MARÍA RAMÍREZ BARRAGÁN

ACCIONADOS: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN
COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

Yo **MARGARITA MARÍA RAMÍREZ BARRAGÁN**, identificada con cédula de ciudadanía número 1.019.036.152 de Bogotá D. C., acudo ante usted muy respetuosamente para promover **ACCIÓN DE TUTELA**, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y Decreto 2591 de 1991, para que se conceda la protección inmediata de los derechos fundamentales de petición, al debido proceso, a la igualdad al trabajo, de acceso a la promoción dentro de la carrera administrativa, al desempeño de funciones y al libre acceso a cargos públicos, así como los principios del mérito, libre concurrencia e igualdad en el ingreso, los cuales se encuentran vulnerados por la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-**, la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC** y la **UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA**, con base en la siguiente situación fáctica:

I. HECHOS

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 cargo de Gestor II, Grado: 2, Código: 302, Número OPEC: 127685.

SEGUNDO.- En la Fase I del concurso se llevaron a cabo pruebas escritas el 5 de julio de 2021, en las cuales obtuve 90.05 puntos en la prueba competencias básicas u organizacionales, 90.12 puntos en la prueba de integridad, y 88.37 puntos en la prueba sobre competencias conductuales o interpersonales, conforme se señaló en la publicación de resultados de estas pruebas publicados el día 5 de agosto de 2021 en SIMO y como se puede observar en la siguiente imagen:

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

Escriba Buscar empleo Cerrar sesión Aviso Términos y condiciones de uso

MARGARITA MARIA

- PANEL DE CONTROL
- Datos básicos
- Formación
- Experiencia
- Produc. intelectual
- Otros documentos
- Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC)

Resultados y solicitudes a pruebas

Listado de reclamaciones presentadas y respuestas

Prueba	Última actualización	Valor	Consultar Reclamaciones y Respuestas	Consultar detalle Resultados
Curso de Formación (Empleos Profesionales de Procesos Misionales)	2021-12-10	68.19	Consultar Reclamaciones y Respuestas	Consultar detalle Resultados
Prueba de Competencias Básicas u Organizacionales (Profesional de proceso Misional)	2021-08-24	90.05	Consultar Reclamaciones y Respuestas	Consultar detalle Resultados
Prueba de Integridad (Empleos del Nivel Profesional de procesos Misionales)	2021-08-24	90.12	Consultar Reclamaciones y Respuestas	Consultar detalle Resultados
Prueba sobre Competencias Conductuales o Interpersonales (Empleos del Nivel Profesional de Procesos Misionales)	2021-08-20	88.37	Consultar Reclamaciones y Respuestas	Consultar detalle Resultados
VERIFICACION DE REQUISITOS MINIMOS	2021-09-17	Admitido	Consultar Reclamaciones y Respuestas	Consultar detalle Resultados

1 - 5 de 5 resultados << < 1 > >>

TERCERO.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 29.1 del Decreto Ley 71 de 2020, por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los Empleados Públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN, la Fase I. del concurso era de carácter **eliminatória**; en consecuencia a la Fase II fuimos llamados, en estricto orden de puntaje, 321 concursantes que alcanzamos o superamos el puntaje mínimo aprobatorio de la Fase I. de 70.00.

CUARTO.- En el marco del Proceso de Licitación Pública No. LP-00-001-2021, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en adelante DIAN, adjudicó a la Universidad Sergio Arboleda, el desarrollo del Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020 – Fase II, suscribiendo el contrato de prestación de servicios No. 00- 098-2021 en el que se adjudica a la USA como la universidad (contratista) encargada de *“Diseñar, virtualizar, desarrollar y evaluar los cursos de formación en conocimientos específicos en asuntos tributarios, aduaneros y cambiarios, que constituyen la fase II del Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020, para la provisión de empleos de nivel profesional de los procesos misionales de la DIAN.”*

QUINTO.- Una vez cursado el curso-concurso, el día 28 de noviembre presenté la evaluación final del curso de formación en el marco del proceso de selección No. 1461 de 2020; los operadores del concurso de méritos publicaron los resultados de las pruebas escritas el 10 de diciembre de 2021 por medio del aplicativo SIMO.

Revisado el resultado en mi perfil de SIMO, se evidencia que obtuve un puntaje de 68.19 por lo que la CNSC me informa que no continúo en el proceso, vulnerando mi derecho 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, como se explicará más adelante.

SEXTO.- El 14 de diciembre del 2021, presenté reclamación contra los resultados de la evaluación final del curso de formación en donde solicité el acceso a la metodología de evaluación, cuadernillos y claves de respuestas de las pruebas presentadas el 28 de noviembre de 2021.

SÉPTIMO.- El 21 de diciembre del 2021, una vez tuve acceso a las pruebas presentadas, a los cuadernillos y claves de respuesta presenté reclamación contra los resultados de la evaluación final del curso de formación en donde solicité:

“(…) PETICIÓN

- 1. Solicito muy amablemente sean revisadas las preguntas Nos. 7, 13, 15, 34, 38, 44, 52, 58, 59, 61, 70, 73, 92, 99 y 115, con base en las consideraciones antes planteadas y se proceda de acuerdo con lo solicitado.*
- 2. Si así procediere, modificar el resultado de la prueba comunicado el 10 de diciembre de 2021.*
- 3. En caso de que las razones esgrimidas por la suscrita no sean aceptadas por la CNSC, solicito muy amablemente se explique de fondo los motivos por los cuales no fue aceptada la revisión y el sustento de porqué la respuesta escogida por la CNSC es la correcta.*
- 4. Informar las fórmulas matemáticas utilizadas para determinar la calificación otorgada. (…)”*

OCTAVO.- La anterior reclamación No. 451307463 fue resuelta de manera negativa mediante oficio del 31 de diciembre de 2021, publicado en la plataforma SIMO el 6 de enero de 2022. En dicha respuesta el contratista, esto es la Universidad Sergio Arboleda, me informó:

“(…) Realizada la verificación se permite decidir lo siguiente:

- 1. De acuerdo con la evaluación técnica adelantada, se mantiene la determinación inicial y no se modifica su puntuación inicialmente publicada y que corresponde a un puntaje de 68,19, para la evaluación final de los cursos de formación del Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020 – Fase II. (…)”*

NOVENO.- En la respuesta a la reclamación, la Universidad Sergio Arboleda se limita exponer un extenso y confuso argumento “técnico”, sin dar respuesta de fondo a algunas de las peticiones realizadas, incluso basando su argumentación en apartes de normas que se encuentran derogadas, como es el caso de la señalada en la respuesta No. 44 y aún así manifiestan en la respuesta a la reclamación que los parámetros que utilizaron para determinar que un ítem se considerara como no válido para la evaluación final escrita de los cursos de formación, y que por ende se eliminara de la misma, fueron los siguientes: “1. Cuando el ítem no cumple los parámetros de discriminación. 2. Cuando el ítem no cumple con los criterios de dificultad establecidos.”

La Universidad Sergio Arboleda informa que “realizó un proceso de validación de la evaluación final de los cursos de formación, en el cual, una vez aplicados los instrumentos de medida, se llevó a cabo un análisis del comportamiento de las preguntas para verificar si cumplen o no con los parámetros psicométricos esperados para determinar los candidatos más idóneos para cada empleo ofertado”. No obstante, es claro para la suscrita que esto no es cierto, toda vez que se tuvieron en cuenta para evaluar a los concursantes, preguntas cuyas respuestas eran ambiguas o incorrectas como se demostrará más adelante.

Así las cosas señor Juez, la Universidad Sergio Arboleda no solo violó mi derecho fundamental de petición sino también el principio constitucional de confianza legítima, pues tal y como se señaló en la Sentencia C-1040 de 2007, reiterada en la C-878 de 2008, este principio 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.- El 13 de enero de 2022, la CNSC expidió la Resolución 73 del 11 de enero de 2022 “Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer ciento siete (107) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado GESTOR II, Código 302, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 127685, del Nivel Profesional de los Procesos Misionales del 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”, lista en la que no fui incluida, a pesar de contar con un puntaje total aprobatorio superior a 70, como se demostrará más adelante.

II. DE ACUERDO CON LOS HECHOS ANTERIORMENTE NARRADOS, ME FUERON VULNERADOS LOS SIGUIENTES DERECHOS FUNDAMENTALES:

VIOLACIÓN AL DERECHO AL ACCESO AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS, AL ACCESO A LA PROMOCIÓN DENTRO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y AL DERECHO A LA IGUALDAD

Respecto al derecho de acceder a cargos públicos, la Corte Constitucional ha señalado que consiste en la posibilidad que tienen los ciudadanos de presentarse a concursar para proveer dichos cargos, una vez se hayan cumplido los requisitos previstos en la convocatoria para postularse.

