

CONCURSO DE MERITOS - Idoneidad de entidad que los realiza y el enfoque técnico de las pruebas son temas que escapan al control por vía de acción de tutela

Señalamientos como el de la falta de idoneidad de la USBSM como entidad contratada por la CNSC para la ejecución de la Convocatoria No. 128 de 2009 no pueden ser objeto de estudio en esta sede. Para ello el ordenamiento procesal administrativo ha previsto medios de control como la nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138 CPACA) o la pretensión de controversias contractuales (artículo 141 CPACA). Lo mismo ocurre con la inconformidad de la accionante con el enfoque técnico dado a las pruebas, a sus contenidos y a los pesos porcentuales otorgados a los distintos factores considerados para determinar los resultados. No se trata solo que por su naturaleza altamente técnica y elevada exigencia probatoria esta clase de cuestionamientos desborden las posibilidades de incidencia de un juez de tutela en actuaciones administrativas; se debe también considerar que como garantía de la igualdad, la seguridad jurídica, la imparcialidad y transparencia de la Administración, salvo eventos en los que sea manifiesto el desconocimiento de derechos fundamentales o de principios constitucionales (caso, p. ej., de exigencias discriminatorias, previsiones irrazonables o requerimientos desproporcionados) o en los que sea necesaria su intervención para evitar un perjuicio irremediable, el juez de tutela debe abstenerse de variar las condiciones previamente establecidas, conocidas de manera general y que – en abstracto- aseguran igualdad e imparcialidad para todos. De ordinario será el juez administrativo, en sede de contencioso objetivo o subjetivo de anulación, el llamado a responder frente a esta clase de reclamaciones, pudiéndose incluso decretar la suspensión provisional de los actos que definen las reglas generales de la convocatoria o del procedimiento mismo si lo estima procedente.

DEBIDO PROCESO EN CONCURSO DE MERITOS - Aplicación de la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios como disposiciones orientadoras básicas para la elaboración de las pruebas practicadas / ENFOQUE DE LAS PRUEBAS EN CONCURSO DE MERITOS - La Ley 1033 de 2006 no lo cambia.

Siendo esta la hermenéutica que debe realizarse sobre los dispositivos normativos en cuestión, no hay duda que la modificación realizada por la Ley 1033 de 2006 dista mucho de tener los efectos radicalmente transformadores de la esencia y enfoque de las pruebas que alega la accionante. Esto, debido a que esa primera parte de la disposición, originaria de la ley 909 de 2004, se mantuvo intacta. Después de la decisión de la Corte Constitucional de declarar inexecutable los primeros cuatro párrafos del precitado artículo 10 de la Ley 1033 de 2006, el sentido del numeral 3º del artículo 31 habría cambiado únicamente en términos operativos, gracias a la adición del párrafo de aquella disposición. 13. Con base en este razonamiento, no puede más que concluirse que no le asiste razón a la accionante, puesto que al seguir vigentes las disposiciones tomadas como marco normativo de referencia para la realización de las pruebas, se presume que éstas guardan plena armonía con los requerimientos legales; máxime cuando mediante el Acuerdo 127 de 2009 de la CNSC se introdujeron algunas modificaciones a las reglas de la convocatoria con el objetivo de armonizar esta regulación con las previsiones del Decreto Ley 765 de 2005.

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 - ARTICULO 31 NUMERAL 3 / LEY 1033 DE 2006 – ARTICULO 14

CONCURSO DE MERITOS Y DERECHO DE PETICION - Es viable que por contrato se delegue la función de atender ciertas reclamaciones presentadas por los participantes.

Al respecto debe señalarse que, en efecto, a la luz de lo previsto tanto por el artículo 30 de la Ley 909 de 2004, como del artículos 2º y 3º del Decreto Ley 760 de 2005, esta delegación resulta legítima. Máxime cuando de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 209 CP, la delegación de funciones representa una técnica adecuada para el ejercicio de las competencias administrativas y cuando en consideración a la cantidad y magnitud de las labores confiadas por la Constitución y la ley a la CNSC, esta entidad se encuentra expuesta al riesgo de verse desbordada por sus responsabilidades. De aquí que en aras de asegurar el eficiente cumplimiento de sus labores resulte comprensible la decisión del legislador de autorizar la delegación en las entidades educativas de la realización de los procesos de convocatorias públicas... El hecho de encontrarnos, pues, en presencia de un supuesto de habilitación legal expreso para la delegación de una tarea en concreto a un particular con quien, a su vez, se ha autorizado expresamente la suscripción de un convenio o contrato para la realización de otras actividades de índole igualmente administrativa, permite entender que en este supuesto el ordenamiento jurídico ha establecido reglas especiales cuya aplicación debe privilegiarse. El contrato es entonces, a la luz de esta interpretación de la normativa aplicable, un instrumento adecuado para efectuar y perfeccionar esta clase de delegación.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 760 DE 2005 - ARTICULO 2

DEBIDO PROCESO EN CONCURSO DE MERITOS EN LA DIAN - La función de atender las reclamaciones presentadas por los participantes está sometida a reglas especiales de competencia y trámite que fueron desconocidas en este evento / DIAN - Sistema específico de carrera administrativa

En efecto, teniendo en cuenta que se trata de un proceso de selección sometido también a las reglas especiales que define el Decreto Ley 765 de 2005., y en consideración a que este estatuto contiene reglas especiales en materia de atención de reclamaciones presentadas y a que, como surge con claridad del examen del expediente, las mismas han sido desconocidas, no puede más que constatarse una afectación a la garantía del debido proceso (artículo 29 CP). Ciertamente, si de acuerdo con lo establecido por el párr. 2º del artículo 38 de este estatuto “[c]uando se trate de reclamaciones por inconformidad en los puntajes obtenidos en las pruebas, será competente para resolverlas en primera instancia, el empleado que se desempeñe en la jefatura de la dependencia que ejerza la función de Gestión Humana. La segunda instancia será ejercida por la Comisión del Sistema Específico de Carrera”, no hay duda que en el caso de autos esta previsión ha sido desatendida. Esto, por cuanto, como se evidencia en la foliatura, la petición de solicitud de revisión de la hoja de respuestas presentada por medio de la página web habilitada al efecto ... fue resuelta por la USBSM, esto es, un órgano distinto al legalmente señalado, y no se brindó oportunidad de interponer el recurso de apelación legalmente previsto.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 765 DE 2005 – ARTICULO 38

SISTEMA ESPECIFICO DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA DIAN - La Comisión Nacional del Servicio Civil no puede delegar la atención de las

reclamaciones relacionadas con irregularidades en la forma como se adelanta un proceso. Violación del debido proceso.

Por ende, y teniendo en cuenta que también según la jurisprudencia constitucional las reclamaciones relacionadas con irregularidades en la forma como se adelanta un proceso “no sólo no pueden ser delegados, sino que únicamente la Comisión Nacional del Servicio Civil es la competente para conocer y decidir al respecto, adoptando las medidas pertinentes que la situación amerite, como suspender el proceso, iniciar investigaciones, denunciar ante las autoridades penales o de control los hechos correspondientes, etc.”, no se comprende como la CNSC, en abierto desconocimiento de sus responsabilidades constitucionales y legales, desatendió o se marginó las varias solicitudes de revisión del proceso realizadas tanto por los participantes ... como por el propio Director General de la DIAN.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 765 DE 2005 – ARTICULO 11

NOTA DE RELATORIA: Ver, Corte Constitucional, sentencia C-1175 de 2005, en cita.

DERECHO DE ACCESO A LOS DOCUMENTOS PUBLICOS – Derecho de acceso de los participantes a las pruebas presentadas en el marco de un proceso de reclamación en concurso de méritos. La reserva es válida únicamente frente a terceros no intervinientes directamente en el proceso de selección.

En efecto, de acuerdo con lo señalado en el tramo final del artículo 31 numeral 3 párr. 3º de la Ley 909, las pruebas, y por lo tanto las hojas de respuesta, “solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional de Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación”. Una previsión semejante establece la normativa especial de la carrera específica de la DIAN. En este orden de ideas, como afirma la accionante en su escrito, carece de justificación invocar dicha reserva ante quien ha sido expresamente sustraído de ella por el legislador. El motivo es obvio: de no ser excluidos de la reserva impuesta, y garantizado su efectivo acceso y conocimiento del contenido de las pruebas presentadas por cada uno en particular, el derecho de reclamación de quienes tomaron parte en los procesos devendría inocuo; quedaría reducido a una mera formalidad, vaciando por completo de contenido el derecho de contradicción y defensa que la Constitución garantiza a los particulares en toda actuación administrativa.

NOTA DE RELATORIA: Ver, Corte Constitucional sentencias C-942 de 2003 y T-1023 de 2006, en cita.

DERECHO DE ACCESO A LOS DOCUMENTOS PUBLICOS - Procedencia de la acción de tutela y el recurso de insistencia

En este orden, al tratarse de una reserva válida únicamente frente a terceros no intervinientes directamente en el proceso de selección, la acción de tutela debe proceder directamente, toda vez que de lo que se trata en estos eventos no es de hacer efectivo un derecho legalmente otorgado y constitucionalmente amparado. Remitir esta clase de controversias al juez administrativo para que sea él, vía recurso de insistencia, quien se pronuncie sobre el carácter reservado o no de esta documentación sería tanto como desconocer que, para el caso de quienes tomaron parte en los procesos, legalmente estos documentos no tienen el carácter de reservados.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 74 / LEY 909 DE 2004 – ARTICULO 31

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero Ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D. C., trece (13) de diciembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00492-01(AC)

Actor: ZORAIDA MARTÍNEZ YEPES

Demandado: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

La Sala decide sobre la impugnación interpuesta por la actora, contra la sentencia de 4 de septiembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A.

I. ANTECEDENTES

I.1. La solicitud y sus pretensiones:

La señora Zoraida Martínez Yepes, a través de apoderada, promovió acción de tutela en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC) y la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín (en adelante USBSM), quienes a su juicio vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad y al trabajo.

La accionante concreta su solicitud de amparo en las siguientes pretensiones:

“1. (...) ordenar a las entidades demandadas diseñar y aplicar pruebas con base en el enfoque conceptual contenido en la Ley 1033 de 2006.

2. Tutelar a favor de mi poderdante los derechos fundamentales a la igualdad, a la equidad, al trabajo y al debido proceso administrativo vulnerado por las entidades demandadas con ocasión de las pruebas realizadas a mi representa da, en su calidad de aspirante o candidata a ingresar a la carrera administrativa mediante el concurso público de méritos convocado por la DIAN, en cuanto hubo deficiencias en la información, en la identificación de los participantes, en los tiempos de

duración y en la pertinencia y origen de las preguntas y en consecuencia ordenar que las pruebas se repitan cumpliendo estrictamente con los protocolos de seguridad, tiempos, logística y con la pertinencia de las preguntas, particularmente las derivadas de las competencias funcionales requeridas para cada cargo.

3. (...) se ordene que la Comisión Nacional del Servicio Civil responda adecuadamente, es decir, de fondo y con la fundamentación requerida en cada caso, con firma responsable y dentro de los tiempos legales, las reclamaciones y solicitudes que mis poderdantes han presentado, y que están cobijados bajo el concepto jurídico de derecho de petición. Igualmente que se tutele el derecho al debido proceso por cuanto no existe delegación mediante resolución para que la universidad contratante atienda y resuelva las reclamaciones que ha formulado mi representada.

4. Como consecuencia de lo anterior, ordenar que se haga conocer a mi representada su respectiva prueba con su informe de calificación, ya que el carácter relativamente reservado de las mismas no puede afectar el derecho de defensa de la reclamante.

5. Igualmente, como consecuencia de las decisiones anteriores, suspender la etapa de entrevistas de la Convocatoria 128/09 DIAN, mientras la accionante repite las pruebas”¹.

I.2. Hechos relevantes y fundamentos de la solicitud:

El accionante expone como fundamentos fácticos de su pretensión los siguientes:

1.- El 6 de noviembre de 2009 la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución 1245, “*Por la cual se adopta la Convocatoria No. 128 de 2009 para proveer, por concurso abierto de méritos, los empleos de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, pertenecientes al sistema específico de carrera administrativa*”. Esta convocatoria fue reglamentada por la CNSC por medio de los Acuerdos 108 y 127 de 2009.

