

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO 58 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SECCIÓN TERCERA

Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Expediente No. 110013343-058-2021-00148-00
Accionante: Unión Sindical de Trabajadores del Estado - USTED
Accionada: Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC y Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN

ACCIÓN DE TUTELA

La Unión Sindical de Trabajadores del Estado - USTED con personería jurídica o depósito número 00001 del 3 de marzo de 2015, actuando por medio de apoderado, presentó acción de tutela contra la Comisión Nacional de Servicio Civil CNSC y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales encaminada a la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la asociación sindical y al acceso a la función pública, consagrados en los artículos 13, 25, 38 y 40 de la Constitución Política.

1. Medida provisional

1.1 La Unión Sindical de Trabajadores del Estado solicitó como medida provisional:

“Con el fin de evitar que la violación de nuestros derechos fundamentales sea mas gravosa y que cese, aun que sea parcialmente, la amenaza de los mismos, solicitamos expresamente, con fundamento en el articulo 7 del decreto ley 2591 de 1991, que se suspenda la realización de todas las pruebas escritas que deben llevarse a cabo el día 5 de julio de 2021 y que se adopten todas las medidas que el señor juez administrativo considere procedentes para proteger nuestros derechos fundamentales y evitar que se produzcan otros daños a los mismos.”

Para fundamentar esta solicitud, la parte actora en el acápite específico de medida provisional, en esencia, señala que la Comisión Nacional de Servicio Civil no podía delegar en la DIAN el conocimiento y decisión de las reclamaciones de la fase II del concurso, esto es las reclamaciones de los resultados de los cursos de formación so pena de incurrir en un desvío de poder, pues la escuela de impuestos y aduanas de la DIAN no es una universidad ni una institución de educación superior acreditada ante el Ministerio de Educación; tampoco se encontraba acreditada ante la CNSC al momento de la convocatoria para poder intervenir en la etapa de reclamaciones.

Al respecto, precisó que la sentencia C-1175 de 2005 prohíbe delegar el conocimiento y decisión de las reclamaciones en la DIAN o en la rama ejecutiva del poder público, también la celebración de contratos o convenios para adelantar procesos de selección o concursos.

En adición a lo anterior, en los hechos en que fundamenta sus pretensiones advirtió que de llevarse a cabo las pruebas escritas el 5 de julio de 2021 sin darle cumplimiento a la sentencia C - 172 de 2021 de la Corte Constitucional, se producirá una violación masiva de derechos humanos de los participantes y a ejercer su derecho fundamental a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, al debido proceso, a la igualdad, al trabajo, por lo que se hace necesario detener el concurso y adecuarlo al fallo de la Corte Constitucional, convocando a uno nuevo o adecuándolo radicalmente a esa sentencia, que ya esta produciendo efectos jurídicos.

Sostuvo que para este concurso tanto para empleos de nivel profesional como para los empleos diferentes al nivel profesional de procesos misionales se establecen pruebas de integridad y etapas eliminatorias. En su criterio, tanto el polígrafo, como el análisis de la voz de los concursantes son una de las modalidades de las pruebas de integridad y es claro que de conformidad con el fallo de la Corte Constitucional, esta clase de pruebas solo se pueden utilizar, para empleos del nivel profesional con el consentimiento del concursante y no pueden tener el carácter de pruebas eliminatorias.

Adujo que el artículo 29 del Decreto 71 de 2020 establece las reglas para las pruebas para la provisión de los empleos del nivel profesional de los procesos misionales de la DIAN bajo las modalidades de ingreso o ascenso. Para el nivel profesional establece 2 fases: la fase I, que tiene que ver con el polígrafo y la fase II, que se cumple con la realización de un curso de formación que, a discreción del Director de la DIAN, se podrá adelantar a través de la propia DIAN, por intermedio de su propia escuela, (que no es una universidad acreditada y que el director de la Dian maneja a su entero capricho) o por medio de Universidades acreditadas, que contrataba la DIAN, cuando la jurisprudencia constitucional ha dicho reiteradamente que el competente para celebrar estos contratos es la Comisión Nacional del Servicio Civil, como garantía de la carrera y el derecho a acceder a cargos públicos y evitar que el gobierno se apodere de la Administración Pública y la convierta en un botín de la politiquería. En esa línea, advirtió que para garantizar sus derechos se debe entregar el proceso a una universidad verdadera, contratada directamente por la Comisión del Servicio Civil e impedir que la DIAN resuelva las reclamaciones contra sus decisiones.

