

Bogotá, enero 31 de 2022

Señor (a)
JUEZ CONSTITUCIONAL DE TUTELA (reparto)
E.S.D.

Referencia: **Acción de Tutela**
Accionante: **Luz Dary Olaya Castillo**
Accionados: **Universidad Sergio Arboleda USA –
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN –
Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC-**

Yo, LUZ DARY OLAYA CASTILLO, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.055.734 de Bogotá, actuando en nombre propio y en mi condición de concursante en el proceso de selección DIAN 1461 de 2020, acudo a ese respetable despacho para solicitar la protección de mis derechos fundamentales, los cuales considero vulnerados por las entidades accionadas, a consecuencia de los siguientes

H E C H O S :

1. Participé en el proceso de selección 1461 de 2020 – DIAN, para el cargo de carrera administrativa denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126559, 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.
2. Una vez superada la primera fase del concurso, presenté la evaluación final del curso de formación, cuyos resultados fueron publicados el día 10 de diciembre de 2021, en el cual obtuve un puntaje de 69.15, quedando ubicada en la posición trescientos sesenta y siete (367) dentro de las trescientos setenta y dos (372) vacantes ofertadas para el cargo.
3. Al sentirme inconforme con el resultado publicado, solicité acceso al material de evaluación para sustentar mi reclamación, actividad que tuvo lugar el día 19 de diciembre de 2021.
4. De acuerdo a la revisión efectuada, se tiene que de las 120 preguntas realizadas fue eliminada la pregunta número 71, por lo que la calificación de mi prueba parte de 119 preguntas. También pude establecer que me fueron mal calificadas varias respuestas, lo que sin duda alguna influyó considerablemente en mi resultado final, motivo por el cual, dentro del término para sustentar y complementar la respectiva reclamación, elevé por medio de la plataforma SIMO mis argumentos.
5. Dentro del sustento de mi reclamación, indique el número de pregunta y un texto explicativo alusivo a la misma, teniendo en cuenta que no estaba permitido transcribirlas por expresa prohibición de Comisión Nacional del Servicio Civil, indicando la respuesta que según la accionada era la correcta y los argumentos por los cuales consideraba que la correcta era la marcada por mí. Para este ejercicio, indique en cada caso específico el literal de la respuesta correcta según la hoja de respuestas clave entregada el día de acceso al material y, también incluí el literal que yo marque como correcta, indicando los argumentos por los cuales consideraba que mi respuesta era la correcta.

6. Aunque no recibí notificación sobre la respuesta a la reclamación, el día 10 de enero consulté la página del SIMO para verificar si ya había recibido respuesta a mi reclamación, encontrando que en la plataforma se encontraba un documento compuesto por 24 paginas, donde de manera ambigua manifestaron que ratificaban el puntaje que me habían otorgado.
7. Atendiendo a que contra la decisión que se pronuncia sobre la reclamación no procede recurso alguno, de conformidad con lo previsto en el decreto ley 760 de 2005, para el día 13 de enero de 2021 fue publicada en el Bando Nacional de Lista de Elegibles, la Resolución No. 83 del 12 de enero de 2022, *"Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer trescientos setenta y dos (372) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126559, 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"*
8. En la referida lista no aparezco en ninguna posición, puesto que de acuerdo con el puntaje que me otorgó la accionada de 69.15, no alcanzaba a completar el puntaje mínimo requerido de 70.00 para ser considerada dentro de la lista de elegibles, dada ratificación de la calificación del curso de evaluación al que he venido haciendo alusión.
9. Reitero señor juez que dicha posición no corresponde a la realidad, como quiera que me fueron mal calificadas varias preguntas lo que afecta mi puntuación final y por ende imposibilita mi inclusión en la lista de elegibles.
10. Para el día 21 de enero de 2021, en el Banco Nacional de Lista de Elegibles aparecen con firmeza individual las 359 posiciones iniciales, firmeza que afecta gravemente mis derechos en razón de la negativa de la entidad accionada de verificar a conciencia y correctamente la prueba aplicada y las respuestas señaladas por mí, toda vez que de hacer una correcta revisión podría evidenciar los errores cometidos en mi calificación, lo que daría lugar a la variación del puntaje otorgado, permitiéndome quedar incluida dentro de la lista de elegibles, máxime si se tiene en cuenta que esta evaluación corresponde al 55% del concurso total.
11. A continuación, de manera respetuosa me permito reiterar los argumentos por los cuales considero mal calificada mi prueba, así:

11.1. Pregunta No.10: La pregunta hace referencia a que el funcionario pueda establecer la relación detallada de tributos por tasas. En su tabla de respuestas señalan como respuesta correcta el literal a) ***que hace mención a las obligaciones pagadas por servicios públicos.*** Al respecto me permito mencionar que el enunciado de la pregunta es confuso, pues al referirse al término **"Tributos"** se debe entender por estos los que consisten en impuestos, contribuciones y tasas. En este sentido la respuesta más acertada sería la del literal **c) referente a la Valorización**, puesto que esta, SI es considerada como una contribución, tal como lo manifiesta el artículo 3° de la Ley 25 de 1921: **"contribución sobre las propiedades raíces que se beneficien con la ejecución de obras de interés público local"**,

Respuesta entidad accionada: *"Esta respuesta es correcta porque la tasa es el tributo, cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un*

servicio público individualizado en el contribuyente. Se puede definir como una erogación pecuniaria al estado u otros entes públicos o privados que ejerzan funciones públicas, en contrapartida directa, personal y de parcial equivalencia, limitada constitucionalmente al valor del costo contable del servicio, atendiendo lo dispuesto en el artículo 338 de la Constitución Política.

La respuesta dada por la entidad accionada, no es acertada, puesto que se debe tener en cuenta que, en el régimen de contribución fiscal y parafiscal, una tasa es distinta a una contribución parafiscal, y aún más distinta a un tributo o impuesto.

Las tasas son contraprestaciones económicas que hacen los usuarios de un servicio prestado por el estado.

La tasa se paga cuando se ocupa o consume un servicio ofrecido por cualquier entidad estatal.

La tasa es un pago voluntario que el ciudadano hace para poder acceder a un servicio o beneficio ofrecido por el estado.

La Corte constitucional en sentencia C-040 de 1993 señala las siguientes características de las tasas:

“El Estado cobra un precio por un bien o servicio ofrecido.

El precio pagado por el ciudadano al Estado guarda relación directa con los beneficios derivados del bien o servicio ofrecido.

El particular tiene la opción de adquirir o no el bien o servicio.

El precio cubre los gastos de funcionamiento y las provisiones para amortización y crecimiento de la inversión.

Ocasionalmente, caben criterios distributivos (ejemplo: tarifas diferenciales).

Por su parte, la sentencia C-465 de 1993 señala:

«Son aquellos ingresos tributarios que se establecen unilateralmente por el Estado, pero sólo se hacen exigibles en el caso de que el particular decida utilizar el servicio público correspondiente. Es decir, se trata de una recuperación total o parcial de los costos que genera la prestación de un servicio público; se autofinancia ese servicio mediante una remuneración que se paga a la entidad administrativa que lo presta.»

La tasa, es pues la contraprestación que una persona paga por el derecho a la utilización de un servicio, pago que es voluntario, supeditado solo por la necesidad del usuario de acceder al servicio.

Diferencia entre tasa y contribución parafiscal.

La contribución parafiscal es el pago que un sector hace en favor de alguna entidad del estado para financiar un servicio, pero no implica una contraprestación directa en favor de quien hace el pago.