2.- En virtud de la habilitación contenida en el artículo 30 de la ley 909 de 2004 para que los concursos y procesos de selección se adelanten por medio de contratos o convenios interadministrativos suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin, previo proceso de selección abreviada, la CSNC celebró contrato de prestación de servicios con la USBSM para que ésta diseñara y desarrollara la convocatoria abierta para la provisión de empleos vacantes dentro de la carrera administrativa específica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-.

¹ Folio 23 del expediente.

3.- Atendiendo a la convocatoria efectuada, la accionante presentó las pruebas realizadas dentro del referido proceso de selección el 29 de abril de 2011.

4.- Según señala en su escrito de tutela, las pruebas carecieron de idoneidad, puesto que con ellas se intentó medir potencialidades y conocimientos, y no las competencias funcionales, como debía ser. Adicionalmente afirma que el día de las pruebas se presentaron irregularidades relacionadas con la identificación de los participantes, la hora de inicio de las evaluaciones -la cual presuntamente no fue la misma en las distintas ciudades en las que fueron practicadas, con grave afectación del tiempo del que se disponía para responder las preguntas-; al igual que con el uso de celulares y otros aparatos electrónicos, supuesto conocimiento público de algunas preguntas, falta de claridad en la orientación brindada por los coordinadores de salón y dificultades con el manejo de la documentación en que constaba la prueba.

5.- Igualmente afirma la accionante que las entidades accionadas dieron aplicación al artículo 5º del Decreto 4500 de 2005 como base de las pruebas practicadas, con lo cual se incurrió en un grave error de Derecho, puesto que esta normativa fue derogada tácitamente por la Ley 1033 de 2006; estatuto que, a su juicio, contiene las directrices apropiadas para la debida estructuración del concurso.

7.- Indica la accionante que a la vista de estas irregularidades, el Director General de la DIAN envió a la CNSC Oficio No. 100000202-000807, de 9 de mayo de 2012, en el cual expresó su preocupación por distintos aspectos de las pruebas practicadas que han generado inconformidad y reclamaciones por parte de quienes participaron en ellas (copia de este oficio reposa en los fls. 34 y ss. y 57 y ss.).

8.- Adicionalmente, la demandante afirma que las entidades demandadas no han atendido en debida forma sus reclamaciones, por cuanto tienen un modelo estandarizado de respuesta, que además contiene argumentos contradictorios y proviene siempre de la USBSM; ente que, sostiene, carece de competencia para atender esta clase de reclamaciones, por cuanto la CNSC nunca le delegó formalmente, vía acto administrativo, la facultad de atender estas solicitudes.

9.- Igualmente el escrito de tutela manifiesta su inconformidad con el hecho de no haber podido acceder a las hojas de respuesta de su prueba, toda vez que los demandados alegan el carácter reservado de estos documentos; circunstancia que, sostiene, afecta sus derechos al habeas data y de defensa en tanto que participante en el proceso.

10.- Por último, la accionante agrega que la USBSM no demostró su idoneidad para llevar a cabo el proceso contratado.

I.3. La respuesta de los demandados

El Rector de la **Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín** se opuso a las pretensiones de la actora, en los siguientes términos:

- Manifestó que la Convocatoria No. 128 de 2009 cuenta con las correspondientes etapas de reclamación, según lo establecido en la Resolución No.1245 de 2009, y que cada una de ellas se resuelve de manera individual y personal. Lo anterior, sin perjuicio de que eventualmente se hayan dado respuestas idénticas, dada la similitud de las reclamaciones.
- Explicó que la finalidad de las pruebas es integral, por lo cual con ellas se busca evaluar competencias, actitudes, habilidades y potencial del aspirante. Por esto, su objetivo, más que medir conocimientos específicos o esperar respuestas memorísticas, es medir la capacidad de interpretación y argumentación de los participantes, de conformidad con las normas que gobiernan la convocatoria.
- Señaló que dicha Universidad ejecutó el objeto del contrato celebrado con la CNSC con arreglo a las especificaciones del pliego de condiciones, el acuerdo contractual y los ejes temáticos entregados por la DIAN, siempre ceñidos a las resoluciones, acuerdos y leyes aplicables.
- Adicionalmente, y sobre el planteamiento de la accionante respecto de la modificación efectuada por la Ley 1033 de 2006 de algunos artículos de la Ley 909 de 2004, la USBSM aclaró que si bien es cierto que dicha modificación tuvo lugar, ello no implicó un cambio en el criterio técnico de las pruebas, ni que los ejes temáticos centrales de las pruebas fueran inadecuados, por cuanto fueron sometidos a juicio de expertos como altos exdirectivos y exfuncionarios de la DIAN.
- Del mismo modo, recalcó que en la presentación de los exámenes se siguieron los protocolos y se respetaron los principios que orientan el ingreso a la carrera administrativa.
- Finalmente, y en lo tocante a la falta de competencia de esta institución para resolver las reclamaciones presentadas, indicó que en virtud de la obligación número 21 de la cláusula segunda del contrato suscrito con la CNSC, la Universidad tiene la responsabilidad de atender estas solicitudes y, por lo tanto, la condición de encargada de dar respuesta a las reclamaciones relativas a las pruebas, para lo cual debía utilizar el aplicativo web de la Comisión.

De otra parte, por medio de su asesor jurídico, la **Comisión Nacional del Servicio Civil** presentó escrito oponiéndose a las súplicas de la tutela incoada en

su contra. Para fundamentar su oposición, este órgano presentó los siguientes argumentos:

- En primer lugar consideró que toda vez que la tutela es un mecanismo subsidiario y excepcional no procede para dirimir la controversia planteada. En su concepto, el medio adecuado sería un recurso ordinario ante el juez contencioso mediante el cual se controvierta la legalidad de las distintas actuaciones administrativas adelantadas en desarrollo de la convocatoria.
- Con respecto a la normativa aplicable, aseveró que la Ley 1030 de 2006 no es aplicable a la Convocatoria No. 128 de 2009, ya que sus disposiciones están orientadas a regular la carrera administrativa para el sector defensa, de manera que nada tiene que ver con la DIAN y con su carrera administrativa específica. Con base en esta consideración, afirma que ni el artículo 31 numeral tercero de la ley 909 de 2004 ha sido derogado, ni, en consecuencia, el decreto 4500 de 2005, su decreto reglamentario, ha perdido validez. Por el contrario, señala, se trata de disposiciones que son la guía obligatoria en esta clase de procesos de selección de personal.
- En lo atinente a la concepción y enfoque de las pruebas, expresó que para su diseño se tuvieron en cuenta los ejes temáticos definidos por la DIAN, en el sentido de medir los factores comportamentales y la aptitud de los participantes; lo cual en absoluto contradice las prescripciones de la Ley 909 de 2004.
- Para cerrar aduce que al participar en la Convocatoria No. 128 de 2009 los participantes debían sujetarse a las reglas previamente establecidas, las cuales debían conocer, en la misma medida que la Administración, obligada a respetar los procedimientos diseñados para la valoración del desempeño de los concursantes, las debe acatar y asegurar su cumplimiento.

III.- LA SENTENCIA IMPUGNADA

El 4 de septiembre de 2012, por intermedio de la Sección Segunda, Subsección A, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia denegatoria del amparo solicitado. En ella se rechazó la solicitud de protección elevada por considerar, primero, que por tratarse de cargos dirigidos contra actos administrativos de carácter general la actora posee otro mecanismo de defensa judicial, y segundo, porque la accionante no individualizó ni explicó cómo se vulneraron sus derechos fundamentales.

Adicionalmente, y de forma inexplicable –por cuanto en el expediente obran diversos documentos que evidencian lo contrario-, la sentencia del *a quo* afirma que “la actora no hace parte de los participantes en la Convocatoria y, por ende, no se encuentra afectado por la celeridad de las decisiones tomadas al interior del concurso” (Fl. 153); argumento que le permite reiterar la improcedencia de la acción incoada.

IV.- LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por el Tribunal, la actora impugnó el fallo, reiterando los hechos esgrimidos en la demanda. El escrito impugnatorio hizo especial énfasis en lo concerniente a la aplicación de una norma inaplicable al caso, fruto del desconocimiento de la modificación que del artículo 31 numeral 3º de la ley 909 de 2004 efectuó la ley 1033 de 2006, y a la falta de competencia legal de la USBSM para atender las reclamaciones presentadas por los participantes en el concurso. También se hizo mención tangencial del hecho que a la accionante no se le permitió conocer sus propias pruebas.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

IV.1. Competencia.

1. De conformidad con lo previsto por los artículos 31 del Decreto 2591 de 1991, 4º del Decreto 306 de 1992 y 1º del Decreto 1382 de 2000 en materia de competencia para conocer de las acciones de tutela interpuestas contra autoridades administrativas del orden nacional y de su impugnación, en armonía con lo dispuesto por el artículo 2º del Acuerdo No. 55 del 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado, esta Sala de Decisión es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la decisión adoptada en primera instancia por la Sección Segunda Sub-Sección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el pasado 12 de septiembre dentro de este expediente.

IV.2. Presentación del caso y problemas jurídicos a resolver.

2. El caso bajo examen supone determinar si la CNSC y la USBSM vulneraron los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad de la señora ZORAIDA MARTINEZ YEPES, como consecuencia de la realización de la Convocatoria No. 128 de 2009 para proveer, por concurso abierto de méritos, los empleos de carrera de la Unidad Administrativa Especial de Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, pertenecientes al sistema específico de carrera, para los niveles profesional, técnico y asistencial.

3. Según afirma la accionante en su extenso y farragoso alegato de tutela, la afectación de sus derechos fundamentales se deriva de (i) haber diseñado y aplicado unas pruebas con un enfoque equivocado, resultado de no haber tenido en cuenta la modificación que la Ley 1033 de 2006 introdujo al numeral 3º del

artículo 31 de la Ley 909 de 2004; (ii) la violación a los principios que orientan el ingreso a la función pública, producto de irregularidades que se presentaron el día de la práctica de la prueba (desorganización frente a la identificación de las personas e inicio de las pruebas, falta de control sobre el uso de teléfonos celulares, deficiencias en la orientación sobre la realización de la prueba y el uso de la hoja de prueba, etc.); (iii) la falta de respuesta congruente con lo pedido y de fondo a sus reclamaciones; (iv) la negativa a permitirle el acceso a información específica de su prueba, bajo el argumento que se trata de información reservada, lo cual se traduce en la imposibilidad de un ejercicio adecuado del derecho de defensa; (v) la pretendida falta de idoneidad de la USBSM, de quien, afirma, no se ha demostrado su capacidad técnica para realizar esta clase de procesos; y, por último, (vi) la ausencia de facultades legales en cabeza de la USBSM para responder a las reclamaciones presentadas por ella en desarrollo del proceso, las cuales, según sostiene la accionante, si bien pueden ser delegadas por la CNSC en esta clase de entidades, deben serlo de manera expresa y mediante acto administrativo de delegación.

4. Para las entidades accionadas ninguna de las imputaciones de la Señora MARTINEZ YEPES es de recibo. Con respecto al señalamiento de haber tomado como base para la realización de las pruebas una normativa inaplicable, mientras que la CNSC afirma que las disposiciones de la Ley 1033 de 2006 no son aplicables a la Convocatoria No. 128 de 2009, puesto que únicamente regulan el sector defensa, la USBSM sostiene que si bien es cierto que la Ley 1033 de 2006 modificó el numeral 3º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, tal como expresamente lo determina el artículo 14 de aquella, no es de recibo entender, como hace la accionante, que el criterio y enfoque técnico de las pruebas ha sido variado. En lo que tiene que ver con las presuntas irregularidades presentadas durante las pruebas efectuadas el día 29 de abril la USBSM niega la ocurrencia de tales anomalías y sostiene que las evaluaciones discurrieron en medio de condiciones de plena normalidad, de conformidad con los protocolos de seguridad y logística preestablecidos. En lo tocante a la presunta falta de respuesta congruente con lo pedido y denegación del acceso a la información relacionada con los resultados específicamente obtenidos por la accionante, ambas entidades afirman que en ningún momento se ha violado ni el derecho de petición, ni de acceso a documentos públicos. Lo primero, por cuanto siempre se dio respuesta a las reclamaciones formuladas, aun cuando las contestaciones, dada la similitud que presentaban entre sí muchas de las solicitudes presentadas por los participantes en el concurso, pudieran ser semejantes; lo segundo, porque por virtud de lo establecido en el numeral 3º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 existe una reserva legal que protege las pruebas aplicadas o a aplicarse, de manera que se trata de documentos de acceso restringido. En cuanto al señalamiento de falta de idoneidad de la USBSM para la realización de esta clase de procesos nada se dice en ninguno de los escritos de contestación presentados. Por último, en lo que tiene que ver con la pretendida falta de competencia de la USBSM para resolver las reclamaciones presentadas por los participantes en el proceso, habida cuenta de la supuesta falta de delegación expresa por parte de la CNSC de esta potestad, las dos partes accionadas manifiestan que es falso que dicha delegación sea inexistente. Según lo manifestado en sus respectivos

informes ella forma parte de lo acordado en el contrato No. 226 de 2011, suscrito entre la CNSC y la USBSM, en cuya cláusula 2º numeral 21 se pacta como una obligación de la entidad contratista la atención de las reclamaciones; motivo por el cual resulta claro que dicha responsabilidad le fue encomendada y que se encuentra legalmente facultada para hacerlo.

