



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**_Consejo Superior de la Judicatura
JUZGADO DÉCIMO CIVIL DEL CIRCUITO
Bucaramanga – Santander**

Bucaramanga, siete (07) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

I. ASUNTO.

Decidir la acción de tutela planteada por el señor **ANGEL GABRIEL PADILLA SERNA**, contra la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**; trámite al cual fueron vinculados de oficio la **UNIVERSIDAD LIBRE**, **FUNDACIÓN AVANCEMOS HACIA UN DESARROLLO INTEGRAL**, **INPEC** y los **PARTICIPANTES DE LA CONVOCATORIA INPEC NO. 1356 DE 2019 - CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA**.

II. ANTECEDENTES.

2.1.- DEMANDA. Como fundamento fáctico de las pretensiones, el accionante manifestó que cumple con los requisitos para el cargo de dragoneante del INPEC, de acuerdo a las reglas de la Convocatoria 1356 y el cumplimiento del profesiograma que incluye perfil médico físico y psíquico, ajustado para el cargo aspirado.

Indica que dentro del concurso se incluyó la aplicación de una prueba de personalidad, a través de test psicológico, del que se desconoce especificaciones técnicas porque las reglas lo describen de manera muy general, como un instrumento para evaluar los aspectos cognitivo, emocional y conductual.

Manifiesta que conoció que la Fundación Avancemos Hacia un Desarrollo Integral, que ofrece capacitación para enfrentar estas pruebas, aplicó como simulacro a quienes se vincularon a la capacitación y en fecha previa al 20 de junio de 2021, un simulacro que guarda identidad con el test aplicado, cambiando sólo el orden de las preguntas y muy pocas variaciones; ubicando en gran ventaja a quienes realizaron dicha capacitación por haber conocido previamente el contenido de la prueba aplicada.

Señala que el 20 de junio de 2021, presentó las pruebas escritas, y que el 09 de julio de 2021 fue publicado el resultado en la plataforma SIMO, en el que se determinó que era NO APTO, dado que el resultado de su prueba de personalidad no estaba ajustado al perfil del cargo aspirado.

Que en virtud de ello, solicitó acceso al material de la prueba y verificación de los resultados de esta prueba para posibilitar el ejercicio de su derecho a reclamar sobre el resultado de la misma.

Indica que la entidad accionada decidió confirmar el resultado de NO APTO, sin haber resuelto de fondo todas sus peticiones, y sin haber indicado las razones por las cuáles no era procedente el inicio de actuaciones administrativas.

Afirma que la CNSC, incurrió en las siguientes irregularidades: *“1. Se desconoce de las especificaciones técnicas de la prueba. 2. No se conoce de la entidad que se contrató para la aplicación de este test, dejando la duda de que pudo ser la misma Fundación Avancemos Hacia un Desarrollo Integral. 3. No se respetaron los protocolos de bioseguridad para este tipo de eventos. Al parecer no existe autorización específica del Ministerio de Salud y de las autoridades competentes que hayan avalado los lugares de presentación de la prueba. 4. El test aplicado tiene una combinación entre una prueba de acertividad y una estadística sobre adicciones a sustancias aplicado por la Organización Mundial de la Salud y no es comprensible cómo se adaptó a prueba de selección y aún más identificando que para nada evalúa los aspectos descritos en el PROFESIOGRAMA. 5. Se desconoce el artículo 13, del Decreto 760 de 2005, establece que las reclamaciones de los participantes por sus resultados obtenidos en las pruebas aplicadas en los procesos de selección se formularán ante la Comisión Nacional del Servicio Civil o ante la entidad delegada, dentro de los cinco (5) días siguientes a su publicación. Ello significa que en el presente caso conocí de los resultados obtenidos en la prueba escrita, sólo hasta que se me permitió el acceso al material de la prueba, esto es el 25 de julio y la CNSC, sólo otorga dos (2) días hábiles para sustentar la reclamación.”*

Por lo expuesto solicita: *“(…) amparar mis derechos fundamentales, como mecanismo transitorio y mientras se agotan los medios de control ante la jurisdicción contencioso administrativa, enmarcados en el principio de la dignidad humana: al trabajo, acceso al empleo público, igualdad, derecho de petición, debido proceso,*

entre otros. Así como los principios de la confianza legítima y la primacía de la Constitución. En consecuencia, ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil que proceda a aplicar un instrumento de selección acorde con los requisitos de confiabilidad y validez o confirmar mi personalidad a través de otro instrumento de selección complementario, como puede ser la entrevista reglamentada en el PROFESIOGRAMA, que hace parte de las reglas del concurso. Subsidiariamente: Solicito que en amparo al derecho fundamental de petición, se ordene a la CNSC que otorgue respuesta de fondo, coherente y clara a cada uno de los interrogantes, propuestos en mi reclamación y además se explique por qué el reporte de las irregularidades NO ameritan actuaciones administrativas.”

2.2.-CONTESTACIÓN.

2.2.1- INPEC, solicitó su desvinculación de la presente acción, al estimar que no le corresponde acceder a lo solicitado, por ser competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, de conformidad con lo normado en el Artículo 2 del ACUERDO No. 20191000009546 DEL 20-12-2019, que expresamente indica que el Concurso de Méritos para proveer las vacantes de la planta de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- objeto del presente Proceso de Selección, estará bajo la directa responsabilidad de esa Entidad, quien en virtud de sus competencias legales ha suscrito contrato o convenio interadministrativo para adelantar sus diferentes etapas con la Universidad Libre, conforme lo reglado en el artículo 30 de la Ley 909 de 2004.

2.2.2- COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – C.N.S.C., manifestó que la presente acción es improcedente en virtud del principio de subsidiariedad. Aunado a ello, señaló que la presente acción carece de los requisitos constitucionales y legales para ser procedente, pues la inconformidad del accionante frente a lo establecido en los Acuerdos reglamentarios del concurso, no es excepcional, precisando que en últimas la censura que hace el accionante recae sobre las normas contenidas en el citado acuerdo, por lo que cuenta con mecanismos de defensa idóneos para controvertir el mentado acto administrativo, como lo son los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, razón por la cual la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos.

De igual forma, señaló que en el presente caso el accionante no demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama, así como tampoco la existencia de un perjuicio irremediable en relación con controvertir las reglas establecidas para el proceso de selección.

De otra parte, indicó que esa entidad procedió a adelantar el Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente empleos vacantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, perteneciente al Sistema Específico de Carrera del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, “Proceso de Selección No. 1356 de 2019 INPEC Cuerpo de Custodia, para tal efecto, se expidió el Acuerdo No. 20191000009546 del 20-12-2019”.