Mientras que la tasa se paga por disfrutar un servicio, la contribución se paga sin derecho a recibir una contraprestación.

Por ejemplo, cuando el empleador paga aportes al SENA no tiene derecho a recibir ningún servicio por parte de esa entidad, lo que lo diferencia de la tasa.

Diferencia entre tasa e impuesto.

El impuesto se paga de forma general por todos los sujetos pasivos, sin que se financie un servicio en particular y sin que se tenga derecho a la contraprestación directa por el pago del impuesto.

Mientras la tasa se paga por acceder a un servicio en específico, el impuesto se paga por que sí, como una contribución legal y obligatoria para la financiación del estado en su conjunto.

- ✓ La tasa permite acceder a un servicio.
- ✓ La contribución parafiscal se paga con destinación específica sin derecho a contraprestación
- ✓ El impuesto se paga sin derecho a nada sino a una expectativa de bienestar general provista por el estado.

Por último, el impuesto es obligatorio y la tasa no, sólo que si no se paga la tasa no se puede hacer uso del servicio por el que se debe pagar.

Como puede apreciar señor juez, de los argumentos expuestos anteriormente, queda claramente entendido que las tasas por servicios públicos no se pueden entender como tributos, por ende, la respuesta de la actora no es acertada, por tratarse de una interpretación equivocada sobre el concepto de tributos y contribuciones.

Otras tutelas sobre el mismo aspecto de la pregunta No. 10.

Señor juez, considero importante mencionar que las dudas y confusiones sobre esta pregunta han sido objeto de cuestionamientos, como ejemplo puedo traer a colación la acción de tutela formulada por la señora MARIA AVILA LILIANA CONDE, dentro del radicado 54001316000220220000300, en la que señaló lo siguiente:

“Solicito revisión de la pregunta # 10 y que sea eliminada en la medida que ninguna de las respuestas corresponde a lo preguntado; ya que ninguna de las opciones son tasas. Los servicios públicos no son una tasa, tal y como uds pretenden que corresponda esa respuesta de la opción A). En caso de no ser eliminada solicito se reconozca el reconocimiento de la opción C) que corresponde a obligaciones por valorizaciones; teniendo en cuenta que las valorizaciones son un gravamen y por lo tanto se encuentra dentro del grupo de impuestos, tasas y contribuciones”

11.2. Pregunta No.18: Esta pregunta relacionada con inconsistencias en la presentación de declaraciones de renta, genera confusión al sugerir como repuesta acertada que se debe hacer la determinación mixta (**literal a**), es de precisar que el término “determinación mixta” no se encuentra de manera expresa en el estatuto tributario. En mi caso concreto, señale como opción de respuesta el literal **c)** en el entendido que dentro de las alternativas con que cuenta la DIAN para detectar las inconsistencias en las declaraciones tributarias se encuentran las determinaciones oficiosas tales como el emplazamiento, el requerimiento especial, la liquidación oficial de revisión e incluso la inspección tributaria.

En ninguna parte del estatuto tributario se hace mención expresa a la determinación mixta, razón por la cual la opción que seleccioné como respuesta también podría considerarse como válida.

Respuesta entidad accionada: *“Esta respuesta es correcta porque la determinación mixta es aquella que se da partiendo de la declaración privada del sujeto obligado*

para determinar el impuesto, modificando la inicialmente presentada. Modulo 4. Generalidades e introducción al proceso de fiscalización de la DIAN, Unidad 1 Obligaciones formales y sustanciales, pag 25.º"

En ese caso se trata de una pregunta en la cual se indica que la respuesta correcta está en una página del material elaborado por la actora, sin tener en cuenta que la redacción del ordenamiento legal en materia tributaria no incluye los mencionados términos.

Así las cosas, es claro que la pregunta y las opciones de respuesta inducían a error, máxime si se tiene en cuenta que en ninguna parte del Estatuto Tributario, se menciona la "determinación mixta" como una de las alternativas con que cuenta la DIAN para detectar las inconsistencias en las declaraciones tributarias, refiriéndose expresamente tal ordenamiento a las determinaciones oficiosas tales como el emplazamiento, el requerimiento especial, la liquidación oficial de revisión e incluso la inspección tributaria.

11.3. Pregunta No.32: La redacción de esta pregunta genera confusión, lo cual induce a que se puedan presentar interpretaciones sobre los beneficios que se pueden entender para el contribuyente relacionadas con el impuesto de renta. La respuesta que sugieren como correcta del literal **a) indicando un beneficio a favor en renta**, bien podría entenderse como equivalente al contenido del literal **c) que hace alusión a una prerrogativa a favor en renta**. Esta última opción del literal **c)** la elegí como respuesta teniendo en cuenta que cuando se hace mención a una prerrogativa a favor en renta se entiende que se trata de un beneficio que concede, en este caso el estado, a favor del contribuyente cuando se cumplen las circunstancias que puedan dar lugar al saldo a favor en renta.

La respuesta de la accionada fue: *"Esta respuesta es correcta porque el enunciado se refiere al beneficio del costo deducible en el impuesto nacional al consumo y según el artículo 512-1 del Estatuto Tributario, este se aplica a favor del comprador, así: "El impuesto nacional al consumo de que trata el presente artículo constituye para el comprador un costo deducible del impuesto sobre la renta como mayor valor del bien o servicio adquirido".*

Para abordar este aspecto, se debe partir del concepto de **Prerrogativa**, que es un término cuyos antecedentes etimológicos se encuentran en la lengua latina, más precisamente en el vocablo *praerogativa*. Una prerrogativa es un **permiso**, un **beneficio** o una **dispensa** que se otorga a una **persona** respecto a un determinado asunto. La prerrogativa, de este modo, permite evitar o evadir un cierto límite. La prerrogativa puede ser un privilegio que una **autoridad** le concede a una persona por el puesto que ocupa o por una situación particular que vive.

Como se puede observar, es evidente que la pregunta induce a considerar varias interpretaciones de respuesta, puesto que al utilizar el término "prerrogativas a favor en renta" se está interpretando que se trata de un beneficio que recibirá el contribuyente en relación con el impuesto de renta, razón por la cual, considero acertada mi respuesta

Otras tutelas sobre el mismo aspecto de la pregunta No. 32

Señor juez, considero importante en este punto, poner en su conocimiento que este mismo aspecto fue objeto de tutela en la acción instaurada ante el **JUZGADO 63 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ -SECCION TERCERA** por la

accionante Diana Lucia Soto Montiel, bajo el número de Radicación 2022-000026-00. La mencionada accionante manifiesta en el texto de su tutela en el literal **15.5** lo siguiente: **“las opciones de respuesta eran ambiguas e inducían al error”**. Como se trata de la misma pregunta a la cual se dio la misma respuesta que yo di, a continuación, me permito transcribir los argumentos adicionales sobre la respuesta que esbozó la accionante Diana Lucia Soto Montiel, quien estaba concursando para un cargo diferente al de la suscrita, denominado Gestor IV Grupo 4 Código 304, identificado con el Código OPEC No. 126468.