5. Ahora bien, teniendo en cuenta (i) la pluralidad de cargos presentados por la accionante en contra de la manera como se ha desarrollado el proceso de Convocatoria No. 128 de 2009, (ii) el carácter subsidiario y excepcional de la acción de tutela, que supone que este mecanismo de protección de derechos fundamentales únicamente puede ser utilizado “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (artículo 86 CP) y (iii) la falta de prueba por parte de la accionante de un perjuicio irremediable que pudiera justificar el estudio de la presente acción como mecanismo transitorio, **resulta imperativo determinar *ab initio* qué asuntos**, de los muchos presentados por la señora MARTINEZ YEPES, **tienen virtualidad de ser objeto de estudio en sede de amparo**. Esto, por cuanto de la simple lectura de las principales piezas procesales del expediente se puede apreciar que la actora ha pretendido ventilar por este curso cuestiones más propias del debate procesal ordinario que de un juicio de tutela. Solo efectuado este análisis podrán definirse los auténticos problemas jurídicos que, por envolver asuntos de índole propiamente *iusfundamental*, deben ser resueltos en esta controversia.

Lo anterior, toda vez que señalamientos como el de la falta de idoneidad de la USBSM como entidad contratada por la CNSC para la ejecución de la Convocatoria No. 128 de 2009 no pueden ser objeto de estudio en esta sede. Para ello el ordenamiento procesal administrativo ha previsto medios de control como la nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138 CPACA) o la pretensión de controversias contractuales (artículo 141 CPACA). Lo mismo ocurre con la inconformidad de la accionante con el enfoque técnico dado a las pruebas, a sus contenidos y a los pesos porcentuales otorgados a los distintos factores considerados para determinar los resultados. No se trata solo que por su naturaleza altamente técnica y elevada exigencia probatoria esta clase de cuestionamientos desborden las posibilidades de incidencia de un juez de tutela en actuaciones administrativas; se debe también considerar que como garantía de la igualdad, la seguridad jurídica, la imparcialidad y transparencia de la Administración, *salvo eventos en los que sea manifiesto el desconocimiento de derechos fundamentales o de principios constitucionales (caso, p. ej., de exigencias discriminatorias, previsiones irrazonables o requerimientos desproporcionados) o en los que sea necesaria su intervención para evitar un perjuicio irremediable, el juez de tutela debe abstenerse de variar las condiciones previamente establecidas, conocidas de manera general y que –en abstracto– aseguran igualdad e imparcialidad para todos*. De ordinario será el juez administrativo, en sede de contencioso objetivo o subjetivo de anulación, el llamado a responder frente a esta clase de reclamaciones, pudiéndose incluso decretar la suspensión provisional de los actos que definen las reglas generales de la convocatoria o del procedimiento mismo si lo estima procedente.

6. Por lo tanto, analizados los hechos presentados tanto en la acción interpuesta, como en los escritos de contestación allegados por las entidades accionadas, para esta Sala de Decisión es claro que aun cuando varios de los cuestionamientos formulados escapan de la órbita propia de la acción de tutela, por lo cual su análisis resulta improcedente, algunos otros sí envuelven conflictos de naturaleza *ius fundamental* que deben, por ende, ser objeto de revisión en esta sentencia. Ellos son los referentes a (i) la vulneración del derecho al debido proceso como consecuencia de la aplicación de unas pruebas realizadas con base en una normativa respecto de la cual –como se puede apreciar en la divergencia de criterios expresada por las entidades accionadas- no existe claridad sobre si resultaba aplicable o no; (ii) la violación al debido proceso fruto de la supuesta falta de competencia por parte de la USBSM para dar contestación a las reclamaciones formuladas por los participantes en la convocatoria; (iii) el desconocimiento del derecho de petición de la accionante tanto por parte de la CNSC como de la USBSM a causa de las respuestas pretendidamente insatisfactorias recibidas frente a sus peticiones y, finalmente, (iv) la afectación de los derechos de acceso a documentos públicos y de defensa de la accionante, al haberle impedido las entidades demandadas acceder a las pruebas presentadas y haberle privado, de este modo, de un fundamento objetivo para sus reclamaciones y el debido ejercicio del derecho de defensa.

En este orden de ideas, en la presente sentencia se deberán resolver los siguientes problemas jurídicos:

- a) ¿Resulta contrario al debido proceso que el Concurso No. 128 de 2009 se haya realizado con base en el enfoque que dimana de la ley 909 de 2004 y su reglamentación, sin tener en cuenta lo previsto al respecto por la ley 1033 de 2006?
- b) ¿Resulta contrario al debido proceso que las reclamaciones presentadas por la accionante en el curso del Concurso No. 128 de 2009 hayan sido atendidas por la USBSM sin que hubiese mediado para ello un acto administrativo de delegación?
- c) ¿Resulta contrario al derecho de petición que la CNSC haya remitido a la USB todas las reclamaciones presentadas por la accionante y que ésta haya dado una respuesta estandarizada, común a la formulada en otros casos?
- d) ¿Resulta contrario al derecho de acceso a los documentos públicos y al derecho de defensa que las entidades accionadas, invocando la reserva documental establecida por el artículo 31 de la ley 909 de 2004, impidan a quien participó en las pruebas realizadas el conocimiento de los soportes físicos en los que constan sus respuestas?

III.3. Análisis del asunto.

7. Dar respuesta a los interrogantes planteados en el apartado anterior exige abordar en primer lugar lo relativo a la modificación del artículo 31 numeral 3º de la

Ley 909 de 2004 por lo dispuesto en la Ley 1033 de 2006 (A); para pasar luego a examinar lo referente a la delegación a la USBSM de la responsabilidad de atender las reclamaciones presentadas por los participantes en el Concurso No. 128 de 2009 (B), continuar enseguida con el análisis del proceder de la CNSC respecto de las peticiones presentadas por la accionante, consistente en su remisión para contestación sistemática a la USBSM (C) y finalizar valorando el alcance del derecho de acceso a los documentos públicos en el caso de las pruebas presentadas en el marco de un proceso de selección de personal, a efectos de determinar si en el presente evento se produjo o no su vulneración (D). Estas consideraciones servirán de base para resolver el caso concreto (E).

A. El debido proceso y la aplicación de la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios como disposiciones orientadoras básicas para la elaboración de las pruebas practicadas.

8. Señala la accionante que en cuanto procedimiento administrativo reglado, el concurso público de méritos para seleccionar personal para la carrera administrativa presupone el total apego de la Administración a la normatividad vigente al momento de su realización. Este mandato aplica tanto en lo formal como en lo material. Por ende, su desarrollo no solamente supone seguir los distintos pasos preestablecidos por la ley, sino también “ceñirse al enfoque y a los requerimientos precisos de la ley vigente y si en esa materia se equivoca (...) habrá malogrado el procedimiento reglado inobservando el debido proceso administrativo del concurso” (Fl. 2).

En este sentido, debe destacarse que a su juicio las normas actualmente aplicables al procedimiento están contenidas en la Ley 1033 de 2006; razón por la cual no se explica que la Convocatoria No. 128 de 2009 se haya llevado a cabo tomando como referencias normativas el numeral 3º del artículo 31 de la ley 909 de 2004 y su decreto reglamentario, en especial cuando existe “una gran diferencia conceptual entre la norma vigente y la norma reemplazada, invocada equivocadamente por las entidades que realizaron la prueba” (Fl. 3) Esto le lleva a afirmar que “[i]nvocar el artículo 5º del Decreto 4500 de 2005 es improcedente en cuanto éste reglamentaba un texto derogado por la modificación”. En su concepto esta equivocación “trajo como consecuencia enfoques equivocados en el diseño de las pruebas puesto que es bien diferente intentar medir “potencialidades” a cambio de establecer “adecuaciones al empleo o cuadro funcional de empleos” o enfocarse en “las funciones del cargo” como establecía la ley derogada (Fl. 3).

En sus escritos de contestación las entidades accionadas no se encuentran de acuerdo en si el artículo 31 numeral 3º de la ley 909 fue modificado o no por la ley 1033 de 2006, ni sobre si ésta resulta aplicable en el caso de la Convocatoria No. 128 de 2009. Así, para la CNSC, las disposiciones de la Ley 1033 de 2006 no son aplicables a la Convocatoria No. 128 de 2009, puesto que únicamente regulan el sector defensa. En contraste, la USBSM sostiene que si bien es cierto que la Ley 1033 de 2006 modificó el numeral 3º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, tal como expresamente lo determina el artículo 14 de aquella, no es de recibo

entender, como hace la accionante, que el criterio y enfoque técnico de las pruebas haya sido variado.

9. Teniendo en cuenta que, como lo manifiesta la tutelante, la aplicación de unas pruebas realizadas con base en una normativa equivocada –bien por inaplicable, bien por inválida- puede afectar seriamente el debido proceso (artículo 29 CP), lesionando además el principio de Estado de Derecho (artículo 1º CP), resulta obligado determinar si el cambio trascendental alegado por la accionante efectivamente tuvo o no lugar.

10. En este orden de ideas es preciso señalar, en primer lugar, que tanto de acuerdo con el título que rubrica la Ley 1033 de 2006, *“Por la cual se establece la Carrera Administrativa Especial para los Empleados Públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas al sector Defensa, se derogan y modifican unas disposiciones de la Ley 909 de 2004 y se conceden unas facultades conforme al numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política”*, como con su contenido, no es de recibo la posición de la CNSC, según la cual se trata de una normativa aplicable únicamente en el Sector Defensa. El análisis de lo primero, de un lado, hace posible apreciar que aun cuando se trata de un estatuto que establece las reglas de la carrera administrativa especial para los empleados públicos no uniformados vinculados a este sector, también tiene por objeto ocuparse de otros asuntos: modificar algunas disposiciones de la ley 909 de 2004 y conceder facultades al Presidente. En este orden de ideas, y como fuera resaltado por la Corte Constitucional en la sentencia C-211 de 2007, el núcleo temático de esta ley “no se reduce al tema de la carrera administrativa especial para los empleados públicos civiles no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas al sector Defensa”². De otro lado, no hay duda que el examen del contenido de este estatuto permite arribar a la misma conclusión. La lectura de lo previsto en los artículos 10³, 11⁴, 12⁵, 13⁶ y 14⁷ así permite afirmarlo.

² En este pronunciamiento la Corte Constitucional examinó el cargo de violación del principio de unidad de materia formulado contra los artículos 9, 10, 11 y 13 de la ley 1033 de 2006. Esta circunstancia llevó a que se estudiaran los antecedentes parlamentarios de esta normativa. El estudio efectuado lleva a la Corte a considerar lo siguiente: “Como se desprende del trámite surtido en el Congreso, si bien el proyecto inicial presentado por el señor Ministro de la Defensa Nacional aludía exclusivamente al establecimiento de la referida carrera Administrativa Especial, las Comisiones Séptimas Constitucionales decidieron modificar el título del proyecto –en el sentido de que con el mismo igualmente se modificaban algunas disposiciones de la ley 909 de 2004- e introducir artículos nuevos relativos en general a los concursos para ingresar a la carrera administrativa y en particular a la convocatoria en curso para el efecto al momento de la discusión del proyecto que se convirtió en la Ley 1033 de 2006.- En ese orden de ideas es claro que el objeto de los debates, el título del proyecto y su contenido final abarcaron no uno sino dos grandes aspectos a saber, la carrera especial aludida y las modificaciones que en ejercicio de su potestad de configuración el Legislador decidió establecer a la Ley 909 de 2004 en materia de concursos”. Esta interpretación del alcance de la ley 1033 de 2006 es reiterado por la Corte Constitucional en la sentencia C-290 de 2007.