Así mismo, señaló que de conformidad con lo establecido en el numeral 1o del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, “la Convocatoria es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para su realización y a los participantes”; por lo que el Acuerdo No. 20191000009546 del 20-12-2019, modificado por el Acuerdo No.20201000002396 del 07 de julio de 2020 y sus anexos, por el cual se convocó el proceso de selección para proveer por concurso abierto de méritos los empleos vacantes pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, es la norma que vincula y regula el concurso de méritos denominado Convocatoria No. 1356 de 2019.

Por otro lado, indicó que revisado el aplicativo SIMO se evidencia que el accionante se inscribió al proceso de selección para el empleo de Nivel Asistencial, Denominación: Dragoneante, Grado: 11, Código: 4114, identificado con código OPEC No. 129612; y que fue ADMITIDO en la etapa de Verificación de Requisitos Mínimos. Que como consecuencia de ello, el mismo fue citado a la aplicación de las pruebas de Personalidad y Estrategias de Afrontamiento para los empleos de Dragoneante, Inspector Jefe, Teniente de Prisiones, Oficial de Tratamiento Penitenciario, Oficial Logístico, Capitán de Prisiones y Mayor de Prisiones, la cual se llevó a cabo el día 20 de junio de 2021.

Aunado a ello, informó que el accionante dentro del término establecido presentó reclamación, solicitando acceso a su material de pruebas escritas, motivo por el cual el aspirante fue citado a la jornada de acceso que se llevó a cabo el día 25 de julio de los corrientes y que, con posterioridad a ello, siguiendo el procedimiento

establecido en la Convocatoria, el accionante, así como los demás aspirantes, tuvo la oportunidad de presentar complemento a su escrito de reclamación inicial, conforme a lo evidenciado en la jornada de acceso.

Indica que las respuestas a las reclamaciones presentadas fueron publicadas el día 09 de agosto de 2021 a través del aplicativo SIMO, tal como lo establece el Acuerdo de Convocatoria y sus anexos, quedando en firme su resultado de NO APTO en la Prueba de Personalidad, motivo por el cual el actor NO CONTINÚA EN EL CONCURSO y, por lo tanto, NO fue citado a la Prueba Físico Atlético.

De otro lado, informó que en la etapa de pruebas escritas se aplicó una prueba de personalidad de carácter estandarizado, con el objetivo de medir aspectos a nivel cognitivo, emocional y conductual de las personas que se ajusten al perfil ocupacional de los mencionados cargos en el proceso, tanto de ingreso como de ascenso, es decir, las tendencias a actuar, pensar o sentir de determinadas maneras a partir de las cuales los aspirantes adaptan y modifican sus respuestas a las necesidades del entorno; incluyendo una escala cuyo objetivo es la identificación de riesgos para la salud y trastornos debido al uso de sustancias psicoactivas.

Así mismo, señaló que el componente cognitivo se indaga mediante afirmaciones e ítems que involucran los pensamientos del evaluado; el componente emocional se rastrea al indagar por las preferencias, sentimientos y expresiones afectivas del evaluado; y finalmente, el componente conductual se evalúa mediante el uso de ítems que evidencian la frecuencia de ocurrencia de ciertos comportamientos relacionados con aspectos de la personalidad.

Precisa que la prueba aplicada cuenta con los estándares de calidad, con evidencia de validez y confiabilidad en cada uno de los aspectos evaluados; lo que la hace pertinente para evaluar aspectos de la personalidad en consonancia con lo definido en el profesiograma y al perfil profesiográfico del cargo del Cuerpo de Custodia y Vigilancia- CCV, en los que se señala la necesidad de establecer una selección de personal consecuente con las necesidades y exigencias del medio en el que se han de desempeñar los servidores públicos ante la alta posibilidad de agravar los síntomas de una enfermedad previa o del surgimiento de la enfermedad debido a las condiciones de constante presión, estrés y situaciones potenciales de riesgo en las que están expuestos los funcionarios en el ambiente laboral del contexto penitenciario, además de las inhabilidades establecidas por la entidad, que resultan contraproducentes tanto para salud del mismo funcionario como para los compañeros y los internos puestos a su cuidado.

Refiere que los resultados de la prueba permiten establecer qué tan cerca o lejos estuvo el perfil del aspirante respecto al establecido para el empleo, por lo que en caso de que el perfil obtenido por el aspirante se distancie del perfil ideal, se determina que algunos aspectos de la personalidad del aspirante no se encuentran entre los criterios establecidos por el INPEC para el cargo, será declarado “NO APTO” y, en consecuencia, NO continúa en el Proceso de selección.

Aunado a lo expuesto, indicó que las pruebas aplicadas, se enmarcan en lo establecido en el reglamento del concurso y los estándares para pruebas psicológicas y educativas realizados por La American Psychological Association, American Educational Research Association y la National Council on Measurement in Education de 2014, estándares en los cuales se basan todos los procesos de selección que adelanta la CNSC; son pruebas estandarizadas y se utilizaron instrumentos psicométricos, que cuentan con procedimientos claramente definidos para su administración, corrección de puntuaciones directas y ha sido ampliamente probada en una población, lo que permite tener datos del grupo normativo con el fin de comparar la puntuación obtenida por el sujeto evaluado con el grupo de referencia; igualmente, cuentan con un manual técnico de pruebas que define los criterios y procedimientos estandarizados para su uso en el proceso de selección.

De igual forma, precisó que el Profesiograma es el documento técnico en el que se definen las tareas, responsabilidades, particularidades físicas y ambientales requeridas para el desempeño de un empleo; por su parte, en el Perfil Profesiográfico se indican las características, aptitudes y actitudes que debe tener una persona para desempeñar un empleo, así como las inhabilidades médicas que puedan poner en riesgo su salud y/o la integridad física propia y de otros en el ejercicio de su cargo.

Por otro lado, manifestó que no existe vulneración al derecho de petición, por cuanto contrario a lo indicado por el accionante, la Universidad Libre, como operador logístico del Proceso de Selección, SI brindó respuesta de fondo a la petición presentada, respecto a las inconformidades sobre la aplicación y los resultados obtenidos en las pruebas escritas; pues la respuesta otorgada, se sustenta y se ciñe en las normas que rigen el proceso de

selección, en especial la aplicación de las pruebas y que son el mecanismo efectivo para dar respuesta a las inquietudes generadas por el accionante.