“En ninguna parte del artículo 512-1 se encuentra la palabra beneficio, para lo cual me permito transcribirlo, así:

“ARTÍCULO 512-1. IMPUESTO NACIONAL AL CONSUMO. <Artículo modificado por el artículo 200 de la Ley 1819 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> *El impuesto nacional al consumo tiene como hecho generador la prestación o la venta al consumidor final o la importación por parte del consumidor final, de los siguientes servicios y bienes:*

- 1. La prestación de los servicios de telefonía móvil, internet y navegación móvil, y servicio de datos según lo dispuesto en el artículo 512-2 de este Estatuto.*
- 2. Las ventas de algunos bienes corporales muebles, de producción doméstica o importados, según lo dispuesto en los artículos 512-3, 512-4 y 512-5 de este Estatuto. El impuesto al consumo no se aplicará a las ventas de los bienes mencionados en los artículos 512-3 y 512-4 si son activos fijos para el vendedor, salvo de que se trate de los automotores y demás activos fijos que se vendan a nombre y por cuenta de terceros y para los aerodinos.*
- 3. <Ver Jurisprudencia Vigencia, en relación con el aparte subrayado> <Numeral modificado por el artículo 27 de la Ley 2010 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> El servicio 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 servicio de expendio de comidas y bebidas alcohólicas para consumo dentro de bares, tabernas y discotecas, según lo dispuesto en los artículos 426, 512-8, 512-9, 512-10, 512-11, 512-12 y 512-13 de este Estatuto. Este impuesto no es aplicable a las actividades de expendio de bebidas y comidas bajo franquicias.*

El impuesto se causará al momento del desaduanamiento del bien importado por el consumidor final, la entrega material del bien, de la prestación del servicio o de la expedición de la cuenta de cobro, tiquete de registradora, factura o documento equivalente por parte del responsable al consumidor final.

Son responsables del impuesto al consumo el prestador del servicio de telefonía móvil, datos y/o internet y navegación móvil, el prestador del servicio de expendio de comidas y bebidas, el importador como usuario final, el vendedor de los bienes sujetos al impuesto al consumo y en la venta de vehículos usados el intermediario profesional.

El impuesto nacional al consumo de que trata el presente artículo constituye para el comprador un costo deducible del impuesto sobre la renta como mayor valor del bien o servicio adquirido. (negrillas y subrayas fuera del texto original)

El impuesto nacional al consumo no genera impuestos descontables en el impuesto sobre las ventas (IVA).

El no cumplimiento de las obligaciones que consagra este artículo dará lugar a las sanciones aplicables al impuesto sobre las ventas (IVA).

PARÁGRAFO 1o. *El período gravable para la declaración y pago del impuesto nacional al consumo será bimestral. Los períodos bimestrales son: enero-febrero; marzo-abril; mayo-junio; julio-agosto; septiembre-octubre; noviembre-diciembre. En el caso de liquidación o terminación de actividades durante el ejercicio, el período gravable se contará desde su iniciación hasta las fechas señaladas en el artículo 595 de este Estatuto.*

Cuando se inicien actividades durante el ejercicio, el período gravable será el comprendido entre la fecha de iniciación de actividades y la fecha de finalización del respectivo período.

PARÁGRAFO 2o. *Facúltese al Gobierno nacional para realizar las incorporaciones y sustituciones al Presupuesto General de la Nación que sean necesarias para adecuar las rentas y apropiaciones presupuestales a lo dispuesto en el presente artículo, sin que con ello se modifique el monto total aprobado por el Congreso de la República.*

PARÁGRAFO 3o. *Excluir del Impuesto Nacional al Consumo al departamento del Amazonas y al Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con excepción de lo dispuesto en el artículo 512-7 del Estatuto Tributario.*

Como puede apreciar señor juez, las opciones indicadas en las respuestas A Y B son correctas, si se tiene en cuenta que el artículo en cuestión del estatuto tributario no refiera ni la palabra beneficio ni la palabra prerrogativa.

Al respecto, la Real Academia Española define la palabra prerrogativa de la siguiente manera:

“Del lat. praerogativa.

- 1. f. Privilegio, gracia o exención que se concede a alguien para que goce de ello, anejo regularmente a una dignidad, empleo o cargo.*
- 2. f. Facultad importante de alguno de los poderes supremos del Estado, en orden a su ejercicio o a las relaciones con los demás poderes de clase semejante.*
- 3. f. Atributo de excelencia o dignidad muy honrosa en algo inmaterial.”*

Señor juez, con el texto transcrito anteriormente se puede apreciar claramente que las preguntas del accionado son confusas e inducen a interpretar que cualesquiera de las tres alternativas de respuestas son correctas, a tal punto que no solo la suscrita está cuestionando el proceder de la accionada, sino que otro concursante de un cargo y OPEC diferente también está solicitando la revisión de su prueba por la misma situación que estoy exponiendo, aclarando que estoy solicitando la protección de mis derechos vulnerados por la accionada.

Para mayor claridad al señor juez sobre mi discernimiento en relación con esta pregunta, traigo a colación el cuestionamiento que hace otro participante de esta pregunta:

Referencia acción de tutela 54001316000220220000300, en la que sobre esta pregunta señala lo siguiente:

“En el enunciado del bloque de la pregunta # 34 y la misma pregunta se relacionan en indagar respecto a la evasión que disminuye el recaudo por el impuesto sujeto de renta y ganancia ocasional por fuera del país que no se declara, y en esta medida la clave de respuesta, opción A) que consiste en valorar las sucesiones ilíquidas de causantes con residencia en Colombia en el momento de su muerte; por lo tanto no estoy de acuerdo con dicha respuesta, puesto que si la sucesión ilíquida ya tiene la residencia en Colombia en el momento de su muerte, quiere decir que la ganancia ocasional no fue por fuera del país sino se causó dentro del territorio nacional. Por lo tanto, solicito se reconozca como válida la respuesta de la opción B) que corresponde a extranjeros residentes que por lo menos han estado en un periodo de al menos 6 meses en Colombia y ésta respuesta si está relacionada en la medida que son extranjeros y por ende se configura la ganancia ocasional por fuera del país”

11.4. Pregunta No.46: En esta pregunta relacionada con los egresos a excluir por parte de la ESAL, se genera confusión, pues dentro de las alternativas de respuesta se incluye la enunciada en el literal **a)** que hace referencia a los honorarios hacia fundadores que posean menos de 1/5 parte de la entidad. Es importante precisar que el enunciado de la respuesta hace alusión a la participación en la entidad, refiriéndose en número fraccionario, al señalar la quinta (1/5) parte de la entidad.

Por su parte el estatuto tributario en su artículo 356-1 contempla:

Art. 356-1 . Distribución indirecta de excedentes y remuneración de los cargos directivos de contribuyentes pertenecientes al régimen tributario especial.

** -Modificado- Los pagos por prestación de servicios, arrendamientos, honorarios, comisiones, intereses, bonificaciones especiales y cualquier otro tipo de pagos, cuando sean realizados a los fundadores, aportantes, donantes, representantes legales y administradores, sus cónyuges o compañeros o sus familiares parientes hasta cuarto grado de consanguinidad o afinidad o único civil o entidades jurídicas donde estas personas posean más de un 30% de la entidad en conjunto u otras entidades donde se tenga control deberán corresponder a precios comerciales promedio de acuerdo con la naturaleza de los servicios o productos objeto de la transacción. En caso contrario, podrán ser considerados por la administración tributaria como una distribución indirecta de excedentes y por ende procederá lo establecido en el artículo 364-3.*

Las entidades pertenecientes al Régimen Tributario Especial deberán registrar ante la DIAN los contratos o actos jurídicos, onerosos o gratuitos, celebrados con los fundadores, aportantes, donantes, representantes legales y administradores, sus cónyuges o compañeros o sus familiares parientes hasta cuarto grado de

consanguinidad o afinidad o único civil o entidades jurídicas **donde estas personas posean más de un 30% de la entidad en conjunto u otras entidades donde se tenga control** (subrayado fuera del texto original), para que la DIAN determine si el acto jurídico constituye una distribución indirecta de excedentes. En caso de así determinarlo, se seguirá el procedimiento de exclusión del artículo 364-3.