³ **ARTÍCULO 10.** ~~Cuando la Comisión Nacional del Servicio Civil prevea en los procesos de selección la aplicación de la prueba básica general de preselección a que hace referencia el artículo 24 de la Ley 443 de 1998 y esta tenga el carácter de habilitante, no lo será exigible a los empleados que estén vinculados a la Administración Pública, mediante nombramiento provisional o en carrera, con una antelación no menor a seis (6) meses contados a partir de la vigencia de la~~

11. Resulta procedente, entonces, examinar cuál fue el alcance de la modificación realizada por la Ley 1033 de 2006 sobre el artículo 31 numeral 3º de la Ley 909 de 2004. Que dicho cambio tuvo lugar es indiscutible en razón a lo dispuesto por el artículo 14 de aquella, conforme al cual:

La presente ley rige a partir de su publicación y deroga los incisos 5º y 6º del literal a) del numeral 1 del artículo 3º, el inciso 2º del numeral 4 del artículo 31, el parágrafo del artículo 55 y modifica el numeral 3 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (negrillas fuera de texto).

Se trata, pues, según lo establecido en la parte final de este enunciado, de *una modificación en apariencia expresa*. Con todo, **aun cuando expresamente dispuesta por el legislador, no hay en el texto de la referida ley una disposición especial en la que se concrete dicha modificación**. Esta

~~presente ley, que se inscriban o que se hayan inscrito para participar en el respectivo concurso en un empleo perteneciente al mismo nivel jerárquico del cargo que vienen desempeñando.~~

~~La experiencia de los aspirantes deberá evaluarse como una prueba más dentro del proceso, a la cual deberá asignársele un mayor valor a la experiencia relacionada con las funciones del cargo para el cual aspiran.~~

~~Para dar cumplimiento a lo consagrado en los incisos anteriores la Comisión Nacional del Servicio Civil queda facultada para que dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la expedición de la presente ley, realice los ajustes y modificaciones que se requieran en los procesos administrativos y en las convocatorias que se encuentren en curso a la entrada en vigencia de esta.~~

~~Habilitar en Carrera Administrativa General, Especial o Específica según el caso a quienes hubiesen realizado y superado el respectivo proceso de selección por mérito de acuerdo con la normatividad vigente a la fecha de la convocatoria para la cual se haya participado. La Comisión Nacional del Servicio Civil emitirá los pronunciamientos a que haya lugar en cada caso.~~

~~PARÁGRAFO. Con el fin de garantizar la oportuna ejecución del proceso de selección para la provisión de empleos de carrera, la Comisión Nacional del Servicio Civil adelantará la Fase I, Prueba Básica General de Preselección de la Convocatoria número 001-2005, a través de la Escuela Superior de Administración Pública-ESAP, con el apoyo del ICFES y el soporte tecnológico de la Universidad de Pamplona.~~

~~La ESAP asumirá hasta el cincuenta por ciento (50%) del valor del diseño, construcción y aplicación de la Prueba Básica General de Preselección con cargo al presupuesto de la vigencia fiscal 2006, para lo cual dispondrá de los recursos asignados para la aplicación de la Ley 909 de 2004 y el valor restante con cargo al presupuesto de la CNSC. <Aparte tachado INEXEQUIBLE por las sentencias C-211 de 2007 y C-290 de 2007>~~

~~⁴ **ARTÍCULO 11.** Exclúyase de la Convocatoria número 001 de 2005 de la CNSC, los empleos de las Empresas Sociales del Estado (ESE) que se encuentran actualmente en reestructuración; para tal efecto el Ministerio de la Protección Social deberá informar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, en el término de 30 días calendario las entidades que se encuentran en la situación prevista en el presente artículo.~~

~~Los empleos que se excluyan de la Convocatoria número 001/2005 en cumplimiento del presente artículo, deberán ser convocados a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a la culminación del proceso de reestructuración. <Aparte tachado INEXEQUIBLE por la sentencia C-211 de 2007>~~

~~⁵ **ARTÍCULO 12.** La Comisión Nacional del Servicio Civil rendirá informe trimestral sobre todas las actividades realizadas a las Comisiones Séptimas del Congreso de la República. Informe que deberá ser sustentado por su presidente en el seno de la respectiva Comisión.~~

~~⁶ **ARTÍCULO 13.** Con el fin de garantizar la culminación de las Convocatorias para la provisión de los empleos provisionales del Sistema General y Sistemas Específicos de Carrera Administrativa, prórroguese el periodo de los miembros de la actual Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, por el término de 24 meses.~~

~~⁷ **ARTÍCULO 14.** La presente ley rige a partir de su publicación y deroga los incisos 5o y 6o del literal a) del numeral 1 del artículo 3o, el inciso 2o del numeral 4 del artículo 31, el parágrafo del artículo 55 y modifica el numeral 3 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.~~

circunstancia ofrece una dificultad hermenéutica considerable, puesto que enfrenta al operador jurídico a la labor de identificar y concretar la reforma efectuada. La falta de identidad de los asuntos regulados en la Ley 1033 de 2006 con lo previsto en el artículo 31 numeral 3º de la Ley 909 de 2004 supone una dificultad adicional para la realización de esta tarea y obliga a efectuar una interpretación sistemática de estas disposiciones.

En este sentido, el examen de las diversas disposiciones de la Ley 1033 de 2006 obliga a concluir que, fruto de la manifiesta falta de técnica legislativa de esta previsión del artículo 14 de la Ley 1033 de 2006, **antes que una modificación sustantiva del artículo 31 numeral 3º de la Ley 909 de 2004, lo que hay es una adición al contenido de dicha disposición.** En efecto, dar sentido a la parte final del artículo 14 de la Ley 1033 fuerza a entender que **su artículo 10**, único con un contenido próximo al tantas veces citado artículo 31 numeral 3º, **debe añadirse a él.** Como se verá enseguida, es ésta la operación que se impone lógicamente y sistemáticamente. El resultado que arroja esta operación de reconstrucción del sentido de esta última disposición tras la “modificación” efectuada por la Ley 1033 es un enunciado compuesto del siguiente tenor:

3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convocan, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación.

<Numeral 3 modificado por la Ley 1033 de 2006, según lo dispuesto por su artículo 14. El texto original del artículo 10 de la ley 1033 de 2006, establece:

ARTÍCULO 10. Cuando la Comisión Nacional del Servicio Civil prevea en los procesos de selección la aplicación de la prueba básica general de preselección a que hace referencia el artículo 24 de la Ley 443 de 1998 y esta tenga el carácter de habilitante, no le será exigible a los empleados que estén vinculados a la Administración Pública, mediante nombramiento provisional o en carrera, con una antelación no menor a seis (6) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley, que se inscriban o que se hayan inscrito para participar en el respectivo concurso en un empleo perteneciente al mismo nivel jerárquico del cargo que vienen desempeñando.

~~La experiencia de los aspirantes deberá evaluarse como una prueba más dentro del proceso, a la cual deberá asignársele un mayor valor a la experiencia relacionada con las funciones del cargo para el cual aspiran.~~

~~Para dar cumplimiento a lo consagrado en los incisos anteriores la Comisión Nacional del Servicio Civil queda facultada para que dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la expedición de la presente ley, realice los ajustes y modificaciones que se requieran en los procesos administrativos y en las convocatorias que se encuentren en curso a la entrada en vigencia de esta.~~

~~Habilitar en Carrera Administrativa General, Especial o Específica según el caso a quienes hubiesen realizado y superado el respectivo proceso de selección por mérito de acuerdo con la normatividad vigente a la fecha de la convocatoria para la cual se haya participado. La Comisión Nacional del Servicio Civil emitirá los pronunciamientos a que haya lugar en cada caso.~~

~~PARÁGRAFO. Con el fin de garantizar la oportuna ejecución del proceso de selección para la provisión de empleos de carrera, la Comisión Nacional del Servicio Civil adelantará la Fase I, Prueba Básica General de Preselección de la Convocatoria número 001-2005, a través de la Escuela Superior de Administración Pública-ESAP, con el apoyo del ICFES y el soporte tecnológico de la Universidad de Pamplona.~~

~~La ESAP asumirá hasta el cincuenta por ciento (50%) del valor del diseño, construcción y aplicación de la Prueba Básica General de Preselección con cargo al presupuesto de la vigencia fiscal 2006, para lo cual dispondrá de los recursos asignados para la aplicación de la Ley 909 de 2004 y el valor restante con cargo al presupuesto de la CNSC. <Aparte tachado INEXEQUIBLE mediante las sentencias C-211 y C-290 de 2005>~~

La adición propuesta resulta forzosa, por cuanto entender que el referido artículo 10 sustituyó o subrogó íntegramente al enunciado original del numeral 3º del artículo 31 carecería de sentido, toda vez que equivaldría a entender que el legislador privó al ordenamiento nacional de la disposición que regula la finalidad de las pruebas, sus criterios de evaluación y establece el carácter esencialmente reservado de estos documentos. Las consecuencias negativas de tal interpretación permiten desecharla por irrazonable. Tampoco resulta legítimo ignorar lo establecido por el artículo 14 *in fine* de la Ley 1033 de 2006, en el sentido de disponer la modificación del artículo 31 numeral 3º de la Ley 909 de 2004. Se impone, entonces, acoger una postura intermedia, que por su relevancia sistemática consiga mantener el enunciado original del numeral 3º del artículo 31 y a la vez dote de eficacia lo dispuesto por el legislador de 2008. Así las cosas, al tiempo que preserva el contenido original de esta importante disposición, mediante el añadido propuesto se hace eficaz la “modificación” dispuesta por el artículo 14 de la Ley 1033 de 2006. La operación de integración normativa propuesta resulta, así, en un enunciado plenamente funcional y operativo; razón suficiente para concluir que ésta es la opción interpretativa preferible.

12. Siendo esta la hermenéutica que debe realizarse sobre los dispositivos normativos en cuestión, **no hay duda que la modificación realizada por la Ley 1033 de 2006 dista mucho de tener los efectos radicalmente transformadores de la esencia y enfoque de las pruebas que alega la accionante. Esto, debido a que esa primera parte de la disposición, originaria de la ley 909 de 2004, se mantuvo intacta.** Después de la decisión de la Corte Constitucional de declarar inexecutable los primeros cuatro párrafos del precitado artículo 10 de la Ley 1033 de 2006⁸, el sentido del numeral 3º del artículo 31 habría cambiado únicamente en términos operativos, gracias a la adición del párrafo de aquella disposición.

13. Con base en este razonamiento, no puede más que concluirse que no le asiste razón a la accionante, puesto que al seguir vigentes las disposiciones tomadas como marco normativo de referencia para la realización de las pruebas, se presume que éstas guardan plena armonía con los requerimientos legales; máxime cuando mediante el Acuerdo 127 de 2009 de la CNSC se introdujeron algunas modificaciones a las reglas de la convocatoria con el objetivo de armonizar esta regulación con las previsiones del Decreto Ley 765 de 2005, *“Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN”*. Por este motivo no resultan procedentes sus señalamientos de afectación del debido proceso.

B. El debido proceso y la delegación a la USBSM de la responsabilidad de atender las reclamaciones por el puntaje obtenido presentadas por los participantes en el Concurso No. 128 de 2009. Reivindicación del carácter especial de los procedimientos administrativos de selección de personal y, en particular, de los relacionados con las carreras específicas.

14. En opinión de la accionante, que las respuestas a sus reclamaciones (a tono con el carácter impreciso de buena parte de las referencias contenidas en la demanda, la accionante no hace mención específica de su reclamación por puntaje, sino alusiones genéricas a “reclamaciones” o “respuestas dadas”) hayan provenido siempre de la USBSM y no de la CNSC constituye una violación del debido proceso, puesto que “[l]a universidad contratista no ha exhibido ni hecho referencia al acto administrativo que la delega para resolver las reclamaciones” (Fl. 20). En su concepto tal delegación únicamente puede efectuarse por vía de acto administrativo y no por contrato. La violación referida procedería, entonces, del hecho de haber recibido respuestas de un órgano que no tenía facultades para hacerlo.

