

Bogotá D.C., 7 de septiembre de 2018

Doctor

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Consejero Ponente

Sección Segunda, Subsección B

CONSEJO DE ESTADO

E.S.D.

Asunto: Expediente No. 11001032500020180032200 (1346-2018)

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.

Actor: Erick Yesid Bolaños Suárez.

Contestación a la suspensión provisional.

Honorable Consejero Ponente,

ÁNGELA MARÍA BAUTISTA PÉREZ, 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.

Bogotá D.C., Colombia

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

Como fundamento de la medida cautelar se afirma que 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 2005¹ que no contempla esa exigencia y lo establecido por la jurisprudencia constitucional² 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.

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. 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 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 una consideración de supuesto trato discriminatorio injustificado, que 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. De manera que la solicitud de suspensión provisional integral no se considera procedente.

2.2. 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; y el carácter eliminatorio para la prueba técnica como es el polígrafo constituye una prueba científica cuya objetividad debe ser evaluada por la Sala en el momento de proferir sentencia, máxime tratándose de la exigencia para el desempeño de un cargo que requiere un

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.

elevado grado de confiabilidad y honestidad como es el de Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones.

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.

2.3. 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 que *"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."*

2.4. 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 concursos³, ha sido negado por la Sección Segunda de la Corporación, entre otros, mediante auto del 17 de julio de 2017, radicado 2016-000988/2016-4469⁴, 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,*

³ Concurso adelantado por la Comisión Nacional de Servicio Civil respecto de cargos de la Secretaría Distrital de Hacienda.
Bogotá D.C., Colombia

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.

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.

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

⁴ Consejera Ponente doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

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,

ÁNGELA MARÍA BAUTISTA PÉREZ

C.C. 51.803.668 de Bogotá

T.P. 59.414 del C.S.d.J.

Anexos: Lo anunciado.

Elaboró: Ángela María Bautista Pérez.

Revisó y aprobó: Ángela María Bautista Pérez.

Radicados: EXT18-0037798, EXT18-0037799, EXT18-0037858.

T.R.D. 2300 36.152.

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

- 7 SEP 2018

SECCION SEGUNDA
EN 03 FOLIOS
Y 06 ANEXOS

Bogotá D.C., Colombia

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