Al responder cite este número
DEF18-0000049-DOJ-2300

Bogotá D.C., 14 de agosto de 2018

Doctor
CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Consejero Ponente
Sección Segunda, Subsección B
CONSEJO DE ESTADO
E.S.D.

Asunto: **Expediente No. 11001032500020180043800 (1809-2018)**
Nulidad de los Acuerdos 20161000001296/16, 20171000000086/17 y 20171000000096/17 expedidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, sobre convocatoria a concurso de méritos del Sistema General de Carrera Administrativa de trece entidades del orden nacional.
Actora: Yirly Astrid Téllez Ariza.
Contestación a la suspensión provisional.

Honorable Consejero Ponente,

MARÍA CLAUDIA SUESCÚN BENAVIDES, actuando en mi condición de apoderada de la Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho, conforme al poder a mi otorgado, para lo cual solicito me sea reconocida personería, procedo a contestar la solicitud de suspensión provisional formulada dentro del proceso de la referencia, así:

1. Argumentos de la suspensión provisional

Se solicita la suspensión provisional de los Acuerdos 20161000001296/16, 20171000000086/17 y 20171000000096/17 expedidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por los cuales se convoca a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes del Sistema General de Carrera Administrativa de trece entidades del orden nacional, y se modifica y adiciona la convocatoria respectivamente.

Como fundamentos de la medida cautelar se afirma lo siguiente:

- La realización de una entrevista con carácter eliminatorio para algunos cargos de la UAE Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, desconoce lo previsto en el Decreto Reglamentario 1227 de 2005[1] que no contempla esa exigencia y lo establecido por la jurisprudencia constitucional[2] según la cual *"la entrevista, por su carácter subjetivo, no puede tener mayor peso que las pruebas objetivas como la de conocimientos, y que por lo tanto es admisible en la medida que sólo sea considerada como un factor secundario y accesorio"*, por lo cual se concluye que los acuerdos demandados establecen un trato discriminatorio injustificado en vulneración del principio de igualdad.

- La suscripción de la convocatoria únicamente por el Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil contraviene lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, según el cual la convocatoria debe estar suscrita además por el jefe de la entidad u organismo.

- La omisión de publicación de los manuales de funciones expedidos por la UAE Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, contenidos en las Resoluciones 475/15, 1044/16, 1693/16 y 2490/16, hace inoponibles tales actos, lo cual conlleva a la nulidad del acto posterior de convocatoria a concurso para los cargos de esa entidad.

2. Consideraciones de improcedencia de la medida cautelar

El Ministerio considera que la medida cautelar formulada contra los Acuerdos 20161000001296/16, 20171000000086/17 y 20171000000096/17 expedidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, no resulta procedente por las siguientes razones:

2.1. Entrevista eliminatoria (con polígrafo) para el cargo de Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones

No procede decretar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados correspondientes a la Convocatoria No. 428 de 2016 donde se ofertan alrededor de 3.200 cargos del Sistema General de Carrera Administrativa de trece entidades del orden nacional, cuando el cuestionamiento de inconstitucionalidad e ilegalidad se formula únicamente respecto de uno solo de los apartes de la Convocatoria y en relación con uno solo de los cargos

[1] Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998.
[2] Sentencias SU-613/02, C-372/99, T-384/05, C-478/05 y C-105/13.

ofertados en la misma, como resulta ser el de Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales de la Unidad Administrativa Especial del mismo nombre.

La suspensión provisional de los actos que conforman la Convocatoria, bajo la consideración de supuesto trato discriminatorio injustificado, no afecta a la totalidad o integralidad de los actos acusados. Por el contrario sí podría generar un efecto adverso y vulneratorio del principio de igualdad respecto de los participantes en el concurso para los demás cargos de las otras entidades y en relación con los cuales no se presenta cuestionamiento alguno.

Por otra parte, si bien existe el precedente jurisprudencial señalado en la demanda respecto del no carácter eliminatorio de la entrevista, lo cierto es que tal prohibición no está consagrada expresamente en el ordenamiento jurídico. La jurisprudencia reseñada en la demanda como sustento de la medida cautelar, hace referencia a normas correspondientes a determinados concursos respecto de los cuales se presentan diversas condiciones y exigencias.

La entrevista apoyada de instrumentos técnicos y científicos como el polígrafo constituye un elemento adicional que garantiza la objetividad de la prueba, máxime tratándose de la exigencia para el desempeño de un cargo que requiere un elevado grado de confiabilidad y honestidad como es el de Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones, aspecto que necesariamente compete evaluar a la Sala al momento de proferir sentencia, por lo cual se considera que no es este el momento oportuno para definirlo.

En ese sentido, la entrevista con polígrafo cuestionada en la Convocatoria 428 de 2016, se predica respecto del desempeño de cargos sustancialmente diferentes de la generalidad de los cargos del nivel técnico y profesional ofertados por las otras entidades a las cuales hace referencia la convocatoria, específicamente en cuanto a jerarquía y responsabilidad, pues las responsabilidades y exigencias del cargo de Inspector General, conforme se señala en la convocatoria en relación con el manejo y ejecución de ciertas actividades como la vigilancia del proceso de recaudo y administración de bienes, tributos, rentas y contribuciones parafiscales con el propósito de proteger el patrimonio público mediante la realización de auditorías e investigaciones disciplinarias, sin duda impone una exigencia mayor en cuanto a probidad en el ejercicio de las mismas. En tales condiciones, no puede aducirse válidamente que los supuestos fácticos objeto de comparación sean idénticos y, en consecuencia, deba darse un trato semejante respecto de las exigencias para el desempeño de unos y otros cargos.

En el presente asunto, se justifica la exigencia de establecer la prueba de entrevista para los cargos de Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, pues la valoración de conocimientos y prueba comportamental resultan insuficientes frente a las responsabilidades y perfil exigido para su desempeño, lo cual necesariamente deberá ser

valorado dentro del proceso al momento de proferir decisión de fondo, con el objeto de determinar un supuesto trato discriminatorio injustificado.

La entrevista con polígrafo como prueba de veracidad se encuentra avalada en diferentes ámbitos para la selección de personal y ello excluye 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 concursos[3], ha sido negado por la Sección Segunda de la Corporación, entre otros, mediante auto del 17 de julio de 2017, radicado 2016-000988/2016-4469[4], 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 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.*"

[3] Concurso adelantado por la Comisión Nacional de Servicio Civil respecto de cargos de la Secretaría Distrital de Hacienda.
[4] Consejera Ponente doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

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.

2.2. Suscripción de la convocatoria por la Comisión Nacional del Servicio Civil

En relación con el supuesto incumplimiento del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el cual se establece lo relacionado con la suscripción del acto de convocatoria a concursos, aducido como fundamento de la solicitud de medida cautelar en este caso, resulta aplicable igualmente el pronunciamiento proferido en otros procesos de nulidad en los cuales se controvierten convocatorias realizadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los cuales fue negada la medida por considerar que la participación activa en la planeación del proceso de selección y en la elaboración de las reglas del concurso de las entidades oferentes de los cargos, en orden a determinar si se cumplió con el propósito de la norma cual es el de garantizar la efectiva coordinación y colaboración entre las entidades, constituye un elemento probatorio propio de otras etapas procesales, por lo cual la medida cautelar resulta improcedente.

En efecto, a este respecto resultan aplicables las consideraciones expuestas mediante auto del 17 de julio de 2017 dentro del radicado 2016-000988/2016- 4469[5], en el cual se señaló en relación con el mismo fundamento de vulneración, *que "la dimensión del análisis normativo, jurisprudencial y probatorio que correspondería realizar, conduce a 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. Por tal razón, no es posible realizar un pronunciamiento sobre este cargo en este momento procesal, y su resolución se efectuará al resolver el fondo del asunto, cuando se tengan todos los elementos de la litis integrados al expediente."*

Con fundamento en lo anterior, la medida cautelar se considera improcedente.

[5] Consejera Ponente doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

2.3. Publicación del manual de funciones respecto del cargo de Inspector General de Rentas, Tributos y Contribuciones Parafiscales

Respecto de la omisión de publicación de los manuales de funciones de cargos ofertados, resultan igualmente predicables las mismas consideraciones expuestas en otros procesos de nulidad de convocatorias de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en las cuales se aducen iguales fundamentos de sustentación de la medida cautelar, en el sentido de considerar que la publicidad en la función administrativa no se integra al proceso de formación del acto administrativo, en cuanto constituye una operación material de ejecución posterior por parte de la entidad competente y la falta de promulgación de un acto administrativo de carácter general no es causal de nulidad, sino de inoponibilidad frente a terceros y no obligatoriedad para los particulares, por cuanto la publicación del acto no es requisito para su validez.

A ese respecto, resultan aplicables las mismas consideraciones expuestas para negar por improcedente la medida cautelar en el proceso de nulidad de la Convocatoria adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil en la Secretaría Distrital de Hacienda, realizada mediante auto del 17 de julio de 2017, bajo el radicado 2016-000988/2016-4469[6], en la cual se señaló:

> *"...la ausencia de publicación, notificación o comunicación no invalida en manera alguna los actos administrativos de carácter general, razón suficiente para considerar que la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del Acuerdo 542 de 2015 debe negarse, al estar fundamentada en la presunta omisión en que incurrió la SDH en no haber publicado la Resolución 101 del15 de abril de 2015, que contiene el Manual Específico de Funciones y Competencias laboral de esta última, que a su vez, sirvió de fundamento para la elaboración de la OPEC contenida en Convocatoria 328 de 2015."*

Conclusión de lo expuesto es que en el presente caso no están dados los elementos para que proceda la suspensión provisional de los actos acusados y, en consecuencia, la solicitud de medida cautelar debe ser denegada por improcedente.

3. Petición

Por lo anteriormente expuesto, este Ministerio solicita respetuosamente al Consejero Ponente, negar la medida cautelar solicitada.

[6] Ibídem.

4. Anexos

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

- Poder conferido por el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia, facultado para ejercer la defensa del ordenamiento jurídico en las materias de competencia del Ministerio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18, numeral 6 del Decreto 1427 de 2017.
- Copia del aparte pertinente del Decreto 1427 de 2017, en cuyo artículo 18, numeral 6, 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.
- Copia de la Resolución No. 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 de la entidad para intervenir en defensa del ordenamiento jurídico en los procesos de nulidad ante el Consejo de Estado.
- Copia de la Resolución 1010 de 2017 por la cual se nombra a quien confiere poder como Director Técnico en la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho; y copia del Acta de Posesión respectiva.

5. Notificaciones

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

Del Honorable Consejero Ponente,

María Claudia Suescún

MARÍA CLAUDIA SUESCÚN BENAVIDES
C.C. 39.685.591 de Usaquén
T.P. 40.012 del C.S.J.

Anexos: Lo anunciado.

Elaboró: Ángela María Bautista Pérez.
Revisó y aprobó: María Claudia Suescún Benavides.

Radicados: EXT18-0033159, EXT18-0032974, EXT18-0033156.

T.R.D. 2300 36.152

CONSEJO DE ESTADO
EL ANTERIOR MEMORIAL FUE PRESENTADO
EN ESTA SECRETARIA HOY

14 AGO 2018

SECCION SEGUNDA
EN 91 FOLIOS
Y 86 ANEXOS