Frente a este cargo tanto la CNSC como la USBSM expresan su desacuerdo, toda vez que, señalan, la delegación en comento forma parte de lo acordado en el contrato No. 226 de 2011, suscrito entre la CNSC y la USBSM, en cuya cláusula 2º numeral 21 se pacta como una obligación de la entidad contratista la atención

⁸ Corte Constitucional, sentencias C-211 y 290 de 2007.

de las reclamaciones que sean presentadas contra los resultados de las pruebas. En su concepto, tanto la genérica habilitación legal para confiar el desarrollo de los concursos a universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas para este fin (artículos 30 de la Ley 909 de 2004 y 3º del Decreto Ley 760 de 2005), como para delegar, en particular, el conocimiento y decisión de las reclamaciones que se presenten en desarrollo de los procesos de selección (artículo 2º del Decreto Ley 760 de 2005), justifican esta transferencia de responsabilidad, legitiman las contestaciones dadas y excluyen cualquier violación al debido proceso por esta razón.

15. La respuesta dada por las entidades accionadas hace suponer la ausencia del acto administrativo de delegación que la accionante echa en falta. Esta situación obliga a determinar si la falta de dicho acto vicia o no la encomienda efectuada. Al respecto debe señalarse que, en efecto, a la luz de lo previsto tanto por el artículo 30 de la Ley 909 de 2004, como del artículos 2º y 3º del Decreto Ley 760 de 2005, esta delegación resulta legítima. Máxime cuando de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 209 CP, la delegación de funciones representa una técnica adecuada para el ejercicio de las competencias administrativas y cuando en consideración a la cantidad y magnitud de las labores confiadas por la Constitución y la ley a la CNSC, esta entidad se encuentra expuesta al riesgo de verse desbordada por sus responsabilidades. De aquí que en aras de asegurar el eficiente cumplimiento de sus labores resulte comprensible la decisión del legislador de autorizar la delegación en las entidades educativas de la realización de los procesos de convocatorias públicas⁹.

16. Ahora bien, que resulte legítima la delegación de esta clase de asuntos en las instituciones educativas con las que se puede contratar el desarrollo de los procesos no resuelve la pregunta sobre si es necesario que dicha delegación conste en un acto administrativo, o si el instrumento contractual es también una vía adecuada para su atribución.

Frente a esta problemática debe manifestarse que la normativa especial, contenida en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005, nada define al respecto. En este sentido, debe destacarse que aun cuando la Ley 909 de 2005 no contiene una disposición que remita a otro ordenamiento en caso de lagunas, según el artículo 47 del Decreto Ley 760 de 2005 “[l]os vacíos que se presenten en este decreto se llenarán con las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo”. No obstante, esta remisión es inocua en este caso, en tanto que ni en el Decreto 01 de 1984, ni en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), se encuentra previsión alguna que regule el perfeccionamiento de la delegación de competencias.

⁹ Esta circunstancia explica que la Corte Constitucional, en sentencia C-1175 de 2005, haya avalado lo previsto en el artículo 2º del Decreto Ley 760 de 2005 “bajo el entendido de que la delegación para conocer y resolver las reclamaciones que se presenten en el desarrollo de los procesos de selección, sólo puede recaer en las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior con las que hubiere contratado para este objeto, y que las mismas deben referirse a reclamaciones que no afecten el proceso en sí mismo, tal como se explicó”.

En el Derecho Administrativo colombiano es la ley 489 de 1998, “por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, la normativa que regula las condiciones de ejercicio de la delegación de funciones entre autoridades públicas (artículos 9º a 14) y entre autoridades y particulares (artículos 110 y 111). De acuerdo con estas disposiciones, la delegación de una responsabilidad pública a un particular presupone tanto la firma de un convenio, como la expedición de un acto administrativo. Así lo establece expresamente el artículo 110 en su párrafo 5º¹⁰. En este sentido, de ser esta normativa aplicable a las actuaciones de la CNSC, sería claro que en el caso *sub examine* se habría desconocido esta exigencia y se configuraría el vicio señalado por la accionante.

No obstante, teniendo en cuenta que se trata de un estatuto general, antes de arribar a una conclusión de esta índole resulta pertinente determinar si las exigencias allí fijadas son o no aplicables al caso de autos. A juicio de esta Sala de Decisión la respuesta a este interrogante debe ser negativa. El carácter general de la regulación contenida en la Ley 489 de 1997 hace que sus disposiciones **no resulten aplicables para el caso particular** de la encomienda que se deriva de delegación autorizada por el artículo 2º del Decreto Ley 760 de 2005 a la CNSC, y obliga a **privilegiar el carácter especial de lo previsto por las normas que constituyen su marco jurídico específico**. Esto, debido al reconocimiento legal expreso (artículo 2º del Decreto Ley 760 de 2005) de la posibilidad de confiar específicamente esta responsabilidad a las instituciones educativas con las cuales se celebra el respectivo convenio o contrato para el desarrollo del proceso (artículos 30 de ley 909 de 2004 y 3º del Decreto Ley 760 de 2005); circunstancia que contrasta con la prevista por el artículo 110 de la Ley 489 de 1997, en la cual se hace una habilitación genérica e indeterminada para que autoridades públicas deleguen en particulares el ejercicio de funciones administrativas igualmente indeterminadas. El hecho de encontrarnos, pues, en presencia de un **supuesto de habilitación legal expreso para la delegación de una tarea en concreto a un particular con quien, a su vez, se ha autorizado expresamente la suscripción de un convenio o contrato para la realización de otras actividades de índole igualmente administrativa, permite entender que en este supuesto el**

¹⁰ **Artículo 110º.-** *Condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por particulares.* Las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, salvo ~~disposición legal en contrario~~, bajo las siguientes condiciones:

La regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función la que, en consecuencia, deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio.

Sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular.

Por motivos de interés público o social y en cualquier tiempo, la entidad o autoridad que ha atribuido a los particulares el ejercicio de las funciones administrativas puede dar por terminada la autorización.

La atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y acompañada de convenios, ~~si fuere el caso~~. (Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-866 de 1999).

ordenamiento jurídico ha establecido reglas especiales cuya aplicación debe privilegiarse. El contrato es entonces, a la luz de esta interpretación de la normativa aplicable, un instrumento adecuado para efectuar y perfeccionar esta clase de delegación.

17. Esta postura en nada contraviene la jurisprudencia constitucional existente al respecto, que en punto a la encomienda específica de esta labor al ente responsable del proceso de convocatoria consideró que “la delegación para el conocimiento y decisión de las reclamaciones específicas e individuales que se presenten en desarrollo de los procesos de selección de personal que mediante concurso aspire a vincularse a cargos en la administración pública o a ascender dentro de ella, deberá expresarse de manera concreta en el acto de delegación, a fin de evitar equívocos posteriores”¹¹; circunstancia que ocurre en el caso de autos, en el cual el acto de delegación –el contrato suscrito, en los términos antes reseñados- expresamente atribuye a la USBSM la obligación y, por ende, la responsabilidad y la facultad, para dar respuesta a esta clase de solicitudes presentadas por los participantes en el proceso.

18. En todo caso, y si en gracia de discusión se admitiera la procedencia del requerimiento de acto administrativo previo, habría que entender que el contrato de prestación de servicios No. 226 de 2006 estuvo precedido de un proceso de selección abreviada de contratista, regido por unos pliegos de condiciones, en los cuales se sentó el fundamento de dicha delegación (Capítulo IV-Obligaciones contractuales, numeral 21¹²), y de los que resulta predicable la referida naturaleza jurídica de acto unilateral; de modo que tampoco se configuraría el vicio señalado por la actora.

19. Con todo, un análisis de la normatividad aplicable al caso concreto del proceso de convocatoria adelantado para proveer los empleos de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- pertenecientes al sistema específico de carrera administrativa, permite apreciar que **la vulneración al debido proceso señalada por la accionante sí pudo haberse configurado, pero por motivos distintos a los ya analizados.** El hecho de encontrarse en juego derechos fundamentales de la accionante obligan a que el juez de tutela emprenda este análisis *ex officio*. No de otra forma se puede honrar el mandato de prevalencia de los derechos fundamentales contenido en el artículo 5º de la Constitución.

20. En efecto, teniendo en cuenta que se trata de un proceso de selección sometido también a las reglas especiales que define el Decreto Ley 765 de 2005, “*Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN*”, y en consideración a que este estatuto contiene reglas especiales en materia de atención de reclamaciones presentadas y a que, como surge con claridad del examen del expediente, las mismas han sido desconocidas, no puede

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-1175 de 2005.

¹² *Vid.* <http://www.cnsc.gov.co/docs/PLIEGODECONDICIONES18.pdf>

más que constatarse una afectación a la garantía del debido proceso (artículo 29 CP).

Ciertamente, si de acuerdo con lo establecido por el párr. 2º del artículo 38 de este estatuto “[c]uando se trate de reclamaciones por inconformidad en los puntajes obtenidos en las pruebas, será competente para resolverlas en primera instancia, el empleado que se desempeñe en la jefatura de la dependencia que ejerza la función de Gestión Humana. La segunda instancia será ejercida por la Comisión del Sistema Específico de Carrera”, **no hay duda que en el caso de autos esta previsión ha sido desatendida.** Esto, por cuanto, como se evidencia en la foliatura, la petición de solicitud de revisión de la hoja de respuestas presentada por medio de la página web habilitada al efecto (en los folios correspondientes – Fls. 52 y 53- no figura fecha) fue resuelta por la USBSM, esto es, un órgano distinto al legalmente señalado, y no se brindó oportunidad de interponer el recurso de apelación legalmente previsto.

Este desconocimiento se origina en lo dispuesto por el numeral 6º del artículo segundo de la Resolución 1245 de 2009 de la CNSC, *“Por la cual se adopta la Convocatoria No. 128 de 2009 para proveer, por concurso abierto de méritos, los empleos de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN-, pertenecientes al sistema específico de carrera administrativa”*, según el cual:

RECLAMACIONES

Las reclamaciones que se generen durante el proceso de selección, deben ser presentadas ante la Comisión Nacional del Servicio Civil o ante la entidad que ésta delegue, para ser resueltas en única instancia en los términos y condiciones establecidos en el decreto ley 760 de 2005 o en el acto mediante el cual se hace la delegación, si es del caso.

En este mismo sentido, lo dispuesto por los artículos 33 y 34 del Acuerdo 108 de 2009 de la CNSC, *“Por el cual se reglamentan los procesos de selección para proveer empleos del Sistema Específico de Carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”*¹³, en los cuales, con total desconocimiento de las reglas especiales contenidas en el Decreto Ley 765 de

¹³ De acuerdo con estas disposiciones:

Artículo 33. Delegación de las reclamaciones. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá delegar en las Universidades o Instituciones de Educación Superior seleccionadas para la realización del concurso, la atención de las reclamaciones que surjan por los resultados de las pruebas, relacionadas con los asuntos individuales o particulares que no tengan la connotación de denuncias o reclamos por irregularidades que puedan afectar la integridad del concurso, casos en los cuales la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá adoptar las medidas pertinentes que la situación amerite, como suspender el proceso, iniciar investigaciones o denunciar ante las autoridades competentes los hechos correspondientes, entre otras.- La delegación para el conocimiento y decisión de las reclamaciones específicas e individuales que se presenten en desarrollo del concurso, deberá expresarse de manera concreta en el acto de delegación, sin perjuicio de que la Comisión Nacional del Servicio Civil ejerza la función delegada.- En ningún caso la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá delegar las reclamaciones que involucran la responsabilidad administrativa o de vigilancia de la carrera de los servidores públicos.

Artículo 34. Procedimiento. Las reclamaciones serán tramitadas de conformidad con el Decreto 760 de 2005 y por el acto de delegación, según el caso.

2005 aplicables al caso, se regula lo atinente a las reclamaciones y a su procedimiento de atención, ratifican a esta Sala de Decisión en su convicción de que, **en este aspecto específico**, la convocatoria adelantada se surtió sin observar las reglas procedimentales especiales que por mandato legal debían haber regido este proceso.