Este derecho implica protección a favor de los ciudadanos, en el sentido de que las decisiones estatales no pueden arbitrariamente impedirles acceder a un cargo público, así como tampoco pueden estar encaminadas a desvincularlos de manera arbitraria del mismo, ni mucho menos les está dado impedirles arbitrariamente el ejercicio de sus funciones.¹

En relación con el acceso a los cargos públicos y por ende a la carrera administrativa, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que **el ejercicio de esta potestad del Legislador para regular los requisitos de acceso a cargos públicos tiene como finalidad salvaguardar el interés general**, garantizar el cumplimiento de la función administrativa en los términos del artículo 209 Superior y propender por el logro de los fines esenciales del Estado, consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política.

La Corte ha señalado que en tratándose del acceso a los cargos públicos, el legislador debe propender -en esencia- por el equilibrio entre dos principios de la función pública, a saber: (i) El derecho de igualdad de oportunidades que tienen todos los ciudadanos para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas (CP arts 13 y 40) y; (ii) la búsqueda de la eficiencia y eficacia en la Administración, mediante mecanismos que permitan seleccionar aquellos trabajadores que, por su mérito y capacidad profesional, resulten los más idóneos para cumplir con las funciones y responsabilidades inherentes al cargo.²

Finalmente, el numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política establece el derecho fundamental de todo ciudadano a participar en condiciones de igualdad en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede, entre otras, tener acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, acogiéndose a las reglas del concurso público y con sujeción a los méritos y calidades propios (C.P. art 125). Esta posibilidad se deriva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, reconociendo la igualdad de todos los

¹ Sentencia T-257/12

² Sentencia C-288/14

ciudadanos ante la ley, declara que pueden acceder “a todas las dignidades, todos los puestos o empleos, según su capacidad y sin otra distinción que aquella de sus virtudes y talentos.”

De ahí que haya precisado la Corte que el principio de igualdad está en contradicción con cualquier regulación que establezca requisitos ajenos al mérito y capacidad de los participantes, sin suficiente fundamento objetivo o que las pruebas no sean valoradas en forma razonable y proporcional a su importancia, teniendo en cuenta el cargo a proveer, pues con ello se estaría obstruyendo el derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad.³

Considero señor Juez, que en el desarrollo del concurso me han sido vulnerados estos derechos como explicaré más adelante, siendo importante referirme al carácter eliminatorio otorgado a la Fase II del concurso de méritos para poder explicar el porqué de esta afirmación.

El artículo 17 del Acuerdo 285 de 2020 señaló:

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

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

Si bien la convocatoria es el acto administrativo expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, que previa coordinación y planeación con la DIAN, determina de manera precisa las reglas a que ha de sujetarse el proceso de selección para el ingreso o ascenso en el Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN, no se puede olvidar que el artículo 8 del Decreto Ley 71 de 2020 señaló lo siguiente:

“(...) La Comisión Nacional del Servicio Civil adelantará las funciones de administración y vigilancia del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN, aplicando las normas específicas desarrolladas para el efecto en el presente Decreto-ley, y con la colaboración de las dependencias de la DIAN que tienen asignadas funciones de gestión interna. (...)” (subrayado fuera del texto).

Así las cosas, la convocatoria tendría que haberse expedido teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 29.2 del Decreto Ley ibídem, en donde, a diferencia de lo señalado para la Fase I (art 29.1), no se determinó que la Fase II de las pruebas para la provisión de los empleos del nivel profesional de los procesos misionales de la DIAN bajo las modalidades de ingreso o ascenso fuera de carácter **eliminatorio**, ni tampoco se le facultó a la CNSC para que, en el desarrollo de los acuerdos, reglamentara los efectos del curso concurso o curso de formación.

En Sentencia C-172/21, en la cual se resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 29 (parcial), 30 (parcial), 97 (parcial), 123 (parcial) y 144 del Decreto ley 71 de 2020, la Corte Constitucional señaló:

³ Sentencia C-288/14

“(...) El concurso de méritos y, en general, cualquier mecanismo utilizado para el acceso y ascenso dentro de la carrera, debe permitir comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos, requisitos y condiciones que, de conformidad con lo previsto en el artículo 125 de la Constitución, deben ser establecidas por el Legislador. (...)” (Subrayado fuera del texto).

En igual sentido, en sede de tutela, la Sentencia **T-384 de 2005** referente a un proceso de selección adelantado por la Rama Judicial, en el que se discutía qué tipo de pruebas podían tener carácter eliminatorio, la Corporación precisó que: *“(...) Cuando la ley señala que el curso-concurso se realizará con efecto eliminatorio, quiere decir que quienes no aprueban los contenidos del curso serán eliminados del concurso, pero no implica que el único efecto eliminatorio es el del curso-concurso y que, por consiguiente, los aspirantes admitidos al concurso no puedan ser eliminados con anterioridad, con base en la consideración de factores distintos al del curso-concurso. (...)”* (subrayado fuera del texto).

De las sentencias antes transcritas, es claro que es la misma ley la que debe señalar el carácter eliminatorio del curso concurso o curso de formación; sin embargo, el artículo 29.2 del Decreto Ley 71 de 2020, que se transcribe a continuación **no** le otorga dicha consecuencia:

*“29.2 Fase II. A esta fase serán llamados, en estricto orden de puntaje, y en el número que defina la convocatoria pública, los concursantes que alcancen o superen el puntaje mínimo aprobatorio de la Fase I.
Esta fase se cumplirá con la realización de un curso de formación que, se podrá adelantar a través de: (...)”*

Así las cosas, no le es dable a la CNSC otorgarle al curso de formación por medio del acuerdo regulatorio del concurso, el carácter eliminatorio, cuando normativamente no ha sido contemplado, lo que demuestra una extralimitación de las funciones por parte de la CNSC y de la DIAN y una vulneración directa a mis derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, de acceso a la promoción dentro de la carrera administrativa, a la información veraz, al desempeño de funciones, al libre acceso a cargos públicos y al principio de buena fe⁴.

Ahora bien, la carrera administrativa busca la preservación y vigencia de los derechos fundamentales de las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y ejercitar su derecho al trabajo en igualdad de condiciones y oportunidades, con estabilidad y posibilidad de promoción, según la eficiencia en los resultados en el cumplimiento de las funciones a cargo. No obstante, al darle el carácter eliminatorio a la Fase II, sin tener las facultades para ello, la CNSC dejó sin el derecho a conformar la lista de elegibles a diecinueve (19) de los mejores aspirantes, que cumplíamos con los requisitos mínimos y obtuvimos un puntaje total superior a 70, pues de los 107 cargos disponibles, la lista de elegibles se conformó únicamente por 88 personas, aun cuando el literal b del artículo 28.3 del Decreto Ley 71 de 2020, que define la etapa del proceso de selección para ingreso y ascenso correspondiente a la conformación de la lista de elegibles estableció:

“b) Tendrá el derecho a integrar la lista de elegibles y a ser nombrado en la vacante convocada quien obtenga un puntaje total aprobatorio que, en ningún caso, sea inferior al setenta por ciento (70%) del máximo posible en el concurso, y quien haya aprobado los

⁴ Sentencia C-878 de 2008: “se vulnera el principio de la buena fe (art. 83 C.P.) si la autoridad irrespeto el pacto que suscribió con el particular al diseñar las condiciones en que habría de calificarlo.”

exámenes médicos y de aptitudes psicofísicas. Sin perjuicio de lo anterior, la convocatoria podrá establecer un puntaje total aprobatorio superior.” (subrayado y negrita fuera del texto).

Así mismo en la Tabla No. 2 de las pruebas a aplicar en el proceso de selección de ingreso DIAN para los empleos del nivel profesional de los procesos misionales, cuya imagen se encuentra en líneas arriba, la CNSC reconoce que el puntaje mínimo aprobatorio general es de 70.00, valor que superé.

Así mismo, el artículo 28.4 del Decreto ibidem señala: “Lista de Elegibles. Para el caso de los procesos de selección para empleos del nivel profesional de los procesos misionales, la lista de elegibles se conformará en estricto orden de mérito de acuerdo con la sumatoria de los puntajes ponderados obtenidos por el aspirante en la Fase I y en la Fase II de que trata el presente Decreto-ley, siendo en todo caso la del curso (Fase II) la de mayor peso.” (subrayado fuera del texto).

