

SEÑORES

JUECES DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA

REF: Acción de tutela contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC-.

EDWARD RODOLFO PÉREZ PEÑA, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bucaramanga (S), identificado con la cedula de ciudadanía 1.098.684.088 de Bucaramanga y abogado titulado con tarjeta profesional número 252359 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre propio, por medio del presente escrito me permito interponer ACCIÓN DE TUTELA, establecida en el Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y en el Decreto 2591 de 1991; contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC- con el objeto de que se protejan mis derechos y principios fundamentales al DEBIDO PROCESO, al TRABAJO, a la IGUALDAD, al MÉRITO, a la CARRERA ADMINISTRATIVA y a la FUNCIÓN PÚBLICA; y todos los demás que se puedan encontrar vulnerados, con fundamento en los siguientes:

1. HECHOS

1.1. Participé y aprobé cada una de las etapas del concurso de méritos para ingreso a la DIAN. Concurso de méritos realizado mancomunadamente con la demandada.

1.2. Por motivo de lo anterior, la CNSC expidió la Resolución No 83 del 12 de enero de 2022 y ocupé en ella el No 246 para proveer un total de 372 vacantes disponibles a nivel nacional en la OPEC 126569, cargo Gestor III, y que adquirió firmeza individual en mi caso el día 21 de enero de 2022. Se adjuntará en archivo pdf la resolución y captura de pantalla de la página de la CNSC donde se encuentra la lista de elegibles con la fecha de la firmeza individual.

1.3. Como lo establece el Decreto Ley 760 de 2005 en su artículo 14, la Comisión

del Personal del Nivel Central de la DIAN solicitó la exclusión de algunas personas que se encontraban en la lista. Actualmente, a las personas que fueron objeto de esa solicitud no se les ha resuelto la actuación administrativa a pesar de que ya se encuentran vencidos los términos con que contaba la CNSC para resolverlas. Específicamente esas personas fueron quienes ocuparon las posiciones No 13, CESAR AUGUSTO MONTAÑA RODRIGUEZ, la No 99, JOSE DAVID JARAMILLO RESTREPO y la 122, FABIO ANDRES CASTAÑO MESA.

1.4. La demora de la demandada en resolver estas situaciones afecta mis derechos y principios invocados al igual que el de todas las personas que nos encontramos en los puestos subsiguientes de quienes se solicitó exclusión, es decir, casi la totalidad de quienes conformamos la lista de elegibles en razón a que nos imposibilita avanzar a las etapas siguientes de la convocatoria, reguladas en el ACUERDO NO 285 DE 2020 expedido por la CNSC.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1. DEL PORQUÉ YA VENCÍO EL TÉRMINO DE LA DEMANDADA PARA RESOLVER LAS SOLICITUDES DE EXCLUSIÓN.

Las solicitudes de exclusión de que trata esta acción fueron publicadas en la página web de la CNSC, enlace <https://historico.cnsc.gov.co/index.php/1461-dian-actuaciones-administrativas> con fecha 03 de febrero de 2022 y en ellas, específicamente su artículo 3, les otorga a los implicados el término de 10 días hábiles para que ejerzan su derecho de defensa, es decir, hasta el 17 de febrero del año en curso. Ahora, el procedimiento que adelanta la CNSC en este tema se encuentra regulado en el Decreto Ley 760 de 2005, específicamente arts 14 y siguientes. Sin embargo, esta Ley adolece de un vacío legal específicamente sobre el trámite de las solicitudes de exclusión pues no señala el término con que cuenta la demandada para iniciar la actuación administrativa ni tampoco sobre el término que tiene para resolver este tipo de solicitudes. Esto es confirmado en las

consideraciones de cada uno de los autos donde se inician este tipo de actuaciones administrativas de solicitud de exclusión. Por tanto, teniendo en cuenta el mandato constitucional del artículo 230, se debe dar aplicación al principio del derecho de la analogía.

