

Bogotá D.C., 13 de agosto de 2018

Doctor
CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Magistrado Ponente
Sala de lo Contencioso Administrativo **Sección Segunda (Subsección B)**
Consejo de Estado
E. S. D.

Asunto: **Expediente:** 11001-03-25000-2018-00459-00 (No. Interno **1830-2018**)
Medio de Control: Simple Nulidad
Demandante: Ángela Patricia Salamanca González
Acto acusado: Acuerdos de la CNSC Nos. 2016-1296, 2017-0086 Y 2017-0096,
que adoptan y modifican la **Convocatoria No. 428 de 2016**
Solicitud de suspensión provisional

MARIA CLAUDIA SUESCÚN BENAVIDES, actuando en nombre y representación de la Nación- Ministerio de Justicia y del Derecho, en virtud del poder a mí conferido por el Doctor Néstor Santiago Arévalo Barrero, Director de la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, a la cual, según el artículo 18, numeral 6, del Decreto 1427 de 2017 le corresponde ejercer la defensa del ordenamiento jurídico respecto de las normas de competencia del Ministerio de Justicia y del Derecho, doy **respuesta a la solicitud de suspensión provisional** de los Actos acusados, dentro del término de traslado ordenado en el Auto notificado electrónicamente el 06 de Agosto de 2018, así:

1. ARGUMENTOS DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL

La demandante solicita la suspensión provisional de los Acuerdos referenciados, expedidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, argumentando que los mismos desconocen el Decreto 1227 de 2005 y el artículo 31 de la Ley 909, así como diversos principios, reglas y valores de la Constitución Política.

Los motivos de inconformidad de la actora se centran en cuatro aspectos generales, a saber:

1. **El carácter eliminatorio de la entrevista para los cargos de Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, ITRC, incluidos dentro de la mencionada convocatoria.**

Según la demandante, este carácter eliminatorio de una entrevista desconoce lo dispuesto en el Decreto 1227 de 2005, que contempla un valor máximo del 15% para la entrevista, así como la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, contemplada en las sentencias SU-613/02, C-372/99, T-384/05, C-478/05 y C-105/13, conforme a la cual la entrevista, por su carácter subjetivo, no puede tener mayor peso que las pruebas objetivas como la de conocimientos, y por lo tanto es admisible en la medida que sólo sea considerada como un factor secundario y accesorio.

2. **El desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004**, en cuanto a que la convocatoria a concurso de carrera debe estar suscrita tanto por la CNSC como por las entidades a las cuales corresponden los cargos objeto del concurso.

Según la demandante, la Convocatoria 428 de 2016, contenida en los Acuerdos acusados, solamente fue suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, sin que hubieran concurrido a suscribirla las entidades oferentes de los cargos objeto de concurso, lo cual constituye una omisión que amerita la suspensión provisional de los referidos Acuerdos.

3. **La falta de publicación del Manual de Funciones de la Agencia del Inspector General de Tributos**, Rentas y Contribuciones Parafiscales, ITRC, con lo cual se desconoce, según la demandante, lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011, conforme al cual, los Actos Administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso.

Agrega que, ante esta omisión de publicación, la resolución que contiene el mencionado manual de funciones no es obligatoria y no podrá ser tenida en cuenta por la Comisión Nacional del Servicio Civil para la citada Convocatoria en relación con los empleos de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, ITRC

4. **La no inclusión de las profesiones de Administrador Público y de Archivística en el manual de funciones de la Agencia del Inspector General de Tributos**, Rentas y Contribuciones Parafiscales, ITRC.

Según la demandante, esto denota una omisión ostensible y manifiesta tanto por la mencionada Agencia al proferir los manuales de funciones, sus modificaciones y actualizaciones, como por la Comisión Nacional del Servicio Civil de vigilar el cumplimiento del artículo 9º de la ley 1006 de 2006 y de las leyes 1409 de 2010 en los artículos 1º al 9º y 53 transitorio, así como la ley 594 de 2000, artículos 1 al 4º y 54.

2. CONSIDERACIONES DE IMPROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Considera este Ministerio que en el presente caso no es procedente decretar la suspensión provisional de los Acuerdos acusados, porque no se cumplen los presupuestos legales necesarios para ello, contemplados en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, conforme al cual:

ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES.

*Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, **la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud** que se realice en escrito separado, **cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.***

*Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.
(Destacado y subrayado fuera de texto)*

2.1. **Carácter eliminatorio de la entrevista para los cargos de la Agencia del Inspector de Tributos, Rentas y Contribuciones**, se observa que, si bien en el acápite correspondiente de la Convocatoria para estos cargos se hace referencia a una entrevista, la misma está ligada directamente a un instrumento técnico científico como es el polígrafo.