Para mi caso en concreto, el puntaje total es de 77.70 como se observa en la siguiente imagen. En consecuencia, tengo derecho a integrar la lista de elegibles conformada mediante la Resolución 73 del 11 de enero de 2022, para proveer ciento siete (107) vacantes definitivas del empleo denominado GESTOR II, Código 302, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 127685, del Nivel Profesional de los Procesos Misionales del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, toda vez que cumplo con lo establecido en el numeral 3 del artículo 28 del Decreto Ley 71 de 2020, teniendo en cuenta que obtuve un puntaje total aprobatorio superior al setenta por ciento (70%) del máximo posible en el concurso:

Sumatoria de puntajes obtenidos en el concurso			
Información de cada prueba presentada en el concurso y su valoraciones			
Prueba	Puntaje aprobatorio	Resultado parcial	Ponderación
Curso de Formación (Empleos Profesionales de Procesos Misionales)	70.0	68.19	55
Prueba de Competencias Básicas u Organizacionales (Profesional de proceso Misional)	70.0	90.05	10
Prueba de Integridad (Empleos del Nivel Profesional de procesos Misionales)	70.0	90.12	15
Prueba sobre Competencias Conductuales o Interpersonales (Empleos del Nivel Profesional de Procesos Misionales)	70.0	88.37	20
VERIFICACION DE REQUISITOS MINIMOS	No aplica	Admitido	0

1 - 5 de 5 resultados « < 1 > »

Resultado total:

77.70

Resultado total: NO CONTINUA EN CONCURSO

Si la CNSC apela al mérito y diseña mecanismos para seleccionar aquellos trabajadores que, por su mérito y capacidad profesional resultan los más idóneos para cumplir con las funciones y responsabilidades inherentes al cargo, afirmando que la idoneidad de los concursantes, se mide con la obtención de un puntaje total superior 70, es contradictorio que no incluyan dentro de la lista de elegibles a personas que obtuvieron el puntaje total exigido como es mi caso. Situación que se

agrava con el hecho de que incluyan a personas que obtuvieron un puntaje total inferior al que yo obtuve.

Es decir, resulta no solo injusto si no también ilógico que la CNSC tome la decisión de que no continúo en el concurso, alegando falta de idoneidad o méritos por no tener una calificación superior de 70 puntos en el examen del curso de formación y que por ello me eliminen del concurso, pero si nombre en la lista de elegibles a personas con una calificación inferior a la que obtuve⁵.

POSICIÓN	TIPO DE DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN	No. DE DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN	NOMBRES	APELLIDOS	PUNTAJE
85					77.69
86					77.59
87					77.46
88					77.28

Finalmente, es importante traer a colación lo señalado por la Corte Constitucional respecto al carácter eliminatorio de las pruebas en el marco de los concursos de méritos, en la Sentencia **C-1122 de 2005**, que analizó la constitucionalidad del artículo 23.2 del Decreto 775 de 2005, concluyendo que, con independencia de la existencia de pruebas eliminatorias a lo largo del proceso de selección -como ocurre con la prueba de conocimientos-, su carácter no puede ser exclusivamente el mencionado, dado que la posición final en la lista de elegibles debe corresponder a la sumatoria de todas las pruebas desarrolladas en el mismo, en razón a que en su integridad tienen por objeto la acreditación del mérito y la garantía del principio de igualdad⁶. En este sentido, precisó:

“Así las cosas, la Corte estima que no todas las pruebas que conforma el proceso de selección para ingresar a la carrera administrativa pueden tener un carácter exclusivamente eliminatorio. De manera particular, la prueba de conocimientos generales o específicos, en la cual el concursante demuestra lo que sabe y que puede ser útil para el desempeño del cargo, arroja unos resultados que no sólo deben ser tenidos en cuenta para eliminar a los que no alcanzan a obtener un puntaje mínimo, sino que per se conduce a una clasificación de los concursantes según las calificaciones obtenidas, las cuales revelan el mayor o menor grado de conocimientos que cada uno de ellos posee respecto de los otros. Esta gradación según la calificación obtenida en la prueba es un indicador de mayor o menor mérito, que no puede ser desechada por la entidad que llama a concurso. Ciertamente, el no tener en cuenta tal clasificación o gradación de resultados a la hora de conformar la lista de elegibles contradice claramente el propósito constitucional

⁵ Así las cosas, cuando la administración designa en un cargo ofertado mediante concurso público a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desconoce los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo de aquellos aspirantes que la anteceden por haber obtenido mejor puntaje. En idéntica forma, se vulneran los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles, cuando aquellas se reconstituyen sin existir razones válidas que lo ameriten. - Sentencia T-556 de 2010.

⁶ Tratándose de la relación de la carrera administrativa con el derecho a la igualdad, la Corporación en Sentencia C-288/14, ha indicado que: *“el acceso a la carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes es una manifestación concreta del derecho a la igualdad que se opone al establecimiento de requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes, pues, en tal evento, se erigirían barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales”*

perseguido con la implantación de la carrera administrativa, cual es el de vincular como servidores públicos a los más capaces.” (subrayado fuera del texto).

Es claro que el artículo 17 del Acuerdo 285 de 2020, va en contravía del Decreto Ley 71 de 2020, violando la protección del derecho político a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (Art. 40-7 C.P.) en condiciones que satisfagan la igualdad de oportunidades y desconociendo lo establecido en la Constitución Política respecto al ingreso a los cargos del Estado que se realiza bajo condiciones que valoren el mérito y calidades de los aspirantes.

Finalmente, aunque en los artículos 7 y 12 del Acuerdo 285 de 2020 se establezca que con la inscripción de los aspirantes se acepta la totalidad de las condiciones o reglas establecidas para el concurso, esto no implica que éste no se pueda objetar cuando se detecta que dichas condiciones o reglas no observan el marco de legalidad⁷; reiterando que ninguna disposición del acuerdo puede contrariar lo preceptuado en el Decreto Ley, norma que jerárquicamente es superior.

VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO.

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.

“(…) (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (…)”⁸

La DIAN y la CNSC violan mi derecho fundamental al debido proceso al desconocer las normas preestablecidas para la realización del concurso y de los efectos otorgados a la Fase II del concurso por el Decreto Ley 70 de 2021; el concurso es un instrumento adecuado para que, bajo parámetros objetivos, transparentes y claros, se garantice la selección de las personas mejor calificadas integralmente. No obstante, la CNSC y la DIAN arbitrariamente cambiaron las reglas del concurso con la expedición del Acuerdo 285 de 2020.

De igual forma, la Universidad Sergio Arboleda violó mi derecho al debido proceso, a la defensa, a la contradicción, a la transparencia y a la igualdad, pues aun cuando se permitió el acceso al material de las pruebas, el hecho de que no pudiera realizarse una reproducción manual de las preguntas realizadas y de las respuestas correctas, no solo dificulta el proceso de reclamación sino que hace casi imposible que el concursante tenga todos los elementos adecuados para poder

⁷ Las reglas del concurso son invariables, tal como lo reiteró esta Corporación en la Sentencia SU-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.”* (Subrayado fuera del texto).

⁸ Sentencia C-341/14

realizar su defensa; tener que recurrir a la memoria en el planteamiento de 120 preguntas, con casos o situaciones y tres (3) opciones de respuestas es ilógico, por más que se puedan anotar elementos claves. El concursante no puede ejercer su derecho a la contradicción y defensa en debida forma, dado que le hacen falta los elementos probatorios necesarios para hacerlo.

La Universidad Sergio Arboleda no puede ampararse con el argumento de la reserva de la que gozan las pruebas aplicadas en los concursos y con lo indicado por la Corte Constitucional en Sentencia T-180 de 2015, en la que se menciona que el material de la evaluación final de los cursos de formación no puede ser reproducido por ningún medio; teniendo en cuenta que en esta misma Sentencia respecto del derecho de acceso a documentos públicos, señaló que pese a la reserva legal que cubre el acceso a los elementos que integran la prueba, los examinados tienen derecho a conocer las preguntas y las respuestas que les fueron formuladas, por lo que la reserva solo se debe aplicar a terceros:

Yo argumentaría mas bien, que la reserva frente a terceros no implica la facultad de negar la capacidad de reproducción, igualmente que el traslado no se puede entender surtido con la simple consulta in situ, ya que en todo proceso las partes a las que se le da traslado tienen garantizado (como parte del derecho de defensa) la facultad de solicitar copias y que éstas sean expedidas (a su cargo o no)... algo así...

