

Señor

JUEZ DE TUTELA (REPARTO)

BOGOTA D.C.

E.S.D

Referencia: ACCION DE TUTELA CON MEDIDA PROVISIONAL DERECHO FUNDAMENTAL INVOCADO:

Derecho fundamental a la igualdad, al debido proceso, al libre acceso a cargos públicos, al mérito y a la función pública.

ACCIONANTE: CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ YUNDA identificada con CC 31.980.709

ACCIONADO: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-. CONSORCIO ASCENSO DIAN 2021- UNIVERSIDAD DE LA COSTA FUNDACION UNIVERSITARIA DEL AREA ANDINA.

CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ YUNDA, identificado con cédula de ciudadanía número [REDACTED]

[REDACTED] ante usted en solicitud de amparo constitucional establecido en el artículo 86 de la constitución política – acción de tutela-, contra la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC** por considerar que están vulnerando mis derechos fundamentales al debido proceso, al libre acceso a cargos públicos al mérito y a la función pública, cuyos hechos y consideraciones expongo a continuación:

HECHOS

PRIMERO: En el marco del Proceso de Selección **DIAN No. 2238 de 2021**, la Comisión Nacional del Servicio Civil suscribió Contrato No. 113 de 2022 con el Consorcio Ascenso DIAN 2021, cuyo objeto es “Realizar la verificación de requisitos mínimos, las pruebas escritas, la valoración de antecedentes, los cursos de formación y los exámenes médicos y de aptitudes psicofísicas del proceso de selección de ascenso para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al sistema específico de carrera administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección De Impuestos Y Aduanas Nacionales – DIAN, Proceso de Selección DIAN No. 2238 de 2021”. El referido contrato establece dentro de las obligaciones específicas del contratista las de “(...) atender las reclamaciones, peticiones, acciones judiciales y realizar, cuando haya lugar a ello, la sustanciación y decisión de actuaciones administrativas que se presenten con ocasión de la ejecución del objeto contractual. (...)”.

SEGUNDO: A su vez, el numeral 2.5. del Anexo modificado parcialmente, establece: “2.5. Reclamaciones contra los resultados de la VRM. Las reclamaciones contra los resultados de la VRM se deben presentar por los aspirantes que vayan a hacerlas únicamente a través del SIMO, frente a sus propios resultados (no frente a los de otros aspirantes), dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de publicación de los mismos, en los términos del artículo 12 del Decreto Ley 760 de 2005 y el artículo 2.2.18.6.2 del Decreto 1083 de 2015, sustituido por el artículo 3 del Decreto 770

de 2021 o la norma que lo modifique o sustituya, las cuales serán decididas por la Institución de Educación Superior contratada para realizar esta etapa del proceso de selección, quien podrá utilizar la respuesta conjunta, única y masiva, de conformidad con la Sentencia T-466 de 2004, proferida por la Corte Constitucional y lo previsto por el artículo 22 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. **Contra la decisión que resuelva estas reclamaciones no procede ningún recurso.**" (Negrilla fuera de texto).

TERCERO: Dentro del término legal establecido dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de publicación, en los términos del artículo 12 del Decreto Ley 760 de 2005 y el artículo 2.2.18.6.2 del Decreto 1083 de 2015, sustituido por el artículo 3 del Decreto 770 de 2021, No se adelantó la respectiva reclamación, es decir el día 29 de julio del año en curso, teniendo en cuenta que de acuerdo a los documentos ingresados a la Plataforma SIMO yo cumplía y cumplo para ser admitida a realizar las pruebas.

En garantía de mi derecho al trabajo, a la igualdad, al mérito y oportunidad y, el efectivo cumplimiento de los principios de transparencia, buena fe y confianza legítima solicito se me ADMITA a participar en el concurso de ascenso ya que la certificación de las competencias es un documento que fue emitido previo a la inscripción, que por falencias en su generación y por una instrucción dada oficialmente por la DIAN no se cargó al momento de la inscripción, pero que en todo caso ya reposa en los archivos de la DIAN y debió ser aportado por la entidad de acuerdo a lo que reiteradamente se nos informó por parte de la DIAN previo al proceso de inscripción. 2. Primando la realidad formal sobre la sustancial se tenga como valido el Reporte Individual de Competencias Conductuales que si fue registrado en oportunidad a la plataforma SIMO con el cual se entiende que las competencias (adaptabilidad, comportamiento ético, comunicación efectiva, orientación al logro, atención al usuario y al ciudadano, trabajo en equipo) fueron acreditadas y no existe causal para la inadmisión y, en consecuencia, se me conceda la condición de ADMITIDO. (...)"

EN LA DIAN SOMOS BUENOS Y PODEMOS SER AÚN MEJORES

Abecé de las Competencias Laborales

10. ¿Cuándo me inscriba en el concurso debo adjuntar al SIMO la certificación que expide la Escuela para acreditar las competencias laborales?

NO. La Subdirección Escuela de Impuestos y Aduanas remitirá la certificación directamente a la CNSC, por lo cual no es necesario que el aspirante al concurso adjunte dicha certificación.

CUARTO: La presente se realiza en contra de la no admisión a continuar en la convocatoria 2238 de 2021, OPEC 168653 Analista IV código 204 grado 4 en el Municipio: Cali; por cuanto no cumplo con lo establecido en el artículo 7 numeral 5 del acuerdo 2212 de 2021. Petición: 1 Reconsiderar la admisión al concurso y declarar mi admisión al mismo pues se entendería que cumplo con el requisito exigido. 2 se solicite a la subdirección de escuela de impuestos y aduanas, Dra. Luz Nayibe López Suarez; copia del certificado de acreditación de competencias básicas conductuales.

QUINTO: las partes accionadas COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-. CONSORCIO ASCENSO DIAN 2021-UNIVERSIDAD DE LA COSTA FUNDACION UNIVERSITARIA DEL AREA ANDINA, dan respuesta con fecha 11 de agosto de 2022, confirmando la no admisión al concurso de ascenso para la OPEC 168653 Analista IV código 204 grado 4 en el Municipio: Cali cargo en el cual me inscribí MANIFESTANDO, lo siguiente: Así las cosas, para el caso en particular, una vez verificados los documentos aportados por el aspirante en el Sistema de Apoyo para la igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO en la etapa de inscripción del presente Proceso de selección, se logró identificar que usted no aportó certificación alguna expedida por la Escuela de Impuestos y Aduanas o la correspondiente Universidad o Institución de Educación Superior acreditada por el Ministerio de Educación Nacional en la que acredite las competencias laborales tal como lo establece el numeral 5 del artículo 7. Requisitos generales de participación del Acuerdo rector.

Debo manifestar señor Juez de tutela que esta respuesta de las accionadas a mi reclamación es generalizada para todas las reclamaciones efectuadas independientemente de cada caso y/o situación en concreto, que de suyo difieren unas de otras.

SEXTO: Es preciso anotar que si bien es cierto se está ante una convocatoria de méritos, esta convocatoria es de ascenso, lo cual de por sí tiene connotaciones diferentes al concurso abierto, toda vez que es limitado solo a los funcionarios inscritos en carrera administrativa y que hacen parte de la DIAN, encontrándome en esta situación, teniendo en cuenta que uno de los requisitos mínimos para acceder a este concurso de ascenso es la certificación de las competencias laborales la cual efectivamente la expidió la escuela de la DIAN en su oportunidad y antes de salir la convocatoria del concurso de ascenso, en otras palabras la DIAN que es la que oferta los cargos del concurso de ascenso, al expedir la certificación da fe que los funcionarios certificados, valga la redundancia, cumplen satisfactoriamente con la acreditación de las competencias laborales.

Por lo anterior y en mi caso como en otros más de compañeros que nos encontramos en esta situación, la DIAN nos acreditó las competencias básicas conductuales mismas que hacen las veces de competencias laborales por la equivalencia de las mismas, y de la cual así no lo comunico la DIAN en su momento, presentándose una confusión para mí y como ya lo dije para varios de mis compañeros, no subiendo este documento al SIMO, pues el mismo no especificaba que se tratara de las mismas competencias exigidas por el acuerdo de la convocatoria al concurso de ascenso, pero que la DIAN, tenía la responsabilidad y la obligación de acreditarla.

SEPTIMO: Aquí es importante tener en cuenta la prevalencia de la realidad sobre la forma, dicho en otras palabras, **“El principio de primacía de la realidad sobre las formalidades plenas**, se entiende como aquel por el cual en caso de divergencia entre lo que ocurre **en la realidad y lo que se ha plasmado en los documentos**, debe darse prevalencia a lo que surge en la práctica”, siendo este un instrumento legítimo de reconocimiento, protección, por consiguiente además de los

derechos fundamentales incoados en esta acción de tutela se estaría vulnerando el principio de legítima confianza y la buena fe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Con relación a la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, fue instituida para proteger en forma inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular, en los casos previstos en el artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991. Dicha acción se establece como instrumento subsidiario, es decir, que solo procede cuando el afectado no disponga de otros medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio, con miras a evitar un perjuicio irremediable.

Debo manifestar al señor Juez de tutela, que, en principio, y en atención al artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela no sería procedente, debido a la existencia de otro medio de defensa judicial, como lo es el medio de control de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, ha sido reiterada la Jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en cuanto a que en tratándose de la protección oportuna de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados en el proceso de selección de un aspirante a un cargo de carrera provisto mediante concurso de méritos, el presente amparo es el único mecanismo idóneo para restaurar eficaz y oportunamente los derechos fundamentales, ya que tales medios de control carecen de idoneidad, eficacia y celeridad. Así lo precisó la Corte Constitucional en sentencia T-213A de 28 de marzo de 2011, expediente T-2.861.822, con ponencia del Magistrado doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en la cual sostuvo:

“4.3. Sin embargo, conviene precisar que la existencia de diversos medios de defensa judicial debe ser analizada por el juez constitucional en términos de idoneidad y eficacia, frente a la situación particular de quien invoca el amparo constitucional, como quiera que una interpretación restrictiva de la norma conllevaría la vulneración de derechos fundamentales, si con el ejercicio de dichos mecanismos no se logra la protección efectiva de los derechos conculcados. En estos eventos, se ha admitido la procedencia del amparo constitucional, incluso como mecanismo definitivo, siempre que se logre determinar que las vías ordinarias -jurisdiccionales o administrativas- no son lo suficientemente expeditas para prodigar una protección inmediata y real.

4.4. En el presente asunto, si bien es cierto que los demandantes cuentan con otro mecanismo de defensa judicial para controvertir las medidas adoptadas por la CNSC, por cuanto pueden acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para obtener la nulidad de los actos a través de los cuales fueron excluidos del proceso de selección, también lo es que ese mecanismo no es el medio idóneo ni eficaz para tal efecto, pues dada la tardanza de ese tipo de procesos, la solución del litigio podría producirse después de finalizada la convocatoria, cuando ya la decisión que se profiera al respecto resulte inocua para los fines que aquí se persiguen, los cuales se concretan en la posibilidad de continuar participando en el proceso de selección para acceder a un cargo en el concurso de ascenso en el marco del Proceso de Selección DIAN No. 2238 de 2021.

Igualmente, esta Sala se ha pronunciado frente a la vulneración de derechos fundamentales en desarrollo de los concursos públicos de méritos, argumentando lo siguiente:

«De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no procede cuando existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Es decir, que siempre que se desconozca el contenido de un derecho fundamental y exista para su protección un mecanismo dentro del ordenamiento jurídico, debe atenderse a su contenido debido al carácter residual de aquel instrumento constitucional. No obstante, si se probare la violación de algún derecho fundamental y pese a la existencia de ese mecanismo alterno, se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela entraría a operar de manera transitoria como el instrumento de protección eficaz para tal cometido.

Sin embargo, en sede constitucional debe observarse también si el otro instrumento procesal que desplaza el radio de acción de la tutela es eficaz para la protección del derecho fundamental que invoca el demandante como vulnerado. Así se ha pronunciado la Corte Constitucional en Sentencia T – 441 del 12 de octubre de 1993, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo:

“...la existencia del medio judicial alternativo, suficiente para que no quepa la acción de tutela, debe apreciarse en relación con el derecho fundamental de que se trata, no respecto de otros.

Esto significa que un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salvaguarda del derecho fundamental invocado. En consecuencia, si dicho medio protege derechos distintos, es viable la acción de tutela en lo que concierne al derecho que el señalado medio no protege, pues para la protección de aquel se entiende que no hay otro procedimiento de defensa que pueda intentarse ante los jueces. Desde este punto de vista, es necesario que el juez de tutela identifique con absoluta precisión en el caso concreto cuál es el derecho fundamental sujeto a violación o amenaza, para evitar atribuirle equivocadamente una vía de solución legal que no se ajusta, como debería ocurrir, al objetivo constitucional de protección cierta y efectiva” (artículos 2, 5 y 86 de la Constitución).

Teniendo presente la anterior jurisprudencia, y de frente a un supuesto de hecho semejante al que aquí se discute, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-086 de 1999, reiterada en otros pronunciamientos, sostuvo que el único mecanismo idóneo para restaurar eficaz y oportunamente los derechos fundamentales violados en el proceso de selección de un aspirante a un cargo de carrera administrativa proveído por medio de concurso de méritos es la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. (...»¹

En atención a lo anterior, la acción de tutela sí procede como mecanismo de protección válido para estudiar la eventual vulneración de derechos fundamentales en los procesos de selección desarrollados en virtud de un concurso abierto de méritos para proveer cargos de carrera administrativa. Esto implica que el Juez de tutela debe estudiar el fondo del asunto y determinar si efectivamente se presenta la violación alegada por el aspirante o interesado que hace uso de la acción de tutela.

2. En cuanto a la máxima protección del derecho al mérito, la H. Corte Constitucional, en sentencia T 502 de 2010, manifestó: “La Constitución de 1991 señaló que el principio constitucional del mérito se materializa a través del concurso público, el cual, tiene como finalidad “evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa”. Entonces, el objetivo del concurso público es hacer prevalecer el mérito de los aspirantes que pretenden acceder a un cargo de la función pública. Este concurso despliega un proceso en el cual se evalúan las calidades de cada uno de los candidatos bajo condiciones de igualdad, y así excluir nombramientos “arbitrarios o clientelistas o, en general, fundados en intereses particulares distintos de los auténticos intereses públicos.”

3.- Con relación a la Legítima Confianza por parte del Estado: La confianza legítima consiste en una proyección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares, partiendo de la necesidad que tienen los administrados de ser protegidos frente a actos arbitrarios, es un principio constitucional, que directa o indirectamente está en cabeza de todos los administrados lo cual obliga al Estado a procurar su garantía y protección. Es un mandato inspirado y retroalimentado por el de la buena fe y otros, que consiste en que la administración no puede repentinamente cambiar unas condiciones que directa o indirectamente permitía a los administrados, sin que se otorgue un período razonable de transición o una solución para los problemas derivados de su acción u omisión. Dentro del alcance y límites es relevante tener en cuenta, según el caso concreto: (i) que no libera a la administración del deber de enderezar sus actos u omisiones irregulares, sino que le impone la obligación de hacerlo de manera tal que no se atropellen los derechos fundamentales de los asociados, para lo cual será preciso examinar cautelosamente el impacto de su proceder y diseñar estrategias de solución; (ii) que no se trata de un derecho absoluto y por tanto su ponderación debe efectuarse bajo el criterio de proporcionalidad.

Entonces, el principio de confianza legítima funciona entonces como un límite a las actividades de las autoridades, que pretende hacerle frente a eventuales modificaciones intempestivas en su manera tradicional de proceder, situación que además puede poner en riesgo el principio de seguridad jurídica. Se trata pues, de un ideal ético que es jurídicamente exigible. Por lo tanto, esa confianza que los ciudadanos tienen frente a la estabilidad que se espera de los entes estatales, debe ser respetada y protegida por el juez constitucional.

4.- En relación a la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, Este principio orientador de la actividad judicial y de la administración se encuentra directamente ligado al de la justicia material, que ha sido estudiado por esta Corte para resolver diferentes tipos de casos. Así, ha señalado que “se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Por el contrario, exige una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales”

MEDIDA PROVISIONAL

El artículo 7º del Decreto 2591 de 1991 que señala: “Artículo 7º. Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere. Sin embargo, a petición de parte o de oficio se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo

caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante. La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible. El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como con secuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

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

(...) 2.- La Corte Constitucional ha precisado que procede el decreto de medidas provisionales frente a las siguientes hipótesis: (i) cuando éstas resultan necesarias para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se concrete en una vulneración o; (ii) cuando, constatada la ocurrencia de una violación, sea imperioso precaver su agravación". Por tanto, solicito comedidamente, ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-, la suspensión de la aplicación de las Pruebas Escritas de del Proceso de Selección DIAN No. 2238 de 2021, concurso de ascenso, las cuales se efectuaran el día veintiocho (28) de agosto de 2022 hasta tanto no se resuelva la presente acción tutela; ello por cuanto desde la interposición de la presente acción tutelar, y la resolución de la misma, en el caso de ampararse mis derechos fundamentales, no podría acceder al mérito con la presentación del examen, ya que el fallo se proferiría posteriormente a la presentación de la prueba; por tanto, estaría frente a un perjuicio irremediable e insalvable.

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos anteriormente esbozados, y con el fin de restablecer los derechos fundamentales vulnerados, solicito a su Despacho, dentro del término legal, ordene a la entidad accionada lo siguiente:

PRIMERO: Que se tutele el derecho al debido proceso, al libre acceso a cargos públicos, al mérito y a la función pública.

SEGUNDO: En consecuencia, ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-. para que, en el término de 48 horas, cambie el statu de NO ADMITIDO a ADMITIDO, toda vez que cumpla con los requisitos mínimos exigidos para participar en el concurso de ascenso en el proceso de Selección DIAN No. 2238 de 2021, en el empleo ofertado al cual me inscribí.

TERCERO: Solicito comedidamente, ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-, REALIZAR la aplicación de las Pruebas Escritas las cuales ya fueron realizadas el día veintiocho (28) de agosto del presente año, por cuanto desde la interposición de la presente acción tutelar, y la resolución de la misma, en el caso de ampararse mis derechos fundamentales, no puedo acceder al mérito con la presentación del examen, ya que el fallo se profiere posterior a la presentación de la prueba; por tanto, me encuentro frente a un perjuicio irremediable e insalvable.

PRUEBAS

1. DOCUMENTOS APORTADOS AL SIMO PARA VALIDACION DE EXPERIENCIA

JURAMENTO

Manifiesto bajo la gravedad de juramento que no he presentado ninguna otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos fundamentales que aquí se demandan.

COMPETENCIA

Es usted competente, señor Juez, para conocer de esta ACCION DE TUTELA, por naturaleza, y al ser el demandado una entidad del orden nacional, en virtud del artículo 37 del decreto 2591 de 1991.

NOTIFICACIONES

Las notificaciones se surtirán en la siguiente dirección: Correo electrónico:

Accionado: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Correo electrónico:
notificacionesjudiciales@cncs.gov.co.

DEL SEÑOR JUEZ,

CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ YUNDA