La entrevista con polígrafo como prueba de veracidad, constituye además una garantía de objetividad y se encuentra avalada en diferentes ámbitos para la selección de personal, lo cual la excluye de la apreciación subjetiva de los jurados de la entrevista dado el mecanismo tecnológico de la misma bajo estándares internacionales de cumplimiento.

Como antecedente del uso de polígrafo en pruebas de selección de personal, se encuentra el concepto No. 53266 del 31 de marzo de 2014 del Ministerio de Trabajo, en el cual se señala: *"A la fecha no existe en nuestro país regulación sobre la prueba de polígrafo para poder ser practicada sobre el trabajador, así como tampoco existe alguna disposición normativa que prohíba su práctica."* *"(...) No encontrándose su práctica prohibida por la ley, podrían practicarla siempre y cuando se cuente con la autorización escrita de la persona a examinar, respetándose así sus derechos fundamentales entre los cuales, por supuesto, se encuentra la dignidad humana."*

Lo relacionado con un supuesto desconocimiento del derecho a la igualdad por establecer la entrevista con carácter eliminatorio, como fundamento de la suspensión provisional del acto de convocatoria en otros concursos¹, ha sido negado por la Sección Segunda de la Corporación, entre otros, mediante auto del 17 de julio de 2017, radicado 2016-000988/2016-4469², considerando que *"si bien la parte actora fundamenta con suficiencia las razones que a su juicio generan desconocimiento al derecho de igualdad en el concurso de méritos adelantado por la CNSC para la SDH, su sola afirmación no es suficiente para dar por probado dicho aserto, ya que no aportó copia del Manual de Funciones ni de la normatividad que establece la estructura de la entidad a fin de confrontarlos y poder determinar, primero, si es cierto que en la SDH existen cargos que cumplen idénticas funciones y que pese a ello, a algunos de los concursantes a dichos empleos se les va exigir prueba de entrevista y a otros no, y segundo, en caso de que ello sea cierto, indagar sobre las razones del servicio que justifican dicha circunstancia", lo cual implica ...adelantar un juicio o test de proporcionalidad respecto de los apartes normativos demandados, a efectos de establecer la adecuación, idoneidad, congruencia y necesidad de la entrevista como medio de selección de personal en esta oportunidad, todo lo cual supone un reto interpretativo de largo alcance que no es propio de esta sede cautelar."*

Bajo las mismas circunstancias previstas en el referido proceso y con los mismos argumentos expuestos por el despacho en esa oportunidad, se considera que el análisis de las razones de proporcionalidad, idoneidad y necesidad de contemplar la exigencia de entrevista por polígrafo en la Convocatoria No. 428 de 2016, impone contar con mayores consideraciones de juicio y elementos probatorios propios de etapas procesales posteriores, por lo cual la medida cautelar resulta improcedente.

En tal virtud, resulta improcedente suspender los Acuerdos acusados en relación con este cargo.

2.2. La omisión de las firmas de las entidades cuyos cargos se convocan a concurso a través de los Acuerdos acusados, considera este Ministerio que en este caso resulta pertinente la consideración expuesta por la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, al resolver la solicitud de suspensión provisional de un Acto de convocatoria a concurso para una de las Secretarías del Distrito Capital, expediente 2016-00988, en cuanto a que es menester estudiar si la exigencia contenida en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 está orientada a la garantía de los derechos fundamentales de los concursantes y de los asociados en general, así como si el cumplimiento de dicho requisito hubiera significado un cambio sustancial en el sentido de la decisión administrativa contenida en el Acuerdo de Convocatoria y, en definitiva, si en virtud de los principios de eficacia y economía la omisión de la referida exigencia puede ser convalidada o subsanada en estos momentos por las entidades a las cuales corresponden los cargos convocados, lo cual implica

¹ Concurso adelantado por la Comisión Nacional de Servicio Civil respecto de cargos de la Secretaría Distrital de Hacienda.

realizar un estudio tan profundo que dejaría de ser el que se ha entendido se debe realizar durante el trámite de una solicitud de medida cautelar, esto es, un estudio ab initio o sumaria cognitio, pues, anticiparía definitivamente una decisión de fondo, lo cual no es propio de esta etapa procesal.³

En tal virtud, en este caso no resulta procedente suspender los Acuerdos acusados por este cargo, pues ello debe ser resuelto en el pronunciamiento de fondo del asunto.