“(...) En caso de que el participante requiera dichos documentos para tramitar la reclamación administrativa o judicial, deberá solicitar a la autoridad que conozca de la misma, que ordene el traslado de esos elementos probatorios bajo custodia del CNSC o la institución educativa autorizada. En este caso, dicho servidor público estará obligado a guardar la cadena de custodia y la reserva frente a terceros. (...)” subrayado fuera del texto).

Así las cosas, los aspirantes tenemos derecho no solo a acceder a las pruebas y a las claves de respuesta, sino también a reproducir el contenido de las mismas con miras a tramitar la reclamación, surgiendo para todos aquellos que tuviésemos acceso, la obligación de guardar la reserva frente a terceros.

VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL TRABAJO.

Respecto del derecho al trabajo en relación con el acceso a los cargos públicos, ha indicado la jurisprudencia de la Corte Constitucional que dicha garantía se materializa en cabeza del ganador del concurso, a quien le asiste el derecho de ser nombrado; en este sentido, a la posibilidad de acceder a un empleo se suma la garantía del deber estatal de impedir que terceros restrinjan dicha opción. Al respecto, en Sentencia T-625 de 2000, el Tribunal Constitucional indicó:

“(...) La vulneración del derecho al trabajo se produce cuando una acción u omisión arbitraria de las autoridades limita injustificadamente el ejercicio de una actividad laboral legítima. (...)”

De lo anterior, se puede concluir que, de acuerdo con lo señalado en el literal b del artículo 28.3 del Decreto Ley 71 de 2020, tenemos derecho a integrar la lista de elegibles y a ser nombrados en la vacante convocada quienes obtuvimos un puntaje total aprobatorio que, en ningún caso, sea inferior al setenta por ciento (70%) del máximo posible en el concurso, es decir, la persona que supera ese puntaje en el concurso público de méritos se convierte en el titular del derecho al trabajo y, por ende, tiene derecho a ser nombrado en el cargo para el cual concursó, pues solo en

este momento el carácter subjetivo del derecho al trabajo logra concretarse con certeza a favor del ganador.

Que la CNSC le dé el carácter eliminatorio a la Fase II y elimine a quienes demostramos tener los méritos para acceder al cargo, es negar a toda costa la realidad en la que nos encontramos aquellos que estamos en la búsqueda de un empleo en un país con niveles altos de desempleo y de precariedad, por lo cual la necesidad de obtener una renta fija que garantice otra de las dimensiones de la dignidad, no se puede ver vulnerada por la extralimitación de las funciones por parte de la CNSC y la violación directa al principio de legalidad⁹.

VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN.

El derecho de petición, según la jurisprudencia constitucional, tiene una finalidad doble: por un lado, permite que los interesados eleven peticiones respetuosas a las autoridades y, por otro, garantiza una respuesta oportuna, eficaz, de fondo y congruente con lo solicitado. Ha indicado la Corte¹⁰ que: *“(...) dentro de sus garantías se encuentran (i) la pronta resolución del mismo, es decir que la respuesta debe entregarse dentro del término legalmente establecido para ello; y (ii) la contestación debe ser clara y efectiva respecto de lo pedido, de tal manera que permita al peticionario conocer la situación real de lo solicitado” En esa dirección también ha sostenido que a este derecho se adscriben tres posiciones: “(i) la posibilidad de formular la petición, (ii) la respuesta de fondo y (iii) la resolución dentro del término legal y la consecuente notificación de la respuesta al peticionario (...)*

El segundo elemento implica que las autoridades públicas y los particulares, en los casos definidos por la ley, tienen el deber de resolver de fondo las peticiones interpuestas, es decir que les es exigible una respuesta que aborde de manera clara, precisa y congruente cada una de ellas; en otras palabras, implica resolver materialmente la petición. La jurisprudencia ha indicado que una respuesta de fondo deber ser: “(i) clara, esto es, inteligible y contentiva de argumentos de fácil comprensión; (ii) precisa, de manera que atienda directamente lo pedido sin reparar en información impertinente y sin incurrir en fórmulas evasivas o elusivas ; (iii) congruente, de suerte que abarque la materia objeto de la petición y sea conforme con lo solicitado; y (iv) consecuente con el trámite que se ha surtido, de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente”¹¹ En esa dirección, este Tribunal ha sostenido “que se debe dar resolución integral de la solicitud, de manera que se atienda lo pedido, sin que ello signifique que la solución tenga que ser positiva”¹²

⁹ 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 de competencia, que confiera el poder suficiente para adoptar una determinada decisión. - Sentencia del 19 de agosto de 2016 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P Germán Alberto Bula Escobar, Rad. No.: 11001-03-06-000-2016-00128-00(2307).

¹⁰ Sentencia T-206/18

¹¹ Sentencias T-610/08 y T-814/12.

¹² Sentencia T-376/17.

Frente a la procedencia de la acción de tutela como mecanismo para determinar y en consecuencia proteger la violación del derecho de petición, en Sentencia T-084 de 2015 la Corte Constitucional señaló que: *“la tutela es un mecanismo idóneo para proteger el derecho de petición de los administrados, toda vez que por medio del mismo se accede a muchos otros derechos constitucionales”*. De acuerdo con lo anterior, la Corte ha estimado *“que el ordenamiento jurídico colombiano no tiene previsto un medio de defensa judicial idóneo ni eficaz diferente de la acción de tutela, de modo que quien resulte afectado por la vulneración a este derecho fundamental no dispone de ningún mecanismo ordinario de naturaleza judicial que le permita efectivizar el mismo”*.

Hechas estas precisiones y frente al caso en concreto me permito manifestar lo siguiente:

Mediante oficio del 21 de diciembre del 2021, presenté reclamación contra los resultados de la evaluación final del curso de formación, en donde solicité que fueran revisadas las preguntas Nos. 7, 13, 15, 34, 38, 44, 52, 58, 59, 61, 70, 73, 92, 99 y 115, con base en las consideraciones allí planteadas y que se procediera de acuerdo con lo solicitado.

Señor Juez, dar respuesta a las reclamaciones es una actividad de suma responsabilidad, pues de ella dependen la expectativa de obtener un trabajo digno con una estabilidad única, en un país donde hay falta de oportunidades, por lo tanto, no es aceptable que la Universidad se tomen esta instancia a la ligera, respondiendo de manera genérica y sin tener en cuenta lo manifestado por cada concursante en la reclamación; si bien responder el derecho de petición no necesariamente significa que a lo solicitado se responda favorablemente, la Universidad Sergio Arboleda sí está en la obligación de atender las peticiones realizadas de forma clara, precisa y de fondo, situación que no se dio en este caso, para las siguientes preguntas, haciendo la salvedad que, al no haberse permitido la transcripción de las preguntas y opciones de respuesta, no se puede hacer mención literal de las mismas.

Respecto de la **pregunta No. 7** que decía más o menos ¿Qué debe hacer el funcionario para hacer el análisis de los elementos constitutivos de la base gravable que están exonerados en el impuesto de renta?

La CNSC en cabeza de la Universidad Sergio Arboleda señala que la respuesta correcta es la “A. Determinar el valor de las inclusiones menos o restarlas de la base gravable” porque: *“(…) dentro de los elementos constitutivos de la base gravable se encuentran las exenciones, las cuales son: “son valores que hacen parte de las inclusiones, pero que el legislador ha señalado que deben detraerse de la base gravable, bien sea por razones de justicia o equidad, de conveniencia o para favorecer ciertas actividades. A diferencia de las exclusiones, estas sí hacen parte de las inclusiones, pero el legislador ha decidido detraerlas con posterioridad”*,

Como se observa señor Juez, la argumentación dada por la Universidad en nada refleja la opción de respuesta señalada como correcta, pues en ella se habla de la resta del valor de las inclusiones cuando la normatividad tributaria ni siquiera define este concepto y solo hace referencia las exclusiones y deducciones como elementos a tener en cuenta para la determinación de la base gravable. Adicionalmente, cita jurisprudencia como argumento en la que basa su respuesta, la cual, una vez revisada no solo no explica el análisis para determinar los elementos exonerados de la base gravable, sino que tampoco trae el concepto de “inclusión”.

En conclusión, no puede pretender la Universidad que el concursante “adivine” qué es lo que pretende dar a entender con su respuesta, por lo que ante la ausencia de posibilidad de una

respuesta correcta y la mala redacción de la misma, debieron haberla eliminado como se solicitó en el derecho de petición.