De esa manera, se abren dos posibilidades:

La primera es que la analogía se aplique con el mismo Decreto Ley 760 de 2005. En los otros procedimientos establecidos en esta norma, se tiene que la CNSC iniciará la actuación administrativa dentro de los 10 días hábiles siguientes (véase arts 19, 21, 26) y a partir de que se inicie, concederá otros 10 días hábiles para que la persona involucrada pueda ejercer su derecho de defensa (de hecho, este término es el que concede la CNSC en el auto que inicia la actuación administrativa de solicitud de exclusión y que se corresponde con el artículo 26 numeral 26.3 ibidem)

Ahora, en algunos casos el mismo Decreto Ley otorga 10 días hábiles para que las situaciones administrativas se resuelvan, por ejemplo en los artículos 19 y 32; en otros 20 días hábiles como por ejemplo en el artículo 27 y en otros otorga 08 días hábiles como por ejemplo en el artículo 31.

Si por este camino aplicamos la analogía y atendiendo a que la lista de elegibles se publicó el 13 de enero de 2022, las solicitudes de exclusión se debían presentar a más tardar hasta el 20 de enero de 2022; los 10 días hábiles para iniciar actuación administrativa irían desde el 21 de enero de 2022 hasta el jueves 03 de febrero de 2022; el traslado para ejercer defensa e intervenir de 10 días hábiles empezaría desde el viernes 04 de febrero de 2022 hasta el jueves 17 de febrero de 2022. Y finalmente para resolver podríamos aplicar los 10 días hábiles (tendría hasta el jueves 03 de marzo de 2022) o aplicar el máximo término permitido de 20 días del art 27 del Decreto Ley 760 de 2005, lo que ampliaría la resolución de la solicitud a más tardar para el jueves 17 de marzo de 2022.

Como se puede apreciar, en todos los casos de analogía de la misma ley, la demandada se encuentra con los términos vencidos para resolver.

Es importante resaltar su señoría, que los anteriores términos son los más extensos

pero que en la realidad se deben aplicar y contabilizar desde las fechas de las solicitudes, información que la CNSC NO DA A CONOCER. Si se fija en los autos que inician actuación administrativa de solicitud de exclusión, expresan que las comisiones de personal hicieron la solicitud dentro del término, pero NO ESPECIFICAN en qué fecha exactamente. Esta información es muy importante porque con ella se podrían conocer exactamente los términos y no tener que depender del máximo permitido por la ley.

La segunda opción de aplicar la analogía sería atendiendo al artículo 47 del mismo Decreto Ley 760 de 2005 que señala *“Los vacíos que se presenten en este decreto se llenarán con las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, debemos remitirnos a la Ley 1437 de 2011, CPACA. En este, podríamos encontrar principalmente tres escenarios: el primero sería el procedimiento administrativo general (art 34 y siguientes), el segundo sería el procedimiento administrativo sancionatorio (art 47 y siguientes) y el último serían los recursos (art 74 y siguientes).

De los anteriores el más apropiado para aplicar sería el administrativo general en atención a que el Título II del Decreto Ley 760 de 2005 cataloga este tema como una reclamación y no una sanción como sí lo hace por ejemplo su título V. De igual manera, el proceso sancionatorio se caracteriza por ejercer el poder punitivo del Estado y en el evento de que las solicitudes de exclusión llegaren a prosperar, no representaría una afectación o desmejora a los derechos de estas personas en atención a que por el momento mantienen la calidad de aspirantes. De hecho, lo que hace la CNSC decidiendo las solicitudes de exclusión es cumplir con sus funciones de velar por el mérito y la carrera administrativa más no ejercer derecho sancionatorio como sí podría hacerlo la Fiscalía General de la Nación en eventuales casos como de que se logre por ejemplo comprobar una falsedad o suplantación.

Tampoco es viable darle trámite a la solicitud de exclusión de la lista de elegibles como un recurso, toda vez que no proceden contra la misma, tal cual lo dicta en su

artículo décimo la Resolución No 83 del 12 de enero de 2022.