Únicamente se admitirán pagos laborales a los administradores y al representante legal, siempre y cuando la entidad demuestre el pago de los aportes a la seguridad social y parafiscales. Para ello, el representante legal deberá tener vínculo laboral. Lo dispuesto en este inciso no le será aplicable a los miembros de junta directiva.

El presupuesto destinado a remunerar, retribuir o financiar cualquier erogación, en dinero o en especie, por nómina, contratación o comisión, a las personas que ejercen cargos directivos y gerenciales de las entidades contribuyentes de que trata el artículo 19 de este Estatuto que tengan ingresos brutos anuales superiores a 3.500 UVT, no podrá exceder del treinta por ciento (30%) del gasto total anual de la respectiva entidad.

PARÁGRAFO 1. Para efectos fiscales, las entidades sin ánimo de lucro deberán identificar los costos de proyectos, de las actividades de venta de bienes o servicios y los gastos administrativos, para su verificación por la administración tributaria, todo lo cual, deberá certificarse por el Revisor Fiscal o contador.

PARÁGRAFO 2. Los aportes iniciales que hacen los fundadores al momento de la constitución de la entidad sin ánimo de lucro y los aportes a futuro que hacen personas naturales o jurídicas diferentes a los fundadores, no generan ningún tipo de derecho de retorno para el aportante, no serán reembolsables durante la vida de la entidad ni al momento de su liquidación.

PARAGRAFO 3. Las adquisiciones o pagos de las que trata el inciso 1 de este artículo que realicen los contribuyentes pertenecientes al Régimen Tributario Especial podrán hacerse por debajo de los precios comerciales promedio, siempre y cuando dichas transacciones sean destinadas al cumplimiento y desarrollo de sus actividades meritorias. En caso de ser una entidad obligada a enviar memoria económica en los términos del artículo 356-3 de este Estatuto, deberá dejar constancia de la transacción y del contexto de la donación en la misma, so pena de ser considerada una distribución indirecta de excedentes.

PARÁGRAFO 4. Los pagos y los contratos a los que se refieren los incisos 1° y 2° del presente artículo no serán considerados como distribución indirecta de excedentes cuando se realicen entre dos entidades que hayan sido admitidas y calificadas dentro del Régimen Tributario Especial.

PARÁGRAFO 5. Los pagos y los contratos a los que se refieren los incisos 1° y 2° del presente artículo deberán ser expensas y pagos necesarios para el cumplimiento de la actividad meritoria en virtud de la cual la entidad respectiva fue calificada dentro del Régimen Tributario Especial.

Como se puede apreciar el estatuto tributario al referirse en el texto: “... **donde estas personas posean más de un 30% de la entidad en conjunto u otras entidades donde se tenga control...**” emplea números enteros, en ninguna parte menciona números fraccionarios. La utilización de un numero fraccionario genera confusión en la interpretación de la respuesta e induce a error en la selección de la misma, pues al momento de seleccionar la respuesta los concursantes nos ceñimos a los términos del ordenamiento legal, en este caso, el estatuto tributario, el cual siempre está haciendo alusión a números enteros o porcentuales, mas no en fraccionarios, por lo cual la redacción de la pregunta es ambigua e induce al error.

11.5. Pregunta No. 93: Esta pregunta relacionada con la legalización de la modalidad de la importación, es ambigua y genera confusión, pues el contenido de la respuesta del literal **c) solicitar que la licencia previa contenga la modalidad para la cual se ingresa al país**, es acertada también, de acuerdo con el **Decreto 0925 de 2013**, que establece las disposiciones relacionadas con las solicitudes de registro y licencia de importación que deben cumplir las mercancías para su ingreso al país por el régimen de Licencia Previa. Dicho decreto establece que las licencias de importación para algunas mercancías señaladas expresamente por el Gobierno Nacional, son un requisito para declarar o legalizar la modalidad de importación.

Respuesta de la accionada : *“Esta respuesta es correcta porque el documento que legaliza el ingreso de los bienes al país es la declaración de importación, la cual debe contener en la casilla 62 la modalidad de transformación y ensamble dentro de los 15 días siguientes a la llegada de la mercancía al territorio nacional, para posteriormente proceder con el ensamble del bien final y dar por finalizada la operación. Es por esto, que el funcionario debe remitirse a lo establecido en el artículo 251 del Decreto 1165 de 2019 en la cual debe validar la información requerida con los documentos soportes aportados.”*

Como se puede observar, la respuesta de la suscrita correspondiente al literal c) de la hoja de respuestas, también es correcta, en el sentido que hace referencia a un procedimiento claramente contemplado en la normatividad aduanera para la legalización de la modalidad de importación.

11.6. Pregunta No.103: En esta pregunta relacionada con la NO terminación de la modalidad de importación, la accionada sugiere como respuesta correcta el literal **a) verificar el vencimiento del plazo**. El texto de la pregunta genera confusión, puesto que induce a considerar que también es acertada la respuesta del literal **b) confirmar la reexportación de la mercancía en el tiempo indicado**, teniendo en cuenta que al hacer mención al “tiempo indicado” se entiende que hace referencia a un plazo o límite de tiempo, requisito necesario para la terminación de la modalidad de importación.

Respuesta de la accionada: *“Esta respuesta es correcta porque conforme a lo establecido en el Numeral 1.1 del artículo 616 del Decreto 1165 de 2019, el no terminar la modalidad de Importación temporal para reexportación en el mismo estado antes del vencimiento del plazo de la importación y no pagar oportunamente las cuotas de los tributos aduaneros, conlleva a una sanción del 5% del valor FOB de más del cinco por ciento (5 %) del valor de*

la cuota incumplida. El funcionario debe validar específicamente el vencimiento del plazo y cuantas cuotas de pago de tributos dejó de pagar el importador.

Como se menciona en los argumentos esbozados por la suscrita, las preguntas son ambiguas e inducen a error, pues al emplear términos como “vencimiento del plazo” y “tiempo indicado” se entiende que se está ante una situación que establece un plazo o límite de tiempo, para desarrollar determinada actividad, en este caso, la terminación de la modalidad de importación.

11.7. Pregunta No.110: Relacionado con el decomiso de mercancía textil, donde sugieren que la respuesta correcta es la del literal **b)** puntualizar pruebas y garantizar que se cumplan los requisitos según la lógica y la ciencia que tiene cada uno. Esta pregunta también se torna confusa, consideré correcta la respuesta del literal **a) aplique el mérito que la ley y el reglamento le asignen a cada uno.** Lo anterior teniendo en cuenta que, para adelantar las medidas cautelares, como es el caso del decomiso de mercancía, se deben cumplir los requisitos contemplados en la legislación aduanera vigente, además de dar cumplimiento al derecho constitucional del debido proceso que se debe surtir en todo acto administrativo con la finalidad de validar la correcta aplicación de los procedimientos en cada proceso que adelante la autoridad tributaria.