Finalmente aclaró que la CNSC tiene la obligación de velar para que el proceso de selección sea adelantado bajo la observancia de los principios de objetividad, imparcialidad, publicidad, moralidad, transparencia, igualdad, eficacia y celeridad, axiomas que deben ser los pilares en todos los concursos de méritos, garantizando así mismo el respeto a los derechos fundamentales como los son el debido proceso, libre concurrencia e igualdad en el acceso al ejercicio de cargos públicos. En consecuencia, estima que al realizar un cambio y/o modificación en el procedimiento establecido, se estaría actuando en contravía de las reglas del concurso, desdibujando el carácter objetivo con el que deben contar todas las etapas del proceso de selección, resultando en imprecisiones, injusticias y en líneas generales, se destruirían los principios de mérito, igualdad, legalidad, transparencia y objetividad que deben aplicarse dentro del concurso para garantizar los principios y derechos de todos los aspirantes.

En atención a lo expuesto, considera que no se configura vulneración de derechos fundamentales, sino cumplimiento de las reglas de la Convocatoria No. 1356 de 2019, por lo que, no hay lugar a protección alguna. Además, indicó que los otros aspirantes del proceso de selección se debieron sujetar a las mismas condiciones que el accionante, por lo que acceder a las pretensiones de la tutela implicaría un trato desigual e injustificado. Por ello, solicitó que la presente acción fuese declarada improcedente

2.2.3- UNIVERSIDAD LIBRE, indicó que el accionante considera que la prueba de personalidad aplicada desconoce especificaciones técnicas, toda vez que las reglas del concurso la describen de manera muy general siendo un instrumento insuficiente para calificar la personalidad de los participantes, debiendo aplicarse un instrumento como la entrevista para tal fin. Frente a este punto, indicó que tanto en el artículo 3 del Acuerdo ESTRUCTURA DEL PROCESO, como en el numeral 3 de los Anexos, se establecieron de manera clara y precisa las pruebas que se aplicarían, dentro de las cuales NO se encuentra la prueba de entrevista.

Aunado a ello, indicó que en la etapa de pruebas escritas se aplicó una prueba de personalidad de carácter estandarizado, con el objetivo de medir aspectos a nivel cognitivo, emocional y conductual de las personas que se ajusten al perfil ocupacional de los cargos en el proceso, tanto de ingreso como de ascenso; prueba que cuenta con los estándares de calidad, con evidencia de validez y confiabilidad en cada uno de los aspectos evaluados; lo que la hace pertinente para evaluar aspectos de la personalidad en consonancia con lo definido en el profesiograma y al perfil fisiográfico del cargo del Cuerpo de Custodia y Vigilancia- CCV.

No obstante, precisó que teniendo en cuenta las particularidades de cada empleo, para cada uno de estos se definió tanto un perfil ideal como su respectivo rango de puntuaciones esperadas en el instrumento, de tal forma que aunque se aplique la misma prueba para concursantes a varios empleos, las puntuaciones de cada escala del test serán diferentes entre sí dado que se esperan grados diferentes del mismo atributo evaluado, aun cuando los empleos compartan factores comunes. Que en consecuencia, los resultados de las pruebas no solo dependen de la prueba aplicada, sino también del perfil, del puntaje ideal y del rango de puntuaciones definido para cada una de las subescalas de la prueba.

Por otro lado, manifestó que el autor o los autores de un test son titulares del copyright salvo que éste sea transferido por un acuerdo escrito a otra persona o entidad, por ejemplo, una editorial. Los autores de tests cuyas publicaciones en revistas incluyan el test completo, o algunos ítems, en ocasiones ceden el copyright de esos materiales publicados, salvo que se establezca en un acuerdo escrito que el autor mantiene el copyright. Algunos tests son de uso público, de modo que cualquier particular tiene libre acceso a ellos, no significa ello que el test carezca de calidad, o que los resultados de su administración sean poco confiables y mucho menos que su administración sea permitida por cualquier persona.

De igual forma, precisó que durante todo el proceso de selección se han aplicado estrictos mecanismos de seguridad mediante los cuales se ha mantenido la inviolabilidad, la cadena de custodia y la reserva tanto de los instrumentos utilizados (pruebas) como de los rangos definidos como límite superior e inferior de las puntuaciones ideales.

Por otro lado, indicó que no era posible citar al accionante a la prueba físico atlética, toda vez que, conforme a lo que él mismo expresa en los hechos de la acción constitucional interpuesta, los resultados de su prueba eliminatoria fueron “NO APTO”, quedando fuera del proceso de selección y sin posibilidad de participar en las demás fases del proceso.

De igual forma, indicó que mediante respuesta publicada el 09 de agosto de 2021, se respondió de fondo y de manera clara cada uno a los puntos de inconformidad presentados por el actor y precisó que no fue objeto de reclamación lo referente a los motivos por los cuáles no proceden las acciones administrativas frente a la respuesta a la reclamación, lo cual hace improcedente la presente acción. No obstante, aclaró que de conformidad con lo consagrado en el artículo 13 del Decreto Ley 760 de 2005, contra la decisión que resuelve las reclamaciones, no procede ningún recurso.

Finalmente se opuso a las pretensiones de la presente acción al considerar que la misma es improcedente por no cumplir con el requisito de subsidiariedad y no haberse demostrado la existencia de un perjuicio irremediable.

2.2.4- FUNDACIÓN AVANCEMOS HACIA UN DESARROLLO INTEGRAL, refirió que dentro de sus objetos sociales ofrece capacitación para enfrentar pruebas en concursos públicos que administra y vigila la CNSC, y que los diseños curriculares corresponden a los contenidos que se anuncian en las reglamentaciones de las convocatorias, de manera muy básica porque se diseñan con información disponible en la red de internet de forma libre y gratuita para dirigirla pedagógicamente a sus estudiantes.

En cuanto a la prueba de personalidad aplicada a los aspirantes de los cargos de dragoneante y ascenso del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, Convocatoria 1356, señala que se diseñó un material impreso desde el mes de noviembre del año 2020, así como un simulacro al que hace referencia el escrito de tutela.

Considera que las coincidencias corresponden a una actitud de austeridad por parte de la CNSC, al adoptar unos test que no ofrecen confidencialidad, validez, ni confiabilidad al encontrarse de manera pública y sin ningún respaldo de una empresa que los distribuya con la necesaria cláusula de exclusividad y confidencialidad, y que ello se ve reflejado en la ventaja obtenida en los mejores resultados de sus estudiantes.

Aclara que no tiene ningún tipo de vínculo con las entidades públicas y por lo tanto los aspirantes acceden a la información ofrecida de manera comercial, con venta de servicios de asesoría y terapias grupales o individuales, según el requerimiento que tengan las normas que reglamentan los concursos.

Considera que le asiste razón al accionante, en el sentido de afirmar que el test aplicado no reúne los requisitos legales para ser un instrumento válido para selección de personal y, por lo tanto, estima necesario que se confirme por un medio de mayor confiabilidad, pues su material no está diseñado para ese fin, sino que es una actividad académica que pretende introducir a los aspirantes en las temáticas propias del cargo al que aspiran.

III. PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico del presente amparo se contrae a determinar si por medio de tutela, es procedente ordenar a la UNIVERSIDAD LIBRE y a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – C.N.S.C., que apliquen al accionante otra prueba o instrumento para calificar su personalidad.

3.1. TESIS: La tesis que se sostendrá es que por medio de la presente acción NO es procedente acceder a lo pretendido por el actor, pues todo cuanto alega puede ser materia de discusión ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en uso de los medios de control dispuestos por el ordenamiento jurídico, como lo son los de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.

IV. CONSIDERACIONES.

4.1. SUSTENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y desarrollada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, se constituye en un mecanismo excepcional que tiene por objeto la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos sean violados o puestos en peligro, cuya autoría sea atribuida a cualquier autoridad pública o en ciertos eventos señalados por la ley a los particulares.

Así pues, la tutela se concibe como una acción extraordinaria y, por ende, subsidiaria; por lo que ante la existencia de otro medio alternativo –salvo que se trate de un perjuicio irremediable o que dicho medio no sea idóneo–, es improcedente el amparo constitucional.

4.1.1. Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos.

Respecto de la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos es necesario traer a colación lo señalado por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia T-090 de 2013:

“En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor. (...).

Centrando nuestro estudio en la primera subregla antedicha, esto es, cuando la tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, esta Corporación ha sido constante en afirmar que, tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones: “(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”. Si el accionante no demuestra que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo que le genera inconformidad.

En este orden de ideas, podemos concluir que en materia de acción de tutela contra actos administrativos, la regla general es la improcedencia, lo cual no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez pueda conceder la protección transitoria en forma de suspensión de los efectos del acto administrativo, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto.

Quiero ello decir que si el afectado no demuestra la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte o amenace algún derecho fundamental, la acción de tutela se torna improcedente aun cuando fuere invocada como mecanismo transitorio, toda vez que en atención al carácter subsidiario, residual y proteccionista de derechos fundamentales que la Constitución asignó a la tutela, no es posible pasar por alto u obviar los otros medios de defensa con que cuenta el interesado, máxime cuando se trata de acciones contenciosas administrativas en las cuales se puede solicitar como cautela la suspensión del acto cuestionado en procura de hallar idoneidad y eficacia suficiente para evitar la consumación de un posible daño”.

4.1.2. Del derecho al debido proceso administrativo.

El artículo 29 de la Carta Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, el cual debe ser respetado no solo en el ámbito de las actuaciones judiciales sino también en todas las actuaciones, procedimientos y procesos administrativos, de manera que se garantice el acceso a procesos justos y adecuados; el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas; los principios de contradicción e imparcialidad; y los derechos fundamentales de los asociados.

Con relación al Debido Proceso Administrativo, dicha Corporación señaló en Sentencia T-036 de 2018:

“Esta Corte ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a (i) ser oído durante toda la actuación; (ii) la notificación oportuna y de conformidad con la ley; (iii) que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas; (iv) que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; (v) que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de

las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; (vi) gozar de la presunción de inocencia; (vii) el ejercicio del derecho de defensa y contradicción; (viii) solicitar, aportar y controvertir pruebas; y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.

4.3. De igual manera, la Corte ha señalado que el debido proceso administrativo guarda estrecha relación con el derecho fundamental de petición, “pues un buen número de las actuaciones en las que deberá aplicarse el debido proceso se originan en el ejercicio de ese derecho, y además porque en tales casos el efectivo respeto del derecho de petición dependerá, entre otros factores, de la cumplida observancia de las reglas del debido proceso.”

Dicha relación se presenta, entre otras circunstancias, con la efectiva puesta en conocimiento de la respuesta que se brinde a una petición incoada -la cual debe ser de fondo, clara y congruente-, pues “además de ser un elemento indispensable para la adecuada garantía del derecho de petición, constituye presupuesto de protección del derecho fundamental al debido proceso en el ámbito de las actuaciones administrativas. En efecto, a partir de que se pone en conocimiento la respuesta a la petición, inicia el término que se tiene para interponer los recursos que procedan contra la decisión tomada por la autoridad, por lo que el conocimiento de la respuesta resulta indispensable para la realización del derecho de defensa, como parte del derecho al debido proceso.”

4.1.3. Derecho al Acceso a Cargos Públicos.

El derecho de acceso a los cargos públicos se encuentra prescrito en el numeral 7° del artículo 40 de la Carta Política, el cual consagra que “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse”.

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia T-257 de 2012 dispuso:

“Este derecho que reviste singular importancia dentro del ordenamiento constitucional, pues comporta la ventaja subjetiva de optar por este tipo de cargos, como también y constituye un espacio de legitimación democrática, el cual debe ser diferenciado del derecho al trabajo. Así, el derecho al trabajo prescrito en el artículo 25 de la Constitución Política está compuesto por diversos elementos, algunos relacionados con el deber estatal de propiciar políticas de empleo y otros que, vistos desde la esfera subjetiva, están relacionados con el derecho a elegir un empleo y que éste se proporcione en condiciones dignas y justas[5]. Por su parte, el derecho a acceder a un cargo público, consiste en la garantía que tiene todo ciudadano de presentarse a concursar una vez haya cumplido los requisitos previstos en la respectiva convocatoria.

2.3.2. Respecto del derecho al trabajo en relación con el acceso a los cargos públicos, ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación[6] que dicha garantía se materializa en cabeza del ganador del concurso, a quien le asiste el derecho de ser nombrado; en este sentido, a la posibilidad de acceder a un empleo se suma la garantía del deber estatal de impedir que terceros restrinjan dicha opción[7]. Al tratar esta materia en sentencia T-625 de 2000, el Tribunal Constitucional indicó: “La vulneración del derecho al trabajo se produce cuando una acción u omisión arbitraria de las autoridades limita injustificadamente el ejercicio de una actividad laboral legítima”.

De lo anterior se vislumbra que la persona que supera las pruebas del concurso público de méritos, se convierte en el titular del derecho al trabajo, y por ende, tiene derecho a ser nombrado en el cargo para el cual concursó, pues sólo en este momento el carácter subjetivo del derecho al trabajo logra concretarse con certeza a favor del ganador.

En síntesis, el derecho de acceder a cargos públicos está ligado a la posibilidad que tiene cualquier ciudadano de presentarse a concursar una vez haya cumplido los requisitos previstos en la respectiva convocatoria. Por su parte, el derecho al trabajo, en las situaciones de acceso a cargos públicos se materializa cuando se crea en el titular el nacimiento del derecho subjetivo, es decir, cuando en virtud del mérito y la capacidad del aspirante obtiene el mejor puntaje, de lo cual se sigue o deviene su nombramiento y posesión.

2.3.3. En cuanto al alcance del derecho a acceder a cargos públicos, esta Corporación desde sus inicios ha destacado el carácter fundamental de dicho derecho. Así, en la sentencia T-003 de 1992, la Corte señaló al respecto: “El derecho específico al ejercicio de cargos y funciones públicas merece protección, a la luz de la Constitución Colombiana, no únicamente por lo que significa en sí mismo sino por lo que representa, al tenor del artículo 40, como medio encaminado a lograr la efectividad de otro derecho -genérico- cual es el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a objeto de realizar la vigencia material de la democracia participativa.”

Este Tribunal, también frente al alcance del derecho de acceso a cargos públicos, en la sentencia SU-544 de 2001[8], sostuvo: “El derecho a acceder a cargos públicos debe entenderse en el sentido de inmunizar a la persona contra las decisiones estatales que de manera arbitraria le impida acceder a un cargo público, a no ser desvinculado de manera arbitraria del mismo y, ocupando uno, que no se le impida arbitrariamente el ejercicio de sus funciones”.

2.3.4. En cuanto al ámbito de protección del derecho de acceso a cargos públicos como derecho fundamental, la Corte en la sentencia SU-339 de 2011[9], hizo referencia a las distintas dimensiones que entran en la órbita de protección de dicho derecho. En palabras del Alto Tribunal: “la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público”. (Subrayado fuera del texto).

2.3.5. De lo anterior se desprende que, cuando no está en discusión la titularidad del derecho subjetivo a ocupar el cargo público[10], se puede considerar la existencia de una amenaza o violación del derecho fundamental. No obstante, en casos en los que está en discusión el hecho de si el actor cumple o no con los requisitos para acceder al cargo, es posible proteger otra faceta de dicho derecho: la garantía de que los cuestionamientos en torno al nombramiento y a la posesión se hagan respetando plenamente los procedimientos previstos para ello en la ley. Entonces, si la afectación proviene de la duda sobre la titularidad[11] o de la violación de otro derecho fundamental[12], la consideración sobre una violación al derecho fundamental al acceso y desempeño de funciones públicas depende de que aquellas cuestiones sean resueltas de antemano.

2.3.6. Ahora bien, frente al ejercicio efectivo del derecho al acceso a cargos públicos, la Corte ha precisado que: “ (...) para que el derecho enunciado pueda ejercerse de manera efectiva es indispensable, ante todo, que concurren dos elementos exigidos por la misma Carta: la elección o nombramiento, acto condición que implica designación que el Estado hace, por conducto del funcionario o corporación competente, en cabeza de una persona para que ejerza las funciones, deberes y responsabilidades que el ordenamiento jurídico ha previsto respecto de un determinado cargo, y la posesión, es decir, el hecho en cuya virtud la persona asume, en efecto, esas funciones, deberes y responsabilidades, bajo promesa solemne de desempeñarlos con arreglo a la Constitución y la ley. (...) Si la participación en la función pública es, como lo hemos visto, un derecho cuyo ejercicio está pendiente de la posesión, negarla a un ciudadano ya nombrado o elegido -a no ser que falte alguno de los requisitos legales- implica la violación del derecho en cuanto imposibilita su ejercicio”[13]. (Subrayado fuera del texto).

2.3.7. A manera de conclusión se tiene que, el derecho de acceder a cargos públicos, consiste en la posibilidad que tienen los ciudadanos de presentarse a concursar para proveer dichos cargos, una vez se hayan cumplido los requisitos previstos en la convocatoria para postularse.

Este derecho implica protección a favor de los ciudadanos en el sentido de que las decisiones estatales no pueden arbitrariamente impedirles acceder a un cargo público, así como tampoco pueden estar encaminadas a desvincularlos de manera arbitraria del mismo, ni mucho menos les está dado impedirles arbitrariamente el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, para que este derecho pueda ejercerse de manera efectiva, es necesaria la concurrencia del acto de nombramiento, en virtud del cual el Estado designa en cabeza de una persona, las funciones, deberes y responsabilidades propias del cargo, y la posesión, que es el hecho por el cual la persona asume esas funciones, deberes y responsabilidades.

Entonces, al ser el derecho de acceso a cargos públicos una garantía cuyo ejercicio depende de la posesión, negarla a un ciudadano ya nombrado o elegido -a no ser que falte alguno de los requisitos legales- implica la violación del derecho en cuanto imposibilita su ejercicio.”

4.1.4. Marco Procedimental en el que se desarrolla el Concurso Público de Méritos para proveer cargos de carrera administrativa.

La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el

ascenso al servicio público, y que se rige por los principios de igualdad de oportunidades, selección por mérito, y el alto grado de motivación¹.

Dada la importancia del concurso público, las diversas etapas que se deben agotar en él son de suma importancia, pues en las diversas fases de éste, se busca observar y garantizar los derechos y los principios fundamentales que lo inspiran, entre otros, los generales del artículo 209 de la Constitución Política y los específicos del artículo 2 de la Ley 909 de 2004².

Al respecto, la sentencia C-040 de 1995, reiterada en la SU-913 de 2009 y en la SU-446 de 2011, explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, así:

*“1. **Convocatoria.** ... es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.*

*2. **Reclutamiento.** Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.*

*3. **Pruebas.** Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se 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 valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

*4. **Listas de elegibles.** Con los resultados de las pruebas...se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.*

*5. **Período de prueba.** La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.*

“Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente”. ”³

4.1.5. Del Derecho Fundamental a la Igualdad.

El derecho a la igualdad se encuentra contemplado en el artículo 13 de la Carta Política y es uno de los pilares fundamentales en los que se funda el Estado Social de Derecho.

Al respecto la Honorable Corte Constitución en Sentencia T – 030 de 2017 señaló:

“La Corte ha determinado que la igualdad es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía. De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.”

De igual forma, en Sentencia C – 220 de 2017 precisó que no existen situaciones idénticas ni supuestos absolutamente diferentes; lo que se presenta son supuestos con igualdades y desigualdades parciales de manera que la tarea del juez consiste en determinar cuáles poseen más relevancia a fin de concluir si deben o no recibir el mismo tratamiento por parte del derecho:

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-257 de 2012.

² Ibídem.

³ Ibídem.

“Además de lo anterior, desde sus primeros pronunciamientos, la Corte ha precisado que el derecho y principio a la igualdad, es un concepto “relacional” porque siempre se analiza frente a dos situaciones o personas que pueden ser comparadas a partir de un criterio determinado y jurídicamente relevante. Igualmente, se ha explicado que no constituye un mecanismo “aritmético” de repartición de cargas y beneficios, en tanto toda sociedad debe adoptar decisiones políticas que implican, en cierto momento histórico, mayores beneficios para ciertos sectores, en detrimento de otros. Esas decisiones, adoptadas por mecanismos democráticos, no pueden ser juzgadas a priori, como incompatibles con el principio de igualdad, sino que constituyen complejos problemas de justicia (distributiva), en los que la razonabilidad de las distinciones involucra principios que definen la visión y los fines que una comunidad política defiende para sí.

Al ser necesario que el principio de igualdad tenga que ser concretado, la jurisprudencia constitucional se ha aproximado al mandato de igualdad en la casuística, de manera que ha advertido que no existen, en la práctica, situaciones idénticas, ni supuestos absolutamente diferentes. Lo que se presenta, en cambio, son supuestos (situaciones, personas, grupos) con igualdades y desigualdades parciales, así que la tarea del juez consiste en determinar cuáles poseen mayor relevancia desde criterios normativos contenidos en el ordenamiento jurídico, para concluir si deben o no recibir el mismo tratamiento por parte del derecho. Lo anterior, ha llevado a concluir a la Corte que no todo trato diferente es reprochable desde el punto de vista constitucional, pues un trato diferente basado en razones constitucionalmente legítimas es también legítimo, y un trato diferente que no se apoye en esas razones debe considerarse discriminatorio y, por lo tanto, prohibido.

La evaluación judicial de las acciones estatales, entre ellas las medidas legislativas que imponen tratamientos diferenciados respecto de la distribución de un bien social escaso o de, en general, una posición jurídica particular a favor de una persona o grupo, se rige por reglas específicas, consolidadas por la jurisprudencia constitucional. Las etapas de este procedimiento constituyen los aspectos preliminares del desarrollo del juicio de igualdad.”

4.1.6. Derecho de petición: su naturaleza, contenido, elementos y alcance.

El derecho de petición establecido en la Constitución Política en su artículo 23, es un derecho fundamental y autónomo, según el cual toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, más específicamente de la Sentencia T-215 de 2011, se desprende que:

“i) el derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa, garantizando a su vez otros derechos fundamentales, como los derechos a la información, a la participación política ya la libertad de expresión; ii) el núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión; iii) la petición debe ser resuelta de fondo, de manera clara, oportuna, precisa y congruente con lo solicitado; iv) la respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser lo más corto posible; v) la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita; vi) este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, y en algunos casos a particulares; vii) el silencio administrativo negativo, entendido como un mecanismo para agotar la vía gubernativa y acceder a la vía judicial, no satisface el derecho fundamental de petición pues su objeto es distinto. Por el contrario, el silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición; viii) el derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa; ix) la falta de competencia de la entidad ante quien se plantea, no la exonera del deber de responder; y x) ante la presentación de una petición, la entidad pública debe notificar su respuesta al interesado.”

Así mismo, la Alta Corporación Constitucional ha indicado en torno al derecho de petición, a través de la Sentencia T 242 de 1993 que *“La autoridad que ha dejado transcurrir los términos contemplados en la ley sin dar respuesta al peticionario, es forzoso concluir que vulneró el derecho (de petición), pues, la respuesta tardía, al igual que la falta de respuesta, quebranta en perjuicio del administrado, el mandato constitucional”.*

Es obligación de los funcionarios públicos, responder y resolver de manera oportuna las peticiones provenientes de los particulares en tal tarea, tal como se indicó en la Sentencia T-220 de 1994: *“Por lo menos tres exigencias integran ésta obligación. En primer lugar, la manifestación de la administración debe ser adecuada a la solicitud planteada. No basta, por ejemplo, con dar una información cuando lo que se solicita es una decisión. Correspondencia e integridad son fundamentos en la comunicación oficial. En segundo lugar, la respuesta debe ser efectiva para la solución del caso que se plantea. El Funcionario no sólo está llamado a responder, también debe esclarecer, dentro de lo posible, el camino jurídico que conduzca al peticionario a la solución de su problema. Finalmente, la comunicación debe ser oportuna. El factor tiempo es un elemento esencial para la efectividad de los derechos fundamentales; de nada sirve una respuesta adecuada y certera cuando ella es tardía”.*

4.2. HECHOS PROBADOS.

En el caso que nos ocupa, resulta evidente que la inconformidad del accionante radica en que, en su criterio, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC vulneró sus derechos fundamentales al considerar que:

- (i) La prueba de personalidad aplicada (test psicológico), desconoce especificaciones técnicas, toda vez que las reglas del concurso la describen de manera muy general siendo un instrumento insuficiente para calificar la personalidad de los participantes.
- (ii) La prueba de personalidad aplicada el 20 de junio de 2021, fue conocida con anterioridad por parte de algunos participantes que realizaron un curso de preparación con la FUNDACIÓN AVANCEMOS HACIA UN DESARROLLO INTEGRAL.
- (iii) La CNSC confirmó su decisión de tenerlo como “NO APTO”, pese a que, en su concepto, sus reclamaciones no fueron resueltas ni respondidas de fondo.
- (iv) En consecuencia, tampoco fue citado a la presentación de las pruebas físico atléticas.
- (v) La CNSC no explicó los motivos por los cuáles no proceden las acciones administrativas frente a la respuesta a la reclamación, dentro del Proceso de Selección No. 1356 de 2019 - Cuerpo de Custodia y Vigilancia INPEC.

Y en virtud de ello, estima que debe aplicársele un instrumento diferente o prueba para calificar su personalidad; por ejemplo, que se le realice entrevista.

No obstante, de entrada se advierte que dicha pretensión es improcedente dado que la acción de tutela tiene naturaleza residual y subsidiaria, y en el caso de marras el accionante dispone de otros medios de defensa judicial para la protección de sus derechos.

Teniendo en cuenta las pretensiones deprecadas por el accionante a través del presente amparo de tutela y los argumentos expuestos por la entidad accionada y las entidades vinculadas, esta agencia judicial colige que la presente acción de tutela no está llamada a prosperar por no cumplir con el requisito de subsidiariedad de la acción constitucional, más aún si se tiene en cuenta que no se acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues lo cierto es que las apreciaciones o consideraciones subjetivas del accionante frente a la idoneidad o no de la prueba aplicada, no bastan para considerar que se vulneraron sus derechos fundamentales, de manera que se hace necesario que acuda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para que allí, luego de un debate probatorio exhaustivo sobre el asunto, se determine si le asiste razón o no al mismo y se dirima el conflicto suscitado.

Sumado a ello, lo cierto es que al revisar el Artículo 3 del Acuerdo No. 20191000009546 del 20-12-2019, modificado por el Acuerdo No. 20201000002396 del 07 de julio de 2020 y sus anexos, se encontró que allí no se encuentra estipulada la prueba de entrevista que solicita el accionante, de manera que acceder a sus pretensiones implicaría vulnerar el derecho a la igualdad de todos aquellos participantes que fueron calificados como NO APTOS, y que no pudieron continuar en el proceso de selección, así como de aquellos que sí aprobaron las pruebas escritas y continúan en el concurso de méritos.

3.2 DRAGONEANTE.

1. Convocatoria y divulgación
2. Adquisición de Derechos de participación e Inscripciones
3. Verificación de Requisitos Mínimos
4. Aplicación de pruebas
 - 4.1. Prueba de Personalidad
 - 4.2. Prueba de Estrategias de Afrontamiento
 - 4.3. Prueba Físico-Atlética
5. Valoración Médica
6. Curso (Art. 93 del Decreto Ley 407 de 1994)
 - 6.1. Curso de Formación teórico y práctico para varones
 - 6.2. Curso de Complementación teórico y práctico
7. Conformación de Lista de Elegibles

De igual forma, no se demostró la vulneración del derecho a la igualdad del actor, pues no acreditó que a otros de los PARTICIPANTES DE LA CONVOCATORIA INPEC NO. 1356 DE 2019 - CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA, sí se les haya aplicado una prueba de personalidad diferente o extra, a la que les fue aplicada a todos.

Téngase en cuenta, además, que la Universidad Libre manifestó en su contestación que “*sumado a las particularidades de cada empleo, para cada uno de estos se definió tanto un perfil ideal como su respectivo rango de puntuaciones esperadas en el instrumento. Así pues, aunque se aplique la misma prueba para concursantes a varios empleos, las puntuaciones de cada escala del test serán diferentes entre sí dado que se esperan grados diferentes del mismo atributo evaluado, aun cuando los empleos compartan factores comunes. Por consiguiente, se puede colegir que los resultados de las pruebas no solo dependen de la prueba aplicada, sino también del perfil, del puntaje ideal y del rango de puntuaciones definido para cada una de las subescalas de la prueba*”. Por lo que se estima que no es este el medio idóneo y adecuado para determinar si en efecto la prueba de personalidad desconoce especificaciones técnicas o si fue o no conocida con anterioridad por algunos participantes, pues para ello se requiere de un amplio debate probatorio que no es posible agotar en la presente acción de tutela.

Aunado a ello, tampoco se encuentra vulnerado el principio de confianza legítima como quiera que en su condición de participante de la CONVOCATORIA INPEC NO. 1356 DE 2019 - CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA, el accionante solo tenía una mera expectativa de que en caso de cumplir los requisitos de la convocatoria y superar las etapas del concurso, podría aspirar a uno de los cargos ofertados.

Itérese que los ciudadanos antes de acudir a la acción de tutela, deben agotar los mecanismos idóneos a su alcance, pues ésta no es una instancia adicional, en la medida en que no puede el Juez Constitucional entrar a reemplazar el trámite procesal que se cumple ante las instancias respectivas; sobre el asunto, la Honorable Corte Constitucional se pronunció en sentencia T-407 de 2015, de la siguiente manera: “*La jurisprudencia constitucional ha señalado que si el afectado tuviera a su disposición otros mecanismos judiciales que resultaren eficaces para la protección que reclama, es su deber acudir a ellos antes de pretender el amparo por vía de tutela. Así las cosas, la subsidiaridad implica que el accionante agote previamente los medios de defensa legalmente disponibles para proteger los derechos, pues la tutela no puede desplazar los mecanismos ordinarios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico, ni tampoco servir de herramienta procesal extraordinaria y adicional de los diferentes procesos judiciales, cuando al interior de éstos, las oportunidades para interponer los recursos ya prescribieron.*” (Subrayado por el despacho)

De otro parte, en lo que respecta a la pretensión subsidiaria consistente en que se conceda el amparo del derecho de petición, se advierte que no se accederá a la misma como quiera que:

Conforme a las pruebas obrantes en el plenario, se tiene que el accionante presentó reclamación ante la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC y la Universidad Libre, a través de la cual solicitó lo siguiente:

1. Invaldar la prueba escrita de **personalidad**, cuyo resultado arroja un concepto de NO aptitud para el cargo, de manera subjetiva y sin confirmación a través de otro instrumento más objetivo como la entrevista.
 2. Practicar un instrumento válido y confiable, que identifique los aspectos de mi **personalidad**: cognitivo, emocional y conductual, según lo reglamentado por la Convocatoria.
 3. Responder a peticiones respetuosas en invocación del artículo 23 de la C. P. y Ley 1755 de 2015, a fin de hacer valer en posibles acciones judiciales, toda la información legalmente obtenida:
 - 3.1. ¿Cuál fue el proceso de contratación para la aplicación de esta prueba, qué empresa tiene los derechos sobre la misma?
 - 3.2. ¿Mediante qué acto administrativo se adoptó como válida y confiable esta prueba para la selección de personal de la Convocatoria 1356?: Solicito informarme cuáles son los baremos que existen y las características de la población sobre la cual se aplicó la muestra de la prueba, así mismo el margen de error de esta prueba que pueda hacer necesario confirmarla con otro instrumento más objetivo.
 - 3.3. ¿Bajo qué adaptación técnica fue posible incorporar un test de la Organización Mundial de la Salud, que tenía fines estadísticos sobre el consumo de sustancias y adoptarlo como válido para la selección de personal?
 - 3.4. ¿Cuál es el concepto técnico que determine que esta prueba no necesita ser confirmada o complementada con otro instrumento más objetivo, como podría serlo la entrevista?
 - 3.5. ¿Cuál es la identidad o relación válida entre la prueba aplicada y el Profesiograma diseñado para cada uno de los cargos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC? Informarme como se determinó que era aplicable a estos rangos de edades.
 - 3.6. ¿Cuál es la identidad o relación válida entre la prueba aplicada y la regla contenida en el Anexo 1 numeral 3, del Acuerdo Ne 0239 de 2020 07-07-2020 que reglamenta la Convocatoria, informando que la prueba de personalidad es una prueba estandarizada para la medición de aspectos a nivel cognitivo, emocional y conductual de las personas? Informar la ficha técnica de la prueba.
 - 3.7. ¿Cuál es la justificación para haber diseñado una hoja de respuestas única, que contiene dos pruebas escritas, con un diseño antipedagógico que no se explicó en la guía, ni por los jefes de salón?
 - 3.8. ¿Qué capacitación recibieron los jefes de salón previo a la aplicación de la prueba, sobre los protocolos, el procedimiento de ejecución de la prueba o mínimamente sobre la guía de presentación de las pruebas, que incluye protocolo de bioseguridad? Ruego adjuntar las actas suscritas sobre ese proceso de capacitación.
 - 3.9. ¿Remitir el acto administrativo mediante el cual el Ministerio de Salud autorizó la presentación de esta prueba, en medio de la emergencia sanitaria por los altos contagios de COVID 19, que ponen en riesgo a los intervinientes en la ejecución de la prueba y limitan el derecho a quienes presenten síntomas de contagio?
 - 3.10. Informe de las condiciones físicas y ambientales del lugar autorizado para la presentación de las pruebas escritas, esto es, iluminación, bloqueo de ruido externo, posibilidad de distanciamiento, ventilación, lavamanos con dispositivos de jabón, gel antibacterial, toallas desechables, desinfección de calzado, etcétera.
 - 3.11. ¿En mi caso, cuáles fueron las escalas de la personalidad por las que se concluyó mi NO aptitud para el cargo aspirado y pretendiéndome eliminar del concurso? Solicito la explicación de fondo en qué consisten, en vista de que las instrucciones de presentación advierten que no es necesaria ninguna preparación sino la respuesta natural y espontánea.
4. **Reporte de irregularidad:** El artículo 13, del Decreto 760 de 2005, establece que las reclamaciones de los participantes por sus resultados obtenidos en las pruebas aplicadas en los procesos de selección se formularán ante la Comisión Nacional del Servicio Civil o ante la entidad delegada, **dentro de los cinco (5) días siguientes a su publicación.** Ello significa que en el presente caso conocí de los resultados obtenidos en la prueba escrita, sólo hasta que se me permitió el acceso al material de la prueba, esto es el 25 de julio y la CNSC, sólo otorga dos (2) días hábiles para sustentar la reclamación.
 5. En cumplimiento del Artículo 9 del Decreto 760 de 2005, suspender preventivamente, el proceso de selección hasta que se profiera decisión que ponga fin a la actuación administrativa que debe iniciarse dadas las denuncias que esta reclamación contiene.

Así mismo se observa que la Universidad Libre, como operador logístico del Proceso de Selección, brindó respuesta de fondo frente a cada una de las peticiones e inconformidades presentadas; respuesta que fue publicada a través de la plataforma SIMO el 09 de agosto de 2021.

De igual forma, se advierte que si bien en algunas de las respuesta no se accedió a lo solicitado, no por ello podría considerarse que existe vulneración del derecho fundamental de petición del actor, pues se explicaron los motivos por los cuales no se accedía a lo pedido.

En este punto resulta pertinente recordar que la Corte Constitucional en Sentencia T-146 de 2012, dispuso:

*“El derecho de petición no implica una prerrogativa en virtud de la cual, el agente que recibe la petición se vea obligado a definir favorablemente las pretensiones del solicitante, razón por la cual **no se debe entender conculcado este derecho cuando la autoridad responde oportunamente al peticionario, aunque la respuesta sea negativa. Esto quiere decir que la resolución a la petición, “(...) producida y comunicada dentro de los términos que la ley señala, representa la satisfacción del derecho de petición, de tal manera que si la autoridad ha dejado transcurrir los términos contemplados en la ley sin dar respuesta al peticionario, es forzoso concluir que vulneró el derecho pues la respuesta tardía, al igual que la falta de respuesta, quebranta, en perjuicio del administrado, el mandato constitucional.”** (negrilla por fuera del texto original).*

En igual sentido, en Sentencia T-044 de 2019, dicha Corporación señaló:

*“Esta Corporación ha destacado además que **la satisfacción del derecho de petición no depende, en ninguna circunstancia de la respuesta favorable a lo solicitado. De modo tal se considera que hay contestación, incluso si la respuesta es en sentido negativo y se explican los motivos que conducen a ello. Así las cosas se ha distinguido y diferenciado el derecho de petición del “el derecho a lo pedido” [95], que se emplea con el fin de destacar que “el ámbito de protección constitucional de la petición se circunscribe al derecho a la solicitud y a tener una contestación para la misma, [y] en ningún caso implica otorgar la materia de la solicitud como tal.”**[96].”* (negrilla por fuera del texto original).

Sumado a lo expuesto, si bien se observa que el accionante solicita que se le explique “*por qué el reporte de las irregularidades NO ameritan actuaciones administrativas*”, lo cierto es que dicha petición no fue plasmada en la referida reclamación por lo que no es posible considerar que la CNSC o la Universidad Libre vulneraron el derecho de petición del actor, por no haber respondido ello. Lo anterior, teniendo en cuenta que lo que solicitó en el numeral 5 el tutelante fue que se suspendiera el proceso de selección.

Pese a lo expuesto, la Universidad Libre explicó en su contestación a la presente tutela, que ello obedecía a que el Decreto Ley 760 de 2005, establece en su artículo 13 lo siguiente:

“ARTÍCULO 13. *Las reclamaciones de los participantes por sus resultados obtenidos en las pruebas aplicadas en los procesos de selección se formularán ante la Comisión Nacional del Servicio Civil o ante la entidad delegada, dentro de los cinco (5) días siguientes a su publicación y deberán ser decididas antes de aplicar la siguiente prueba o de continuar con el proceso de selección, para lo cual podrá suspender el proceso.*

La decisión que resuelve la petición se comunicará a través de los medios utilizados para la publicación de los resultados de las pruebas y contra ella no procede ningún recurso.” (Subrayado por el Despacho).

En consecuencia, se NEGARÁ la pretensión subsidiaria consistente en que se ampare el derecho fundamental de petición del señor ANGEL GABRIEL PADILLA SERNA.

Finalmente, se hace menester señalar que se ORDENARÁ a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL —CNSC que de forma INMEDIATA publique en la página web de la entidad el presente fallo de tutela con el fin de notificar a los PARTICIPANTES DE LA CONVOCATORIA INPEC NO. 1356 DE 2019 - CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA.

V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bucaramanga**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE.

PRIMERO. DECLARAR IMPROCEDENTES las pretensiones principales deprecadas por el señor **ANGEL GABRIEL PADILLA SERNA.**

SEGUNDO. NEGAR la pretensión subsidiaria consistente en el amparo del derecho fundamental de petición del señor **ANGEL GABRIEL PADILLA SERNA.**

TERCERO. NOTIFICAR el presente proveído judicial a las partes vinculadas en este proceso.

CUARTO. ORDENAR a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL —CNSC** que de forma **INMEDIATA**, publique en la página web de la entidad el presente fallo de tutela con el fin de notificar a los **PARTICIPANTES DE LA CONVOCATORIA INPEC NO. 1356 DE 2019 - CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA.**

QUINTO. En cumplimiento del artículo 31 Decreto 2591 de 1991, de no ser impugnado el fallo, envíese para su revisión a la Honorable Corte Constitucional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ELKIN JULIÁN LEÓN AYALA
Juez

Lma