21. Así las cosas, es claro que **en adición a la atención de sus reclamaciones por un órgano diferente al legalmente competente para asumir esta labor y del sometimiento de sus reclamaciones a un procedimiento distinto al legalmente ordenado, dentro del proceso adelantado se terminó por privar a la accionante de la posibilidad de formular sus reclamaciones ante instancias distintas a las directamente involucradas en la realización de la Convocatoria (i. e. CNSC y USBSM) y de recurrir en apelación la decisión que resolvió su inconformidad con el puntaje**. Lo anterior, en los términos establecidos por el referido artículo 38 párr. 2º del Decreto Ley 765 de 2005. En suma, una situación que, desde una perspectiva subjetiva, no puede más que valorarse como manifiestamente vulneratoria de la garantía del debido proceso consagrada por el artículo 29 CP. Desde una perspectiva objetiva la situación adquiere otro cariz igualmente preocupante, por cuanto supone **el desconocimiento de las reglas específicamente definidas para garantizar el mejor funcionamiento del servicio fiscal nacional**¹⁴.

En últimas, no debe olvidarse que de conformidad con lo previsto por el artículo 4º de la Ley 909 de 2004 “[s]e entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que *en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican*, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública” (cursivas fuera de texto). Su importancia no es, pues, poca. Y su carácter diferencial y de excepción al régimen común explican que, como ha sido recordado por la jurisprudencia constitucional, las carreras administrativas específicas que establezca el legislador en ejercicio de sus competencias normativas deban encontrar un fundamento pleno y objetivo, relacionado con la especialidad de la función que cumple la entidad titular del régimen introducido; la cual debe ser, a su vez, acreditada y debatida con suficiencia a lo largo del proceso de formación de su ley de creación¹⁵.

¹⁴ No otra conclusión se puede obtener de lo señalado por el artículo 5º párr. 3º del Decreto Ley 765 de 2005, que se ocupa de precisar el objeto del sistema específico de carrera administrativa. Según lo señalado en su texto, el objeto del sistema específico de carrera de la DIAN es “la debida prestación del servicio fiscal; el fortalecimiento institucional, con miras al logro de resultados efectivos en el recaudo, la gestión tributaria, aduanera y cambiaria”. El artículo 2º de este estatuto, a su vez, regula el denominado servicio fiscal, y establece que el mismo “tiene por objeto garantizar la seguridad fiscal del Estado colombiano y la protección del orden público económico nacional, en condiciones de equidad, transparencia y legalidad, mediante la administración, control y facilitación al debido cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias, y de las operaciones de comercio exterior”. La trascendencia económica y social de estos objetivos impide pasar por alto la importancia de atender rigurosamente las prescripciones de esta normativa especial.

¹⁵ Así, por ejemplo, como afirmó la Corte Constitucional en la sentencia C-308 de 2007, “*el establecimiento por el Congreso de la República de carreras administrativas especiales de origen*

Tal es el contexto en el cual deben ser apreciadas las disposiciones del Decreto Ley 765 de 2005: en desarrollo de su competencia para regular lo atinente a la función pública y, específicamente, a la carrera administrativa, y en consideración a la especialidad de la función a cargo de la DIAN, el legislador ha sancionado **un régimen particular y diferenciado de carrera administrativa**. Ha establecido así, entre otras, autoridades especiales para su administración y control (artículo 8º y ss.), reglas particulares para el proceso (artículo 34), complementos especiales de las pruebas o instrumentos de selección (artículo 35), criterios de desempate aplicables especialmente entre quienes han sido incluidos en la lista de elegibles (artículo 36.1 párr. 2º) y procedimientos de reclamación por irregularidades (artículo 38). En este orden, sí, como lo señala el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, la carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública; y se está, además, en presencia de una de las denominadas carreras específicas (artículo 4º de la Ley 909 de 2004), lo cual se traduce en un conjunto normativo distinto de la legislación común aplicable en esta materia, no hay duda que su aplicación y cumplimiento dista mucho de ser discrecional de la Administración.

22. En consecuencia, se procederá a tutelar el derecho al debido proceso de la accionante en los términos que se señalarán en la parte resolutive de este fallo.

C. La remisión sistemática por parte de la CNSC de todas las peticiones presentadas por la accionante (y otros participantes en el proceso) a la USBSM para que se les diera respuesta. Énfasis en la responsabilidad constitucional y legal que asiste a la CNSC por la administración del sistema de carrera.

23. De acuerdo con lo señalado por la accionante en su escrito y conforme se evidencia en el expediente, con la salvedad de la petición presentada el 4 de mayo, que fue atendida el 28 de agosto –es decir, con posterioridad a la interposición de la acción de tutela que ahora se decide–, ninguna de sus solicitudes presentadas por la accionante fue atendida directamente por la CNSC, sino, invariablemente, por la USBSM. Como ya ha sido reseñado, los accionados argumentan que este proceder obedece a lo pactado en el contrato No. 266 de 2011, en virtud del cual se acordó que el centro educativo asumiría la contestación de las reclamaciones presentadas por los participantes en el proceso.

legal, también llamadas “sistemas específicos de carrera administrativa”, obedezca a un principio de razón suficiente. Tal razón suficiente no puede ser otra sino que las normas de la carrera general no permitan a las entidades respectivas cumplir adecuadamente con sus funciones, o interfirieran negativamente en la consecución de sus objetivos. De otro lado, la jurisprudencia también ha exigido que previamente al establecimiento de una carrera administrativa especial de origen legal, medie una evaluación acerca de la verdadera especialidad de las funciones del respectivo órgano o institución en que se va a implementar tal sistema específico, y que las razones para su adopción sean expuestas durante el correspondiente debate parlamentario” (negrillas fuera de texto).

24. Frente a esta situación lo primero es señalar, de conformidad con lo establecido en el apartado anterior de esta sentencia, que a la vista de lo dispuesto por la norma especial aplicable al caso, esto es, del artículo 38 del Decreto Ley 765 de 2005, las reclamaciones que se presenten dentro de la Convocatoria No. 128 de 2009, en consideración a su sometimiento al régimen de carrera administrativa específica de la DIAN regulada en dicho estatuto, deben tramitarse con arreglo a lo previsto en tal disposición. De acuerdo con su texto:

ARTÍCULO 38. RECLAMACIONES POR IRREGULARIDADES EN LOS CONCURSOS. *Las reclamaciones por presuntas irregularidades en los concursos podrán ser presentadas por los aspirantes dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la ocurrencia del hecho o acto que se presuma irregular, ante la Comisión del Sistema Específico de Carrera.*

Cuando se trate de reclamaciones por inconformidad en los puntajes obtenidos en las pruebas, será competente para resolverlas en primera instancia, el empleado que se desempeñe en la jefatura de la dependencia que ejerza la función de Gestión Humana. La segunda instancia será ejercida por la Comisión del Sistema Específico de Carrera.

25. En consecuencia, se impone **diferenciar entre reclamaciones relacionadas con irregularidades del proceso y aquellas que tienen su origen en la inconformidad de los participantes con los resultados obtenidos en las pruebas.** Además de tener diferente objeto, estas solicitudes se distinguen en el término legalmente concedido a los interesados para su interposición y en el órgano responsable de su atención. Así, por ejemplo, la resolución de las primeras es responsabilidad de la Comisión del Sistema Específico de Carrera, mientras que la contestación de las segundas está a cargo, en primera instancia, de la dependencia a cargo de la Gestión Humana de la DIAN, y en segunda, de la Comisión del Sistema Específico de Carrera.

La vigencia de esta disposición permitiría concluir, en armonía con la valoración final efectuada en el apartado anterior, que también en esta hipótesis se presenta un desconocimiento de la normativa especial que debía gobernar la Convocatoria No. 128 de 2009. Desconocimiento que, una vez más, se evidencia en lo dispuesto por el numeral 6º del artículo segundo de la Resolución 1245 de 2009 de la CNSC, *“Por la cual se adopta la Convocatoria No. 128 de 2009 para proveer, por concurso abierto de méritos, los empleos de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN-, pertenecientes al sistema específico de carrera administrativa”* y en los artículos 33 y 34 del Acuerdo 108 de 2009; disposiciones en las que se remite a la CNSC o a la entidad que ésta delegue para resolver “[l]as reclamaciones que se generen durante el proceso de selección (...) en única instancia en los términos y condiciones establecidos en el decreto 760 de 2005”. En consecuencia, el vicio alegado por la accionante tendría lugar también en relación con este cargo.

26. Ahora bien, esta Sala de Decisión considera importante destacar que aun cuando el artículo 38 del Decreto Ley 765 de 2005 confía la atención de estas

reclamaciones a órganos especiales, directamente relacionados con la carrera administrativa específica de la DIAN, lo allí establecido **no puede suponer la total pérdida de competencia o exclusión de la CNSC para conocer de estos asuntos**. Esto, por cuanto en virtud del pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1230 de 2005, en la cual se condicionó la exequibilidad del numeral 3° del artículo 4° de la Ley 909 de 2004 -que restringía la intervención de la CNSC en el ámbito de las carreras administrativas específicas únicamente a su vigilancia-, “a que se entienda que la función de la Comisión Nacional del Servicio Civil comprende, además de la vigilancia de los sistemas específicos de carrera, también la administración de tales sistemas”¹⁶, **esta entidad no puede desentenderse ni marginarse de estos asuntos**. De hecho, incluso antes de que se produjera la sentencia de la Corte Constitucional, ya el mismo Decreto Ley 765 de 2005 encomendaba a este organismo un importante papel dentro del funcionamiento del sistema específico, como el conocimiento, en segunda instancia, de las solicitudes formuladas por participantes en procesos de selección en los que se denuncien irregularidades (parágrafo 2° del artículo 11).

Por ende, y teniendo en cuenta que también según la jurisprudencia constitucional las reclamaciones relacionadas con irregularidades en la forma como se adelanta un proceso “no sólo no pueden ser delegados, sino que únicamente la Comisión Nacional del Servicio Civil es la competente para conocer y decidir al respecto, adoptando las medidas pertinentes que la situación amerite, como suspender el proceso, iniciar investigaciones, denunciar ante las autoridades penales o de control los hechos correspondientes, etc.”¹⁷, no se comprende como la CNSC, en abierto desconocimiento de sus responsabilidades constitucionales y legales, **desatendió o se marginó las varias solicitudes de revisión del proceso**

¹⁶ Según lo sostenido por la Corte Constitucional en este pronunciamiento, “la competencia asignada por el artículo 130 Superior a la referida Comisión, es para administrar y para vigilar la carrera general y las carreras especiales de origen legal, siendo el ejercicio de tales funciones un imperativo constitucional de carácter indivisible, en el sentido que las mismas deben ser asumidas en forma privativa y excluyente por la Comisión Nacional del Servicio Civil y, por tanto, no pueden ser compartidas con otros órganos ni separadas o disgregadas a instancia del legislador ordinario o extraordinario, tal y como equivocadamente ocurrió en el caso de la preceptiva citada”. Como consecuencia de esta interpretación, en el apartado segundo de la parte resolutive de este fallo la Corte Constitucional dispuso lo siguiente: “Declarar **EXEQUIBLE** el numeral 3° del artículo 4° de la Ley 909 de 2004, siempre y cuando se entienda que la administración de los sistemas específicos de carrera administrativa **también corresponde** a la Comisión Nacional del Servicio Civil” (negritas fuera de texto).

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1175 de 2005. De acuerdo con lo afirmado en esta oportunidad, en contraste con lo que ocurre con las reclamaciones sobre el puntaje obtenido en las pruebas, “cuando la reclamación o queja adquiere una entidad superior, por contener denuncias de irregularidades, en las que se ponen en entredicho no situaciones individuales o particulares, sino el proceso en sí mismo, el conocimiento y la decisión correspondiente no sólo no pueden ser delegados, sino que únicamente la Comisión Nacional del Servicio Civil es la competente para conocer y decidir al respecto, adoptando las medidas pertinentes que la situación amerite, como suspender el proceso, iniciar investigaciones, denunciar ante las autoridades penales o de control los hechos correspondientes, etc. Ejemplos de estas situaciones son las quejas sobre la existencia de errores ostensibles en la valoración de las pruebas, o filtración del contenido de las mismas, o sospechas de corrupción en el proceso o en sus resultados, desconocimiento de los lineamientos o instrucciones dados por la Comisión Nacional del Servicio Civil a la entidad delegada para el desarrollo del concurso. Es decir, se trata de reclamaciones que involucran la responsabilidad administrativa o de vigilancia de la carrera de los servidores públicos, según el caso, que hacen parte indelegable de las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil”.

realizadas tanto por los participantes (véase, por ejemplo, a folio 38, copia del documento manuscrito presentado por algunas de las personas que participaron en la prueba del día 29 de abril, o a folios 43 y 53, copia de las peticiones presentadas por la accionante) **como por el propio Director General de la DIAN** (Fl. 57).