Con relación a la **pregunta No. 13** que decía más o menos así: Dentro de un proceso de fiscalización para identificar características y estructuras de la contabilidad de un contribuyente de impuesto de venta por establecimientos comerciales, ¿qué debe verificar el funcionario?

La CNSC en cabeza de la Universidad Sergio Arboleda argumenta que la opción correcta es la “C. Comprobar que la información contenga los elementos de la obligación”, con base en el siguiente argumento:

“Esta respuesta es correcta porque para efectos de precisar el concepto de la obligación tributaria es necesario partir de la noción de relación jurídica tributaria. En tal sentido, el Consejo de Estado mediante Auto del 20 de mayo de 1994, Expediente 5457 señaló: “(...) la relación jurídico-tributaria comprende, además de la obligación tributaria sustancial, cuyo objeto es el pago del tributo, una serie de deberes y obligaciones de tipo formal, que están destinados a suministrar los elementos con base en los cuales el Gobierno puede determinar los impuestos, para dar cumplimiento y desarrollo a las normas sustantivas”. De lo expuesto se establece que los elementos de la obligación tributaria son: “hecho generador, sujeto activo, sujeto pasivo, sujeto pasivo económico, sujeto pasivo de derecho, base gravable y tarifa” (...). De acuerdo con el Concepto N°0003, expedido el 17/07/2002, en concordancia con el artículo 338 de la Constitución Política de Colombia.”

La pregunta planteada no era sobre cuáles son los elementos de la obligación tributaria, por lo que la argumentación dada por la Universidad, desde mi punto de vista, no tiene relación con la pregunta planteada a los concursantes.

Dentro de la reclamación presentada solicité lo siguiente: “(...) La respuesta señalada por la CNSC no es correcta porque los elementos de la obligación se deben verificar en el hecho generador, en consecuencia, lo que debe verificar el funcionario dentro del proceso de fiscalización, es que la contabilidad sea consistente y que los documentos soporte reflejen las operaciones que constituyen el hecho generador, pues así se podría determinar que los mismos son concordantes.

*En virtud de lo anterior, solicito que **se tome como correcta** la opción B. que establecía que el funcionario lo que debía verificar era que los documentos soporte no sean diferente de los procesos reportados. (...)*”

Respecto a la **pregunta No. 15** que decía más o menos así: El funcionario dentro de un proceso de fiscalización debe identificar al sujeto pasivo del IVA como el que: A. Realiza el cobro de las contribuciones B. Responde al Estado por el pago C. Quien paga el impuesto al realizar la compra.

Según la CNSC en cabeza de la Universidad Sergio Arboleda, la respuesta correcta es la “B. Quien responde al Estado por el pago” en razón a lo siguiente:

“Esta respuesta es correcta porque el sujeto pasivo es el contribuyente, sobre quien recae la obligación de pagar el impuesto al Estado, este sujeto pasivo puede adquirir dos connotaciones, puede ser sujeto pasivo jurídico o sujeto pasivo económico; el jurídico cuando obtiene la responsabilidad directa de responderle al estado por el pago del tributo, ejemplo: empresa, negocio o contribuyente quien debe responder jurídicamente; y el pasivo económico para el caso expuesto, pues es el comprador quien paga el IVA en su

compra al vendedor actuando como recaudador. En atención al Concepto 0003, el cual cita: “Sujeto Pasivo: es el deudor de la obligación tributaria. En el impuesto sobre las ventas, jurídicamente el responsable es el sujeto pasivo, obligado frente al Estado al pago del impuesto”. (subrayado fuera del texto).

Al momento de la reclamación solicité la **eliminación** de esta pregunta al haber múltiples respuestas correctas, pues por sujeto pasivo del impuesto de IVA no solo se entiende como el obligado frente al Estado al pago del impuesto (opción seleccionada como correcta en la prueba), sino también quien paga el impuesto al realizar la compra (responsable económico, que es quien soporta la carga del impuesto, es el consumidor final del bien o servicio, es quien asume el pago del impuesto en la adquisición de bienes o servicios).

El Concepto Unificado de Impuesto Sobre las Ventas No. 001 de 2003, aclarado y adicionado por el Concepto No. 003 de 2003 al que hace referencia la Universidad en su respuesta a la reclamación, no solo define como sujeto pasivo el deudor de la obligación tributaria – aparte que fue transcrito por ellos – sino también al sujeto pasivo económico y de derecho como se muestra a continuación:

“(…) Sujeto Pasivo: Es el deudor de la obligación tributaria. En el impuesto sobre las ventas, jurídicamente el responsable es el sujeto pasivo, obligado frente al Estado al pago del impuesto.

Sujeto Pasivo Económico: Es la persona que adquiere bienes y/o servicios gravados, quien soporta o asume el impuesto. El sujeto pasivo económico no es parte de la obligación tributaria sustancial, pero desde el punto de vista económico y de política fiscal es la persona a quien se traslada el impuesto y es en últimas quien lo asume.

Sujeto Pasivo de Derecho: Es el responsable del recaudo del impuesto, actúa como recaudador y debe cumplir las obligaciones que le impone el Estado. (Ej. Presentar la declaración y pagar el impuesto), so pena de incurrir en sanciones de tipo administrativo (Sanción por extemporaneidad, sanción moratoria, etc.) y de tipo penal. (...)” (subrayado fuera del texto).

En igual sentido, en el argumento dado por la Universidad para la pregunta No. 13, transcriben un aparte del Auto del 20 de mayo de 1994, Expediente 5457 del el Consejo de Estado, en donde también se reconoce como elemento de la obligación tributaria los siguientes: *“(…) hecho generador, sujeto activo, sujeto pasivo, sujeto pasivo económico, sujeto pasivo de derecho, base gravable y tarifa (...)” (subrayado fuera del texto).*

Así las cosas señor Juez, es claro que frente a esta respuesta hay múltiples opciones correctas, por lo tanto, en cumplimiento de lo estipulado en el Acuerdo 285 de 2020, se debió realizar un análisis psicométrico de esta pregunta y determinar que la misma no era idónea; en consecuencia solicito muy amablemente se ordene la eliminación de la misma por ambigüedad en las respuestas.

Respecto a la **pregunta No. 38** que decía más o menos que: ¿En la etapa de fiscalización cómo se asegura el cumplimiento de las obligaciones sustanciales del contribuyente obligado a llevar libros de contabilidad?

Según la CNSC la respuesta correcta es la “A. que señala que el funcionario debe verificar que los documentos registren las operaciones”

En el proceso de reclamación frente a esta pregunta señalé lo siguiente: *“El artículo 1 del ET establece que la obligación tributaria sustancial se origina cuando se cumplen los presupuestos contenidos en la normativa que dan lugar a la generación del impuesto y del respectivo pago de este, por lo tanto, una de las características de la obligación tributaria sustancial es que esta nace de la ley cuando se realiza el hecho generador del impuesto y, por tanto, bajo un marco jurídico el sujeto activo queda facultado para exigirle al sujeto pasivo el pago de la obligación tributaria.*

Así las cosas, considero que las respuestas dadas en la evaluación final no son válidas porque el cumplimiento de las obligaciones sustanciales dentro del proceso de fiscalización se asegura con el pago del impuesto, es decir, que el funcionario lo que debería verificar es el pago real y efectivo del impuesto.”

La Universidad Sergio Arboleda frente a este punto informó lo siguiente: *“Esta respuesta es correcta porque dentro de las facultades de fiscalización e investigación de la administración tributaria, para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas sustanciales establecidas, se podrá: “d. Exigir del contribuyente o de terceros la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados”, en atención a lo dispuesto en el Artículo 684 del Estatuto Tributario.”*

Como se observa, no dio respuesta informando porqué lo señalado por la suscrita en la petición era erróneo, no justificó su respuesta y simplemente se limitó a transcribir la clave sin atender de fondo la petición, pues en ella solicité que: *“En caso de que las razones esgrimidas por la suscrita no sean aceptadas por la CNSC, solicito muy amablemente se explique de fondo los motivos por los cuales no fue aceptada la revisión y el sustento de porqué la respuesta escogida por la CNSC es la correcta.”*

Es claro que la Universidad se limitó a transcribir respuestas tipo para todas las reclamaciones, el mismo formato para todos, pues con estas respuestas se demuestra que no analizó uno a uno los argumentos esgrimidos por los participantes, lo que se traduce en una violación flagrante al derecho de petición y al de defensa y contradicción.