Respuesta de la accionada: *“Esta respuesta es correcta porque las pruebas deben valorarse en su conjunto con base en las reglas de la sana crítica, el cual es un sistema de valoración "en el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia" (Sentencia C-202 de 2005), según lo preceptuado el Artículo 657 del Decreto 1165 de 2019 y el Concepto General de Procedimientos Aduaneros.*

Señor juez en este aspecto, nuevamente me permito precisar que esta pregunta es ambigua e induce a error, pues la respuesta del accionante no es concordante con el contenido de la pregunta. Tal es el grado de confusión y de ambigüedad de esta pregunta, que también fue objeto de tutela interpuesta por parte de la accionante Diana Lucia Soto Montiel y admitida por el **JUZGADO 63 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTA -SECCION TERCERA**, bajo el número de radicación **2022-000026-00**.

La mencionada señora Diana Lucia Soto esboza en su tutela que selecciono como correcta la misma respuesta seleccionada la suscrita, lo cual es prueba contundente que las preguntas elaboradas por la accionada contienen un alto grado de ambigüedad. Para demostrar lo expuesto anteriormente, a continuación me permito transcribir el extracto de la tutela mencionada, referente al inconformismo con la pregunta No 110 de la prueba:

15.11. pregunta 110: Se refería a unas pruebas en un proceso de decomiso de la mercancía.

PREGUNTA	RC	RM	JUSTIFICACIÓN RECLAMACIÓN
----------	----	----	---------------------------

110	Decomiso mercancía - pruebas	B	indique el valor que tiene cada una en atención a la experiencia	A	Aplique el mérito que la ley y el reglamento asigna a cada una	La opción B que según es la respuesta correcta induce a error pues señala que es en atención a la experiencia lo que no corresponde a la realidad, ya que obedece a la sana crítica
-----	------------------------------	---	------------------------------------------------------------------	---	----------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

La respuesta de la accionada fue: *“Esta respuesta es correcta porque las pruebas deben valorarse en su conjunto con base en las **reglas de la sana crítica**, el cual es un sistema de valoración "en el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia" (Sentencia C-202 de 2005), según lo preceptuado el Artículo 657 del Decreto 1165 de 2019 y el Concepto General de Procedimientos Aduaneros”*

El artículo 657. Valoración de las pruebas, citado por la accionada para ratificar la respuesta, refiere lo siguiente:

“Artículo 657. Valoración de las pruebas.

*Las pruebas serán apreciadas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la **sana crítica**, con independencia de quien las haya solicitado.*

En el acto que decide de fondo, el funcionario aduanero deberá exponer en forma razonada el mérito que le asignó a cada prueba que obra en el expediente.

*Un medio de prueba no es admisible **para demostrar hechos que, de acuerdo con las normas generales o especiales, no son susceptibles de probarse por dicho medio, sino por otro diferente**” (Negritas y subrayas fuera del texto original).*

Estoy muy de acuerdo con la accionada en su respuesta al señalar que las pruebas deben ser valoradas en su conjunto de acuerdo con las reglas de la **sana crítica**, lo que encuentra total armonía con lo establecido en la disposición anteriormente transcrita; sin embargo, en las opciones de respuesta, ninguna de ellas se refería a la sana crítica, ni siquiera fue así mencionado, y como puede apreciarlo el señor Juez, la opción B que según la accionada corresponde a la respuesta correcta, hace referencia a el valor que tiene cada prueba en atención a la **“EXPERIENCIA”**, circunstancia muy diferente a la obligación que le asiste al funcionario aduanero de exponer de forma razonada el mérito que le asigna a cada prueba que obra en el expediente.

Ahora bien, remitiéndonos al artículo 176 del Código General del Proceso, es posible evidenciar que este regula en forma similar la cuestión relativa a la apreciación de las pruebas, tal como se muestra a continuación:

“Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”

Por su parte, el “Concepto General de Procedimientos Administrativos Aduaneros”, citado por la accionada y que respetuosamente me permito adjuntar, refiera en la página 54 lo siguiente, en relación con la apreciación de las pruebas:

“2.11. DESCRIPTOR:

Valoración de las Pruebas

Fuentes formales

Decreto 1165 de 2019 art. 657

¿Qué criterios debe aplicar la autoridad aduanera para valorar las pruebas dentro de un procedimiento administrativo aduanero?

De conformidad con lo determinado por el artículo 657 del Decreto 1165 de 2019, las pruebas deberán ser apreciadas en su conjunto, atendiendo las reglas de la sana crítica, con independencia de quien las haya solicitado.

Advierte la norma que un medio de prueba no es admisible para demostrar hechos que, de acuerdo con las normas generales o especiales, no son susceptibles de probarse por dicho medio, sino por otro diferente.

En armonía con lo precedente, dispone la norma en cita que, en el acto que decide de fondo, el funcionario aduanero deberá exponer en forma razonada el mérito que le asignó a cada prueba que obra en el expediente.”

Es claramente evidente que el juez o funcionario de conocimiento se encuentra obligado a exponer de forma razonada el merito que le asigna a cada prueba, **pero no es lo mismo, señalar que este funcionario debe indicar el valor que tiene cada prueba en atención a la experiencia**, como erróneamente pretende argumentarlo la accionada.

Pues todo lo contrario, lo ha señalado la jurisprudencia y la doctrina. Para citar un ejemplo traigo a colación lo mencionado por Parra Quijano en su obra “Manual de Derecho Probatorio. Ed. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá. 2011, Pag 68:

*“La prueba es necesariamente vital para la demostración de los hechos en el proceso; sin ella la arbitrariedad sería la que reinaría. **Al Juez le está prohibido basarse en su propia experiencia para dictar sentencia**; ésta le puede servir para decretar pruebas de oficio y, entonces, su decisión se basará en pruebas oportuna y legalmente recaudadas (...)”*

La opción señala por mi como correcta, es la correspondiente al literal A, que hacía referencia al mérito que la ley y el reglamento le asignan, teniendo en cuenta lo manifestado en las disposiciones anteriormente transcritas en relación con el “*medio de prueba no es admisible para demostrar hechos que, de acuerdo con las normas generales o especiales, no son susceptibles de probarse por dicho medio, sino por otro diferente*”

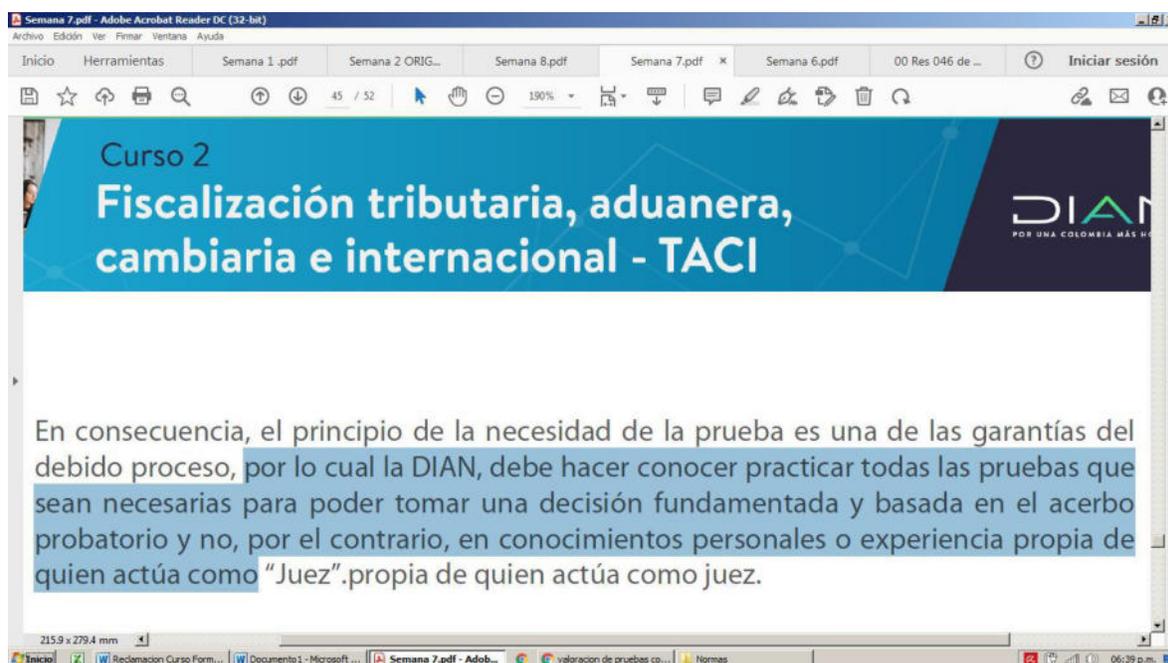
Otro concursante que también cuestionó esta respuesta con los mismos argumentos es el correspondiente a la acción de tutela: 52-838-31-03-001-2022-00005-00, en la que se señaló lo siguiente:

“**Argumentación:** Teniendo en cuenta el material del curso de formación de la semana 7, entre las páginas 44 y 45, que precisamente se refiere al Módulo 8 sobre la temática de Obligación sustancial y Fiscalización aduanera, el cual coincide plenamente con la pregunta número 112 de la prueba escrita desarrollada el día 28 de noviembre de 2021, se expone textualmente que siempre deben existir pruebas para la toma de una decisión por parte del funcionario, argumentado en el principio de la necesidad de la prueba. Fuente: Material del curso de formación de la Universidad Sergio Arboleda para el año 2021.

En ese orden de ideas, la respuesta correcta que ofrece la Universidad Sergio Arboleda para la mencionada pregunta 112, estaría contradiciendo el texto del curso de formación de la semana 7, el cual YO estudie detenidamente, y esa confusión de criterios, juicios, razones, argumentos, entre lo que nos enseñó la Universidad durante el curso y lo que nos evaluaron en la prueba escrita, obviamente al NO coincidir, perjudica a los participantes del curso – concurso de la DIAN.

Si detallamos el texto de la respuesta correcta que ofrece la Universidad Sergio Arboleda y la imagen que presento a continuación, se evidencia claramente la contradicción de conceptos, razones e ideas: Respuesta correcta que colocó la Universidad: B) Analizar el valor de las pruebas **con base en las reglas de la experiencia.** (Negrita fuera del texto original)

Página 45 del módulo 8



Fuente: Material del curso de formación de la Universidad Sergio Arboleda para el año 2021. Según el texto del material del curso de formación del módulo 8, prohíbe que la experiencia sea elemento para tomar una decisión, en su página 45 afirma: *“En consecuencia, el principio de la necesidad de la prueba es una de las garantías del debido proceso, por lo cual la DIAN, debe hacer conocer practicar todas las pruebas que sean necesarias para poder tomar una decisión fundamentada y basada en el acerbo probatorio **Y NO, POR EL CONTRARIO, EN CONOCIMIENTOS PERSONALES O EXPERIENCIA PROPIA** de quien actúa como “Juez”.*

Señor juez, con el texto transcrito anteriormente se puede apreciar claramente que las preguntas del accionado son confusas e inducen a interpretar que cualesquiera de las tres alternativas de respuestas son correctas, a tal punto que no solo la suscrita está cuestionando el proceder de la accionada, sino que otro concursante de un cargo y OPEC diferente, también está solicitando la revisión de su prueba por la misma situación que estoy exponiendo.

11.8. Pregunta No. 119: Esta pregunta relacionada con un caso de usuario aduanero que se allana para cumplir **principios generales de la Ley Marco de Aduanas**, genera confusión por su redacción, ya que el accionado sugiere como respuesta el literal **b) explicar que se emplea la buena fe y economía como principios legales**. Considero que mi respuesta también es correcta, enunciada en el literal **c) argumentar que se usaran eficiencia y favorabilidad como principios reglamentarios**. Lo anterior, teniendo en cuenta que los principios de buena fe y economía se encuentran enunciados en el Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Por su parte la Ley Marco de Aduanas, Ley 1609 de 2019, en su artículo 4 señala el listado de **principios del derecho aduanero**, dentro de los que se encuentran: debido proceso, buena fe, imparcialidad, economía, celeridad, **eficiencia**, responsabilidad, progresividad, **favorabilidad**, eficiencia, coordinación y colaboración, entre otros.

Adicionalmente se debe tener en cuenta que el enunciado de la pregunta hace referencia a la **“Ley Marco de Aduanas”** y no al código contencioso administrativo y de lo contencioso administrativo, situación que genera la confusión y permite inferir que la respuesta correcta es la del literal c) mencionado anteriormente.

Respuesta de la accionada: *“Esta respuesta es correcta porque, en el enunciado se solicita garantizar el cumplimiento de los principios generales del marco de aduanas y para esta tarea el funcionario debe explicar que en la aplicación de la infracción se emplearán la buena fe y la economía como principios legales, que en todo caso corresponderán con lo estipulado en la legislación contenciosa. Ello según el artículo 4 de la Ley 1609 de 2013, que señala: “PRINCIPIOS GENERALES. Los decretos que expida el Gobierno Nacional para desarrollar la Ley Marco de Aduanas, deberán sujetarse a los principios constitucionales y a los previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y demás normas que lo modifiquen o sustituyan, como son:*

*Principio del debido proceso, Principio de igualdad,
Principio de la buena fe,
Principio de economía,*

*Principio de celeridad,
Principio de eficacia, Principio de imparcialidad,
Principio de prevalencia de lo sustancial,
Principio de responsabilidad, Principio de publicidad y contradicción,
Principio de progresividad.”*

Una vez más solicito al señor juez de conocimiento, tener en cuenta que nuevamente esta misma pregunta está siendo objetada dentro de la acción de tutela mencionada en numerales anteriores, interpuesta por la señora Diana Lucia Soto Montiel, admitida por el **JUZGADO 63 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTA -SECCION TERCERA, bajo el número de radicación 2022-000026-00**, quien manifestó su inconformismo sobre la ambigüedad de la misma pregunta No. 119, esbozando en sus argumentos consideraciones muy similares a las expuestas por mi en los párrafos anteriores.

A continuación, me permito transcribir los argumentos de la tutela mencionada:

15.13. pregunta 119: Se refería a los beneficios que comporta el allanamiento a la sanción.