2.3. La no publicación del Manual de Funciones de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, ITRC.

A este respecto, resultan pertinentes las siguientes consideraciones expuestas en el Auto que resolvió sobre la medida cautelar de suspensión provisional del respectivo acto demandado dentro del expediente 11001-03-25000-2017-00212- 00 (Nro. Interno 1219-2017), Consejera Ponente doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el cual se demandó la nulidad de una convocatoria para concurso de carrera en el Distrito Capital, entre otros cargos, por la falta de publicación de un manual de funciones y requisitos.

En dicha providencia se citó el criterio jurisprudencial según el cual la ausencia de publicación, notificación o comunicación no invalida en manera alguna los actos administrativos de carácter general⁴.

Además, se comprobó que, como sucede en este caso, era deber de cada aspirante verificar el cumplimiento de las condiciones y requisitos exigidos para el desempeño del empleo al cual se inscribió, para lo cual debía consultar la Oferta Pública de Empleo, también publicada en la página web de la CNSC, en la que se encontraban definidos los perfiles de acuerdo a los Manuales de Funciones de las entidades convocantes.

Por ello, se concluyó, como procede en este caso, que la solicitud de medida cautelar impetrada por la parte actora contra los actos administrativos demandados, relativo a la vulneración del principio constitucional de publicidad, carece de fundamento, por lo que se deberá despachar en forma desfavorable

En tal virtud, en este caso considera este Ministerio que la solicitud de suspensión de los Acuerdos acusados debe negarse, en relación con este cargo.

2.4. La no inclusión de las profesiones de Administrador Público y de Archivística en el Manual de Funciones de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, ITRC.

A este respecto, se observa que la actora no expone mayor argumento que la transcripción de las normas invocadas como vulneradas en este caso, sin probar que, efectivamente, el manual de funciones y requisitos de la mencionada Agencia no contempla las profesiones señaladas, o que las excluya de manera expresa o tácita.

Por ello, para resolver este cargo se requiere de una labor probatoria y de análisis en profundidad de los elementos que se acopien en el transcurso del proceso, lo cual no es propio de esta etapa procesal.

² Consejera Ponente doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

³ Sección Segunda. Auto del 17 de julio de 2017, radicado 2016-000988/2016-4469

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia del 6 de agosto de 2009. Expediente: 110010328000200900005-00. Demandado: Rector Universidad Surcolombiana.

Bogotá D.C., Colombia

En tal virtud, considera este Ministerio que la solicitud de suspensión de los Acuerdos acusados debe negarse también en relación con este cargo.

3. PETICIÓN

Por lo anterior, se solicita respetuosamente al Honorable Magistrado **negar la solicitud de suspensión provisional de los Acuerdos acusados** dentro de este expediente.

4. ANEXOS

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

4.1 Copia de la parte pertinente del Decreto 1427 de 2017, en cuyo artículo 18, numeral, 6, se asigna a la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, del Ministerio de Justicia y del Derecho, la función de ejercer la defensa del ordenamiento jurídico en las materias de competencia de este Ministerio.

4.2 Copia de la Resolución 0641 del 4 de octubre de 2012, por la cual se delega en el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, del Ministerio de Justicia y del Derecho, la representación judicial del Ministerio para intervenir en defensa del ordenamiento jurídico.

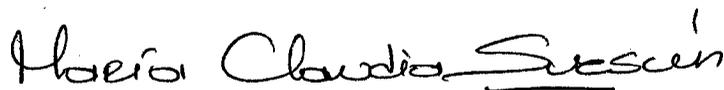
4.3. Copia de la Resolución No. 1010 de 11 de diciembre de 2017, por la cual se nombra al doctor Néstor Santiago Arévalo Barrero como Director Técnico en la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, así como de la respectiva Acta de Posesión.

4.4. Poder a mí conferido para actuar dentro de este Expediente.

5. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Calle 53 No. 13-27 de esta ciudad y en el buzón de correo electrónico del Ministerio para recibir notificaciones: notificaciones.judiciales@minjusticia.gov.co.

Del Honorable Magistrado,



MARIA CLAUDIA SUESCÚN BENAVIDES

C.C. 39.685.591 de Usaquén.

T.P. No. 40.012 del Consejo Superior de la Judicatura

Anexo: Lo anunciado.

Elaboró: Ana Beatriz Castelblanco Burgos

Revisó y aprobó: María Claudia Suescún Benavides

EXT18-0032988, EXT18-0033111 y EXT18-0033112 de Agosto 6 de 2018.

T.D.R. 2300 36-152 Procesos Judiciales – Procesos de Nulidad

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

CONSEJO DE ESTADO
EL ANTERIOR MEMORIAL FUE PRESENTADO
EN ESTO SECRETARÍA GOV

14 AGO 2018

SECCION SEGUNDA
EN 03 FOLIOS
V 06 ANEXOS