Una actitud semejante, además de atentar contra los principios constitucionales de responsabilidad, eficacia y eficiencia, y de colaboración y coordinación interadministrativa, no puede más que constituir un desconocimiento flagrante de los derecho de petición de quienes se dirigieron a ella en su condición de “responsable de la administración y vigilancia de las carreras” (artículo 7º de la Ley 909 de 2004). El hecho que la petición presentada por la accionante el 4 de mayo de 2012 solo haya sido atendida el 28 de agosto, una vez interpuesta la presente acción de tutela, solo ratifica este parecer.

27. Con todo, el hecho de haber dado respuesta, aunque tardía, a la petición formulada por la accionante y de haber abordado en ella los diferentes aspectos de la solicitud, permite entender que esta vulneración ya fue superada. Por esta causa, sin perjuicio de lo que se resolverá en la parte resolutive de este fallo, el derecho de petición de la Señora MARTINEZ YEPES no será tutelado.

D. El derecho de acceso a los documentos públicos en el caso de las pruebas presentadas en el marco de un proceso de selección de personal y su eventual vulneración en el caso concreto.

28. Un último punto por abordar es el relacionado con el derecho de acceso a documentos públicos, cuya vulneración también invoca la accionante. Según lo señalado en su escrito de tutela y según consta en el expediente, sus solicitudes de acceso a las pruebas presentadas siempre tuvieron como respuesta una negativa, fundada en el carácter reservado de tales documentos. Esta reserva también fue señalada por los accionados en sus escritos de contestación de tutela. Para la accionante, esta interpretación de la disposición que consagra dicha reserva (artículo 31 numeral 3º párr. 3º de la Ley 909 de 2004 y artículo 34.4 del Decreto Ley 765 de 2005) es contraria tanto a su derecho a la autodeterminación informativa, como de defensa, por lo cual se debe entender, sugiere, “que el dato propio es reservado para los demás, como ocurre con la historia clínica que es reservada pero si la solicita el interesado (para sí, para hacerla conocer de otro médico, etc.), deben entregársela ya que lo contrario podría atentar inclusive contra su salud”. (Fl. 17)

29. Se impone, entonces, determinar, si la reserva documental establecida por el artículo 31 numeral 3º párr. 3º de la Ley 909, replicada por el Decreto Ley 765 de 2005 en su artículo 34.4, respecto de las pruebas utilizadas o a utilizarse en un proceso de selección de personal, impide su revisión posterior por parte de quien tomó parte en dicha prueba a efectos de presentar la reclamación a que tiene derecho.

Debe comenzar por señalarse que de acuerdo con el artículo 74 CP “[t]odas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”. De acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia constitucional, este derecho “impone a las autoridades públicas la obligación de brindar la información que tenga el carácter de pública, que no se limita a la producida por órganos públicos, sino que también comprende los documentos producidos por las entidades públicas y documentos privados que por ley, declaración formal de sus titulares o conducta concluyente, se entienden como tales”¹⁸; y añade que a manera de garantía, “la restricción al acceso a la información está reservada al legislador, por lo cual no corresponde a las mismas autoridades que tienen en su poder los documentos o la mencionada información decidir sobre su reserva”¹⁹. El claro nexo de este derecho con el derecho de petición, instrumento clave para el ejercicio y disfrute de multitud de derechos, y con principios como el democrático y participativo, hacen de esta garantía un aspecto esencial dentro del régimen de la libertad de acceso a los documentos públicos: solo por motivos determinados en la ley este derecho puede ser restringido.

Con todo, y como se desprende de lo anterior, no hay duda que en tanto derecho no absoluto, el legislador puede legítimamente fijar límites a su ejercicio, restringiendo la publicidad que están llamados a tener los documentos oficiales. Razones de interés general (seguridad nacional, estabilidad económica, protección y promoción de la innovación y el emprendimiento económico, etc.) o la preocupación por la guarda de determinados derechos fundamentales individuales (intimidad, seguridad personal, etc.) justifican esta restricción.

En el caso de las pruebas utilizadas para la realización de los procesos de convocatoria pública para la escogencia de personal, la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 765 de 2005, en sus artículos 31 numeral 3º párrafo 3º y 34 numeral 4º párrafo 6º, establecen esta reserva. Según lo previsto en la primera de estas disposiciones, “[l]as pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional de Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación”. De acuerdo con la segunda: “[l]as pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indiquen la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Comisión del Sistema Específico de Carrera en desarrollo de los procesos de reclamación y de acuerdo con las competencias de cada una”.

Esta circunstancia obliga a determinar si, como fue alegado por la USBSM en su escrito de contestación a la acción de tutela y reiterado por la CNSC, “no es posible remitir copia de los cuadernillos de pregunta efectuadas así como las hojas (sic) de respuestas, toda vez las pruebas (sic) tienen carácter reservado conforme a la ley”.

Al respecto debe comenzar por señalarse que **si bien es cierto que los referidos artículos establece una reserva general de esta clase de documentos, no lo**

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-161 de 2011.

¹⁹ Idem.

es menos que en sus partes finales definen una excepción que está siendo desconocida por las accionadas. En efecto, de acuerdo con lo señalado en el tramo final del artículo 31 numeral 3 párr. 3º de la Ley 909, las pruebas, y por lo tanto las hojas de respuesta, “solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional de Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación”. Una previsión semejante establece la normativa especial de la carrera específica de la DIAN.

En este orden de ideas, como afirma la accionante en su escrito, **carece de justificación invocar dicha reserva ante quien ha sido expresamente sustraído de ella por el legislador. El motivo es obvio: de no ser excluidos de la reserva impuesta, y garantizado su efectivo acceso y conocimiento del contenido de las pruebas presentadas por cada uno en particular, el derecho de reclamación de quienes tomaron parte en los procesos devendría inocuo; quedaría reducido a una mera formalidad,** vaciando por completo de contenido el derecho de contradicción y defensa que la Constitución garantiza a los particulares en toda actuación administrativa.

Mutatis mutandi en este supuesto puede resultar aplicable la regla sentada por la Corte Constitucional en la sentencia T-1023 de 2006, en la cual los demandantes, todos funcionarios del INPEC en carrera, afirman haber sido retirados del servicio con fundamento en informaciones, motivos o razones de conveniencia que nunca les fueron reveladas, a pesar que algunos de ellos formalizaron mediante derecho de petición su interés en conocer los motivos de la administración para adoptar la determinación de separarlos del cargo. En aquella ocasión **la Corte manifestó que su jurisprudencia ha sido clara en que “cuando el retiro por inconveniencia o la exclusión de un concurso en cargos de carrera se produce como consecuencia de información de carácter reservado, debe entenderse que tal reserva no opera para los directamente interesados. Se trata de una reserva que sólo puede alegarse frente a terceros**²⁰” (negritas y subrayado fuera de texto). Y añadió lo siguiente sobre la forma como se debe garantizar el debido proceso y el derecho de defensa a personas –vinculadas a la carrera administrativa- cuando se invoca en su contra información reservada:

²⁰ En la sentencia C-942 de 2003 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del parágrafo 1 del artículo 22 de la Ley 43 de 1998 que establecía la posibilidad de exclusión de participantes en un concurso con fundamento “estudio de seguridad de carácter reservado”, bajo el condicionamiento que se informe al interesado las razones y los motivos de la exclusión de la lista de elegibles. En la sentencia C-048 de 1997, la Corte examinó la constitucionalidad del artículo 44 literal d) del Decreto 2147 de 1989, que establecía la facultad discrecional para el retiro de funcionarios de la carrera específica del DAS, con base en un informe reservado. La Corte condicionó la exequibilidad a que la disposición solo fuera aplicada a funcionarios de carrera del DAS del área operativa, dadas las funciones judiciales que desarrollan, en orden a salvaguardar la seguridad estatal. Señaló que la reserva sólo era oponible a terceros. En similar sentido se pronunció en la sentencia C-368 de 1999, que declaró exequible el literal j) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998, relativa al retiro discrecional de funcionarios de carrera con base en un informe reservado de inteligencia, del cual se deduzca la inconveniencia por razones de seguridad nacional, de la permanencia en el servicio de un funcionario. La Corte reiteró que el carácter reservado solo aplica para terceros, e hizo una distinción en lo que es el informe reservado y los motivos del retiro, los cuales deben ser informados al afectado.

(i) se debe permitir al afectado **conocer y controvertir** el informe reservado;²¹ (ii) se debe respetar a cabalidad el procedimiento fijado por las normas aplicables;²² (iii) la evaluación a la que se somete el funcionario debe **ser objetiva**, basada en razones sólidas y explícitas a fin de evitar que meras consideraciones subjetivas generen el retiro del servidor público ;²³ (iv) se debe informar al funcionario **las razones de la exclusión o del retiro**, - que deben ser por demás expresas-, **en la medida en que el carácter de información reservada sólo puede alegarse frente a terceros**²⁴ (parte de las negrillas fuera del texto).

Así las cosas, con base en este precedente constitucional y en los razonamientos anteriores se puede concluir que **la negativa tajante de la CNSC y la USBSM de permitir acceder a sus hojas de respuesta a quienes participaron en las pruebas practicadas en el marco de la Convocatoria No. 128 de 2009, en tanto que directamente interesados y afectados por ello, resulta contrario a la garantía del debido proceso y a sus derechos de defensa y contradicción, lo mismo que a su derecho de acceso a los documentos públicos**, instrumentalmente ligado a los anteriores. Lo anterior se ve reforzado si se tiene en cuenta que el argumento de la reserva legal resulta inaplicable en este evento, por cuanto el propio enunciado legal que consagra la reserva los excluye de ellas, justamente en aras de asegurar el ejercicio de tales derechos. **Su ámbito no debe ser otro que el de terceros no intervinientes directamente en el proceso de selección.**

30. Esta conclusión supone apartarse, en el caso concreto, de la línea sentada en este punto por una de las Salas de esta Corporación, la Sección Cuarta, que en sentencia del 26 de abril de 2010 (Exp. 2010-00025), estimó que dada la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela y a la existencia de un recurso especial (el recurso de insistencia) y de un juez competente para resolver las controversias que surjan entre la Administración y los particulares cuando éstos solicitan documentos que a juicio de aquella son reservados, este medio de protección de derechos fundamentales resulta improcedente, salvo que se evidencie un perjuicio irremediable. Lo anterior, por cuanto “escapa a su competencia la determinación de la reserva que existe sobre documentos, cuando la Administración alega tal condición en virtud de la Constitución o la Ley”.

Para esta Sala de Decisión lo entonces resuelto no puede tener aplicación en el caso que ahora se debate, esto es, el de las personas que tomaron parte en un proceso de selección de personal y precisan acceder a las pruebas presentadas para poder ejercer en debida forma su derecho a presentar las reclamaciones frente a los resultados obtenidos. Esto, puesto que, como fue reseñado líneas atrás, es la propia ley la que determina el derecho que les asiste de acceder, con ese fin, a una documentación que tendrá carácter reservado para cualquier otra persona en cualquier otra circunstancia. En este orden, al tratarse de una reserva

²¹ Sentencia C-108 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²² Sentencia C-368 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²³ Sentencia C-048 de 1997. MP Hernando Herrera Vergara.

²⁴ Sentencia C-942 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

válida únicamente frente a terceros no intervinientes directamente en el proceso de selección, **la acción de tutela debe proceder directamente, toda vez que de lo que se trata en estos eventos no es de hacer efectivo un derecho legalmente otorgado y constitucionalmente amparado.** Remitir esta clase de controversias al juez administrativo para que sea él, vía recurso de insistencia, quien se pronuncie sobre el carácter reservado o no de esta documentación sería tanto como desconocer que, para el caso de quienes tomaron parte en los procesos, legalmente estos documentos no tienen el carácter de reservados.

No se trata, entonces, de un cambio caprichoso ni arbitrario del parecer jurisprudencial en punto al tema de la relación entre acción de tutela y recurso de insistencia; simplemente de una precisión apoyada en razones sustantivas, objetivas y suficientemente razonadas y expuestas, para adoptar una postura orientada a imprimir mayor efectividad a un derecho fundamental constitucional que, como el de acceso a los documentos públicos, constituye una condición de posibilidad para el ejercicio adecuado de otros muchos derechos.