Con relación a la **pregunta No 44** que decía más o menos así: En los servicios de catering, ¿cómo se calcula el impuesto al consumo o qué debe verificar el funcionario?

La CNSC en cabeza de la Universidad Sergio Arboleda manifestó que la respuesta correcta era la “C. excluidos pero gravados con IVA” con base en las siguientes consideraciones:

“Esta respuesta es correcta porque de conformidad con lo previsto en los Artículos 426 y 512-8 del Estatuto Tributario, los servicios de alimentación institucional o alimentación a empresas, prestados bajo contrato catering, entendido este como el suministro de comidas o bebidas preparadas para los empleados de la empresa contratante, se encuentran excluidos del impuesto nacional al consumo y gravados con el impuesto sobre las ventas a la tarifa general.”

La respuesta dada por la CNSC no es correcta pues la expresión: “así como los servicios de alimentación institucional o alimentación a empresas, prestado bajo contrato (Catering)” del

artículo 512-8 del Estatuto Tributario, fue derogada inicialmente con el artículo 122 de la Ley 1943 de 2018¹³ y posteriormente el artículo 160 de la Ley 2010 de 2019 como se observa a continuación:

“ARTÍCULO 122. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El artículo 70 de la presente ley regirá a partir del 1 de julio de 2019 y los demás artículos de la presente ley rigen a partir de su promulgación y deroga (...).la expresión; “así como los servicios de alimentación institucional o alimentación a empresas, prestado bajo contrato (Catering)”, del parágrafo del artículo 512-8.” (Subrayado y negrilla fuera del texto).

“ARTÍCULO 160. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga la expresión”; así como los servicios de alimentación institucional o alimentación a empresas, prestado bajo contrato (Catering),” del parágrafo del artículo 512-8 (...)” (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Se transcribe para mayor claridad los artículos 426 y 512-8 del Estatuto Tributario:

“Art. 426. Servicios excluidos.

Nota 1. Cuando en un establecimiento de comercio se lleven a cabo actividades de expendio de comidas y bebidas preparadas en restaurantes, cafeterías, autoservicios, heladerías, fruterías, pastelerías y panaderías, para consumo en el lugar, para ser llevadas por el comprador o entregadas a domicilio, los servicios de alimentación bajo contrato, incluyendo el servicio de catering, y el expendio de comidas y bebidas alcohólicas para consumo dentro bares, tabernas y discotecas, se entenderá que la venta se hace como servicio excluido del impuesto sobre las ventas -IVA y está sujeta al impuesto nacional al consumo al que hace referencia el artículo 512-1 de este Estatuto.

Parágrafo. El presente artículo no aplica para los contribuyentes que desarrollen: contratos de franquicia, los cuales se encuentran sometidos al impuesto sobre las ventas -IVA.” (subrayado fuera del texto).

“Art. 512-8. Definición de restaurantes.

***-Adicionado-** Para los efectos del numeral tercero del artículo 512-1 de este Estatuto, se entiende por restaurantes, aquellos establecimientos cuyo objeto es el servicio de suministro de comidas y bebidas destinadas al consumo como desayuno, almuerzo o cena, y el de platos fríos y calientes para refrigerio rápido, sin tener en cuenta la hora en que se preste el servicio, independientemente de la denominación que se le dé al establecimiento.

También se considera que presta el servicio de restaurante el establecimiento que en forma exclusiva se dedica al expendio de aquellas comidas propias de cafeterías, heladerías, fruterías, pastelerías y panaderías y los establecimientos, que adicionalmente a otras actividades comerciales presten el servicio de expendio de comidas según lo descrito en el presente inciso.

¹³ La Ley 1943 de 2018 fue declarada INEXEQUIBLE a partir del 1o. de enero de 2020, de acuerdo con la Sentencia C-481-19.

Par. los servicios de restaurante y cafetería prestados por los establecimientos de educación conforme con lo establecido en el artículo 476 de este Estatuto; así como los servicios de alimentación institucional o alimentación a empresas, prestado bajo contrato (Catering), estarán excluidos del impuesto al consumo.”

En consecuencia, si bien el artículo 1.3.3.8 del Decreto 1625 de 2016 señala que en los servicios de alimentación institucional o alimentación a empresas, prestados bajo contrato de catering, se encuentran excluidos del impuesto nacional al consumo y gravados con el impuesto sobre las ventas a la tarifa general de conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 426 del Estatuto Tributario, y en el párrafo del artículo 512-8 del mismo Estatuto, ese párrafo ya no existe en virtud de las derogatorias antes señaladas.

Tanto el artículo 426 como el 512-1 del Estatuto Tributario en su redacción actual no hacen distinción alguna del tipo de servicio de catering, por lo que se debe entender que cualquiera sea el servicio de Catering, está excluido del Iva y gravado con el impuesto al consumo. Así las cosas, como se observa Señor Juez, con el afán de salir de las reclamaciones válidas realizadas por los concursantes, no solo no leen los motivos presentados por los que se considera que la pregunta no es la correcta, sino que demuestran una falta de dominio en el tema objeto de evaluación.

No obstante lo anterior, la Universidad Sergio Arboleda tiene el descaro de manifestar que esta respuesta cumple con los estándares de calidad dispuestos para asegurar su confiabilidad y validez, que ha superado la etapa de validación de pruebas y fijan la defensa de su respuesta en el aparte derogado de una norma, lo que no solo es violatorio a todas costas del derecho de petición si no del principio de legalidad y de confianza legítima.

En consecuencia, y dado a que la respuesta planteada no es correcta, debieron **eliminar** esta pregunta, como fue solicitado en la reclamación.

Con relación a la **Pregunta No. 70** que más o menos decía que: respecto a los reportes de cuenta de compensación que se transmitieron para el mes de febrero el 2 de abril, para el mes de mayo el 2 de agosto y para el mes de agosto el 1 de octubre, ¿qué debe hacer el funcionario de fiscalización?

La respuesta correcta según la CNSC es la “A. imposición de la sanción por transmisión extemporánea”

En el trámite de reclamación señalé que consideraba que la respuesta era incorrecta con base en lo siguiente: “No obstante de acuerdo con el artículo 5 del Decreto Ley 2245 de 2011, la imposición de sanciones cambiarias requiere la garantía previa del derecho fundamental al debido proceso, que se materializa en el procedimiento administrativo sancionatorio, el cual se apertura mediante acto de formulación de cargos a los presuntos infractores, por lo que mal haría el funcionario en emitir una resolución sanción antes de notificar el acto de formulación de cargos.”

Ahora bien, en la respuesta otorgada por la Universidad Sergio Arboleda, concluyen lo siguiente:

“(…) Por lo anterior, al incumplir la obligación de informar a tiempo la relación de operaciones de forma mensual, la compañía está en riesgo sancionatorio según el Decreto 2245 del 28 de junio de 2011, por el cual se establece el régimen sancionatorio a seguir por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el cual indica que, para este incumplimiento, el funcionario debe proferir un pliego de cargos proponiendo la

sanción contemplada en el artículo 3, numeral 13 por "presentar o transmitir al Banco de la República, en forma extemporánea, la relación de operaciones efectuadas a través de una cuenta de compensación o de una cuenta de compensación especial teniendo la obligación de hacerlo, incluso en el evento en que la cuenta no haya tenido movimiento en el periodo reportado (...)" (subrayado y negrita fuera del texto)

Como se observa señor Juez, en la misma respuesta me están dando la razón, pues como lo mencioné en la reclamación con miras a garantizar el debido proceso en el procedimiento administrativo sancionatorio, el funcionario no puede por la transmisión extemporánea de información imponer inmediatamente una sanción (respuesta que según la universidad es correcta), dado que debe garantizar el cumplimiento de las normas procedimentales; por esta razón, la misma Universidad señala que el funcionario debe proferir un pliego de cargos **PROPONIENDO** la sanción, es decir, no se sanciona inmediatamente, pues el funcionario debe, por ejemplo, dar traslado del acto de formulación de cargos para que los presuntos infractores puedan presentar los descargos que consideren pertinentes, solicitar la práctica de pruebas, aportadas u objetar las obtenidas antes de la formulación de cargos (art. 21 Decreto 2245 del 28 de junio de 2011)

Así las cosas, no comprendo cómo a pesar de que las razones esgrimidas en la reclamación son las mismas argumentadas por la Universidad en donde se demuestra claramente que la opción señalada en la prueba no era la correcta, no se atendió a lo solicito en mi petición, esto es, **eliminar** esta pregunta por estar incorrecta la respuesta.