PREGUNTA		RC		RM		JUSTIFICACIÓN RECLAMACIÓN
119	Allanamiento a la sanción	B	Buena fe y economía	C	Eficiencia y favorabilidad	Eficacia ya que la administración se ahorra un largo proceso y favorabilidad ya que el administrado se favorece con la reducción

La respuesta de la accionada fue: *“Esta respuesta es correcta porque, en el enunciado se solicita garantizar el cumplimiento de los principios generales del marco de aduanas y para esta tarea el funcionario debe explicar que en la aplicación de la infracción se emplearán la buena fe y la economía como principios legales, que en todo caso corresponderán con lo estipulado en la legislación contenciosa. Ello según el artículo 4 de la Ley 1609 de 2013, que señala: “PRINCIPIOS GENERALES. Los decretos que expida el Gobierno Nacional para desarrollar la Ley Marco de Aduanas, deberán sujetarse a los principios constitucionales y a los previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y demás normas que lo modifiquen o sustituyan, como son: Principio del debido proceso, Principio de igualdad, Principio de la buena fe, Principio de economía, Principio de celeridad, Principio de eficacia, Principio de imparcialidad, Principio de prevalencia de lo sustancial, Principio de responsabilidad, Principio de publicidad y contradicción, Principio de progresividad”*

La disposición mencionada refiere lo siguiente *“ARTÍCULO 4o. PRINCIPIOS GENERALES. Los decretos que expida el Gobierno Nacional para desarrollar la Ley Marco de Aduanas, deberán sujetarse a los principios constitucionales y a los previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y demás normas que lo modifiquen o sustituyan, como son: Principio del debido proceso,*

*Principio de igualdad,
Principio de la buena fe,
Principio de economía,
Principio de celeridad,
Principio de eficacia,
Principio de imparcialidad,
Principio de prevalencia de lo sustancial,
Principio de responsabilidad,
Principio de publicidad y contradicción,
Principio de progresividad.*

De la misma forma deberá tener en cuenta los principios especiales del derecho probatorio, y los principios especiales del régimen de aduanas, como son:

Principio de eficiencia,

Principio de Seguridad y Facilitación en la cadena logística de las operaciones de comercio exterior,

Principio de Coordinación y Colaboración, y

Principio de Favorabilidad” (negritas y subrayas fuera del texto original).

En concordancia con lo anterior, el decreto 1165 de 2019, “*Por el cual se dictan disposiciones relativas al Régimen de Aduanas en desarrollo de la Ley 1609 de 2013*”, consagra en el artículo 2 la relativo a los principios generales lo siguiente:

“Artículo 2°. Principios generales. Sin perjuicio de los principios constitucionales y los previstos en el artículo 3° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de la Ley 1609 de 2013 y del Código General del Proceso, las disposiciones contenidas en este Decreto se aplicarán e interpretarán teniendo en cuenta los siguientes:

1. Principio de eficiencia. En las actuaciones administrativas relativas a la función aduanera siempre prevalecerá el servicio ágil y oportuno para facilitar y dinamizar el comercio exterior, sin perjuicio de que la autoridad aduanera ejerza su control.

2. Principio de favorabilidad. Si antes de la firmeza del acto que decide de fondo la imposición de una sanción o el decomiso entra a regir una norma que favorezca al interesado, la autoridad aduanera la aplicará oficiosamente.

Como puede observar el señor juez, tanto la opción de respuesta B como la C, son correctas, como quiera que los cuatro principios que se encuentran en las dos opciones de respuesta hacen parte de la ley de aduanas.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN CONCURSOS DE MERITO

Como lo reitero la Corte Constitucional en tutela T-059/2019 del 14/02/2019 Magistrado Ponente: ALEJANDRO LINARES CANTILLO, para el ejercicio de la acción de tutela deben acreditarse unos requisitos que permitan establecer su procedencia, lo referido en dicha sentencia fue:

“De acuerdo a lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, para el ejercicio de la acción de tutela se deben acreditar unos requisitos que permitan establecer su procedencia para resolver el problema jurídico puesto en conocimiento del juez constitucional. Así las cosas, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional procederá a realizar un análisis sobre (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva; (ii) la inmediatez y, por último, (iii) la subsidiariedad. En cada uno de los procesos de tutela.

1. Legitimación por activa: *El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de directamente o a través de un representante que actúe en su nombre.*

Si bien el titular de los derechos fundamentales es a quien, en principio, le corresponde interponer el amparo constitucional, lo cierto es que es posible que un tercero acuda ante el juez constitucional. En efecto, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela también puede ser interpuesta por el representante de la persona que ha visto vulneradas sus prerrogativas constitucionales, por otra persona que agencie oficiosamente los derechos del titular ante la imposibilidad de este último de acudir por sí mismo al amparo o por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

(...)

2. Legitimación por pasiva: *El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto, especialmente, las hipótesis se encuentran plasmadas en el artículo 42.*

(...)

3. Inmediatez: *El principio de inmediatez de la acción de tutela está instituido para asegurar la efectividad del amparo y, particularmente, garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o se hayan visto vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la Constitución y demás normas, así como en la jurisprudencia de esta Corte. Por lo tanto, el transcurso de un lapso desproporcionado entre los hechos y la interposición del amparo tornaría a la acción en improcedente, puesto que desatendería su fin principal.*

(...)

Así las cosas, el término que transcurrió entre la última actuación de las autoridades demandada y la interposición del amparo constitucional resulta proporcionado y razonable, de conformidad con la jurisprudencia constitucional y las reglas contenidas en el Decreto 2591 de 1991.

4. Subsidiariedad: *En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional adoptada en la*

materia y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos proferidos en el marco de concursos de méritos

5. *En desarrollo del artículo 86 y del Decreto 2591 de 1991 es posible sostener que, por regla general, la acción de tutela no procede en contra de los actos administrativos adoptados al interior de un concurso de méritos, en la medida en que para controvertir ese tipo de decisiones, en principio, los afectados cuentan con medios de defensa ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, en este tema, existen dos excepciones: (i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela que sea adecuado para resolver las afectaciones constitucionales que se desprenden del caso y (ii) cuando exista riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable.*

6. *Precisamente, la postura anterior se consolidó en la Corte Constitucional desde las primeras oportunidades que tuvo para pronunciarse sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela en casos de concursos de méritos. En efecto, en su jurisprudencia, esta corporación se ha centrado en identificar la eficacia en concreto de los medios de defensa ordinarios existentes en el ordenamiento jurídico frente a este tipo de situaciones y, en ese sentido, en la sentencia T-388 de 1998[64] sostuvo que en atención al término prolongado que tardaban en ser resueltas las pretensiones en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el restablecimiento del derecho no garantizaba el acceso al cargo para el cual se concursó, sino que se logra únicamente una compensación económica por los daños que se causaron al afectado.*

7. *De manera posterior, en la sentencia T-095 de 2002[65] la Sala Octava de Revisión concluyó que, cuando se somete a un trámite prolongado de restablecimiento de derechos a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, se genera una violación de derechos fundamentales que se extiende en el tiempo, por lo que no parece evidente que el medio de defensa ordinario sea el adecuado para garantizar de manera efectiva la protección de los derechos vulnerados.*

8. *En igual sentido, en la sentencia SU-913 de 2009 la Sala Plena de la Corte consideró que “en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso –administrativo–, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser*

eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”[66]

9. *Pese a lo anterior, con la introducción al ordenamiento jurídico de la Ley 1437 de 2011[67] y, con ésta, de la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como la reducción de la duración de los procesos, el análisis de procedencia varió en estos casos, como quiera que se hizo necesario revisar la eficacia de los mecanismos de defensa allí dispuestos de cara a estas nuevas herramientas que, al igual que la acción de tutela, también permiten suspender los actos que causan la vulneración de los derechos fundamentales. En ese sentido, esta Corte ha sostenido que con la nueva norma el legislador quiso imprimir una perspectiva constitucional a los procesos adelantados ante la citada jurisdicción, instando a los jueces para que, en sus decisiones, opten por una visión más garantista del derecho[68].*

10. *Respecto de las condiciones para solicitar medidas cautelares en los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Corte se pronunció en la sentencia C-284 de 2014[69] 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 decrete una medida cautelar es más largo que, los 10 días establecidos para la resolución del amparo constitucional.*

(...)