Por todo lo anterior, se puede entender que la remisión analógica del artículo 47 del Decreto Ley 760 de 2005 nos lleva al Título III Capítulo I del CPACA y allí, su primer artículo 34 nos indica que en lo no previsto en las leyes especiales se aplicará la primera parte de este código. De esta forma, el único camino posible para que las personas tengan acceso a su defensa y los terceros a intervenir, sería que se le dé trámite conforme al artículo 42 del CPACA el cual señala: *“Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada.”*

La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos.”

Siendo así, se podrían tomar como peticiones las solicitudes de exclusión y las solicitudes que hagan el aspirante en su defensa y quienes hayan querido intervenir dentro de los 10 días hábiles que otorga la CNSC para pronunciarse frente a la solicitud de exclusión

Como se trata de una petición, debería darse el término de respuesta a una petición general, es decir de 15 días, toda vez que en este proceso no se están solicitando documentos o información ni tampoco se está consultando algo. También debe tenerse en cuenta que a pesar de que el Decreto 491 de 2020 expandió los términos, esta ampliación no aplica a las peticiones relativas a la efectividad de otros derechos fundamentales (tal cual lo cita su parágrafo del artículo 5) lo cual corresponde al presente caso pues en este tipo de trámites dentro de un concurso de méritos se busca la efectividad de derechos fundamentales tales como el debido proceso, el trabajo, la igualdad, la carrera administrativa y los principios constitucionales al mérito, la eficiencia y celeridad de las actuaciones administrativas; tanto de los implicados como de las demás personas con quienes comparten la lista de elegibles, en razón a que la decisión que se tome o la demora excesiva en resolver sus situaciones (como en el presente caso) termina afectándonos al imposibilitarnos continuar con las demás etapas como lo es la audiencia de escogencia de sede. La importancia de la resolución de estos trámites en aras de proteger los derechos y principios constitucionales está corroborado en las decisiones ya proferidas de la CNSC en casos de otras OPEC de la misma convocatoria como por ejemplo en la Resolución No 18 de 05 de enero de 2022, donde se excluye de la lista de elegibles de la OPEC 126586 a DIEGO FERNANDO MENSES TRUJILLO. En los fundamentos jurídicos de esa decisión se tiene:

“...Específicamente, en la Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez,

dicha corporación manifestó:

(...) *En relación con la etapa de convocatoria, la sentencia T-256 de 1995 concluyó que “Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso (...) incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla” (Subrayado fuera de texto).*

En la misma línea jurisprudencial, en la Sentencia SU-446 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expresó:

Por tanto, si lo que inspira el sistema de carrera es el mérito y la calidad, son de suma importancia las diversas etapas que debe agotar el concurso público. En las diversas fases de éste, se busca observar y garantizar los derechos y los principios fundamentales que lo inspiran, entre otros, los generales del artículo 209 de la Constitución Política y los específicos del artículo 2 de la Ley 909 de 2004 (...). La sentencia C-040 de 1995 (...) reiterada en la SU-913 de 2009 (...), explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (...).

(...)

Es indiscutible, entonces, que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a las entidades no le es dado variarlas en ninguna fase del proceso, por cuanto se afectarían principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular (Subrayados fuera de texto).”

Siendo así, si no se aplican los 10 días hábiles para iniciar actuación administrativa a partir de la solicitud de exclusión sino que se aplican 15 días hábiles como una petición, la CNSC tendría (a partir del 20 de enero de 2022 que era el último día para solicitar exclusión) hasta el 10 de febrero para iniciar actuación administrativa, donde concedería 10 días hábiles para que el aspirante implicado se defienda y los intervinientes participen (término que iría hasta el 24 de febrero de 2022) y finalmente tendría otros 15 días hábiles para resolver tanto la solicitud de exclusión como la de defensa y las demás que se hayan presentado, para lo cual tendría hasta el 17 de marzo de 2022.

CONCLUSIÓN

En cualquiera de los ámbitos que es posible aplicar la analogía, la demandada se encuentra con el término más que vencido para resolver las solicitudes de exclusión.