De lo anterior, es claro que la Universidad debe verificar nuevamente la pregunta, eliminarla y en consecuencia modificar la puntuación obtenida por la suscrita.

Frente a la **Pregunta No. 92** que más o menos dice que: En la importación de vajillas de cerámica se requiere validar con el organismo de control correspondiente las características técnicas de las mismas. ¿Cuál es el organismo de control?

La respuesta correcta según la CNSC es la "B. que la entidad de control es el Ministerio de Salud.", en razón a lo siguiente:

"Esta opción de respuesta es correcta porque al ser las vajillas un producto de contacto directo con el ser humano y afectar la seguridad nacional o sanidad del país, se requiere la aprobación previa del Ministerio de Salud que aprueba la introducción de estos con los soportes presentados por el importador, verificando el cumplimiento de los reglamentos técnicos expuestos, esto teniendo como soporte los artículos 131° de la Ley 9 de 1979, donde el Ministerio tiene la potestad de restringir productos que constituyan este riesgo para la salud. Asimismo, la posiciona arancelaria por la cual se clasifican este tipo de productos exige la presentación del registro de importación."

Revisado el artículo señalado en la respuesta y que se transcribe a continuación no es claro para la suscrita que éste sea el elemento normativo que ayude a inferir que la respuesta señalada por la Universidad es la correcta.

"ARTICULO 131. El Ministerio de Salud podrá prohibir el uso o establecer restricciones para la importación, fabricación, transporte, almacenamiento, comercio y empleo de una sustancia o producto cuando se considere altamente peligrosa por razones de salud pública"

La Universidad no desvirtuó mi argumento de que la respuesta correcta era la A. Superintendencia de Industria y Comercio, pues tal y como se señaló en la reclamación, el artículo 10 de la Resolución 1893 de 2019, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, establece claramente que la entidad de inspección, vigilancia y control respecto al reglamento técnico para la fabricación, importación y comercialización de vajillas de cerámica es la Superintendencia de Industria y Comercio.

En consecuencia, queda probado que la Universidad no quiere dar como correcta una respuesta que tiene su justificación legal y que por el contrario, cita normas que no están relacionadas con la pregunta planteada. Si bien el Ministerio de Salud puede prohibir el uso y restringir la importación, fabricación, transporte, almacenamiento, comercio y empleo de una sustancia o producto cuando se considere altamente peligrosa por razones de salud pública, también lo es el hecho de que delegó la función de inspección, vigilancia y control respecto al reglamento técnico para la fabricación, importación y comercialización de vajillas de cerámica a la Superintendencia de Industria y Comercio.

A su vez, la Universidad tampoco señala la norma en la que se consagra que las vajillas son productos altamente peligrosos por razones de salud o un producto de contacto directo con el ser humano y afectar la seguridad nacional o sanidad del país y que en consecuencia por esta razón, el Ministerio de Salud sea la autoridad que aprueba la introducción de las vajillas.

Finalmente, justifica la respuesta haciendo referencia a la posición arancelaria de este tipo de productos; no obstante, este tema no fue impartido en el curso de información, por lo tanto, no puede pretender la Universidad que el estudiante sepa este tema para poder dar respuesta a la pregunta planteada, es decir, si éste no fue impartido al estudiante no puede sustentar la respuesta con base al mismo.

Con respecto a la **Pregunta No. 99** que más o menos decía: Para verificar las normas de higiene y salubridad en el proceso de importación de licores, ¿el funcionario qué debe verificar?

La respuesta correcta según la CNSC es la “A. Certificado de calidad.”, la Universidad señala como correcta esta situación así: *“Esta respuesta es correcta porque, según el Decreto 1686 de 2021, artículo 78, en el momento de la inspección sanitaria para nacionalización de bebidas alcohólicas, el importador debe presentar a la autoridad sanitaria del sitio de ingreso el certificado de análisis. El funcionario debe validar que el certificado de calidad de la bebida alcohólica expedido por el fabricante contenga los lotes incluidos en el cargamento objeto de la importación.”*

El artículo 768 del decreto 1668 de 2021 señala lo siguiente:

“Artículo 78. Certificado de inspección sanitaria para nacionalización. El INVIMA expedirá el certificado de inspección sanitaria para nacionalización de bebidas alcohólicas y/o materias primas. Para la expedición del certificado de inspección sanitaria para nacionalización, el interesado debe presentar a la autoridad sanitaria del sitio de ingreso, el certificado de calidad de la bebida alcohólica y/o materias primas expedido por el fabricante que ampara a los lotes incluidos en el cargamento objeto de la importación.

El INVIMA realizará la inspección física sanitaria y levantará el acta de inspección respectiva.

Parágrafo 1°. El INVIMA como autoridad sanitaria cuando presuma el incumplimiento de lo establecido en el presente reglamento técnico o en ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control sanitario podrá tomar muestras para análisis de laboratorio.

Parágrafo 2°. Las bebidas alcohólicas importadas al país deben cumplir con los requisitos de etiquetado y rotulado en el momento de la solicitud del levante aduanero

Parágrafo 3°. Las materias primas definidas como alimentos con destino a la elaboración de bebidas alcohólicas deben cumplir la normatividad sanitaria específica”.

Como se observa de la norma antes transcrita, el certificado de calidad se presenta por el interesado ante el INVIMA con el fin de obtener la expedición del certificado de inspección sanitaria para nacionalización, que es el documento idóneo para que el funcionario de la DIAN pueda verificar las normas de higiene y salubridad en el proceso de importación de licores.

Adicionalmente, como se expuso en la reclamación, el INSTRUCTIVO PARA LA OBTENCIÓN DEL CERTIFICADO DE INSPECCIÓN SANITARIA EN LA IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN DE ALIMENTOS, MATERIAS PRIMAS, INSUMOS Y BEBIDAS ALCOHÓLICAS, define el certificado de calidad como: “**Certificado de calidad:** Corresponde al documento expedido por el fabricante, presentado en idioma español, que hace constar las características del envío de bebidas alcohólicas destinados al comercio internacional y ampara a los lotes incluidos” (subrayado y negrita fuera del texto). De la misma definición es claro que este documento no certifica el cumplimiento de las normas de higiene y salud, sino que es aquel por medio del cual se demuestran las características del envío de esas bebidas que amparan a los lotes incluidos en él.

Es decir, por sí solo este documento no es con el que el funcionario de la DIAN puede verificar el cumplimiento de las normas de higiene y salubridad, sino con el CERTIFICADO DE INSPECCIÓN SANITARIA PARA NACIONALIZACIÓN¹⁴; otra cosa es que, para poder expedir este último, el interesado deba presentar a la autoridad sanitaria el certificado de calidad.

Aunado a lo anterior, de acuerdo con lo publicado en el Sistema Único de Información de Trámites - SUIT <http://visor.suit.gov.co/VisorSUIT/index.jsf?FI=1807> el documento idóneo para verificar el cumplimiento de las normas de higiene y salubridad es el Certificado de inspección sanitaria para nacionalización o exportación, documento que no se encontraba dentro de las opciones de respuesta. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la opción de respuesta dada por la CNSC no es correcta, se solicitó la eliminación de esta pregunta.

¹⁴ **Certificado de inspección sanitaria:** Es el documento que expide el INVIMA, en el cual hace constar la aptitud de los alimentos para el consumo humano o la aptitud de las materias primas e insumos para alimentos destinados al consumo humano para ser utilizados en la fabricación de alimentos. (Definición tomada del **INSTRUCTIVO PARA LA OBTENCIÓN DEL CERTIFICADO DE INSPECCIÓN SANITARIA EN LA IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN DE ALIMENTOS, MATERIAS PRIMAS, INSUMOS Y BEBIDAS ALCOHÓLICAS**. Expedido por el Instituto Nacional de Vigilancia de medicamentos y Alimentos – INVIMA)

No obstante, haberle planteado esta situación a la Universidad Sergio Arboleda, ella se mantiene en su error, violando así mi derecho al debido proceso y el de petición y demostrando que su actuar no se ajusta al principio de legalidad, pues es claro que no estudió de fondo cada una de las reclamaciones hechas si no que se dedicó a transcribir las claves de respuesta, sin tomar en consideración los argumentos dados por quienes ejercimos nuestro derecho de revisión de la calificación.

Si bien señor Juez, contra la respuesta a las reclamaciones no procede recurso, no puede la Universidad Sergio Arboleda excusarse en esto para no acatar las disposiciones legales que rigen la materia y responder de manera genérica, confusa y evasiva el derecho de petición.