12. *Por lo anterior, en la citada sentencia C-284 de 2014 esta Corte manifestó que la Constitución les otorgó a los jueces de tutela una importante facultad para proteger derechos fundamentales de manera inmediata y a través de medidas que son más amplias que aquellas que tienen previstas las medidas cautelares, puesto que, en principio, no están sometidas a “reglas inflexibles” que limiten de alguna forma el estándar de protección que se puede otorgar.*

13. *En igual sentido, mediante la sentencia T-376 de 2016 la Sala Tercera de Revisión tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el tema, particularmente sobre la eficacia en abstracto de la medida cautelar denominada suspensión provisional de los efectos del acto administrativo. Al respecto, concluyó que, pese a que al momento de estudiar el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela es imperativo analizar la existencia de estas nuevas herramientas introducidas al ordenamiento por el legislador, lo cierto es que existen diferencias importantes con la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991.*

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

preestablecida, (ii) por regla general, para que una medida cautelar sea decretada, es imperativo prestar caución para asegurar los posibles perjuicios que con ésta se puedan causar[72] y, (iii) la suspensión de los actos que causen la vulneración de los derechos no es de carácter definitivo, puesto que estas herramientas son transitorias y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio, en contraposición con la protección que brinda el amparo constitucional, que en principio, es inmediato y definitivo.

15. Ahora bien, recientemente, mediante la sentencia SU-691 de 2017, la Sala Plena tuvo la posibilidad de pronunciarse nuevamente respecto de la eficacia de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez. En esa providencia, esta Corte consideró que estas nuevas herramientas permiten garantizar la protección de los derechos de forma igual o, incluso superior a la acción de tutela en los juicios administrativos, pero ello no **significa la improcedencia automática y absoluta de la acción de tutela** como mecanismo de protección subsidiario de los derechos fundamentales, ya que los jueces constitucionales tienen la obligación de realizar, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en concreto de los medios de defensa alternos y, en ese sentido, están obligados a considerar: “(i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados”. (negritas y resalta fuera del texto original)

16. Sumado a lo anterior, es importante resaltar que un requisito de acceso a las acciones previstas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es el agotamiento de la etapa previa de conciliación extrajudicial, cuando el objeto de la pretensión pueda ser objeto de este medio alternativo de resolución de conflictos, situación que interrumpe el término de caducidad de la acción hasta que se logre el acuerdo conciliatorio; hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley; hasta que se expidan las constancias de no conciliación o hasta que se venza el término de 3 meses, lo que ocurra primero.

17. Debido a ello, pese a la existencia de medios de defensa ordinarios que puedan ser idóneos para la protección de los derechos fundamentales invocados, lo cierto es que la acción de tutela puede ser procedente, de manera excepcional, con la finalidad de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

18. Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley[74]. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de

acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico[75].

(...)

24. Por último, es importante poner de presente que, pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela, se podría satisfacer mediante la solicitud de medidas cautelares, lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales.

Armonizando los anteriores requisitos con el caso sometido a consideración del señor juez de tutela, encontramos lo siguiente:

1. Legitimación por activa: soy la titular de los derechos constitucionales fundamentales vulnerados por la acción y omisión de las entidades accionadas.
2. Legitimación por pasiva: con la acción de las entidades accionadas, se han vulnerado mis derechos fundamentales. Las entidades públicas en el presente caso son la DIAN y La Comisión Nacional del Servicio Civil, aclarando que si bien es cierto, también se encuentra una entidad particular como lo es la Universidad Sergio Arboleda, esta acción también procede contra dicha entidad, en razón de lo dispuesto en el Capítulo III del decreto 2591 de 1991.
3. Inmediatez: entre la actuación de las entidades y la formulación de la presente acción ha transcurrido un término proporcionado y razonable, como quiera que la respuesta a la reclamación por parte de la Universidad Sergio Arboleda se llevó a cabo el día 06 de enero de 2022, la Publicación de la lista de elegibles fue el día 12 de enero de 2022 en tanto que la firmeza individual para algunos concursantes se concretó el día 21 de enero de 2022, sin que haya transcurrido un término superior a un mes.
4. Subsidiaridad: en el presente caso se cumple con este requisito si se tiene en cuenta que al no proceder recurso alguno en contra de la decisión que se pronuncia sobre la reclamación de los resultados a pesar de la evidencia que da cuenta de la calificación errónea emitida por la Universidad Sergio Arboleda, se profirió lista de elegibles por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual adquirió firmeza individual para los 359 primeros de lista desde el 21 de enero de 2022, razón suficiente para afirmar que de acudirse a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se concretaría en los 372 ocupantes de la lista de elegibles un derecho que aún se encuentra en controversia, en razón de la renuencia de la Universidad Sergio Arboleda de revisar a conciencia el examen realizado, al existir preguntas contestadas correctamente pero que el operador del concurso insiste en aseverar que están bien calificadas sin mayor argumentación y profundización en sus argumentos.

Es por esta razón que solicito al señor juez de tutela, ordene la revisión y recalificación de mi prueba teniendo en cuenta los argumentos esbozados en el presente escrito lo que sin duda alguna permitirá la obtención de una mejor calificación, constituyéndose esta en una posibilidad real de mejorar mi puntaje y por ende obtener una mejor posición que me permita ser incluida en la lista de elegibles.

PRETENSIONES

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto solicito de manera respetuosa al señor Juez, lo siguiente:

1. TUTELAR mis derechos fundamentales AL DEBIDO PROCESO (ART 29 C.P.), AL DERECHO AL TRABAJO (ART 25 C.P.), al ACCESO AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS (ART 40 NUM 7 C.P.) y a los PRINCIPIOS DE MERITOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA y CONFIANZA Y LEGITIMIDAD.
2. Vincular a la presente acción a las personas que conforman la lista de elegibles correspondiente a la resolución No. 83 del 12 de enero de 2022 para que ejerzan su derecho de defensa.
3. Ordenar a las entidades accionadas a realizar nueva calificación y ponderación del puntaje y en consecuencia actualizar mi estado en el aplicativo SIMO.
4. Ordenar a los accionados que como consecuencia de mi recalificación me ubique en la LISTA DE ELEGIBLES en el orden que me corresponda.

PRUEBAS ANEXAS:

1. Reclamación efectuada
2. Respuesta de la reclamación por parte de la entidad accionada, Universidad Sergio Arboleda USA.
3. Resolución No. 83 del 12 de enero de 2022
4. Acción de tutela instaurada ante el juzgado 63 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTA -SECCION TERCERA, por la señora DIANA LUCIA SOTO MONTIEL, bajo el número de Radicación 2022-000026-00
5. Solicitud del copia del cuadernillo de preguntas de mi examen, Hoja de respuestas clave y Hoja de respuestas, dirigida a las entidades accionadas.

RETIERACIÓN SOLICITUD

Pongo en conocimiento del señor juez de tutela, que mediante solicitud radicada el día de hoy de la cual adjunto copia, he requerido a las entidades accionadas para que me sean suministrada copia de los documentos que se relacionan más adelante, **los cuales**

considero importante que sean valoradas por el señor juez al momento de resolver este asunto.

1. Cuadernillo de preguntas de mi examen correspondiente a la prueba 5.
2. Hoja de respuestas clave
3. Hoja de respuestas.

Atentamente,

NOTIFICACIONES:

Recibiré notificaciones a través de la cuenta de correo luzdaolaya@hotmail.com

Las accionadas en:

1. Universidad Sergio Arboleda:
oficinajuridica@usa.edu.co
2. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN:
notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co
3. Comisión Nacional del Servicio Civil:
notificacionesjudiciales@cnscc.gov.co

Atentamente,



LUZ DARY OLAYA CASTILLO
CC. No. 52.055.734