Finalmente, señaló que el peligro para los derechos fundamentales es mayor por cuanto si alguien reclama contra la calificación y decisión de la DIAN sobre la fase II, que es la definitiva, la misma DIAN resuelve la reclamación, con lo que ahora no solo es juez y parte sino que además es primera y segunda instancia. En esa medida tuvo que acudir a la reclamación de sus derechos porque no están aplicando los fallos de la Corte Constitucional incluido el del 3 de junio de 2021.

1.2 El artículo 7º del Decreto 2591 de 1991 establece la posibilidad de que el juez cuando lo considere necesario y urgente pueda decretar medidas cautelares provisionales para asegurar el objeto del proceso. 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 agravación¹.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-733 de 2013 (MP. Alberto Rojas Ríos) citando el Auto 040A de 2001 (MP. Eduardo Montealegre Lynett).

Además, la Corporación al analizar los requisitos que deben verificarse para la adopción de medidas de esta naturaleza, de manera reciente acudiendo a la línea que se ha construido sobre la materia concluyó: una determinación provisional tiene que ser una decisión “razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada”. Para ello, en palabras de la Corte el juez de tutela debe constatar que el derecho o interés público que se busque proteger transitoriamente tenga vocación de veracidad (*fumus boni iuris*); pero además, que su protección resulte impostergable ante la gravedad e inminencia del perjuicio irremediable que se cierne (*periculum in mora*). Luego de esto, el juez debe verificar que la medida adoptada no resulte desproporcionada.

1.3 En el caso en estudio, el objeto del litigio, lo constituyen los derechos fundamentales de acceso a la función pública, al trabajo, a la igualdad, asociación sindical y debido proceso. En efecto, en el acápite de pretensiones, la organización sindical describió los derechos amenazados de la siguiente manera:

“QUE SE GARANTICEN NUESTROS DERECHOS FUNDAMENTALES: AL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA Y A ASCENDER DENTRO DE ELLA, AL TRABAJO, A LA IGUALDAD, A LA ASOCIACIÓN SINDICAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE SINDICACION Y AL DEBIDO PROCESO; QUE SE RESTABLEZCAN LOS QUE YA FUERON VIOLADOS Y QUE CESE LA AMENAZA A LOS MISMOS, ESPECIALMENTE LA DEL 5 DE JULIO DE 2021...”.

Bajo este contexto, en punto de la presente decisión que, únicamente, concierne con la adopción de la *medida previa*, la organización tenía que argumentar y demostrar porque esta resulta determinante para que la sentencia no resulte inocua, lo que le imponía el deber de demostrar en concreto porque la realización de las pruebas cuya suspensión solicita a título de medida provisional consolidaría un perjuicio irremediable a sus derechos o a los derechos que agencia en nombre de sus asociados.

Ahora bien, sin perjuicio de los asuntos que se deberán analizar en el fondo de la decisión en punto de la procedencia y afectación en concreto de los derechos fundamentales y sin que constituya prejuzgamiento, el Despacho debe empezar por señalar que no desconoce que los efectos de la sentencia C-172 de 2021 se encuentran vigentes como lo señala la parte actora², sin embargo considera que de ello no se sigue que los derechos fundamentales cuya protección se reclama vayan afectarse de manera definitiva con la aplicación de las pruebas escritas del 5 de julio siguiente.

En efecto, en el comunicado de prensa se lee:

“Primero.- Primero.- Declarar la EXEQUIBILIDAD de la expresión “polígrafo” prevista en el artículo 29.1 del Decreto Ley 71 de 2020, en el entendido de que la utilización de esta prueba no es de carácter eliminatorio, deberá contar con el consentimiento previo del concursante y practicarse conforme a los protocolos que garanticen el respeto y efectividad de los principios constitucionales entre ellos el de la dignidad humana, y en general los derechos humanos. Y declarar la EXEQUIBILIDAD de la expresión “Esta fase es de carácter eliminatorio”, contenida en la misma disposición.

Segundo.- Declarar la EXEQUIBILIDAD de las expresiones demandadas del artículo 30 del Decreto ley 71 de 2020, salvo del enunciado “como el polígrafo”, que se declara INEXEQUIBLE.

² Al respecto ver auto 155 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Tercero.- Declarar la INEXEQUIBILIDAD de la expresión “, a discreción del Director de la DIAN,” prevista en el artículo 29.2 del Decreto ley 71 de 2020.

Cuarto.- Declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 123 del Decreto ley 71 de 2020 por el cargo analizado, salvo de las expresiones “Única y exclusivamente,” “cinco (5)” y “principales y los cinco (5) suplentes de la junta directiva y de las subdirectivas”, que se declaran INEXEQUIBLES.

Quinto.- Declarar la EXEQUIBILIDAD de los artículos 97 y 144 del Decreto ley 71 de 2020, por los cargos analizados en esta decisión. (Negrillas adicionales).

Como se puede observar, la Corte Constitucional en la decisión en comento declaró la constitucionalidad de la facultad de incluir en la fase I de los concursos que se adelanten para la provisión del empleos de la planta de personal de la DIAN la prueba del polígrafo, bajo la condición de que esta prueba no sea de carácter eliminatorio, cuente con el consentimiento previo del concursante y se practique conforme a los protocolos que garanticen el respeto y efectividad de los principios constitucionales entre ellos el de la dignidad humana.

No obstante lo anterior, esta judicatura no observa cómo esta decisión que tiene entre otras la finalidad de proteger los derechos fundamentales de los concursantes se puede desconocer con la práctica de las pruebas escritas, pues la prueba del polígrafo³ no hace parte de las pruebas que se van a llevar a cabo el 5 de julio del presente año o al menos a partir de lo señalado por la parte actora no se puede inferir que eso sea así.

En efecto, la parte actora señala que esta prueba como la de voz hacen parte de las pruebas de integridad, sin embargo revisado el artículo 29.1 del Decreto 71 se concluye preliminarmente que al parecer se trata de pruebas distintas, pues este señala: “...La Fase I corresponde a la aplicación de competencias básicas y *puede comprender pruebas de integridad, polígrafo y de competencias comportamentales...* Además revisado el Acuerdo No. 0285 y el Acuerdo No. 0332 de 2020 por el cual se modifica parcialmente el anexo, se observa que para este proceso de selección los aspirantes admitidos fueron convocados a las siguientes pruebas escritas el 5 de julio: a) Prueba sobre Competencias Básicas u Organizacionales: Evalúa aquellas competencias mínimas que deben cumplir y acreditar las personas que aspiren a ingresar a la entidad (Decreto Ley 71 de 2020, artículo 57). b) Prueba sobre Competencias Funcionales: Evalúa los conocimientos teóricos, profesionales y/o técnicos, específicos y necesarios para desarrollar adecuadamente una determinada actividad laboral, conforme lo determina para cada empleo el MERF de la DIAN (Decreto Ley 71 de 2020, artículo 58) c) Prueba sobre Competencias Conductuales o Interpersonales: Evalúa el conjunto de capacidades y habilidades necesarias para dar respuesta a distintas situaciones laborales y relacionamiento, de conformidad con el Diccionario de Competencias

³ Solo para efectos ilustrativos el Despacho toma de definición dada por la Comisión Nacional del Servicio Civil de esta prueba en el instructivo de presentación de la prueba de entrevista con polígrafo en la Convocatoria No. 426 en específico para los aspirantes a los empleos de la ITRC. En el documento se lee: **“La entrevista con polígrafo como prueba de confiabilidad tiene como propósito a través de la verificación de información, medir las reacciones fisiológicas que se producen en el organismo al ser estimulado psicológicamente a una serie de preguntas y/o cuestionamientos que permitirán evidenciar si las conductas o comportamientos relacionados con la experiencia previa del sujeto, se correlacionan con los requerimientos exigidos para desempeñarse en el empleo al cual se inscribió” (Se destaca).**

de la DIAN (Decreto Ley 71 de 2020, artículo 59). *d) Prueba de Integridad: Evalúa el razonamiento moral, en términos de la moralidad pública o social, que hacen las personas para guiar su proceder de manera recta en diferentes contextos laborales.*

En estas circunstancias, el Despacho no encuentra que bajo este argumento deba proceder a dictar la medida provisional solicitada, pues no se observa cómo la situación descrita pueda generar una afectación definitiva a los derechos de la organización sindical o a las personas que esta representa. Eso sí de cara a la finalidad constitucional de las medidas previas distinto sería el escenario si dentro de las pruebas que se fueran a llevar a cabo el 5 de julio estuviese la prueba del polígrafo, pues en ese supuesto si habría una afectación inminente a los derechos fundamentales de los concursante, pues de no hacerse los ajustes exigidos por la Corte Constitucional podría vulnerarse de manera definitiva la dignidad y otras garantías de quienes tuvieran que someterse a la entrevista con polígrafo, sin embargo este no es el caso, pues como se ha evidenciado las pruebas que se van a practicar entre ellas las de integridad son de carácter escrito.

Misma conclusión que se impone frente al siguiente argumento, pues si bien tampoco se puede discutir que la facultad discrecional que contenía el artículo 29.2 del Decreto en favor del director de la DIAN fue declarada inexecutable, no se observa cómo la suspensión de las pruebas escritas que hacen parte de la fase I, tenga efectos sobre fase II que todavía no se ha llevado a cabo y en la que presuntamente la Entidad actuaría en desconocimiento de la decisión con efectos erga omnes de la Corte Constitucional en aspectos como la realización del curso de formación y la atención de las reclamaciones. En este aspecto, la amenaza no cumple con la condición de constituir un inminente perjuicio irremediable a los derechos cuya protección se solicita.

En estas circunstancias, el Despacho se abstendrá de decretar la medida solicita por la organización sindical, no sin finalmente señalar que si bien el juez debe actuar de forma urgente y expedita para la protección de los derechos fundamental, al mismo tiempo debe actuar de manera responsable y justificada cuando decreta una medida provisional⁴, más en casos como el que se analiza en los que no solo están en juego los intereses de la organización sindical accionante sino de miles de personas que se han inscrito al concurso.

1.4 En conclusión, como no se cumplieron los requisitos establecidos en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia del H. Corte Constitucional, lo procedente es negar la medida de suspensión provisional solicitada.

2. Admisión de la acción

Por reunir la acción presentada los requisitos establecidos en el Decreto 2591 de 1991, este Despacho

Resuelve:

Primero: Admitir la solicitud de amparo de la referencia.

Segundo: Por la Secretaria del Juzgado, de acuerdo con el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991, notifíquese su admisión por el medio más expedito a:

⁴ Sobre el particular ver Auto 155 de 2013.

a. La accionante.

b. Las entidades accionadas, Dirección de Impuestos y Aduanas y la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que ejerzan su derecho de defensa (Decreto 306 de 1992 artículo 5°).

Tercero: Solicitar a las accionadas, que en el término de dos (2) días rindan un informe escrito, aportando copia de los documentos que lo soporten, respecto a los hechos que sustentan la acción constitucional de la referencia, en especial sobre la situación del concurso de méritos convocado mediante Acuerdo 0285 de 2020 de cara a cada uno de los aspectos de la decisión de la Corte Constitucional plasmada en la sentencia C - 172 de 2021.

Cuarto: Se tienen como pruebas los documentos aportados al expediente.

Quinto: Se ordena a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales que comuniquen a través de sus páginas web la existencia de la presente acción para que todas las personas interesadas, si a bien lo tienen, puedan ejercer su derecho de defensa⁵.

Sexto: Negar la medida provisional solicitada por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Séptimo: Se precisa que se proferirá sentencia dentro de la presente acción de tutela dentro de los diez (10) días siguientes a su radicación.

Octavo: Reconocer personería al doctor Jaime Araujo Rentería identificado con cédula de ciudadanía No. 5.088.025 y T.P. 19.882 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la parte demandante en los términos y para los efectos del poder aportado en el folio 70 del archivo 01TutelayAnexos.

Notifíquese y cúmplase



Juan Carlos Lasso Urresta
Juez

SBP

⁵ Corte Constitucional. Auto 165 del 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En esta providencia, la Corporación puso de presente la necesidad de vincular a los interesados en el trámite de la tutela.

**JUZGADO CINCUENTA Y OCHO (58) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN TERCERA**

Por anotación en ESTADO No. _____ se notificó a las partes la providencia anterior, hoy _____ a las 8:00 a.m.

Secretaria

Firmado Por:

**JUAN CARLOS LASSO URRESTA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 58 ADMINISTRATIVO BOGOTÁ**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

6f60eba360e896e0c2fb2de4a95b9760b3175b80487e8d752d992dcf68ed562c

Documento generado en 23/06/2021 10:06:39 a. m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**