En virtud de lo anterior, considero que, en la respuesta a la reclamación emitida por la Universidad Sergio Arboleda, dicha entidad se pronunció de manera insuficiente y genérica sobre las preguntas cuestionadas, quedando demostrado que su actuar configura una violación directa al derecho fundamental de petición; por lo tanto, solicito Señor Juez, sean protegidos mis derechos ordenando a dicha entidad a pronunciarse de forma clara, precisa y de fondo y, de ser el caso, corregir mi puntuación obtenida en el examen del curso de formación.

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

INMEDIATEZ

El principio de inmediatez es considerado como un requisito de procedibilidad e implica que la acción de tutela debe interponerse en un término razonable y proporcional, con relación al momento en que ocurrió la amenaza o vulneración de derechos fundamentales.

Para el caso en concreto señor juez se configura la inmediatez pues fue hasta el 6 de enero de 2022, que se publicó la respuesta dada por la Universidad Sergio Arboleda a la reclamación No. 451307463 del 31 de diciembre de 2021.

Así mismo, la publicación de la lista de elegible adoptada mediante Resolución 73 del 11 de enero de 2022 fue publicada el 13 de enero de 2022.

SUBSIDIARIDAD.

Los artículos 86 de la Constitución 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, las altas Cortes, 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 inmediata de los derechos fundamentales invocados¹⁵. Esto, ante la negativa de la Universidad Sergio

¹⁵ 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

Arboleda en estudiar a fondo los motivos presentados en la reclamación de los resultados, pues se limitaron a responder de manera genérica, sin tener en cuenta los argumentos esbozados frente a la solicitud de eliminación de preguntas o de reevaluación del resultado, incluso citando normas que se encuentran derogadas como argumento para señalar que las respuestas escogidas por ellos son las correctas. Teniendo en cuenta que contra la decisión adoptada por la Universidad no procede recurso, no obstante, la reclamación no fue atendida de fondo y al advertir la flagrante ilegalidad de lo señalado en el Acuerdo 285 de 2020 en donde se le otorgó a la Fase II del concurso el carácter eliminatorio a pesar que el Decreto Ley 71 de 2020 no lo contempló así la acción de tutela resulta procedente.

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 Estado y lo han reiterado las Secciones Primera y Cuarta de dicha Corporación¹⁶.

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.

En Sentencia T-180/15, la Corte Constitucional señaló:

“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 para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes 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. La acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.”
(subrayado fuera del texto)

En igual sentido, 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, aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial,

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 - Sentencia T-333 de 1998.

¹⁶ Sentencia AC-00698 (2007) del 28 de agosto de 2007, M. P. Martha Sofía Sanz Tobón.

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”

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, 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”. (subrayado fuera del texto).

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 C.P.A.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.

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 se hace imperativo y necesario acudir a la acción de tutela toda vez que las fases del concurso avanzan y que la firmeza de las Listas de Elegibles, se producirá vencidos los cinco (5) días hábiles

siguientes a su publicación en el Banco Nacional de Listas de Elegibles, de conformidad con los artículos 29 y 30 del Acuerdo No. 0285 de 2020.

Teniendo en cuenta que la Resolución 73 del 11 de enero de 2022 *“Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer ciento siete (107) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado GESTOR II, Código 302, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 127685, del Nivel Profesional de los Procesos Misionales del 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”* fue publicada el 13 de enero de 2022, su firmeza se dará el 20 de enero de 2022, poniendo en evidente consumación la vulneración de mis derechos fundamentales.

IV. PRETENSIONES

Con fundamento en lo expuesto, se solicita al juez de tutela AMPARAR los derechos fundamentales de petición, al debido proceso, a la igualdad, al trabajo, de acceso a la promoción dentro de la carrera administrativa, al desempeño de funciones y al libre acceso a cargos públicos, así como los principios del mérito, libre concurrencia e igualdad en el ingreso. En consecuencia,

PRIMERO: Se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, CORREGIR el artículo 17 del Acuerdo 285 de 2020, en el sentido de aclarar que la FASE II del concurso, de acuerdo con lo señalado en el artículo 29.2 del Decreto Ley 70 de 2021, **NO** tiene el carácter de eliminatoria.

SEGUNDO: En razón a lo anterior, se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CORREGIR la Resolución 73 del 11 de enero de 2022 *“Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer ciento siete (107) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado GESTOR II, Código 302, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 127685, del Nivel Profesional de los Procesos Misionales del 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”* en el sentido de incluir en la lista de elegibles y nombrar en estricto orden de mérito de acuerdo con la sumatoria de los puntajes ponderados obtenidos por el aspirante en la Fase 1 y en la Fase II, en las vacantes convocadas a las 107 personas que hayan obtenido un **puntaje total** aprobatorio que, no sea inferior al setenta por ciento (70%) del máximo posible en el concurso.

TERCERO: Se ordene a la UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA a DAR RESPUESTA DE FONDO a la reclamación No. 451307463 del 21 de diciembre de 2021, teniendo en cuenta no solo los argumentos esgrimidos en dicha oportunidad, si no también lo mencionado en la presente tutela y que en su respuesta transcriba las preguntas y las claves de respuesta, para disipar toda duda sobre el contenido de las mismas.

CUARTO: Que se ordene a la UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA modificar la calificación del examen final del curso de formación, se proceda a actualizar la calificación comunicada a la suscrita el 10 de diciembre de 2021, con base en los argumentos expuestos.

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

DECRETAR COMO MEDIDA PROVISIONAL: Que se ORDENE a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-, y a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC, proceder de manera inmediata a **SUSPENDER** el término de firmeza de la Resolución 73 del 11 de enero de 2022 *“Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer ciento siete (107) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado GESTOR II, Código 302, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 127685, del Nivel Profesional de los Procesos Misionales del 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”*, hasta tanto la Universidad Sergio Arboleda de respuesta de fondo a la petición y la Comisión Nacional del Servicio Civil corrija el Acuerdo 285 de 2020.

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).

Lo anterior, teniendo en cuenta que continuar con las etapas del proceso implica que la lista de elegibles adquiera firmeza y por tanto se torne inmodificable y de obligatorio cumplimiento, validando así la vulneración del derecho y creando situación de hecho y de derecho lesivas para el Estado y los participantes que se encuentren en la misma situación. Frente a este asunto según expuso la Corte Constitucional en Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez): *“las listas de elegibles que se conforman luego de haberse agotado la totalidad de etapas del concurso, una vez se encuentran en firme, son inmodificables y, por ende, quien ocupa el primer lugar de la lista, tiene ya no una mera expectativa, sino un derecho adquirido a ser nombrado en el cargo para el cual concursó, superando con éxito las pruebas de selección.”* (subrayado fuera del texto), así las cosas, si no se suspende el término de firmeza, se afectaría no solo mi derecho de hacer parte de la lista de elegibles si no posiblemente el de terceros que se encuentren en mi misma situación.

VI. COMPETENCIA

La competencia es del JUZGADO CON CATEGORIA CIRCUITO de conformidad con las reglas de reparto de la acción de tutela. De no considerarse competente, solicitó muy amablemente que de manera inmediata sea remitida al Juez competente para resolver el caso.

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

1. Constancia de Inscripción
2. Reclamación resultados y solicitud de acceso a la metodología de evaluación, cuadernillos y claves de respuestas de las pruebas presentadas el 28 de noviembre de 2021
3. Reclamación resultados evaluación final curso de formación del 21 de diciembre de 2021
4. Respuesta Reclamación
5. Resolución 73 del 11-ene-2022 - Lista de elegibles
6. Acuerdo No. 285 de 2020
7. En el siguiente enlace Señor Juez podrá encontrar el recuento de la normatividad expedida con ocasión al concurso: <https://historico.cnsc.gov.co/index.php/1461-de-2020-dian-normatividad>
8. INSTRUCTIVO PARA LA OBTENCIÓN DEL CERTIFICADO DE INSPECCIÓN SANITARIA EN LA IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN DE ALIMENTOS, MATERIAS PRIMAS, INSUMOS Y BEBIDAS ALCOHÓLICAS
9. Todas las que usted señor Juez considere necesarias.

IX. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento esta acción en lo dispuesto en el preámbulo de la Constitución Política en los artículos 1, 2 y 29, las sentencias de la Corte Constitucional citadas en los argumentos.

X. DIRECCIONES Y NOTIFICACIONES

ACCIONANTE: A la suscrita en la Calle 185 No. 49 – 60 Tejares del Norte III, Casa 64 Barrio: