

ACCIÓN POPULAR / RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR COADYUVANTE / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA / EJECUCIÓN DE CONTRATO ESTATAL / CONCURSO DE MÉRITOS DE LA DIAN - Convocatoria 128 de 2009 / PRUEBA DE APTITUDES / PLAGIO EN LA ELABORACIÓN DE LAS PREGUNTAS - No acreditado / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR - No acreditada

[[E]] hecho de que todas las preguntas no fueran de creación original de la Universidad de San Buenaventura no comportaba un apartamiento de lo encomendado a ese ente educativo por parte de la CNSC y tampoco una transgresión a las normas que regulaban los derechos de autor, pues, al contrario, la posibilidad de utilizar textos de autoría de terceros, según el contrato, debía hacerse con apego a aquellas. (...) Para la Sala, el recuento realizado en el noticiero Noticias Uno sobre lo ocurrido en el marco de la convocatoria No. 128 de 2009 no aporta mérito probatorio de relevancia, pues en su relato se concluye que la producción de los documentos debía ser de creación original a partir de una lectura parcializada de la cláusula octava del contrato, sin atender a una hermenéutica armónica y sistemática del acuerdo que, por lo demás, es del resorte exclusivo del juez y, como ya se vio, no consulta la exégesis revelada por el medio de comunicación. Además, si bien en esos medios noticiosos se sugirió la existencia de un plagio, esa no es una circunstancia demostrada en el expediente y menos aún que pueda considerarse acreditada con el solo hecho de la coincidencia de las preguntas de internet. Esto es así no solo porque el contrato, en cuya virtud la CNSC le encomendó a la universidad la realización de las pruebas, permitía que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982 se utilizaran documentos de autoría de terceros, siempre que así se reconociera su creación, sino además porque se ignora si la verdadera autoría de las mencionadas preguntas en realidad corresponde a quien se presenta como el autor del artículo "*problemas de razonamiento lógico*", pues se desconoce por completo si existen derechos registrados sobre esa obra por parte del señor [M.A.A.] (...). En este punto es de relevancia precisar que el legitimado para discutir la supuesta usurpación de los derechos de autor de un documento o de una obra es aquel que se presenta como su verdadero dueño, situación que, al no haber acontecido en este caso, impide considerar acreditado que existió un plagio o una usurpación de derechos de autor. (...) no se advierte que en el caso se hubiera configurado el elemento objetivo consistente en haberse quebrantado el orden jurídico por desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, al tenor de lo pactado en el contrato No. 226 de 2011. La anterior conclusión hace improcedente el análisis del elemento subjetivo que se exige para el estudio de la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa (...).

ACCIÓN POPULAR / RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR COADYUVANTE - Legitimación / REMISIÓN NORMATIVA - Al Código de lo Contencioso Administrativo y al Código de Procedimiento Civil

[E] artículo 24 de la Ley 472 de 1998 (...) no regula lo relacionado con los actos procesales permitidos al coadyuvante, razón por la que es del caso efectuar la remisión al CCA y al CPC, en atención a lo previsto en el artículo 44 de la Ley 472 de 1998. (...) Como síntesis de lo expuesto, se tiene que en la acción popular el coadyuvante podrá impugnar la sentencia de primera instancia siempre que: i) exista congruencia y no contravenga o exceda los cargos de la demanda ni los derechos colectivos invocados, bajo el entendido de que actúa en protección de derechos cuya titularidad recae en toda la comunidad, a través de una acción pública y no movido por el ánimo de salvaguardar un derecho subjetivo y ajeno al

de la parte que coadyuva; y ii) la parte principal no haya revelado conductas que sugieran su inconformidad con el recurso interpuesto por el coadyuvante. Con fundamento en lo anterior, la Sala estima que al coadyuvante [C.A.A.] tiene legitimación para interponer el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia siempre que no desborde los fundamentos fácticos y jurídicos en que se sustentó la demanda inicial y en tanto su proceder no se contraponga con los intereses de la parte principal

ACCIÓN POPULAR / RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR COADYUVANTE / COADYUVANCIA - Diferencias entre la legislación civil y las acciones populares

La Sección Tercera de esta Corporación ha considerado que existen marcadas diferencias entre la figura de la coadyuvancia regulada en la legislación civil y su tratamiento en el escenario de las acciones populares. Sobre el particular ha distinguido las siguientes reglas: En el procedimiento civil se exige la existencia de una relación sustancial entre el coadyuvante con una de las partes que coadyuva *-relación que debe ser probada-*, que se pueda ver afectada por el sentido de la decisión, pese a que sus efectos no la cobijen, mientras que en la acción popular no se requiere ese vínculo sustancial con el extremo al que asiste el coadyuvante, en tanto, además de que la norma especial no lo demanda, procura la protección de un interés jurídico colectivo, que no individual, cuya vulneración podría afectar a toda la comunidad. En la acción popular, el tercero acude en ayuda de la defensa de un derecho cuya titularidad recae en toda la colectividad, lo que no acontece en la figura regulada por el Código de Procedimiento Civil, en la que el interés es principalmente de tipo económico y subjetivo. En el ámbito procesal civil, el coadyuvante no puede formular una nueva demanda, con pretensiones diferentes a las incoadas por el actor principal, limitante que también está presente en la acción popular, pues no obstante comparecer para asistir a la defensa de derechos colectivos, la posibilidad de invocar nuevas súplicas a través de la coadyuvancia no atiende a la finalidad y naturaleza de esta figura. Las facultades del coadyuvante, tanto en el procedimiento civil como en las acciones populares, se restringen al ejercicio de los mismos actos procesales que puede realizar el coadyuvado y que se concretan en una labor netamente de ayuda o cooperación dirigida a reforzar los argumentos expuestos inicialmente, pedir práctica de pruebas, participar en las alegaciones e interponer recursos, pero en ninguna de sus actuaciones podrá aducir hechos diferentes que amplíen el objeto del litigio o argumentar la vulneración de derechos colectivos distintos a los señalados por el actor, so pena de reemplazar la parte que coadyuva y desnaturalizar el instituto de la coadyuvancia.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR / CONTRATO ESTATAL / DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL - Cuestión que escapa al ámbito de competencia del juez popular

Esta Corporación ha considerado que la acción popular resulta procedente para ventilar la vulneración de derechos colectivos originada en la actividad contractual del Estado, reflexión que se justifica en que la conducta vulnerante eventualmente puede tener como fuente la inobservancia de principios constitucionales y legales envueltos en el tráfico negocial del Estado, lo cual no riñe con el propósito de ese mecanismo instituido como instrumento principal y autónomo para la protección de derechos colectivos al margen de la naturaleza de la conducta trasgresora. (...) El centro del debate gravita en torno al desapego del contenido obligacional del contrato celebrado para la práctica de las pruebas de aptitudes de los aspirantes al concurso de méritos, por haber usado preguntas de una publicación académica

y no de autoría intelectual de la universidad, lo que, en voces del apelante, redundó en la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, por no ofrecer a los participantes condiciones transparentes frente al acceso en condiciones de igualdad a la carrera administrativa para proveer empleos en la DIAN. (...) No ignora la Sala que en la demanda también se solicitó que se decretara la caducidad del contrato (...), cuestión que escapa al ámbito de competencia de la acción popular y a cualquier facultad de la jurisdicción, en la medida en que tal declaración, de conformidad con el ordenamiento que rige la contratación del Estado, es una potestad privativa de la entidad estatal contratante previa constatación de que se configuren los supuestos fácticos y normativos que abren paso a su decreto.

ACCIÓN POPULAR / DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Alcance / ELEMENTO OBJETIVO - Quebrantamiento del ordenamiento jurídico / ELEMENTO SUBJETIVO - Inmoralidad de la acción u omisión del funcionario / CONEXIDAD ENTRE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO

La jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en sede del mecanismo de revisión eventual, indicó que la delimitación conceptual de la “moralidad administrativa”, como derecho colectivo, no puede depender de la idea subjetiva de quien, frente a la actuación cuestionada, decide sobre la observancia, amenaza o vulneración de dicho derecho, sino que está relacionada con la intención o propósito que influye en esa actuación respecto de la finalidad de la ley. (...), la Sala advirtió que, dada la imposibilidad de abarcar rigurosamente los supuestos que podrían presentarse frente a esa intención o propósito, en la determinación de la vulneración o no del derecho en cuestión servía considerar como parámetros la desviación de poder, el favorecimiento de intereses particulares alejados de los principios que fundamentan la función administrativa, la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo sustento legal, la conducta antijurídica o dolosa –en el entendido de que el servidor tiene la intención manifiesta y deliberada de vulnerar el mandato legal que rige su función–. La misma Sala subrayó que la moralidad administrativa debe guiar el ejercicio de la función “administrativa”, lo que implica un ejercicio acorde con el ordenamiento y las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, con total honestidad y transparencia. Asimismo, se refirió a los elementos que, en la medida en que se correlacionen, permiten acreditar la configuración de la amenaza o vulneración del referido derecho colectivo, es decir, de una parte, el quebrantamiento del ordenamiento (elemento objetivo) en cualquiera de sus dos manifestaciones: conexidad con el principio de legalidad y la violación de los principios generales del derecho y, de otra parte, la inmoralidad de la acción u omisión del funcionario (elemento subjetivo). También es importante indicar que esta Corporación ha sostenido que la amenaza o vulneración del derecho a la moralidad administrativa puede, en algunos casos, comportar conjuntamente la de otros derechos colectivos, como sucede con la defensa del patrimonio público; situación que ilustra, por regla general y dejando a salvo las excepciones del caso, una relación de conexidad, “inescindibilidad” o de “causa-efecto” entre aquellos, en cuanto atañe a su amenaza o vulneración, como sucede, por ejemplo, cuando se evidencia una falta de “absoluta honestidad y pulcritud” en el manejo de los recursos públicos.

IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS EN LA ACCIÓN POPULAR

No se condenará en costas teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 472 de 1998, no se encuentra acreditado que el coadyuvante que

formuló la apelación hubiera actuado temerariamente o de mala fe.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 88 / LEY 472 DE 1998 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 31 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 32 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 33 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 34 / DECRETO LEY 765 DE 2005 / DECRETO 3626 DE 2005 - ARTÍCULO 3 / DECRETO 3626 DE 2005 - ARTÍCULO 23

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., dos (02) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-24-000-2013-00006-01(AP)

Actor: SINDICATO NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN- Y OTROS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por el apoderado del señor César Gustavo Arrieta Rojas, coadyuvante de la parte actora, contra la sentencia proferida el 3 de julio de 2014, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

En escrito presentado el 20 de junio de 2012¹, el representante legal del Sindicato Nacional de Empleados de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- interpuso demanda en ejercicio de la acción popular contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín, con el fin de que se hiciera la siguiente declaración y condena (se transcribe de forma literal, incluso con errores):

“Solicitamos respetuosamente a su señoría suspender el proceso de la convocatoria 128 de 2009 y conminar a la Comisión Nacional del Servicio Civil a cumplir con el deber funcional de vigilar el proceso de selección, abrir investigación de los hechos acá denunciados y producto de ello dejar total o

¹ Folios 1 a 27 del cuaderno No.1 del tribunal.

parcialmente sin efecto las pruebas de conocimiento aplicadas el 29 de abril de 2012, decretar la caducidad del contrato con la USB y reiniciar el proceso conforme las normas sustanciales y procedimentales con absoluto respeto a la legislación, jurisprudencia, reglamentación, acuerdos, fundamentos y principios que orientan los procesos de selección por mérito en Colombia específicamente en la DIAN”.

2. Hechos

La Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Resolución 1245 de 2009 y la convocatoria 128 de 2009, abrió un concurso de méritos para proveer empleos del sistema específico de carrera administrativa en la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales UAE DIAN.

En desarrollo de las actividades orientadas a ejecutar la convocatoria 128 de 2009, la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Resolución N° 4107 de septiembre 22 de 2011, ordenó la apertura del proceso de selección abreviada de menor cuantía, en el que contrató a la Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín, para la realización de las pruebas de competencias laborales, la que, mediante contrato 226 de 2011 se obligó con la Comisión Nacional del Servicio Civil al diseño, construcción, ensamblaje, aplicación, validación, procesamiento y calificación de las pruebas de competencias funcionales y de aptitudes, publicación de los resultados de las pruebas aplicadas y atención de las reclamaciones derivadas de la publicación de resultados.

El contrato y el pliego de condiciones originario indicaban los parámetros técnicos mediante los cuales se debían realizar los ítems de las pruebas, en referencia a los ejes temáticos publicados con anterioridad por la Comisión Nacional del Servicio Civil y, además, la universidad se obligó a publicar guías a los aspirantes para la presentación de las pruebas.

El 29 de abril de 2012 se realizaron las pruebas de competencias laborales, integradas por las pruebas de conocimiento y las pruebas de aptitud, surgiendo en todo el país una serie de reclamaciones por parte de los aspirantes.

Ante las irregularidades advertidas, los aspirantes interpusieron la reclamación de que trata el artículo 20 del decreto ley 760 de 2005 ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que realizara la correspondiente investigación sobre la incoherencia en las preguntas respecto de los ejes temáticos, la eventual vulneración de derechos de autor, vulneración de la seguridad de cadena de

custodia y ausencia de gradualidad en la dificultad en cargos de diferente grado de responsabilidad.

En relación con las denuncias, la Comisión Nacional del Servicio Civil se pronunció en su página web institucional informando que las reclamaciones deberían ser atendidas por la Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín, como ejecutante del contrato suscrito.

La Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín, publicó un comunicado de prensa en el que rechazó las irregularidades denunciadas sobre las pruebas aplicadas y respondió las reclamaciones de los aspirantes con negativas infundadas.

3. De los fundamentos de derecho

Como fundamento de la vulneración a la moralidad administrativa, la parte actora sostuvo que la responsabilidad y objetividad del proceso relacionado con la Convocatoria 128 de 2009 estaban íntimamente relacionadas con el deber ser del Estado, sus entidades y sus instituciones. Además, la confianza en los procesos adelantados bajo fundamentos como el mérito, en un Estado Social de Derecho, no podían correr el riesgo de afectarse, so pena de deslegitimar décadas de esfuerzo por dignificar el empleo público.

Concretamente, indicó que se vulneró la moralidad administrativa al desconocer los contenidos temáticos de cada perfil, al violar la originalidad de la prueba y el debido proceso en las reclamaciones y cuestionó la especialidad técnica de la universidad delegada para la elaboración y práctica de las pruebas.

Adicionalmente, cuestionó la falta de originalidad del material en la prueba, por cuanto se encontraron preguntas copiadas de manera textual de una publicación en internet, situación que acreditaba el incumplimiento del contrato, concretamente de la "*cláusula octava*".

Finalmente, sostuvo que se vulneraron los principios de legalidad, de la carrera administrativa, confianza legítima y el deber funcional de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

4. La admisión y la contestación de la demanda

El Tribunal *a quo*, mediante auto del 14 de marzo de 2013², declaró la nulidad de lo actuado por parte del Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá e inadmitió la demanda. Una vez corregida, mediante proveído del 24 de abril de ese mismo año, la admitió³ y se notificó a las accionadas, a la Defensoría del Pueblo y al Ministerio Público en debida forma⁴. Así mismo, para los efectos del artículo 24 de la Ley 472 de 1998, se dispuso que se informara a la comunidad en general a través de un medio escrito masivo de comunicación de amplia circulación o en una radio emisora de amplia difusión en el territorio nacional.

El Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo guardaron silencio.

En relación con las accionadas, oportunamente contestaron la demanda en los siguientes términos:

4.1. La Comisión Nacional del Servicio Civil

La entidad contestó la demanda⁵, e indicó, respecto de las pretensiones del demandante, que se oponía a todas y cada una de ellas, por cuanto en el proceso se acreditarían las inconsistencias presentadas en la demanda y, por consiguiente, la inexistencia de la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa por parte de la entidad.

Formuló las siguientes excepciones de mérito:

I. *“Ineptitud de la demanda”*, porque el actor no realizó un análisis concreto de la supuesta vulneración del derecho colectivo invocado.

II. *“Inexistencia de la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa”* por cuanto no toda ilegalidad atenta contra el derecho colectivo invocado; además, es necesario que se acredite la mala fe de la Administración en la actuación y su directa relación con la vulneración del derecho colectivo.

III. *“Excepción de observancia de los preceptos de carácter constitucional y legal frente al diseño, construcción y aplicación de las pruebas de competencias*

² La demanda fue presentada ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá. El Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, mediante auto del 20 de febrero de 2013, la admitió y, posteriormente, ordenó remitirla por competencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Fl. 2.410 a 2.419 cuaderno 5).

³ Folios 2.420 a 2.426 cuaderno 5.

⁴ Folios 2.426 vto, y 2.542 a 2.546 del cuaderno 5.

⁵ Folios 2.547 a 2.579 del cuaderno 5.

funcionales y comportamentales aplicadas en desarrollo de la convocatoria 128 de 2009”, porque fueron realizadas de conformidad con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 765 de 2005.

IV. *“Las listas de elegibles son actos administrativos de contenido particular y concreto. Deben respetarse derechos adquiridos”*, situación que hace improcedente la solicitud elevada por el actor de revocar el concurso, en especial porque no está acreditada la salvaguarda de un interés colectivo.

V. Finalmente, propuso la excepción de inepta demanda por la indebida acumulación de las pretensiones y la innominada.

4.2. Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín

El apoderado de la universidad contestó la demanda⁶ e indicó que los hechos, en su mayoría, eran ciertos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló la excepción de *“inepta acción incoada”*, porque en el presente caso no se cumplían los requisitos mínimos de procedencia de la acción popular, por cuanto la inconformidad del actor tiene relación con actos administrativos que se presumen legales, de ahí que la acción procedente sea la de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho.

A continuación, manifestó que el actor no probó ninguna de sus afirmaciones, en especial el elemento subjetivo relativo a la intención de ejercer una práctica irregular en busca de privilegiar un interés particular o de terceros; por tanto, no se acreditó la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Adicionalmente, sostuvo que la universidad aplicó correctamente la normativa referida al enfoque conceptual del perfil del rol que acompañó las pruebas de la convocatoria 128 de 2009; realizó una construcción correcta de los ítems, cumplió con el protocolo de seguridad, ejecutó los principios de publicidad y aplicó correctamente los ejes temáticos.

Finalmente, indicó que no hubo delegación de conocimiento y respuesta de las reclamaciones que se presentaron durante el proceso, dando cumplimiento a lo pactado en el contrato por las partes.

5. Actuación procesal en primera instancia

⁶ Folios 2.585 a 2.595 del cuaderno 5.

A través de auto del 7 de octubre de 2013⁷, el Tribunal aceptó la intervención del señor César Gustavo Arrieta Rojas como coadyuvante de la parte demandante y negó la medida preventiva que solicitó.

En su escrito de coadyuvancia⁸, sostuvo que la Universidad de San Buenaventura se obligó a través del contrato N° 226 de 2011 a desarrollar los trabajos objeto del concurso público por medio de su producción intelectual; sin embargo, una vez practicadas las pruebas, se conocieron una serie de quejas y reclamaciones por la incoherencia de algunas preguntas y por la “*eventual vulneración de los derechos de autor*”.

Manifestó que, como respuesta a una demanda de tutela presentada por varias personas que participaron en el concurso, se tuvo acceso a las preguntas, encontrando que la mayoría fueron copiadas de manera textual de un libro cuyo autor era el señor Amat Abreu Mauricio, publicado en internet, situación que violó la cláusula del contrato y permitió que muchas personas que se encontraron dicha publicación en la red tuvieran ventaja sobre los demás participantes.

Solicitó que se declarara vulnerado el derecho colectivo relativo a la moralidad administrativa y el patrimonio público y, como consecuencia, que se dejaran sin efectos jurídicos las pruebas de competencia de aptitudes practicadas en la convocatoria 128 de 2009; que su porcentaje le sea asignado a las pruebas de conocimiento y que, en caso de no prosperar esta solicitud, se ordenara realizar un nuevo examen de aptitudes.

Finalmente, solicitó que, en caso de demostrarse el plagio, se expidieran copias con destino a la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación.

Debidamente trabada la litis, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca convocó a las partes a la audiencia de pacto de cumplimiento, mediante auto del 24 de octubre de 2013⁹. Se fijó para tal fin el 19 de noviembre de ese mismo año y allí se declaró fallida¹⁰.

⁷ Folios 2.696 y 2.697 del cuaderno 6.

⁸ Folios 2.427 a 2.436 del cuaderno 5.

⁹ Folio 2.699 y 2.700 del cuaderno 6.

¹⁰ Folios 2.709 y 2.710 del cuaderno 6.

Mediante auto del 22 de noviembre de 2013¹¹ el Tribunal ordenó abrir el proceso a pruebas y, el 12 de diciembre de 2013¹², aceptó la intervención como coadyuvante de la parte demandante al señor Carlos Orlando Saavedra Trujillo y se negaron las pruebas que solicitó.

En su escrito de coadyuvancia¹³ solicitó la nulidad de todo lo actuado en la convocatoria 128 de 2009, porque, a su juicio, se vulneró el derecho colectivo a la moralidad administrativa, dado que las preguntas del examen no correspondían al eje temático.

Por medio del auto del 28 de enero de 2014¹⁴ el Tribunal corrió traslado a las partes para alegar; sin embargo, por auto del 26 de febrero de 2014¹⁵ se declaró la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia antes descrita y se aceptó la intervención como impugnantes de la demanda a los señores Marlene Mejía Mejía, Ana Polonia Cortés Rincón, María del Pilar Mendoza Delgado, Néstor Julio Escobar Borja, Carlos Julio Mancilla Hernández, Martha Lucía Castro Valencia, Rossy Liliana Ascencio Pachón, Bernardo Oyuela López, Jorge Eliécer Pachón Ballén, Claudia Irene Hernández Pérez, Adriana Patricia Rojas López, Beatriz Junca Rodríguez, Henry Hernán Cajas Daza, Jorge Iván Gil Barrera, William Ribero Valderrama, Gilma Gonzalias Tenorio, Óscar Eduardo Suárez Salazar, Jéssica Liliana Gutiérrez Ortega, Víctor Hugo Valderrama Muñoz, Flor Maritza Corredor Moreno, Wilson Leonard Hernández Rodríguez, Martha Elena de la Cruz Fernández Guardiola, Marina Esther Ahumada Barragán, Paula Andrea Rodríguez Lozano, Francisco Leonardo Barbosa, Ana Mireya Bastidas Molina, César Octavio Jiménez Martínez y Héctor Orlando Chaparro Bernal.

Asimismo, negó la solicitud de impugnación de la demanda de otro grupo de personas, porque no efectuaron la presentación personal de los correspondientes escritos.

En su escrito de coadyuvancia a las entidades demandadas, los impugnantes reiteraron lo manifestado por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín.

6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

¹¹ Folios 2.718 y 2.719 del cuaderno 6.

¹² Folios 2.791 y 2.792 del cuaderno 6.

¹³ Folios 2.721 a 2.738 del cuaderno 6.

¹⁴ Folio 2.794 del cuaderno 6.

¹⁵ Folios 2.821 a 2.824 del cuaderno 6.

A través de auto del 4 de junio de 2014¹⁶, el Tribunal corrió traslado para que las partes presentaran alegatos de conclusión. En esta oportunidad los coadyuvantes de la parte actora presentaron escritos¹⁷ en los que reiteraron lo expuesto en sus coadyuvancias.

Por su parte, el Ministerio Público solicitó que se declarara la improcedencia de la acción, toda vez que la parte actora pretendía la declaratoria de caducidad de un contrato, para lo cual existían otros medios. Asimismo, indicó que no se acreditó la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa y que, por el contrario, en el proceso había suficientes pruebas para demostrar que las entidades demandadas actuaron de conformidad con lo establecido en la convocatoria 128 de 2009.

7. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, a través de sentencia del 3 de julio de 2014¹⁸, desestimó las pretensiones de la demanda, porque consideró que no se demostró la vulneración ni amenaza del derecho colectivo a la moralidad administrativa por parte de las demandadas.

Analizó conceptualmente el contenido del derecho colectivo a la moralidad administrativa. Explicó que se debe concretar en cada caso y que su violación exige demostrar fehacientemente la intención del servidor público de satisfacer intereses diferentes a los de la normativa y a los fines de interés general.

Concluyó que no se demostró que la conducta de los funcionarios de la Comisión Nacional del Servicio Civil y de la Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín, fuera engañosa o que estuviera orientada a obtener un provecho indebido.

En relación con los argumentos del coadyuvante César Gustavo Arrieta Rojas, indicó que al proceso no se allegaron pruebas que demostraran los supuestos hechos de corrupción cometidos por los funcionarios de las demandadas, razón por la cual, por sustracción de materia, no se podía predicar la violación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público.

Finalmente, en relación con la trasgresión de los principios de legalidad, de la carrera administrativa, de la confianza legítima y del deber funcional de la

¹⁶ Folio 2.826 del cuaderno 6.

¹⁷ Folios 2.827 a 2.854 del cuaderno 6.

¹⁸ Folios 2.849 a 2.877 del cuaderno del Consejo de Estado.

Comisión Nacional del Servicio Civil, el Tribunal se abstuvo de su análisis, por considerar que estaban enfocados a la protección de derechos que no tenían el carácter de colectivos.

8. Recurso de apelación

El apoderado del señor César Gustavo Arrieta Rojas formuló recurso de apelación, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en el escrito de coadyuvancia en relación con el supuesto incumplimiento de la cláusula séptima del contrato suscrito entre la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín.

Indicó que el plagio en la prueba de aptitudes atenta contra la moralidad administrativa y los principios democráticos y rectores de la Constitución Política, lo cual estaba acreditado con las pruebas documentales que se presentaron en el proceso, como la convocatoria N° 128 de 2009, el pliego de condiciones de la licitación pública y la minuta del contrato 226 de 2011; además, con el *“pantallazo del buscador de Google cuando ubica al autor Amat Abreu Maurio y ubica los 1000 problemas de razonamiento lógico en la página web”*.

Asimismo, insistió en que, con el fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el cual se les permitió el acceso a algunos participantes del concurso al cuestionario y la noticia emitida por la página web de la *“Silla Vacía”* y en el noticiero *“Noticias Uno”*, se acreditó el plagio relacionado con las pruebas; sin embargo, el Tribunal de instancia omitió su estudio para proferir el fallo.

9. Trámite en segunda instancia

El recurso interpuesto fue concedido a través de auto del 22 de julio de 2014¹⁹ y admitido por esta Corporación el 7 de junio de 2016²⁰. Posteriormente, a través de auto del 5 de julio de 2017²¹, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo.

En esta oportunidad las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

¹⁹ Folio 2.898 del cuaderno del Consejo de Estado.

²⁰ Folio 2.904 del cuaderno del Consejo de Estado.

²¹ Folio 2.906 del cuaderno del Consejo de Estado.

El consejero José Roberto Sáchica se declaró impedido para conocer del asunto de la referencia, dado que su hermana, en condición de Procuradora Judicial II Administrativa, presentó en primera instancia concepto en el proceso²².

A través de auto del 5 de marzo de 2021 la Sala encontró fundado el impedimento manifestado por el consejero José Roberto Sáchica Méndez para conocer del recurso de apelación interpuesto por el coadyuvante de la parte actora y, como consecuencia, fue separado del conocimiento del presente asunto²³.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** la legitimación de la parte coadyuvante por activa para apelar la decisión de primera instancia dictada en el marco de la acción popular; **3)** alcance de la apelación formulada por el coadyuvante **4)** alcance de la acción popular para controvertir la afectación de derecho colectivos en el marco de la ejecución de un contrato estatal en vigencia del CCA; **5)** la vulneración a la moralidad administrativa - supuestos para su configuración; **6)** hechos probados: **6.1)** en relación con la realización de la convocatoria No. 128 del 2009 y los términos del contrato No. 226 celebrado en el marco de aquella; **6.2)** en relación con las reclamaciones presentadas por los aspirantes, asociadas a las supuestas irregularidades presentadas en la convocatoria 128 de 2009; **6.3)** en relación con las órdenes de tutela impartidas con ocasión de las demandas elevadas por los aspirantes a la convocatoria No. 128 de 2009; **6.4)** en relación con la ausencia de originalidad de las pruebas de aptitudes practicadas en el marco de la convocatoria 128 de 2009; **7)** la vulneración a la moralidad administrativa en el caso concreto; **8)** otras consideraciones y **9)** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado

La Sala es competente para conocer de este proceso, en segunda instancia, en virtud del recurso de apelación presentado por el coadyuvante de la parte demandante, porque el artículo 132.14 del CCA *-adicionado por el art. 57 de la Ley 1395 de 2010-* norma aplicable en virtud de la fecha de presentación de la demanda²⁴, estableció que los tribunales administrativos conocían “*De las acciones populares y de cumplimiento que se interpongan contra entidades del*

²² Folio 2.912 del cuaderno del Consejo de Estado.

²³ Folio 2.914 del Cuaderno del Consejo de Estado.

²⁴ 20 de junio de 2012.

nivel nacional”, y en el caso concreto la Comisión Nacional del Servicio Civil tiene esa naturaleza. Además, el artículo 129 dispuso que el Consejo de Estado “... *conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos...*”, condición que cumple el proceso de la referencia.

Además, en esta Corporación, por virtud de lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 080 de 2019 –*compilatorio del reglamento del Consejo de Estado*– que distribuyó los distintos negocios con base en criterios de especialización y volumen de trabajo, a la Sala le corresponde su conocimiento.

2. La legitimación de la parte coadyuvante por activa para apelar la decisión de primera instancia dictada en el marco de la acción popular

Se recuerda que el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia fue interpuesto por el señor César Gustavo Arrieta Rojas, quien se hizo parte en el proceso como coadyuvante del extremo activo, cuestión que lleva a la necesidad de realizar algunas precisiones relacionadas con su facultad de presentar recursos sin que la parte a la que coadyuva hubiera procedido en esa dirección.

Las acciones populares se encuentran reguladas de manera expresa por la Ley 472 de 1998, la cual fija el procedimiento, principios, objeto, entre otros aspectos, que debe observar el juez para el trámite de la solicitud de protección de derechos colectivos, indistintamente de la jurisdicción que conozca del asunto.

Respecto de la coadyuvancia, el artículo 24 de la Ley 472 de 1998 prevé lo siguiente:

Artículo 24º.- Coadyuvancia. Toda persona natural o jurídica podrá coadyuvar estas acciones, antes de que se profiera el fallo de primera instancia. La coadyuvancia operará hacia la actuación futura.

Podrán coadyuvar igualmente estas acciones las organizaciones populares, cívicas y similares, así como el Defensor del Pueblo o sus delegados, los Personeros Distritales o Municipales y demás autoridades que por razón de sus funciones deban proteger o defender los derechos e intereses colectivos.

La norma en comento no regula lo relacionado con los actos procesales permitidos al coadyuvante, razón por la que es del caso efectuar la remisión al CCA y al CPC, en atención a lo previsto en el artículo 44 de la Ley 472 de 1998²⁵.

²⁵ “*En los procesos por acciones populares se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Contencioso Administrativo dependiendo de la jurisdicción que le corresponda, en los aspectos no regulados en la presente ley, mientras no se opongan a la naturaleza y la finalidad de tales acciones*”.

Como consecuencia, y en atención a que la acción popular es pública y puede ser presentada por cualquier persona, es del caso aplicar el artículo 52 del CPC que prevé que “(...) *el coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio*”.

La Sección Tercera de esta Corporación²⁶ ha considerado que existen marcadas diferencias entre la figura de la coadyuvancia regulada en la legislación civil y su tratamiento en el escenario de las acciones populares. Sobre el particular ha distinguido las siguientes reglas:

- En el procedimiento civil se exige la existencia de una relación sustancial entre el coadyuvante con una de las partes que coadyuva *-relación que debe ser probada-*, que se pueda ver afectada por el sentido de la decisión, pese a que sus efectos no la cobijen, mientras que en la acción popular no se requiere ese vínculo sustancial con el extremo al que asiste el coadyuvante, en tanto, además de que la norma especial no lo demanda, procura la protección de un interés jurídico colectivo, que no individual, cuya vulneración podría afectar a toda la comunidad.
- En la acción popular, el tercero acude en ayuda de la defensa de un derecho cuya titularidad recae en toda la colectividad, lo que no acontece en la figura regulada por el Código de Procedimiento Civil, en la que el interés es principalmente de tipo económico y subjetivo.
- En el ámbito procesal civil, el coadyuvante no puede formular una nueva demanda, con pretensiones diferentes a las incoadas por el actor principal, limitante que también está presente en la acción popular, pues no obstante comparecer para asistir a la defensa de derechos colectivos, la posibilidad de invocar nuevas súplicas a través de la coadyuvancia no atiende a la finalidad y naturaleza de esta figura.
- Las facultades del coadyuvante, tanto en el procedimiento civil como en las acciones populares, se restringen al ejercicio de los mismos actos procesales que puede realizar el coadyuvado y que se concretan en una

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 13 de agosto de 2008, exp. AP 2004-00888, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

labor netamente de ayuda o cooperación dirigida a reforzar los argumentos expuestos inicialmente, pedir práctica de pruebas, participar en las alegaciones e interponer recursos²⁷, pero en ninguna de sus actuaciones podrá aducir hechos diferentes que amplíen el objeto del litigio o argumentar la vulneración de derechos colectivos distintos a los señalados por el actor, so pena de reemplazar la parte que coadyuva y desnaturalizar el instituto de la coadyuvancia.

La Sección Primera del Consejo de Estado ha reflexionado sobre la posibilidad de que los coadyuvantes en la acción popular puedan interponer recursos contra el fallo de primera instancia, al margen de que la parte que coadyuvan no hubiera desplegado idéntica actuación procesal, posibilidad que en todo caso se limita a que *“la impugnación por este presentada tiene que guardar estrecha relación con las pretensiones iniciales de la parte actora y la defensa de los derechos e intereses colectivos invocados por el mismo en su escrito de demanda”*²⁸.

En consonancia, en relación con la procedencia de los recursos interpuestos por el coadyuvante contra la sentencia, la doctrina especializada en la materia ha sostenido:

El coadyuvante no puede interponer recursos que el coadyuvado no desee o en disconformidad con este, porque entonces hay una actuación procesal contraria a la de la parte principal.

Es válido el recurso del coadyuvante cuando el coadyuvado lo interpuso ineficazmente, o dejó pasar el término sin interponerlo, pero no ha consentido la providencia ni manifestado su disconformidad con la actuación de aque^l.

²⁷ También la Sección Tercera, ha contemplado que la posibilidad de impugnar la sentencia por parte del coadyuvante se predica del extremo pasivo, atendiendo a los siguientes razonamientos. *Esa dimensión singular de los derechos colectivos evidencia la importancia de la apertura del proceso a todo aquel que desee intervenir, sin que ello exija forzosamente, como prima facie podría deducirse del citado artículo 24 de la ley 472, que sea solamente para coadyuvar la demanda popular. Si los derechos rebasan la esfera individual y si la solidaridad es el principio inmanente a estos procesos, la ley debe fomentar cualquier tipo de intervención en los mismos, ya sea para coadyuvar ora para impugnar lo expresado en la demanda. Como corolario de lo expuesto, resulta evidente que si se trata de remedios procesales colectivos concebidos para proteger derechos comunitarios, esto es, no circunscritos a una persona en particular, cualquier individuo de la comunidad puede en interés de la misma no sólo acompañar las pretensiones formuladas, sino también está autorizado para impugnar la demanda y en consecuencia coadyuvar al accionado. Al fin y al cabo la sentencia popular terminará por afectar directa o indirectamente a una pluralidad de sujetos, dados sus efectos de cosa juzgada erga omnes (art. 35 de la ley 472).* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 18 de junio de 2008, A.P. 2003-00618, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 10 de diciembre de 2018, exp. AP: 2011-00424, C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

²⁹ DEVIS E., Hernando. Teoría General del Proceso. Temis, cuarta reimpresión. Bogotá, 2019. Pág. 317 y 318.

En esa misma línea, la academia ha concebido al respecto:

Pasando a otra faceta de la intervención del coadyuvante, cuando se dicta una providencia e interpone un recurso contra ella, sin que el coadyuvado haya manifestado nada al respecto, ese silencio equivale a una tácita autorización; pero si el coadyuvado expresamente manifiesta su deseo de que no se interponga ningún recurso, la impugnación realizada por el coadyuvante queda de inmediato sin eficacia; no hacerlo implicaría una clara contradicción entre coadyuvado y coadyuvante, la cual no es permitida por la ley, dado el carácter limitado de sus facultades en el proceso.

Doy como ejemplo el caso de que el coadyuvante apele de la sentencia o interponga el recurso de casación respecto de ella. Si el coadyuvado nada manifiesta estimo que con su silencio abre el camino para que se adelanten esos recursos; empero también está facultado para que si posteriormente no quiere que prosigan esas actuaciones, desistir de ellos³⁰.

Este esquema de pensamiento ha sido compartido por la Sección Primera de esta Corporación al estimar que, ante el desistimiento del recurso de apelación presentado por el coadyuvado contra la sentencia de primera instancia, la impugnación interpuesta simultáneamente por el coadyuvante no podría tener cabida ante la clara intención del demandante de no continuar en el trámite de la segunda instancia. Admitir lo contrario equivaldría a aceptar la contraposición de intereses entre el tercero interviniente y la parte principal³¹.

Como síntesis de lo expuesto, se tiene que en la acción popular el coadyuvante podrá impugnar la sentencia de primera instancia siempre que: **i)** exista congruencia y no contravenga o exceda los cargos de la demanda ni los derechos colectivos invocados, bajo el entendido de que actúa en protección de derechos cuya titularidad recae en toda la comunidad, a través de una acción pública y no movido por el ánimo de salvaguardar un derecho subjetivo y ajeno al de la parte que coadyuva; y **ii)** la parte principal no haya revelado conductas que sugieran su inconformidad con el recurso interpuesto por el coadyuvante.

³⁰ LÓPEZ B, Hernán F. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano – parte general. Dupre editores Ltda. Bogotá, 2009. Pág. 334.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 5 de febrero de 2020, exp. 2006-00503, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdez.

Esa misma Sección en providencia dictada en el marco de una acción popular discurrió de la siguiente manera: *Con fundamento en lo anterior al coadyuvante le está permitido efectuar todos los actos procesales a los que tiene derecho la parte a la que ayuda, como lo es la interposición de recursos, aún cuando esta no haga uso de los mismos, siempre y cuando su proceder no se contraponga con los intereses de la parte principal.*

Al revisar el recurso de apelación interpuesto por el coadyuvante contra el auto que decreta la medida cautelar, el Despacho advierte que sus argumentos no se contraponen a los intereses de la parte actora, pues, por el contrario, propende por la protección efectiva de los derechos colectivos amparados, dado que cuestionó la falta de concreción de la medida cautelar decretada, por lo que requirió que esta fuera más específica, directa y concreta.

Lo precedente, permite concluir que el Tribunal debió conceder el recurso de apelación interpuesto por el coadyuvante contra la providencia contentiva de la medida cautelar decretada, habida cuenta que, de conformidad con lo expuesto, estaba facultado para interponer la alzada, así la parte a la que ayuda no lo hubiese hecho, pues su solicitud no se contrapone a los intereses de esta. Consejo de Estado, Sección Primera, 6 de marzo de 2020, exp. AP.2018-00145, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón.

Con fundamento en lo anterior, la Sala estima que al coadyuvante César Augusto Arrieta tiene legitimación para interponer el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia siempre que no desborde los fundamentos fácticos y jurídicos en que se sustentó la demanda inicial y en tanto su proceder no se contraponga con los intereses de la parte principal, aspecto que se analizará a continuación.

3. Alcance de la apelación formulada por el coadyuvante

En cuanto a los derechos colectivos vulnerados, según la demanda, se observa que la parte actora invocó la transgresión del derecho a la moralidad administrativa y a los principios de legalidad, de la carrera administrativa, de la afectación al interés general, de la confianza legítima y el deber funcional de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Como sustento de la vulneración de la moralidad administrativa, indicó que la CNSC desatendió su obligación legal de garantizar y proteger el sistema de mérito y vigilar el cumplimiento de las normas de carrera administrativa previstas en la Ley 909 de 2004. Basó su reclamación en la incoherencia entre los ejes temáticos de los perfiles de los cargos a proveer y la prueba escrita, la falta de originalidad del material de la prueba de aptitudes tras haberla copiado de un libro cuya autoría correspondía a Mauricio Amat Abreu, ausencia de gradualidad en la dificultad de las pruebas de conocimiento de acuerdo con el nivel del empleo, afectación a la seguridad, identificación y cadena de custodia, la falta del deber de vigilancia de la CNSC respecto de las falencias cometidas por la Universidad San Buenaventura – Seccional Medellín y la imposibilidad de delegar las reclamaciones generales sobre el concurso.

Por su parte, el coadyuvante, en su escrito de apelación, indicó que el *a quo* no tuvo en cuenta los medios probatorios que evidenciaban la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa y al patrimonio público. Como fundamento de su inconformidad, adujo que tales derechos se vieron transgredidos, por cuanto las pruebas de aptitud practicadas por los aspirantes no fueron de autoría intelectual de la Universidad San Buenaventura de Medellín sino plagiadas de un libro escrito por Mauricio Amat Abreu.

En el orden expuesto, al no haber sido alegada la vulneración del patrimonio público en la demanda inicial, en principio, el análisis de la apelación se orientará a indagar si existió vulneración a la moralidad administrativa supuestamente

conculcada por haber copiado de un libro preexistente, elaborado por Mauricio Amat Abreu, las pruebas de aptitud practicadas en el concurso, debido a que tales argumentos encuentran coincidencia con lo sostenido de inicio por la parte actora.

Lo dicho debe entenderse sin perjuicio de que, como consecuencia de la flexibilización en materia de acciones populares, por entrañar la defensa de un interés general, el análisis del caso pueda eventualmente conducir a la declaratoria oficiosa de la vulneración de algún otro derecho colectivo, en caso de que a partir de la valoración de las pruebas se advierta fehacientemente su transgresión, conexas en este caso con el de la moralidad administrativa, con base en supuestos fácticos debidamente acreditados y siempre que guarde relación directa con los hechos que sirvieron de base a la demanda y frente a los cuales las entidades accionadas hubieran podido ejercer su derecho de contradicción³².

Por lo demás, no se observa que el demandante se encuentre en discrepancia con la apelación formulada por el apelante, aserto que se desprende del hecho de que la parte actora no ha ejercido actos que muestren su disconformidad con la impugnación o que esta entre en oposición con los intereses que procuró proteger inicialmente.

4. Alcance de la acción popular para controvertir la afectación de derechos colectivos en el marco de la ejecución de un contrato estatal en vigencia del CCA

Esta Corporación ha considerado que la acción popular resulta procedente para ventilar la vulneración de derechos colectivos originada en la actividad contractual del Estado, reflexión que se justifica en que la conducta vulnerante eventualmente puede tener como fuente la inobservancia de principios constitucionales y legales envueltos en el tráfico negocial del Estado, lo cual no riñe con el propósito de ese

³² Al respecto, esta Subsección al referirse a la flexibilización del principio de congruencia en las acciones populares se precisó *que es posible que el juez popular ampare derechos colectivos diferentes a los indicados en el libelo, 'siempre y cuando, se itera, estén vinculados con los supuestos fácticos que fueron debatidos en el proceso'. (...) se admite que el juez de la acción popular estudie hechos que no se plantearon expresamente en la demanda, porque no fueron especificados por la parte actora, pero que aparecen probados en el proceso, o porque se presentaron a lo largo del proceso, en uno y otro caso, "siempre y cuando los mismos tengan una relación con la causa petendi fijada en aquella (...) el juez puede adoptar medidas diferentes a las deprecadas en la demanda para proteger los derechos colectivos que encuentre amenazados o vulnerados, por cuanto, "de conformidad con el artículo 34 de la ley 472 de 1998, el juez adoptará cualquier orden de hacer, de no hacer, o decretará el pago de perjuicios, con miras a proteger el núcleo del derecho transgredido, razón por la que, constatada la vulneración o el peligro, el juez cuenta con una amplia gama o haz de posibilidades para decretar todas las medidas que estime pertinentes para garantizar el amparo efectivo de los derechos e intereses afectado.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 5 de julio de 2018, AP.2010-00478, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Esta postura había sido unificada en sentencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo- Sala Seis Especial de Decisión, del 5 de junio de 2018, exp. 2004-01747 SU- REV-AP, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

mecanismo instituido como instrumento principal y autónomo para la protección de derechos colectivos al margen de la naturaleza de la conducta trasgresora.

Para el Consejo de Estado tal premisa, además, se extrae de lo establecido en el artículo 9, al prescribir que las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos, descripción comprensiva de la contratación estatal concebida como un mecanismo para la ejecución de obras, prestación de servicios y suministros de bienes encaminadas al cumplimiento de los fines públicos.

Con base en lo anterior, la Sección Tercera de esta Corporación concluyó que: *la contratación estatal en tanto compromete intereses colectivos de diversa índole (moralidad, patrimonio público, entre otros) es pasible de ser estudiada en sede popular*³³.

Despejado el marco jurisprudencial que en vigencia del CCA admitía la posibilidad de examinar por la vía de la acción popular la vulneración de derechos colectivos que habrían tenido como fuente la actividad contractual del Estado, la Sala precisa lo siguiente:

En el fundamento fáctico de la demanda se observa que la génesis de la supuesta vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa se encuentra en la ejecución del contrato estatal No. 226 de 2011, celebrado entre la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de San Buenaventura - Seccional Medellín, con el objeto, entre otras gestiones, de elaborar las pruebas de aptitudes que servirían de soporte a la Comisión para evaluar a los aspirantes al concurso de méritos adelantado para la provisión de empleos de carrera administrativa en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Específicamente, se discute que tales pruebas no fueron producidas originalmente por la Universidad contratista, de acuerdo con lo convenido en el contrato suscrito con la Comisión, sino que fueron plagiadas de una publicación académica, cuestión que tuvo un efecto nocivo en el concurso para el acceso a la carrera administrativa, por cuanto afectó la transparencia del procedimiento de selección de empleados públicos.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de octubre de 2005, Rad. AP 18 de junio de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Como se aprecia, en este caso no se alega que la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa hubiera conllevado la nulidad del contrato celebrado entre la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad San Buenaventura – Seccional Medellín, por haberse celebrado con desconocimiento de los elementos de su validez; tampoco se controvierte la legalidad de alguna de sus cláusulas ni de los actos administrativos proferidos con ocasión de la actividad contractual del Estado.

El centro del debate gravita en torno al desapego del contenido obligacional del contrato celebrado para la práctica de las pruebas de aptitudes de los aspirantes al concurso de méritos, por haber usado preguntas de una publicación académica y no de autoría intelectual de la universidad, lo que, en voces del apelante, redundó en la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, por no ofrecer a los participantes condiciones transparentes frente al acceso en condiciones de igualdad a la carrera administrativa para proveer empleos en la DIAN.

A partir de los anteriores fundamentos, el apelante, en congruencia con la demanda, persigue que se dejen sin efecto las pruebas de aptitudes practicadas en el marco de la convocatoria No. 128 de 2009 y se ordene realizar un nuevo examen, con la estricta vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil sobre el cumplimiento de las normas que disciplinan la carrera administrativa.

No ignora la Sala que en la demanda también se solicitó que se decretara la caducidad del contrato No. 226 de 2011, cuestión que escapa al ámbito de competencia de la acción popular y a cualquier facultad de la jurisdicción, en la medida en que tal declaración, de conformidad con el ordenamiento que rige la contratación del Estado, es una potestad privativa de la entidad estatal contratante previa constatación de que se configuren los supuestos fácticos y normativos que abren paso a su decreto.

Así pues, no será objeto de análisis de este juicio la legalidad del contrato No. 226 de 2011, como tampoco la validez de los actos administrativos adoptados en el marco del concurso de méritos para el acceso a los empleos de carrera administrativa de la DIAN.

El examen se contraerá a establecer si en la práctica de las pruebas de aptitudes realizadas por los practicantes a la convocatoria No. 128 de 2009 se vulneró el derecho colectivo a la moralidad administrativa, sin perjuicio de que del análisis

oficioso se pueda establecer la transgresión de otro derecho no alegado y, en caso afirmativo, se ordenarán las medidas que se estimen pertinentes y conducentes para proteger el respectivo bien jurídico tutelado.

5. La vulneración a la moralidad administrativa - supuestos para su configuración

La jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo³⁴ de esta Corporación, en sede del mecanismo de revisión eventual, indicó que la delimitación conceptual de la “*moralidad administrativa*”, como derecho colectivo, no puede depender de la idea subjetiva de quien, frente a la actuación cuestionada, decide sobre la observancia, amenaza o vulneración de dicho derecho, sino que está relacionada con la intención o propósito que influye en esa actuación respecto de la finalidad de la ley.

Dentro del contexto antedicho, la Sala advirtió que, dada la imposibilidad de abarcar rigurosamente los supuestos que podrían presentarse frente a esa intención o propósito, en la determinación de la vulneración o no del derecho en cuestión servía considerar como parámetros la desviación de poder, el favorecimiento de intereses particulares alejados de los principios que fundamentan la función administrativa, la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo sustento legal, la conducta antijurídica o dolosa *–en el entendido de que el servidor tiene la intención manifiesta y deliberada de vulnerar el mandato legal que rige su función–*.

La misma Sala subrayó que la moralidad administrativa debe guiar el ejercicio de la función “*administrativa*”³⁵, lo que implica un ejercicio acorde con el ordenamiento y las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, con total honestidad y transparencia.

³⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 1 de diciembre de 2015 AP 2007-00033-01 MP. Luis Rafael Vergara Quintero. La magistrada ponente de esta decisión aclaró su voto en esa oportunidad.

³⁵ Sin perjuicio de la vinculación de la moralidad administrativa con la función “*administrativa*”, en la sentencia de unificación se indicó: “*La Sala Plena no desconoce que existen otros espacios donde tiene manifestación la moralidad, pero tratándose de la moralidad administrativa, la discusión surge al precisar en qué campo se expresa su violación, si es en el ámbito meramente personal del servidor como miembro de una sociedad o en el ámbito de la función administrativa, que es reglada. Si es en el primero, sería complejo determinar si puede darse la violación del derecho colectivo, en la medida en que éste está íntimamente ligado al ejercicio de la función pública, pero que, sin embargo, existe una regulación normativa que sigue al servidor aún por fuera del ejercicio de sus funciones administrativas. Si es en el segundo campo, se piensa que podría darse la violación del derecho colectivo teniendo una fuente extranormativa, en la medida, a título de ejemplo, en que no exista una regulación sobre alguna materia y el funcionario amparado y aprovechándose de ese ‘vacío normativo’ actúe de manera desviada o deshonesto, con el convencimiento de que no se le podrá imputar violación a la ley*”. Ibidem.

Asimismo, se refirió a los elementos que, en la medida en que se correlacionen, permiten acreditar la configuración de la amenaza o vulneración del referido derecho colectivo, es decir, de una parte, el quebrantamiento del ordenamiento (*elemento objetivo*) en cualquiera de sus dos manifestaciones³⁶: conexidad con el principio de legalidad y la violación de los principios generales del derecho y, de otra parte, la inmoralidad de la acción u omisión del funcionario (*elemento subjetivo*).

También es importante indicar que esta Corporación³⁷ ha sostenido que la amenaza o vulneración del derecho a la moralidad administrativa puede, en algunos casos, comportar conjuntamente la de otros derechos colectivos, como sucede con la defensa del patrimonio público; situación que ilustra, por regla general y dejando a salvo las excepciones del caso, una relación de conexidad, “inescindibilidad”³⁸ o de “causa-efecto”³⁹ entre aquellos, en cuanto atañe a su amenaza o vulneración, como sucede, por ejemplo, cuando se evidencia una falta de “absoluta honestidad y pulcritud”⁴⁰ en el manejo de los recursos públicos.

En línea con el contexto expuesto, la Sala procede a establecer los hechos probados que resultan de relevancia para el análisis del caso concreto.

6. Hechos probados

6.1. En relación con la realización de la convocatoria No. 128 del 2009 y los términos del contrato No. 226 celebrado en el marco de aquella

³⁶ La magistrada ponente de esta decisión aclaró su voto frente a la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, considerando (i) que existen casos de inmoralidad en los cuales ni la norma positiva ni los principios llegan, pero la moralidad podrá hacerlo cuando se redefine perfectamente; (ii) que la moralidad administrativa no se reduce al ámbito de la función administrativa sino de la función pública; (iii) que por tratarse de una revisión eventual de una acción popular, la sentencia de unificación debía fijar una postura clara y no realizar una enunciación de providencias proferidas en distintas épocas.

³⁷ Sección Tercera. Fallo de 17 de junio de 2001 [Rad. AP-166]. MP. Alier Hernández Enríquez. En esta oportunidad se indicó que “De modo general, tal vez teóricamente pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias; sin embargo, en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros”.

³⁸ Sección Tercera. Fallo de 12 de octubre de 2006 [Rad. 15001-23-31-000-2004-00857-01(AP)]. MP. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁹ Sección Quinta. Fallo de 24 de julio de 2003 [Rad. 73001-23-31-000-2002-0636-01(AP-606)]. MP. Denise Duviau de Puerta; Sección Tercera. Fallo de 15 de agosto de 2007 [Rad. 88001-23-31-000-2005-00004-01(AP)]. MP. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁰ Corte Constitucional. C-06/94. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y Consejo de Estado. Sección Tercera. Fallo de 15 de abril de 2004 [Rad. 76001-23-31-000-2001-04017-01(AP)]. MP. Alier Hernández Enríquez.

Está acreditado en el proceso que, mediante convocatoria No. 128 del 9 de noviembre de 2009, la Comisión Nacional del Servicio Civil invitó a los interesados a participar en el procedimiento de selección para proveer, a través de concurso abierto de méritos, empleos de carrera administrativa en la DIAN. Informó las fechas y los lugares en que se harían las pruebas de competencias funcionales y de aptitudes. Preciso igualmente que las reclamaciones generadas durante el procedimiento debían ser presentadas ante la CNSC o ante la entidad que esta delegara.

Explicó que los componentes que se utilizarían como instrumentos de selección serían: competencias funcionales, aptitudes, análisis de antecedentes y entrevista por competencias, indicando si su carácter era eliminatorio o clasificatorio y el peso porcentual en función del nivel del cargo a proveer⁴¹.

Igualmente, está demostrado que, en el marco de la mencionada convocatoria, el 26 de octubre de 2011, como resultado del procedimiento de selección abreviada de menor cuantía No. CNSC-PAMC 018 de 2011, la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de San Buenaventura – Seccional Medellín, celebraron el contrato de prestación de servicios No. 226.

El objeto de ese acuerdo consistió en que la universidad se obligaba al diseño, construcción, ensamblaje, aplicación, validación, procesamiento y calificación de las pruebas de competencias funcionales y de aptitudes; diseño, aplicación y calificación de la prueba de entrevista; valoración de los antecedentes, publicación de los resultados de las pruebas aplicadas y atención de las reclamaciones, en el concurso abierto para proveer empleos de carrera administrativa de la DIAN⁴².

En las cláusulas séptima y octava del contrato No. 226 se estableció (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN: Con la firma del presente contrato el contratista se obliga a mantener la confidencialidad de todos los datos e informaciones a que tenga acceso con ocasión del presente contrato (...).

CLÁUSULA OCTAVA derechos de autor de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la ley 23 de 1982 todos los derechos patrimoniales del autor de los proyectos estudios e investigaciones que se realicen dentro del marco de este contrato entre otros los escritos, diseños gráficos, (...) y demás documentos que se produzcan relacionados con el objeto del contrato serán de propiedad de la Comisión Nacional del Servicio Civil que podrán usarlos o

⁴¹ Folios 29 a 34 del cuaderno 1.

⁴² Folios 35 a 46 del cuaderno 1.

disponer de ellos sin limitación temporal alguna (...). PARÁGRAFO TERCERO el contratista se compromete a que todos los trabajos intelectuales desarrollados sean originales y realizados sin violar o usurpar derechos de autor a terceros y que no han sido cedidos con antelación y que sobre ellos no pese gravamen alguno ni limitación en su uso o utilización, en caso de presentarse cualquier reclamación o acción por parte de un tercero en cuanto a los derechos de autor sobre las obras y trabajos realizados el contratista asumirá toda responsabilidad y saldrá en defensa de los derechos que fueron transmitidos comprometidos con la Comisión Nacional del Servicio Civil a defender de acuerdo con este por todos los medios judiciales y extrajudiciales la integridad de sus derechos de autor sobre las obras desarrolladas (...)⁴³.

En consonancia con lo anterior, en el numeral 34) de la cláusula segunda del convenio se pactó como una de las obligaciones de la universidad contratista la de *Efectuar la cesión de derechos de autor a la CNSC, de conformidad con lo establecido en la Ley 23 de 1982, de tal manera que la propiedad material posesión y explotación patrimonial relacionada con la elaboración de las pruebas que diseñe el contratista y del PLOS entregado por este sea objeto de cesión de los derechos a la CNSC, en tanto que se mantendrá en el contratista la propiedad moral e intelectual de dicha actividad, excepto de aquellos productos que con anterioridad tengan derechos de autor debidamente registrados.*

6.2. En relación con las reclamaciones presentadas por los aspirantes, asociadas a las supuestas irregularidades presentadas en la convocatoria 128 de 2009

Está acreditado en el proceso que, una vez superada la etapa de la presentación de las pruebas de competencias funcionales y de aptitudes practicadas por la Universidad de San Buenaventura – Seccional Medellín, en cumplimiento del contrato No. 226, los aspirantes al concurso de méritos para proveer cargos de carrera administrativa de la DIAN presentaron ante la Comisión Nacional del Servicio Civil múltiples reclamaciones.

En efecto, reposan en el expediente varias reclamaciones formuladas en el antedicho contexto, entre las que se destacan, por ser de interés para esta impugnación, aquellas elevadas el 30 de abril y el 25 de mayo de 2012 por el sindicato nacional de empleados de la DIAN - SINEDIAN -*hoy parte actora de la presente acción popular-*, a través de las cuales se censuraron en conjunto los contenidos de los ejes temáticos de las pruebas de competencias funcionales, las respuestas insuficientes ofrecidas por el equipo de atención y reclamaciones de la

⁴³ Folios 35 a 46 del cuaderno 1.

Universidad de San Buenaventura y la falta de originalidad de las pruebas de aptitud, por tomarlas de una página de internet⁴⁴.

En oficio del 23 de julio de 2012, la CNSC se pronunció frente a la pertinencia de las preguntas de los exámenes, aduciendo que la Universidad diseñó las pruebas de competencias funcionales y de aptitudes tomando en consideraciones los ejes temáticos planteados y actualizados por la DIAN y medios alternativos de consulta, para lo cual construyó matrices que contenían los diferentes tópicos, el manual de funciones y el perfil de empleo, entre otros factores, para evaluar las competencias de tipo argumentativo, propositivo e interpretativo, cuestión que no necesariamente obedecía a las referencias literales de los ejes temáticos.

En esa medida, explicó que las pruebas no se estructuraron para que el aspirante diera cuenta del contenido específico de cada cargo, ya que ello solo podía ser acreditado por la persona que lo venía desempeñando, situación que generaría una desigualdad frente a los demás aspirantes al concurso abierto.

En relación con el reproche alusivo a la creación original de las pruebas, la, CNCS respondió lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

acerca de los derechos de autor y originalidad, la CNCS realizó una revisión de los pliegos de condiciones y del párrafo tercero de la cláusula 8 del contrato No. 226 de 2011, encontrando que ninguna de las cláusulas contractuales del pliego y del contrato contienen disposición alguna de la cual deriven que la construcción de las pruebas o ítem que conforma la prueba debía ser de creación original.

En este sentido en la mencionada cláusula no obstante hablar de la originalidad de los productos, debe hacerse concordante con el numeral 34 de la cláusula segunda del contrato en donde exige la cesión de derechos de autor de las pruebas diseñadas por la Universidad salvo de las que con anterioridad tengan derecho de autor debidamente registrado, lo que de entrada excluye el concepto de originalidad que se pretende extender a todos los ítemes que conforman una prueba...⁴⁵.

Nuevamente, mediante oficio del 7 de septiembre de 2012, la Comisión Nacional del Servicio Civil resolvió las reclamaciones elevadas por el presidente del sindicato SINEDIAN, en las que solicitó que *“indicara las razones jurídicas éticas y morales que la CNSC tiene para excusar a la USB de la obligación de entregar trabajos originales como lo dispone el contrato”*. En respuesta la CNSC sostuvo (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

⁴⁴ Folios 113 a 128, 129 a 135 y 137 a 147 del cuaderno 1.

⁴⁵ Folios 2.250 a 2.255 del cuaderno 5.

De conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 23 de 1.982 todos los derechos patrimoniales de autor de los proyectos, estudios e investigaciones que se realicen dentro del marco de este contrato, entre otros, los escritos diseños, gráficas, películas, cintas magnéticas, programas de computador, bases de datos, especificaciones protocolos, manuales e instructivos, estudios técnicos, informes, materiales y demás documentos que se produzcan relacionados con el objeto del contrato serán de propiedad de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC que podrá usarlos o disponer de ellos sin limitación temporal alguna, espacial o de modalidad (...).

Así las cosas, no obstante, la originalidad de los productos dicha exigencia debe leerse en directa consonancia con lo establecido en el numeral 34 de la cláusula segunda del contrato⁴⁶, en donde se exigió la cesión de derechos de autor de las pruebas diseñadas por la universidad, salvo de las que con anterioridad tuvieran derechos de autor debidamente registrados. Lo que desde el punto de vista jurídico excluyó el concepto en sí mismo de originalidad que pretende extender a todos los ítemes que conforman una prueba, por cuanto ésta, en el marco del texto del contrato y pliegos de condiciones y de la cláusula misma, tiene relación directa con las previsiones en materia de propiedad intelectual, específicamente con el aparte que reza que el contratista se compromete a que los trabajos desarrollados sean originales y realizados sin violar los derechos de autor.

Es de anotar que una nueva prueba o una no usada no tiene que gozar del atributo de originalidad, pues su modificación ya la convierte en apta para ser usada en un proceso de selección, es decir, el ítem nuevo o usado puede serlo en uno u otro caso tantas veces sea objeto de modificación o transformación, mas no original sin que por ello pueda ser tachado o eliminado de la prueba.

La originalidad de los productos como se observa en la primera parte de la cláusula octava tiene que ver con la imposibilidad de copia o reproducción de un material sobre el cual pesen derechos de autor debidamente registrados en tanto que este es un tema que está llamado a cobrar relevancia, cuando la universidad ceda los derechos de autor a la CNSC momento que se verificará a la finalización del contrato y no antes, en desarrollo del principio de confidencialidad que tienen las pruebas en esta etapa del proceso de selección dentro de la convocatoria⁴⁷.

De otro lado, en aviso del 14 de junio de 2012, publicado en la página web de la CNSC, se consignó que las reclamaciones relacionadas con la aplicación de las pruebas escritas de la convocatoria 128 de 2009 serían resueltas por la Universidad de San Buenaventura – Seccional Medellín⁴⁸.

La Universidad de San Buenaventura publicó⁴⁹ un comunicado a la opinión pública con ocasión de las reclamaciones presentadas sobre las pruebas realizadas en la convocatoria 128 de 2009.

⁴⁷ Folios 2.243 a 2.247 del cuaderno 5.

⁴⁸ Folios 148 del cuaderno 1.

⁴⁹ En el contenido de la publicación no figura la fecha de cuando fue dado a conocer al público.

En su contenido informó que: **i)** la universidad contrató profesionales especializados, quienes elaboraron las pruebas con observancia del principio de confidencialidad; **ii)** que las pruebas fueron diseñadas técnica y metodológicamente de acuerdo con el pliego de condiciones y fueron dirigidas a medir competencias y no conocimientos ni habilidades memorísticas; **iii)** que su elaboración se hizo con respeto de las normas que regulan la propiedad intelectual y no se incurrió en infracción a los derechos de autor; **iv)** la actividad de los profesionales dactiloscopistas se ciñó a las reglas del pliego y de aplicación masiva de pruebas⁵⁰.

6.3. En relación con las órdenes de tutela impartidas con ocasión de las demandas elevadas por los aspirantes a la convocatoria No. 128 de 2009

El 18 de septiembre de 2012, el Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección A⁵¹, profirió sentencia en la demanda de tutela presentada por Arístides Ojeda Martínez y otros contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y otros, radicada bajo el número 2012-00491, mediante la cual se amparó el debido proceso de los aspirantes a la convocatoria No. 128 de 2009.

Esta Corporación consideró que se había conculcado ese derecho constitucional, al no permitir que los aspirantes conocieran cómo habían sido evaluadas cada una de las respuestas dadas a las preguntas a las que se sometieron, para que estos pudieran hacer sus reclamaciones específicas en torno a su evaluación, pues tal omisión, se dijo en la sentencia, no efectivizaba la reserva legal de esas pruebas con base en lo cual la CNSC se había rehusado a revelarlas, dado que el acceso que se pedía no era público, sino de manera individual para cada uno de los accionantes.

También se advirtió en ese fallo que la CNSC se sustrajo de sus deberes de veeduría del proceso de selección, en tanto se echaron de menos actuaciones de verificación del cumplimiento de las obligaciones del tercero encargado de regentar el concurso *-Universidad de San Buenaventura-*, máxime cuando distintos estamentos del Estado presentaron observaciones graves respecto del manejo del concurso, que merecían la pena ser evaluadas en la sede administrativa correspondiente y por la entidad constitucionalmente habilitada para el efecto.

⁵⁰ Folio 199 del cuaderno 1.

⁵¹ Consultado en el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado.

Con base en lo anterior, al fallar la tutela en referencia, la Sección Segunda del Consejo de Estado ordenó que la Comisión Nacional del Servicio Civil ejerciera la obligación de supervisión prevista en la cláusula décima octava del contrato de prestación de servicios No. 226 de 2011, suscrito con la Universidad de San Buenaventura, para que evaluara la pertinencia de las pruebas de competencias funcionales y pruebas de aptitud aplicadas a los actores dentro de la convocatoria No. 128 de 2009, previamente a continuar el trámite subsiguiente.

La Comisión Nacional del Servicio Civil, en cumplimiento del fallo de tutela proferido el 18 de septiembre de 2012 por el Consejo de Estado, procedió a rendir un informe de evaluación de la pertinencia de las pruebas de competencias funcionales y de aptitud, en el cual concluyó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

Como se observa existe una correspondencia directa tanto técnica como conceptual entre los ejes temáticos de legislación tributario, derecho de petición de la DIAN – Resolución No. 7614 de 2010 fundamentos y principios de la contabilidad pública y legislación aduanera, y los ítems que se diseñaron.

El ejercicio indicado anteriormente se aplicó para cada una de las pruebas, por lo que luego de realizado el análisis de las pruebas funcionales aplicadas a los 28 empleos, se conceptúa que las pruebas funcionales tienen una relación directa y de pertinencia con los ejes temáticos establecidos por la UAE-DIAN para cada empleo y las competencias frente a los temas transversales, permitiendo con ello medir las competencias de cada uno de los aspirantes a los cargos convocados, logrando identificar el futuro desempeño de los aspirantes para el ejercicio del cargo al cual aspiran.

Los ítems que conforman las pruebas permiten evaluar las competencias de los candidatos para cada uno de los cargos y roles definidos por la convocatoria y la estructuración de cada prueba permite una evaluación de los aspirantes por lo que se conceptúa la suficiencia de cada uno de los ítems y en general la pertinencia de las pruebas aplicadas.

Prueba de aptitudes

El análisis de la pertinencia de la prueba de aptitudes se emite con base en el nivel de confiabilidad obtenido de cada uno de las subpruebas, así:

(...).

Con base en lo expuesto anteriormente se conceptúa que las pruebas de aptitudes aplicadas permitieron medir las aptitudes de cada uno de los aspirantes a los cargos convocados, permitiendo identificar el futuro desempeño de los aspirantes para el ejercicio del cargo al cual aspiran⁵².

Igualmente, en el proceso está demostrado que, mediante auto No. 431 del 30 de abril de 2013, la Comisión Nacional del Servicio Civil dispuso dar cumplimiento a la sentencia de tutela proferida el 12 de abril de 2013 por el Tribunal Administrativo

⁵² Folios 2.2599 al 2.694 del cuaderno 2.

de Cundinamarca⁵³, en la que, según se afirma en ese acto administrativo, decidió amparar el derecho al debido proceso de los accionantes Korina Mejía y otros y, en ese sentido, se ordenó evaluar la pertinencia de las pruebas de competencias funcionales y de aptitudes aplicadas a los aspirantes en la convocatoria No. 128 de 2009, previo a continuar el trámite siguiente del concurso.

Además, se sostiene en la resolución en comento que en el fallo de tutela se ordenó a la Comisión que (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

permitieran a los actores de la presente acción de tutela, el acceso a las pruebas a las que se sometieron, poniéndoles en conocimiento, a cada uno, separadamente las preguntas que se efectuaron para que con fundamento en ellas y previa comparación a la adenda No. 3 formulen de manera individual, dentro de los dos días siguientes al vencimiento de los diez días, la reclamación a la calificación y obtengan una respuesta precisa y concreta a sus casos⁵⁴.

6.4. En relación con la ausencia de originalidad de las pruebas de aptitudes practicadas en el marco de la convocatoria 128 de 2009

Está acreditado en el proceso que el señor César Gustavo Arrieta Rojas, apelante en la presente causa, mediante correo electrónico⁵⁵ del 24 de mayo de 2013, enviado a la accionante en sede de tutela Korina Mejía, fallada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección primera el 12 de abril de 2013, a la que se hizo anterior mención, le solicitó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

⁵³ No reposa en el expediente la providencia de tutela que se menciona en la resolución. Con todo sí obra el auto del 14 de mayo de 2013 por el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección A negó la solicitud de aclaración de la sentencia proferida el 12 de abril de 2013, en la acción de tutela No. 2012-00513 promovida por Korina Mejía Castañeda y otros. En el contenido de dicha providencia el Tribunal transcribió las órdenes impartidas en el referido fallo de tutela, las cuales coinciden con aquellas que se ordenó cumplir en el auto No. 431 del 30 de abril de 2013 expedido por la CNSC.

⁵⁴ Folios 2.527 a 2.531 del cuaderno 5.

⁵⁵ En el caso se apreciará probatoriamente el correo electrónico que se menciona en tanto cumple las reglas para su valoración previstas en el artículo 11 de la Ley 527 de 1999, de conformidad con las cuales “Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente, habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente”.

En efecto, la receptora de este mensaje fue la señora Korina Mejía Castañeda, quien según la Resolución de la CNCS 431 del 30 de abril de 2013 fue la demandante en la acción de tutela en cuya virtud se ordenó que los aspirantes tuvieran acceso a las pruebas de la convocatoria No. 128 de 2009, por lo que atendiendo a su identidad como destinataria de esas piezas del concurso y en observancia a la sana crítica, la Sala aprecia su contenido.

Se aclara que según el artículo 2 de esa ley: “a) Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

Me enteré de que ustedes ganaron una tutela a la Comisión Nacional del Servicio Civil donde el Consejo de Estado obliga a entregarle copia de los exámenes realizados en el concurso. Me gustaría saber si ya fue entregado el examen de aptitud o de matemática, para que me regale una copia de forma escaneada⁵⁶.

En respuesta, la señora Korina Mejía, a través de correo electrónico de esa misma fecha, le remitió al coadyuvante un archivo de las pruebas de razonamiento lógico o abstracto nivel profesional, el cual consta de 15 preguntas⁵⁷.

En el proceso milita el documento correspondiente a una publicación académica llamada *“problemas de razonamiento lógico”*, cuya autoría dice ser de Mauricio Amat Abreu, 2004⁵⁸. En su texto consta una carátula con su nombre, el año, el título, una tabla de contenido, unas preguntas y una bibliografía.

Luego de que la Sala confrontara la correspondencia existente entre las preguntas formuladas en el cuestionario de razonamiento lógico y abstracto que integró las pruebas de aptitudes formulada en la convocatoria, aportados al proceso por el coadyuvante en la manera en que se acaba de relatar, y las preguntas que constan en la mencionada publicación cuya autoría dice ser de Mauricio Amat Abreu, se evidencia una coincidencia en seis preguntas.

Se precisa que la coincidencia que se encuentra entre dichas preguntas no es absoluta, porque tienen algunas modificaciones menores en las palabras descriptivas de las ideas que allí se hacen constar, aunque se mantiene la estructura lógica y gramatical del enunciado, así como los componentes relevantes ofrecidos para obtener las respuestas.

De otro lado, reposa en el expediente el pantallazo de un artículo de la *“Silla vacía”* titulado *“la Duda que enreda el millonario concurso de la DIAN”*, en el que se lee: *“hasta hoy se han recibido más de 630 reclamaciones que van desde la omisión en la toma de huellas de los concursantes, pasando por el comienzo tardío de las pruebas, hasta un presunto plagio”*⁵⁹.

Se aportó por parte de la parte actora un CD, en el que se reproduce una información emitida por Noticias Uno el 21 de julio de 2012, en desarrollo de la cual se relatan por el reportero hechos relacionados con la existencia de la convocatoria 128 de 2009, adelantada por la CNSC y se hace referencia a las

⁵⁶ Folio 2.533 del cuaderno 2.

⁵⁷ Folios 2.533 a 2.536 del cuaderno 2.

⁵⁸ Folios 2.484 a 2.514 del cuaderno principal.

⁵⁹ Folio 2.539 del cuaderno 2.

distintas reclamaciones presentadas por los aspirantes con ocasión de las pruebas de aptitudes, entre las cuales se refiere a la supuesta copia de las preguntas de una página de internet. En medio de la nota se entrevistó a quien se presentó como el presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil, quien manifestó que en el caso no se había presentado plagio, por cuanto no se habían violado los derechos de autor. Agregó que el rector de la Universidad de San Buenaventura – Seccional Medellín había demostrado jurídicamente que en el caso no había existido plagio⁶⁰.

Respecto de estos dos últimos medios de prueba, se torna necesario señalar que, de conformidad con la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación del 29 de mayo de 2012⁶¹, la información que aparece en los artículos de prensa o medios de comunicación únicamente tiene la capacidad de demostrar el registro mediático de unos hechos, sin que, por sí sola, constituya un medio idóneo que acredite la veracidad y autenticidad de su contenido, por lo que su eficacia probatoria descansa en la conexidad que se acredite con otros elementos probatorios que reposen en el proceso.

Así las cosas, de acuerdo con el precedente jurisprudencial antes aludido, la Sala procederá a valorarlos y analizará si existe un nexo o un vínculo entre la divulgación del hecho y los demás medios de prueba obrantes en el expediente, de modo que se pueda apreciar lo narrado en los respectivos medios de comunicación, todo lo cual se abordará en el acápite siguiente.

7. La vulneración a la moralidad administrativa en el caso concreto

A partir del recuento probatorio que se ha dejado expuesto, la Sala encuentra demostrado que en la convocatoria No. 128 de 2009, abierta por la CNCS para la provisión de cargos de carrera administrativa de la DIAN, seis de las preguntas

⁶⁰ Folio 567 del cuaderno 2

⁶¹ *“Conforme el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y a lo que ha sostenido la doctrina procesal, la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba documental⁶¹. Sin embargo, en principio solo representa valor secundario de acreditación del hecho en tanto por sí sola, únicamente demuestra el registro mediático de los hechos. Carece de la entidad suficiente para probar en sí misma la existencia y veracidad de la situación que narra y/o describe. Su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez. “En la jurisprudencia de esta Corporación existen precedentes que concuerdan con esta posición. Se ha estimado que las publicaciones periodísticas ‘(...) son indicadores sólo de la percepción del hecho por parte de la persona que escribió la noticia’, y que si bien ‘(...) son susceptibles de ser apreciadas como medio probatorio, en cuanto a la existencia de la noticia y de su inserción en medio representativo (periódico, televisión, Internet, etc.) no dan fe de la veracidad y certidumbre de la información que contienen” (se resalta). Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, providencia del 29 de mayo de 2012, exp. 11001031500020110-1378-00, M.P. Susana Buitrago Valencia.*

formuladas en el cuestionario correspondiente a las pruebas de aptitudes tienen una coincidencia significativa con aquellas que reposaban en una publicación académica denominada “*problemas de razonamiento lógico*”, cuya autoría dice ser de Mauricio Amat Abreu realizado en 2004, y que se habría publicado en internet.

Se desconoce la fecha de este último acontecimiento, pero, de las múltiples reclamaciones elevadas por los aspirantes, en consonancia con los medios noticiosos antes referidos, que son unánimes en afirmar que existió una publicación en internet con preguntas casi idénticas, se infiere que, para la época de la convocatoria, el escrito se hallaba divulgado en medios virtuales.

En este contexto y por ser ese el hecho específico cuya ocurrencia, de acuerdo con lo sostenido en la apelación que se decide, fue vulneradora del derecho a la moralidad administrativa, por haber violado las normas de derecho de autor, haber incurrido en plagio y apartarse del clausulado del contrato No. 226 de 2011, con lo cual se habría impactado la transparencia del concurso de méritos, procede la Sala a indagar si en el caso concurren los elementos objetivo y subjetivo en cuya virtud es posible predicar su transgresión.

Elemento objetivo

Tanto en la demanda como en la coadyuvancia se indicó que la falta de originalidad del material en la prueba de aptitudes se apartó de lo pactado en el contrato No. 226 de 2011, en el que, a su turno, se establecía que debía respetarse lo dispuesto en el artículo 20⁶² de la Ley 23 de 1982, norma que compila las disposiciones sobre derechos de autor.

Para resolver, la Sala parte por recordar que, en efecto, en la cláusula octava del contrato No. 226 de 2011 suscrito entre la CNSC y la USB -Seccional Medellín, para que esta elaborara las pruebas de conocimiento que servirían de base para el concurso abierto para proveer cargos de la DIAN, se dispuso que los derechos patrimoniales de autor de los documentos producidos con ocasión del

⁶² Ley 23 de 1982. Artículo 20, modificado por el artículo 28 de la Ley 1450 del 16 de junio de 2011. -esta ley se expidió con anterioridad a la celebración del contrato 226 de 2011, 26 de octubre-. *En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador, según sea el caso, en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra. Para que opere esta presunción se requiere que el contrato conste por escrito. El titular de las obras de acuerdo a este artículo podrá intentar directamente o por intermedia persona acciones preservativas contra actos violatorios de los derechos morales informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones”.*

cumplimiento del contrato serían de propiedad de la CNSC, con apego a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, norma que no hacía nada distinto a crear una presunción consistente en que el traslado de los derechos patrimoniales de la obra creada se haría en cabeza de encargante, en este caso a la comisión, siempre que se pactara por escrito, tal cual fue convenido.

Igualmente, se evidencia que, al tenor del párrafo tercero de la cláusula octava del negocio jurídico, el contratista se comprometió a que: **i)** los trabajos intelectuales realizados en el marco del contrato fueran de creación original, y a que **ii)** no se violarían los derechos de autor a terceros que no los hubieran cedido con antelación.

La redacción en comento permite extraer la siguiente premisa:

El hecho de que se hubiera establecido que se habrían de respetar y no se violarían o usurparían los derechos de autor a terceros que no hubieran sido cedidos con antelación, es una circunstancia que de entrada desnaturalizaba la exigencia de que los documentos elaborados en desarrollo del contrato debieran ser, en su totalidad, de creación original de la Universidad de San Buenaventura.

La exigencia del respeto de los derechos de autor admitía, simultáneamente, que como insumo de las pruebas de aptitudes pudieran utilizarse trabajos de autoría de terceros, siempre que esto se hiciera con apego al reconocimiento de su creación por parte de otro, al punto de que en esa misma estipulación se convino que en caso de que se irrespetara esa autoría, sería el contratista el que asumiría la responsabilidad y saldría a sanear los derechos trasladados a la CNSC, todo lo cual atendía a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982.

Este aserto se reafirma con apoyo en los términos en que fue redactada la cláusula segunda numeral 34), de conformidad con los cuales el contratista USB se obligó a efectuar la cesión de derechos de autor del material producido en desarrollo de contrato a la CNSC, *excepto de aquellos productos que con anterioridad tengan derechos de autor debidamente registrados.*

Emerge con claridad que, a diferencia de lo anotado por el recurrente, el hecho de que todas las preguntas no fueran de creación original de la Universidad de San Buenaventura no comportaba un apartamiento de lo encomendado a ese ente educativo por parte de la CNSC y tampoco una transgresión a las normas que

regulaban los derechos de autor, pues, al contrario, la posibilidad de utilizar textos de autoría de terceros, según el contrato, debía hacerse con apego a aquellas.

Ahora, lo anotado no se desvirtúa por lo ventilado en el artículo de la “*silla vacía*” y los hechos narrados en el noticiero Noticias Uno, los cuales, dicho sea de paso, solo guardan correspondencia con los supuestos probados en este caso en cuanto refieren la existencia de reclamaciones de los aspirantes en la convocatoria por haberse formulado preguntas que aparecían publicadas en un portal de internet.

Para la Sala, el recuento realizado en el noticiero Noticias Uno sobre lo ocurrido en el marco de la convocatoria No. 128 de 2009 no aporta mérito probatorio de relevancia, pues en su relato se concluye que la producción de los documentos debía ser de creación original a partir de una lectura parcializada de la cláusula octava del contrato, sin atender a una hermenéutica armónica y sistemática del acuerdo que, por lo demás, es del resorte exclusivo del juez y, como ya se vio, no consulta la exégesis revelada por el medio de comunicación.

Además, si bien en esos medios noticiosos se sugirió la existencia de un plagio, esa no es una circunstancia demostrada en el expediente y menos aún que pueda considerarse acreditada con el solo hecho de la coincidencia de las preguntas de internet.

Esto es así no solo porque el contrato, en cuya virtud la CNSC le encomendó a la universidad la realización de las pruebas, permitía que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982 se utilizaran documentos de autoría de terceros, siempre que así se reconociera su creación, sino además porque se ignora si la verdadera autoría de las mencionadas preguntas en realidad corresponde a quien se presenta como el autor del artículo “*problemas de razonamiento lógico*”, pues se desconoce por completo si existen derechos registrados sobre esa obra por parte del señor Mauricio Amat Abreu, ya que el texto del documento que milita en el expediente no da cuenta de esa circunstancia, por cuanto allí no se revela la titularidad del derecho intelectual.

En este punto es de relevancia precisar que el legitimado para discutir la supuesta usurpación de los derechos de autor de un documento o de una obra es aquel que se presenta como su verdadero dueño, situación que, al no haber acontecido en este caso, impide considerar acreditado que existió un plagio o una usurpación de derechos de autor.

Así mismo, no reposa en el proceso el contenido completo de los cuestionarios y de las pruebas realizadas por la Universidad de San Buenaventura – Seccional Medellín, para establecer si se hizo o no mención a la autoría de un tercero, frente a lo cual cabe reiterar que ni siquiera se sabe si su creación original en efecto es de la persona que aparece en el artículo, porque no hay constancia de que los derechos de autor estuvieran registrados a su nombre.

En los términos planteados, la Sala no encuentra de recibo los cargos de apelación formulada por el apelante, en tanto no se advierte que en el caso se hubiera configurado el elemento objetivo consistente en haberse quebrantado el orden jurídico por desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 20⁶³ de la Ley 23 de 1982, al tenor de lo pactado en el contrato No. 226 de 2011.

La anterior conclusión hace improcedente el análisis del elemento subjetivo que se exige para el estudio de la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, toda vez que no se reúne el presupuesto para abordarlo

8. Otras consideraciones

En atención a la flexibilización del principio de congruencia en materia de acciones populares, la Sala precisa que tampoco de oficio se observa la vulneración de otros derechos colectivos por los hechos ocurridos y acreditados en el expediente, en desarrollo de la convocatoria abierta No. 128 de 2009.

Respecto de la falta de correlación entre los perfiles de los cargos a proveer y los ejes temáticos con base en los cuales se formularon las preguntas que integraron los exámenes, se sostuvo que se había transgredido lo dispuesto en los artículos 31⁶⁴ de la Ley 909 de 2004, 32, 33 y 34 del Decreto ley 765 de 2005⁶⁵, 3 y 23 del Decreto 3626 de 2005⁶⁶.

⁶³ Ley 23 de 1982. Artículo 20, modificado por el artículo 28 de la Ley 1450 del 16 de junio de 2011. -esta ley se expidió con anterioridad a la celebración del contrato 226 de 2011, 26 de octubre-. *En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador, según sea el caso, en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra. Para que opere esta presunción se requiere que el contrato conste por escrito. El titular de las obras de acuerdo a este artículo podrá intentar directamente o por intermedia persona acciones preservativas contra actos violatorios de los derechos morales informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones”.*

⁶⁴ Art. 31. *Etapas del procedimiento de selección (...) 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 convoquen, 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 Sala evidencia que, si bien ese aspecto fue materia de reclamación por los aspirantes, ciertamente, como se demostró en sede de tutela, el Consejo de Estado ordenó a la CNSC que ejerciera la vigilancia y control sobre las pruebas de competencias funcionales y de aptitudes elaboradas por la USB en el sentido de

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

⁶⁵ **ARTÍCULO 32. Objetivo.** *El proceso de selección tiene como objetivo garantizar el ingreso y ascenso del personal idóneo a los empleos públicos del Sistema Específico de Carrera, con fundamento en el mérito y mediante procedimientos que permitan la participación en igualdad de condiciones, de quienes demuestren poseer los requisitos para desempeñarlos.*

ARTÍCULO 33. Selección. *Es el proceso sistemático a través del cual se escoge, entre los candidatos reclutados, el que cumpla los requisitos y se adecue más con el perfil del rol requerido para proveer de manera definitiva los empleos de carrera.*

El proceso de selección comprende la convocatoria, la divulgación, el reclutamiento, la aplicación de las pruebas, la conformación de la lista de elegibles y la vinculación del personal en período de prueba, con el fin de verificar las competencias que necesita la organización, para alcanzar sus objetivos y que le permitirán disponer de un personal que desempeñe su trabajo con los niveles óptimos de rendimiento, competitividad y potencialidad que se requieran.

La selección debe facilitar la comparación entre las exigencias del perfil del rol y las competencias, actitudes, habilidades y potencial de los candidatos, mediante la aplicación de pruebas objetivas e idóneas que permitan determinar la adecuación entre la persona, el perfil del rol del empleo y las necesidades de la organización para alcanzar sus objetivos.

ARTÍCULO 34. Etapas del proceso de selección. *El proceso de selección del Sistema Específico de Carrera comprenderá las siguientes etapas:*

34.4 Pruebas o instrumentos de selección. *Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar las competencias, actitudes, habilidades y potencial del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con eficiencia el perfil del rol del empleo. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad con parámetros previamente determinados.*

El reglamento determinará el mínimo de pruebas que deberán aplicarse en los concursos, las cuales evaluarán la idoneidad para el cumplimiento de los requerimientos del perfil del rol del empleo y la valoración de las potencialidades de los aspirantes para el cabal desempeño del empleo.

(...)

Las herramientas de evaluación con finalidades de selección para ingreso o ascenso, deben soportar técnica y efectivamente una comparación entre el perfil del rol y las condiciones y el potencial del candidato, a fin de establecer su grado de adecuación.

Las 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.

⁶⁶ **ARTÍCULO 3°. Aplicación del perfil del rol.** *El perfil del rol de los empleos se tendrá en cuenta, entre otros aspectos, para:*

3.1. Orientar los procesos de selección, evaluación, capacitación, planes de carrera y movilidad.

ARTÍCULO 23. Pruebas. *De conformidad con el numeral 34.4 del artículo 34 del Decreto Ley 765 de 2005, las pruebas o instrumentos de selección tendrán como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y potencialidad de los aspirantes y establecer una clasificación de los mismos, respecto de las competencias requeridas para desempeñar con eficiencia, el empleo La valoración de estos factores se hará mediante pruebas orales, escritas, de ejecución, análisis de antecedentes, entrevistas, evaluación final de cursos efectuados dentro del proceso de selección y otros medios técnicos que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad con parámetros de calificación previamente determinados.*

En todo concurso, deberán aplicarse, como mínimo dos (2) de los instrumentos de selección establecidos, según la naturaleza del empleo, uno (1) de los cuales deberá ser de carácter eliminatorio. Después de aplicar cada prueba, la Subsecretaría de Desarrollo Humano o quien haga sus veces o las entidades o firmas especializadas contratadas elaborará una lista con la información de los resultados obtenidos por los aspirantes y la fecha en la cual se practicará la siguiente prueba.

evaluar la pertinencia, precisamente, de esos ejes temáticos en que se fundamentó su diseño.

Como consecuencia de lo anterior, la CNSC rindió el informe de evaluación, mencionado en acápite precedente en el que concluyó que existía correspondencia directa tanto técnica como conceptual entre los ejes temáticos de legislación tributaria, derecho de petición de la DIAN – Resolución No. 7614 de 2010 fundamentos y principios de la contabilidad pública y legislación aduanera, y los ítemes que se diseñaron y, por tanto, resultaban pertinentes para evaluar las competencias de los aspirantes.

A similar conclusión arribó respecto de las pruebas de aptitudes, las cuales consideró que eran pertinentes para identificar el futuro desempeño de los aspirantes para el ejercicio del cargo por el cual concursaban.

Las anteriores apreciaciones son consistentes con las respuestas dadas por la CNSC a los reclamantes, al advertir que las pruebas de competencias funcionales y de aptitudes realizadas por el ente educativo se hicieron atendiendo a los ejes temáticos planteados y actualizados por la DIAN para evaluar las competencias de tipo argumentativo, propositivo e interpretativo, y no para que el aspirante respondiera de memoria el contenido específico de cada cargo a proveer.

Se agrega que ninguna de las normas supuestamente transgredidas establece que la evaluación debe hacerse en los términos que se plantearon en la demanda; lo que se persigue, en suma, es que el perfil del rol sea tenido en consideración para evaluar las competencias funcionales de los aspirantes, pero no que las preguntas formuladas necesariamente deban versar de manera exclusiva sobre las funciones que desarrolla determinado cargo.

Se advierte que esa forma de evaluación fue la misma consignada en el Acuerdo No. 108 del 6 de agosto de 2009, por el cual la Comisión Nacional del Servicio Civil reglamentó los procesos de selección para proveer empleos del sistema de carrera administrativa de la DIAN. Allí se dispuso lo siguiente:

Prueba de competencias funcionales: las competencias funcionales serán evaluadas mediante pruebas escritas, que permitan determinar la capacidad del aspirante para utilizar los conocimientos que posee en el ejercicio de sus funciones, desempeñándose exitosamente.

La prueba de competencias funcionales permitirá evaluar el dominio de un universo de contenidos temáticos considerados de dominio general entre las personas que aspiran a desempeñar un cargo en la Unidad Administrativa

Especial Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales. El segundo componente se dirige a la evaluación de los contenidos generales que debe poseer un empleado que aspira a un empleo perteneciente a un proceso específico dentro del sistema de cargos de la DIAN.

Prueba de aptitudes: *la prueba de aptitudes permite evidenciar la capacidad del aspirante para afrontar situaciones futuras de aprendizaje, en el adecuado desempeño del cargo. En la prueba de aptitudes se pretende la medición de habilidades, como indicadores de potencial de aprendizaje y adaptación de los concursantes, así como de sus capacidades para utilizar la información, analizar, sintetizar, y en general, resolver problemas y tomar decisiones⁶⁷.*

De ahí que, si bien en sede de tutela se ordenó a la CNSC que adoptara las medidas de control y vigilancia sobre la pertinencia de las pruebas practicadas por los aspirantes, al adoptarlas la Comisión no concluyó nada diferente a que las pruebas elaboradas por la USB fueron pertinentes para medir las competencias funcionales y aptitudes de los participantes, pertinencia que tuvo soporte en la reglamentación existente sobre la materia y que no ha sido desvirtuada en esta causa.

8. Conclusión

La Sala confirmará la sentencia apelada, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, toda vez que no se demostró, ni de oficio se evidenció a la luz de los hechos acreditados en la presente causa, la vulneración de los derechos colectivos indicados en el marco de la convocatoria No. 128 de 2009.

9. Costas

No se condenará en costas teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 472 de 1998⁶⁸, no se encuentra acreditado que el coadyuvante que formuló la apelación hubiera actuado temerariamente o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

⁶⁷ Folios 150 a 161 del cuaderno 1.

⁶⁸ “Ley 472/98. Artículo 38. Costas. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar”.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, el 3 de julio de 2014, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
IMPEDIDO

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.