Además, considero que los términos que otorga el mismo Decreto Ley 760 de 2005 e incluso los remitidos por analogía al CPACA (Ley 1437 de 2011) son más que suficientes para que se tome una resolución pronta en aras de proteger todos los derechos y principios constitucionales que rigen la materia.

Tenga en cuenta su señoría que por ejemplo en el anterior caso referenciado de otra OPEC de la misma convocatoria (caso de DIEGO FERNANDO MENSES TRUJILLO en la OPEC 126586) la CNSC inició la actuación de exclusión el 15 de diciembre de 2021 y la resolvió el 05 de enero de 2022 y que este caso comparte la misma causa de solicitud de exclusión de las tres personas que se encuentran en mi lista de elegibles, la cual es *“Fue admitida al concurso sin reunir los requisitos exigidos en la convocatoria.”* (Establecida en el numeral 14.1 del Decreto Ley 760 de 2005) . ¿Por qué en esa OPEC la situación se resolvió tan rápido y en esta no? Es la causal de solicitud de exclusión más básica para corroborar y no es tan compleja como las otras como por ejemplo de falsificación o suplantación y por tanto es claro que la demandada se ha excedido en dar respuesta.

Estos actos administrativos se encuentran en la página web de la demandada.

2.2. SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL DERECHO DE LA ANALOGIA- SENTENCIA C 284 DE 2015 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

“5.2.5. Al precisar el alcance de la expresión “ley” como fuente principal del derecho en el ordenamiento colombiano, este Tribunal ha indicado que cuando la autoridad judicial recurre a la analogía legis o a la analogía iuris para resolver una determinada cuestión de derecho, en realidad aplica la “ley”. En ese sentido, las soluciones que surgen en virtud de la aplicación de la primera forma de analogía y las reglas generales del derecho que resultan de la segunda, constituyen una genuina expresión del imperio de la “ley”.

5.2.5.1. Al referirse al primer supuesto, la Corte sostuvo que “[e]l juez que apela al razonamiento per analogiam no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley.”^[9] A su vez, aludiendo al segundo, señaló que pese a la complejidad del proceso de abstracción y generalización que supone, ello “no escamotea (...) la base positiva del fallo” y, en consecuencia, “cuando el juez falla conforme al proceso descrito no ha rebasado, pues, el ámbito de la legislación.”^[10]

2.3. DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES VULNERADAS:

Principalmente los artículos 1,13, 25, 29, 125,209, 228.

3.PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La Corte Constitucional ha sentado precedente en cuanto a la procedencia de la acción de tutela y básicamente se ciñe a lo establecido en la Sentencia T 440 de 2014:

“Así las cosas, la acción de tutela procede de manera excepcional cuando (i) no existan otras acciones legales, (ii) o existiendo éstas no fueren eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales, (iii) o no son eficaces para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (art. 86, C.P.). Dado que para reclamar derechos en general se establecieron medios de defensa judiciales ordinarios, idóneos para tramitar la pretensión de reconocimiento de la prestación, la procedencia de la acción de tutela se supedita a la eficacia de estos para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable, analizando las circunstancias del peticionario y los elementos de juicio obrantes en el expediente.

*Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, esta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: **(i)** los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; **(ii)** se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, **(iii)** el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.*

La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran

intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”

La presente acción se entabla como el único medio del que dispongo para proteger los derechos y principios invocados, toda vez que, por mandato legal, como se demostró, la demandada contaba con un término que ya venció y por tratarse de derechos y principios fundamentales, lo ideal es la acción de tutela y no la de cumplimiento, esta última sería improcedente tal cual se establece en el artículo 9 de la Ley 393 de 1997 además de que no cumpliría con el requisito de procedibilidad establecido en la jurisprudencia atendiendo a que no existe una obligación clara, expresa y exigible en los artículos sino un vacío legal que debe suplirse mediante el principio del derecho de analogía.

De igual forma, un derecho de petición no sería la mejor opción en aras de que otorgaría “virtualmente” un término adicional a la demandada para resolverla.

Con la presente acción se pretende evitar un perjuicio irremediable al mérito, al debido proceso, a la igualdad, al trabajo, a la celeridad y eficacia que deben regir este tipo de concursos; lo cual, protegerlos, es un deber constitucional para todas las personas y más para las entidades del Estado.

4. MEDIDA PROVISIONAL.

Por todo lo anterior y en aras de salvaguardar mis derechos y principios invocados y los de todas las personas que conformamos la lista de elegibles de la OPEC 126559, cargo GESTOR III, me permito solicitar como medida provisional que se ordene a la CNSC en un término perentorio, improrrogable y de manera inmediata, dar cumplimiento a las leyes expuestas y proceder a las resolución de las solicitudes de exclusión de las personas que conforman la lista de elegibles publicada mediante Resolución No 83 del 12 de enero de 2022.

5. PRETENSIONES.

5.1. Se ordene a la demandada el cumplimiento de los términos legales y que disponga en su página web y/o en sus actos administrativos: el procedimiento, las fechas específicas de las solicitudes y los términos que tienen las entidades, los concursantes y cualquier ciudadano, dentro del trámite de solicitud de exclusión de una persona que haga parte de una lista de elegibles. Esto teniendo en cuenta que no encontré ninguna información sobre el tema en su plataforma virtual como tampoco un precedente sobre el caso en las plataformas de las altas cortes y es información importante para que todos los ciudadanos que hacen parte de los concursos públicos de méritos de la CNSC puedan ejercer su derecho a la defensa y al debido proceso. Sobre todo para aquellos que no son abogados.

6. PRUEBAS

Para efectos de sustentar las peticiones realizadas, anexo como pruebas los siguientes documentos:

6.1. Resolución No 83 del 12 de enero de 2022 expedida por la CNSC donde conforma la lista de elegibles de la OPEC 126559 para el cargo GESTOR III.

6.2. Captura de pantalla tomado de la página web de la CNSC donde se evidencia la fecha de publicación de la lista de elegibles de la OPEC 126559 y su fecha de vigencia.

6.3. Captura de pantalla tomado de la página web de la CNSC donde se evidencia la firmeza individual de mi posición dentro de la lista de elegibles.

6.4. ACUERDO NO 285 DE 2020 expedido por la CNSC el cual es la norma reguladora de la convocatoria.

6.5. Tres Autos del 03 de febrero de 2022, mediante los cuales la CNSC inició actuación administrativa por solicitud de exclusión de CESAR AUGUSTO MONTAÑA RODRIGUEZ, JOSE DAVID JARAMILLO RESTREPO y FABIO ANDRES CASTAÑO MESA, de la lista de elegibles de la OPEC 126559, cargo GESTOR III, de la cual hago parte.

6.6. Auto No 813 del 15 de diciembre de 2021 mediante la cual la CNSC inició actuación administrativa contra DIEGO FERNANDO MENSES TRUJILLO quien hacia parte de otra OPEC (126586) y Resolución No 18 del 05 de enero de 2022 mediante la cual la CNSC resuelve excluirlo de tal lista.

7. ANEXOS.

Con el propósito de sustentar esta acción, me permito anexar los documentos anunciados en el acápite anterior en archivos pdf.

8. COMPETENCIA

Es usted señor Juez, competente para conocer del presente asunto por tratarse de autoridades administrativas del orden nacional tal y como dispone el numeral 2 del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 333 de 2021.

9. MANIFESTACIÓN JURAMENTADA

Manifiesto Señor Juez, bajo la gravedad de juramento que no he interpuesto otra Acción de Tutela por los mismos hechos ni derechos aquí relacionados contra la entidad.

NOTIFICACIONES

La parte accionante las recibirá: al número telefónico: 3007320668 y al correo electrónico juridicasegura@hotmail.com

Atentamente;

EDWARD RODOLFO PÉREZ PEÑA

C.C 1.098.684.088 de Bucaramanga (S).

T.P 252359 del C.S.J.