31. Ahora bien, toda vez que la referida excepción a la reserva documental se da únicamente frente a “las personas que indique la Comisión Nacional de Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación” (artículo 31 num. 3º párr. 3º de la ley 909 de 2004), en aras de respetar la competencia que la Ley otorga a esta entidad y de brindarle la oportunidad de definir las condiciones bajo las cuales se debe producir el contacto entre la persona habilitada y el documento reservado, en la parte resolutive de este fallo se ordenará a la CNSC adoptar las decisiones correspondientes para dar cumplimiento a esa previsión, de manera que al tiempo que se garantice el derecho de los directamente interesados en conocer estos documentos, se puedan fijar pautas de consulta que hagan posible preservar los intereses públicos que justifican la reserva documental general establecida por la ley.

Lo anterior, por cuanto para esta Sala de Decisión es claro que también en este evento esta entidad ha incurrido en una omisión que se encuentra en la base de la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante. Ciertamente, si la disposición legal en comento señala que éste órgano es el responsable de determinar quiénes son las personas que pueden acceder a estos documentos, no hay duda que se estableció aquí una habilitación para que ella determine, bien de manera general y abstracta por medio de una regulación que deberá expedir, bien por medio de autorizaciones singulares que proferirá caso por caso (atendiendo naturalmente a las exigencias del principio de igualdad en el trato), quiénes pueden solicitar el conocimiento de tales documentos, reservados para la generalidad de las personas. La falta de desarrollo de esta autorización por parte de la CNSC es, en últimas, la responsable de que las personas que participaron en el proceso de selección de personal realizado no puedan conocer cuáles fueron sus respuestas y ejercer, con base en tal información, su derecho de defensa, afectando de este modo la garantía del debido proceso. De aquí que su omisión no pueda significar la vulneración del derecho que legalmente les asiste a consultar estos documentos y que la Constitución cobija y exige proteger.

32. Con base en estas consideraciones, se procederá a amparar a la accionante los derechos de acceso a las pruebas que fueron presentadas por ella en el marco de la Convocatoria No. 128 de 2009, a la defensa, a la contradicción y al debido proceso. En consecuencia, como se dispondrá en la parte resolutive de esta sentencia, se ordenará a la CNSC permitir a la accionante el acceso a sus pruebas y la definición de las condiciones bajo las cuales debe efectuarse dicha consulta.

E. Resolución del caso concreto.

33. Las consideraciones expuestas en los apartados anteriores de este pronunciamiento permiten concluir que el fallo de instancia debe ser revocado. Las vulneraciones a los derechos al debido proceso, defensa y acceso a documentos públicos acreditadas en este proceso justifican que se conceda el amparo solicitado.

En este orden, teniendo en cuenta las particularidades del caso, que involucran el desarrollo de un proceso de selección de personal actualmente en curso y el desconocimiento de aspectos procedimentales que pueden afectar de manera grave su desarrollo, esta Sala de Decisión debe adoptar medidas inmediatas que permitan asegurar la eficacia de las ordenes que se impartan. Por esta razón, y también en consideración de las facultades legales que asisten a la CNSC para garantizar la transparencia, imparcialidad, objetividad e idoneidad de los procesos de selección (artículos 21 y 22 del Decreto 760 de 2005) y la especial pertinencia de la intervención del juez de tutela en las decisiones relacionadas con procesos de selección de personal²⁵, se ordenará la suspensión inmediata del proceso, su revisión oficiosa con miras a determinar si se puede continuar o si se debe dejar sin efectos y, en caso que se encuentre que se puede seguir adelante con él, se prescribirá la adopción de las medidas necesarias para garantizar que el mismo prosigue ajustado a Derecho.

34. Estas decisiones no tienen otro objetivo distinto que garantizar la corrección procedimental de las decisiones que se adoptan por la Administración en el marco del Concurso No. 128 de 2009. Su fundamento se encuentra, pues, tanto en el principio de legalidad que debe presidir la totalidad de las decisiones y actuaciones de las autoridades en un Estado de Derecho; como la preocupación por asegurar que el proceso de selección de personal en cita se surta con apego a las disposiciones que lo rigen. En últimas, tal como ha sido señalado por la jurisprudencia constitucional, “el concurso de méritos es instrumento que permite que el Estado, con base en criterios de objetividad e imparcialidad, determine el mérito, las capacidades, la preparación, la experiencia y las aptitudes de los aspirantes a un cargo, de modo que la escogencia de quien haya de ocuparlo se haga en función de los mejores resultados, dejando de lado cualquier tipo de

²⁵ Véase, sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo especial para controlar esta clase de decisiones a la vista de la falta de eficacia concreta que presentan los medios ordinarios de control previstos por el ordenamiento procesal administrativo, de la Corte Constitucional, la sentencia T-470 de 2007.

consideración subjetiva o de influencia de cualquier otra naturaleza”²⁶. Siendo éste su fundamento, no hay duda que la regularidad procesal del concurso constituye un requerimiento esencial para que éste pueda cumplir cabalmente con sus objetivos. Máxime cuando, conforme fue explicado en los fundamentos jurídicos 20 y 21 de esta providencia, se está frente a un régimen específico, para el cual el legislador ha definido unas reglas especiales en consideración a la singularidad de la función cumplida por el ente público titular del régimen establecido. No subsanar oportunamente eventuales defectos en su trámite solo podría comprometer en el futuro la validez de las decisiones que se adopten, con secuelas graves tanto para la Administración Pública y la comunidad, como para los particulares titulares de derechos fundamentales conculcados.

35. En consecuencia, la Sala concederá el amparo solicitado frente a los derechos al debido proceso, la defensa y el acceso a los documentos públicos. Con todo, como se evidenciará en la parte resolutive de este fallo, a efectos de respetar las competencias constitucional y legalmente atribuidas a la CNSC, esta Sala se abstendrá de tomar decisiones que, como la anulación del proceso, ni son del resorte competencial del juez de tutela, ni pueden ser adoptadas responsablemente por carecer de los elementos de juicio necesarios para ello. En este orden, y como ya fue señalado, la tutela de los derechos vulnerados a la accionante se concretará en las siguientes órdenes, estrechamente ligadas entre sí y de cumplimiento sucesivo: primero, la suspensión inmediata del proceso, para evitar que éste prosiga a pesar de las irregularidades formales que han sido advertidas en esta sentencia; segundo, su revisión oficiosa por parte de la CNSC y la Comisión del Sistema Específico de Carrera de la DIAN, con miras a valorar la gravedad de los yerros cometidos y determinar si se puede continuar con él o si se debe dejar sin efectos. En caso que se encuentre que se puede seguir adelante con el proceso se prescribirá, en tercer lugar, la adopción de las medidas necesarias para garantizar que el mismo se adelante ajustado a Derecho; y, en cuarto lugar, y como consecuencia directa de lo anterior, se deberá dejar sin efectos e inaplicar todo lo decidido y actuado a partir de la presentación de las pruebas, de modo que la fase de reclamaciones subsiguiente pueda surtir de nuevo con arreglo a las previsiones competenciales y procedimentales establecidas en el Decreto Ley 765 de 2005 y con respeto pleno del derecho de defensa de quienes tomaron parte en ellas. Finalmente se ordenará que cada una de estas determinaciones sean informadas por escrito a la DIAN y que sean puestas en conocimiento de la totalidad de los participantes en el proceso por los medios empleados para la divulgación de las decisiones e informaciones relacionadas con el Concurso No. 128 de 2009.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia solicitó a la CNSC la remisión de las pruebas presentadas por la accionante, las cuales fueron oportunamente remitidas bajo cadena de custodia, y que dicho material no fue consultado, por entender que tal revisión no resultaba indispensable para resolver las cuestiones *ius fundamentales* planteadas en este proveído, se dispondrá también la devolución de esta documentación a su órgano

²⁶ Corte Constitucional, sentencia T-470 de 2007.

de procedencia. Procede reiterar, así, que en tanto que las cajas remitidas no fueron abiertas no se ha producido afectación ni intervención alguna que pueda incidir sobre la cadena de custodia de esta evidencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por intermedio de la Sección Segunda, Subsección A.

SEGUNDO: ORDENAR a la CNSC y a la USBSM la suspensión inmediata del proceso de selección de personal adelantado en el marco de la Convocatoria No. 128 de 2009, por medio de la cual se busca proveer los empleos de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN-, pertenecientes al sistema específico de carrera administrativa.

TERCERO: ORDENAR a la CNSC, en concurso con la Comisión del Sistema Específico de Carrera de la DIAN, la apertura inmediata de un procedimiento administrativo de revisión oficiosa de todo el proceso de la Convocatoria No. 128 de 2009, con miras a valorar la gravedad de las fallas formales cometidas y determinar la necesidad o conveniencia de continuar con ella o de dejarla sin efectos.

CUARTO: ORDENAR a la CNSC, en concurso con la Comisión del Sistema Específico de Carrera de la DIAN, si el análisis previsto en el apartado anterior arroja como resultado que se puede seguir adelante con el proceso, la adopción de las medidas necesarias para garantizar que la Convocatoria No. 128 de 2009 se realice ajustada a Derecho, lo cual supone la enmienda de los yerros procedimentales y competenciales advertidos en este fallo.

QUINTO: ORDENAR a la CNSC, si el análisis previsto en el numeral tercero de la parte resolutive de esta sentencia arroja como resultado que se puede seguir adelante con el proceso, dejar sin efectos e inaplicar todo lo decidido y actuado a partir de la presentación de las pruebas practicadas en el marco de la Convocatoria No. 128 de 2009, de modo que la fase de reclamaciones subsiguiente pueda surtir de nuevo con arreglo a las previsiones competenciales y procedimentales establecidas por el Decreto Ley 765 de 2005 y con respeto pleno del debido proceso y del derecho de defensa de quienes tomaron parte en ellas.

SEXTO: ORDENAR a la CNSC, si el análisis previsto en el numeral tercero de la parte resolutive de esta sentencia arroja como resultado que se puede seguir

adelante con el proceso, en concordancia con lo previsto en el numeral anterior de esta parte resolutive, autorizar a todos los que tomaron parte en las pruebas efectuadas en el marco de la Convocatoria No. 128 de 2009, la consulta de sus hojas de respuesta y de los cuestionarios, con el fin de hacer posible un ejercicio material y adecuado de su derecho a presentar reclamaciones.

SÉPTIMO: ORDENAR a la CNSC, si el análisis previsto en el numeral tercero de la parte resolutive de esta sentencia arroja como resultado que se puede seguir adelante con el proceso, en concordancia con lo previsto en los dos numerales anteriores de esta parte resolutive, desarrollar la habilitación establecida tanto por el artículo 31 numeral 3º párr. 3 de la Ley 909 de 2004, como por el artículo 34 numeral 4º párr. 6º del Decreto Ley 765 de 2005, para determinar las condiciones en que las personas que tomaron parte en las pruebas practicadas pueden acceder y consultar la documentación necesaria para el adecuado ejercicio del derecho de reclamación frente a los puntajes obtenidos. Esto, con el fin de asegurar, como fue explicado en el fundamento jurídico No. 31 de este fallo, tanto el derecho de acceso a esta clase de documentos que asiste a quienes participaron en el proceso y, por esta vía, su derecho a la defensa; como la protección de los intereses públicos amparados por el legislador mediante la reserva relativamente genérica estatuida por las disposiciones legales en comento.

OCTAVO: ORDENAR a la CNSC que cada una de las determinaciones adoptadas en cumplimiento de esta providencia sean informadas por escrito a la DIRECCION NACIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, DIAN, y que sean puestas en conocimiento de la totalidad de los participantes en el proceso por los medios empleados para la divulgación de las decisiones e informaciones relacionadas con el Concurso No. 128 de 2009.

NOVENO: ORDENAR la devolución a la CNSC de la caja que contiene el material documental remitido por dicha entidad al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia, observando las reglas de cuidado necesarias para no afectar la cadena de custodia de dicha documentación.

DÉCIMO: ORDENA REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, de conformidad con el artículo 31 del Decreto Ley No. 2591 de 1991.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 13 de diciembre de 2012.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
LASSO
Presidenta

MARÍA CLAUDIA ROJAS

GUILLERMO VARGAS AYALA

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO