



JUZGADO CUARENTA Y SEIS PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO

Bogotá D.C., Dos (2) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado	2021-0151
Proceso	Acción de tutela primera instancia
Accionante	Michael Steven Aguilar Orjuela
Accionada	Comisión Nacional del Servicio Civil y otras
Sinopsis	El accionante cuenta con otros medios defensivos para hacer valer sus derechos

I. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

1.1. Subsanado el yerro decretado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala de Decisión Penal, según auto del **19 de octubre de 2021**, se procede a fallar la acción de tutela instaurada por MICHAEL STEVEN AGUILAR ORJUELA, en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, UNIVERSIDAD LIBRE, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC y FUNDACIÓN AVANCEMOS HACIA UN DESARROLLO INTEGRAL, trámite al que se llamó a las personas que aspiran al cargo para el cual se inscribió el accionante, **proceso de selección 1356 de 2019**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al **Debido Proceso, Petición, Trabajo, Acceso a Cargos de Carrera y Principio de Confianza Legítima**.

II. ANTECEDENTES

2.1. Del libelo demandatorio, se establece que MICHAEL STEVEN AGUILAR ORJUELA, acude en sede de tutela en procura de la protección sus de derechos fundamentales al **Debido Proceso, Petición, Trabajo, Acceso a Cargos de Carrera y Principio de Confianza Legítima**, que considera conculcados por COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, UNIVERSIDAD LIBRE, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y

CARCELARIO – INPEC y FUNDACIÓN AVANCEMOS HACIA UN DESARROLLO INTEGRAL, por la inconformidad que tiene frente a la exclusión de la prueba físico atlética a realizarse dentro de la Convocatoria 1356 de 2019 para proveer cargos vacantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

2.2. Expone que de acuerdo a los documentos cargados en el aplicativo SIMO cumple con los requisitos para el cargo de Dragoneante de la Convocatoria 1356 y el cumplimiento del profesiograma que incluye perfil médico físico y psíquico, ajustado para el cargo aspirado.

2.3. Refiere que en el concurso se incluyó la aplicación de una prueba de personalidad, a través de test psicológico, del que dice, se desconoce especificaciones técnicas porque lo describen de manera general, como un instrumento para evaluar los aspectos cognitivo, emocional y conductual.

2.4. Resalta que, la Fundación Avancemos Hacia un Desarrollo Integral, que ofrece capacitación para enfrentar estas pruebas, aplicó un simulacro a quienes se vincularon a la capacitación que guarda identidad con el test aplicado, cambiando sólo el orden de las preguntas y muy pocas variaciones, dando ventaja a los vinculados con esa capacitación al conocer previamente del contenido de la prueba aplicada.

2.5. Agrega que el **20 de junio de 2021**, presentó las pruebas escritas, con resultado el **9 de julio de 2021**, en estado NO APTO, por presentar en la prueba de personalidad no ajustado al perfil del cargo aspirado.

2.6. En razón a ello, solicitó el acceso al material de la prueba y verificación de los resultados de esa prueba para presentar reclamación, lo cual, efectivamente sucedió.

2.7. Indica que la CNSC dio respuesta confirmando el resultado NO APTO, en la prueba de personalidad, sin resolver de fondo todas las peticiones y tampoco informa las razones por la que no considera procedente el inicio de actuaciones administrativas y simultáneamente publica el 11 de agosto de 2021 las citaciones para la prueba físico atlética.

III. PRETENSIONES

3.1. En virtud de ello, solicita se conceda el amparo a las prerrogativas fundamentales a los derechos fundamentales al **Debido Proceso, Petición, Trabajo, Acceso a Cargos de Carrera y Principio de Confianza Legítima**

3.2. Ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que aplique un instrumento de selección acorde con los requisitos de confiabilidad y validez o confirmar el perfil de 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.

3.3. Ordenar a la CNSC que otorgue respuesta clara y concreta a cada uno de los interrogantes, propuestos en la reclamación y explique por qué el reporte de las irregularidades NO amerita actuaciones administrativas.

3.4. Solicita como **MEDIDA PROVISIONAL, ORDENAR** a la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC y a la Universidad Libre, suspender el avance del concurso público, en caso contrario, ordenar que la CNSC lo cite para la presentación de la prueba físico atlética.

IV. DE LOS DOCUMENTOS ALLEGADOS CON LA DEMANDA

El accionante solicita tener en cuenta las siguientes probanzas:

4.1. Reclamación subida a la plataforma SIMO.

4.2. Respuesta otorgada a la reclamación por la CNSC.

4.3. Simulacro aplicado por la Fundación Avancemos Hacia un Desarrollo Integral.

4.4. Solicita oficiar a la CNSC para que dé a conocer el test aplicado y se pueda evidenciar la coincidencia con el simulacro de la Fundación Avancemos Hacia un Desarrollo Integral.

V. ACTUACIÓN POSTERIOR

5.1. Mediante auto del **22 de octubre de 2021**, se subsanó el yerro decretado por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en auto del 19 de octubre anterior, para lo cual, se llamó por pasiva a la presente actuación a la a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVI,

UNIVERSIDAD LIBRE, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO- INPEC-, FUNDACIÓN AVANCEMOS HACIA UN DESARROLLO INTEGRAL y a las personas que se encuentran inscritas en la Convocatoria señalada por el demandante, a quienes se corrió traslado del libelo demandatorio, para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción conforme a las pretensiones del accionante.

VI. RESPUESTA ALLEGADA

6.1. El **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario- INPEC** allegó respuesta que indica que por su parte NO ha conculcado los derechos del accionante, por lo cual, reclama la falta de legitimación en la causa por pasiva y, de contera a ello, su desvinculación del presente trámite.

6.1.1. Precisa que mediante el **acuerdo No. CNSC - 20191000009546 del 12 de diciembre de 2019**, se establecen las reglas del proceso de selección para proveer definitivamente los empleos vacantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la planta de personal del Sistema Específico de Carrera del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, identificado como ***“Proceso de Selección No. 1356 de 2019 INPEC Cuerpo de Custodia”***

6.1.2. El Concurso de Méritos para proveer las vacantes de la planta de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- estará bajo la responsabilidad de la CNSC, quien en virtud de sus competencias legales podrá suscribir contratos o convenios interadministrativos para adelantar sus diferentes etapas con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por la misma CNSC para este fin, conforme lo reglado en el artículo 30 de la Ley 909 de 2004.

6.1.3. Tras describir las fases del concurso, reclama la IMPROCEDENCIA de la acción de tutela por estar cuestionando acto administrativo, para lo cual, el accionante cuenta con la vía Contenciosa Administrativa, donde puede solicitar medida cautelar susceptible de adopción antes de la admisión de la demanda o en cualquier momento procesal. Pedimento éste que reitera, tras la declaratoria de nulidad por indebida integración del contradictorio.

6.2. La **Universidad Libre de Colombia**, señaló que la convocatoria es la regla a seguir tanto por la parte convocante como por todos y cada uno de los participantes o aspirantes.

6.2.1. En aplicación de los principios de mérito, libre concurrencia e igualdad en el ingreso, publicidad, transparencia, especialización de los órganos técnicos encargados de ejecutar los procesos de selección, imparcialidad, confiabilidad y validez de los instrumentos, eficacia y eficiencia, se expidió el Acuerdo de la convocatoria que rige el proceso de selección No. 1356 de 2019 - Cuerpo de Custodia y Vigilancia INPEC, en el que se presentó el accionante para el cargo de Dragonenante.

6.2.2. Refiere que el acto administrativo que regula la convocatoria, señala en el artículo quinto, las normas que rigen el concurso, esto es, la ley 904 de 2004 y sus decretos reglamentarios (Decreto Ley 407 de 1994, Decreto Ley 760 de 2005, Decreto 1083 de 2015, Ley 1033 de 2006), además de lo dispuesto en ese mismo acuerdo y demás normas concordantes; consagra en el artículo 3° la estructura del proceso de selección por fases y en el artículo 7° se describen los requisitos.

6.2.3. El **4 de febrero de 2021**, se publicó en la página oficial de la CNSC, que el **11 de abril de 2021**, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 2 del **Decreto 1754 de 2020**, por medio del cual se determina la reactivación de la aplicación de pruebas en procesos de selección, se llevaría a cabo la aplicación de las pruebas del Proceso de Selección No. **1356 de 2019**-Cuerpo de Custodia y Vigilancia INPEC

6.2.4. Frente a la inconformidad del accionante en cuanto hace a la prueba de personalidad, ratifica lo indicado en la respuesta a la reclamación, al considerar que, tal y como se señaló en el acuerdo de Convocatoria y sus anexos, estos son la ley del proceso, los cuales contienen las reglas y condiciones de participación y las especificaciones técnicas correspondientes. En este sentido, 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. Es responsabilidad de los aspirantes, leer detalladamente el reglamento del Proceso antes de su inscripción, por lo cual, NO existe razón alguna para la invalidación de la prueba.

6.2.5. 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.

6.2.6. Resalta 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 a las que están expuestos los funcionarios en el ambiente laboral del contexto penitenciario.

6.2.7. 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 y será declarado "NO APTO" y, en consecuencia, NO continúa en el Proceso de selección.

6.2.8. Las pruebas aplicadas, se enmarcan en lo establecido en el reglamento del concurso; 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

6.2.9. Frente a la inconformidad relacionada con que previamente se conoció la prueba aplicada el **21 de junio de 2021**, revela que, dicho aspecto no fue motivo de la reclamación; sin embargo, indica que en cuanto hace a la interpretación dada a las acciones realizadas por personas naturales o jurídicas privadas, que ofrecen acceso anticipado, capacitación o entrenamiento para la resolución de las pruebas de la CNSC, aclara que, el desarrollo de esas actividades no se encuentra avalada o regulada por esa entidad, ni por la Universidad, motivo por el cual no se conoce de los servicios que ofrecen, siendo responsabilidad exclusiva de dichas personas y de los concursantes que deciden participar en tales eventos. En el caso materia de controversia se hizo uso de pruebas estandarizadas también conocidas como psicométricas, comerciales o de libre acceso tales como las mencionadas en su comunicado. Estas Pruebas, por su naturaleza y derechos de autor, son usadas por distintas entidades, empresas y personas, en el desarrollo de sus funciones de capacitación, selección o tratamiento de personas, conforme lo informó la compañía *“Fundación Avancemos Hacia un Desarrollo Integral”*.

6.2.10. No resulta factible que una persona resulte favorecida al tratar de memorizar un orden de respuestas, tomando en cuenta adicionalmente que las preguntas se pueden reordenar, así como que los perfiles estén definidos por puntuaciones esperadas que varían como es el caso del perfil esperado para el empleo en el actual proceso de selección, tal como se evidenció en las gráficas presentadas en el acceso a pruebas, donde pudo evidenciar que los rangos varían de acuerdo a los indicadores evaluados.

6.2.11. De conformidad con lo establecido por el Comité de Test Psicológicos y Evaluación de la Asociación Americana de Psicología (APA), Comisión Internacional de Test (ITC) para el uso de los Test y otros instrumentos de evaluación, los Test son elaborados generalmente por uno o más autores, por compañías públicas o privadas, o por empresas especializadas en la construcción de Test.

6.2.12. En cuanto hace la inconformidad del accionante frente la no citación a la prueba físico atlética programada para el 28 de agosto del presente año, por el resultado obtenido en la prueba escrita, refiere que ello no fue objeto de reclamación, no obstante, precisa que el resultado NO APTO lo puso fuera del proceso de selección y sin posibilidad de participar en las demás fases del proceso.

6.2.13. En cuanto tiene que ver con la falta de pronunciamiento frente a cada uno de los motivos de inconformidad, precisa que contrario a lo dicho por el accionante, la respuesta a la reclamación atiende de forma clara, precisa, concreta, completa y de fondo en la respuesta emitida por la Universidad, cuyos apartes describe y allega copia de la misma.

6.2.14. Frente a la inconformidad del accionante, al considerar que no se informaron los motivos por los cuales no proceden las acciones administrativas frente a la respuesta a la reclamación, indica que no fue objeto de reclamación por parte del aspirante, no obstante, aduce que, no se dan los presupuestos contemplados en el Decreto Ley 760 de 2005, para suspender el proceso. El concurso se adelanta con estricto cumplimiento de los principios constitucionales y legales que orientan estos procesos de Selección, tales como, el mérito, el debido proceso, la igualdad, la buena fe, sin asomo de irregularidad alguna. La evaluación de las pruebas se efectuó de manera objetiva y en igualdad de condiciones para todos los aspirantes, sin que en ningún momento se hubieren presentado situaciones que conlleven irregularidades o violación de derechos.

6.2.15. No es procedente actuación administrativa alguna, por la limitación que el mismo legislador estableció dentro de la citada norma, en lo que respecta a las respuestas que se publican a los aspirantes que elevan reclamaciones, siendo el mecanismo idóneo para ejercer el derecho de defensa y contradicción, derecho del cual hizo uso el aspirante.

6.2.16. Concluye diciendo no existe vulneración a prerrogativa alguna, máxime que lo que pretende el tutelante es cambiar las reglas bajo las cuales se debe regir el proceso de selección por méritos, pasando por alto el acuerdo marco de la Convocatoria; para ello cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que dio a conocer los resultados de la prueba escrita y contra el que resolvió su reclamación no modificando lo decidido, por lo cual, solicita declarar IMPROCEDENTE el amparo tutelar, por no cumplirse con el carácter residual y subsidiario establecido para este tipo de protección constitucional.

6.3. En el término concedido, la **Comisión Nacional del Servicio Civil**, recorrió el traslado la libelo demandatorio, para lo cual, de entrada reclama la improcedencia del amparo tutelar, ello por cuanto la inconformidad del accionante radica en cuestionar el resultado de la prueba escrita en estado NO APTO y su no continuidad en el proceso de selección de la Convocatoria

1356 de 2019- Cuerpo de Custodia y Vigilancia INPEC, contemplada en el **acuerdo 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019** y sus anexos, para lo cual, cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertir el mentado acto administrativo.

6.3.1. El accionante no demostró la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama, no acreditó el perjuicio irremediable que demanden la pronta intervención del juez de tutela.

6.3.2. El **acuerdo No. 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019**, modificado por el **acuerdo No.20201000002396 del 7 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 auto-vincula y regula el concurso de méritos denominado **Convocatoria No. 1356 de 2019**.

6.3.3. La Universidad Libre, Institución Operadora logística del presente concurso de méritos, fue contratada por la CNSC en virtud de la Licitación Pública No. 003 de 2020, realizó verificación de requisitos mínimos de los participantes inscritos en la Convocatoria No. 1356 de 2019 - INPEC Cuerpo de Custodia y Vigilancia. El pasado 14 de mayo, publicó en la página www.cnsc.gov.co enlace SIMO los resultados definitivos de la etapa de dicha etapa (Listado de Admitidos y No Admitidos). Posteriormente, en atención a lo dispuesto en el numeral 3.1 del anexo No. 2 del Acuerdo No. 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019, el 10 de mayo de 2021 se informó en la página www.cnsc.gov.co enlace SIMO que el 20 de junio de 2021 se aplicarían las pruebas escritas 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, y las pruebas de Competencias Laborales e Inteligencia Emocional para el empleo de Comandante Superior de Prisiones. Por tanto, a partir del día 24 de mayo de 2021, los aspirantes ADMITIDOS, debían ingresar a SIMO con su usuario y contraseña, para consultar la citación a la prueba (fecha, hora y lugar). Aplicadas las pruebas escritas, conforme al numeral 3.3 del anexo 2 del Acuerdo No. 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019, el 9 de julio de 2021 se publicaron en la página www.cnsc.gov.co enlace SIMO los resultados preliminares de las pruebas escritas, en consecuencia, se otorgaron cinco días para que los aspirante pudieran reclamar frente a los resultado obtenidos en esta etapa, esto es del

12 al 16 de julio de 2021, en consonancia con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 760 de 2005.

6.3.4. El 9 de agosto de 2021, en cumplimiento del procedimiento establecido, se publicaron los resultados definitivos de las pruebas escritas y las respuestas a las reclamaciones, lo que significa que dichos puntajes quedaron en firme, por lo cual actualmente el proceso de para el empleo de Dragoneante (al cual se presentó el accionante), los aspirantes que obtuvieron resultado de APTO en la prueba escrita de Estrategias de Afrontamiento (prueba de carácter eliminatorio), continúan en el concurso, por lo tanto, fueron citados el día 11 de agosto a la aplicación de la Prueba Físico-Atlética, la cual se aplicó del 26 de agosto de 2021 al 6 de septiembre siguiente. Actualmente, el proceso de selección se encuentra en la etapa de Valoración médica la cual se realizará a los aspirantes que CONTINÚAN EN EL CONCURSO.

6.3.5. 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. 129614**, fue ADMITIDO en la etapa de Verificación de Requisitos Mínimos *“El aspirante Cumple con los Requisitos Mínimos solicitados por el empleo”*.

6.3.6. Por lo anterior, 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. Así mismo, dentro del término establecido presentó reclamación, solicitando acceso a su material de pruebas escritas. Por lo tanto, el aspirante fue citado a la jornada de acceso que se llevó a cabo el día 25 de julio del año en curso.

6.3.7. El accionante como los demás aspirantes, tuvieron la oportunidad de presentar complemento a su escrito de reclamación inicial, conforme a lo evidenciado en la jornada de acceso. Las respuestas a las reclamaciones se publicaron el 9 de agosto de 2021 a través del aplicativo SIMO, por lo cual, quedó en firme el resultado de NO APTO en la Prueba de Personalidad, como consecuencia, el actor NO CONTINÚA EN EL CONCURSO, por lo tanto, NO fue citado a la Prueba Físico Atlética.

6.3.8. Frente a los reparos del accionante, expuso en similares términos a los presentados por la Universidad Libre, operador del mentado concurso, que en el presente caso, el actor desde el mismo momento de la inscripción se somete y acepta el acuerdo marco del concurso, el cual es ley para las partes; el concurso se adelantó con apego a la ley, la aplicación de la prueba se hizo con base en pruebas estándar; el resultado obtenido de NO APTO, debido a que a nivel general los aspectos de su personalidad medidos a través de la prueba se alejan del perfil esperado para el cargo mostrando menor ajuste con respecto a su grupo de referencia; resultado que fue conocido por el accionante, tuvo acceso a la prueba y, en término presentó reclamación, la cual, confirmó la decisión, impidiendo la continuidad en el proceso de selección, cuyo aparte describe.

6.3.9. 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. El componente cognitivo se indaga mediante afirmaciones y/o 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.

6.3.10. Insiste 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.

6.3.11. Precisa 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 la salud y/o la integridad física propia y de otros en el ejercicio de su cargo.

6.3.12. En cuanto hace al segundo motivo de inconformidad del accionante, al señalar que la prueba escrita aplicada el día 26 de junio de 2021, se filtró con anterioridad, afectando el derecho a la igualdad de los demás aspirantes en el concurso y que las capacitaciones mencionadas por el accionante impartidas por la empresa Avancemos también vulneraban el derecho a la igualdad, sostuvo la CNSC que dicho tópico no fue objeto de la reclamación, sin embargo, aclara que la adquisición de las pruebas comerciales se realiza con entidades avaladas y con permisos de comercialización de las pruebas psicométricas razón por la cual, la Fundación Avancemos Hacia un Desarrollo Integral no es una entidad de interés para la CNSC para la planeación o ejecución de sus concursos de méritos.

6.3.13. Refiere que tal y como se expuso en la guía de orientación al aspirante y demás documentos referentes a las pruebas escritas de la convocatoria, para este proceso de selección se dio aplicación a pruebas estandarizadas también conocidas como psicométricas, comerciales o de libre acceso. Estas pruebas, por su naturaleza y derechos de autor, son usadas por distintas entidades, empresas y personas, en el desarrollo de sus funciones de capacitación, selección o tratamiento de personas.

6.3.14. En lo que tiene que ver con la capacitación o entrenamiento que empresas o personal ajeno a la CNSC, ofrece, tras describir los dos escenarios en los cuales se ofrece esa formación, indica que los instructores entrenan a las personas para memorizar un orden de preguntas y respuestas para que al momento de resolver las pruebas anoten una respuesta específica a cada pregunta. En este escenario los aspirantes deberían de conocer con certeza cuál de todas las posibles pruebas del mercado se va a

aplicar, su estructura interna (que pregunta corresponde a cada escala), el orden o como identificar cada pregunta y la respuesta que deben memorizar.

6.3.15. Si esos escenarios se dieron, dicha situación no le permitía a los aspirantes tener un mejor desempeño. Pues, inclusive en casos en los que la persona conociese la información de la prueba previamente, el número de respuestas que se requería memorizar era muy alto para acertar en todos los ítems, de manera que su resultado fuera el del perfil exigido. Además, se precisa que en el proceso de memorización se reelabora la información por lo que al momento de recordarla no se hace con exactitud, pues influyen criterios tales como el tiempo entre la memorización y la necesidad de recordarla, estímulos ambientales y personales tales como el estrés que conlleva la aplicación de pruebas. Es así que, el actor no se encontraba en desventaja frente a los demás aspirantes.

6.3.16. Contrario a las afirmaciones de la accionante, el presunto conocimiento previo de la prueba por parte de algunos aspirantes que participaron de un “curso” de preparación como menciona en su escrito, no garantiza la obtención de un resultado de “apto” para el proceso de selección y la posibilidad de generar un favorecimiento a los aspirantes resulta no solo improcedente, sino ineficiente.

6.3.17. La evaluación de las pruebas se efectuó de manera objetiva y en igualdad de condiciones para todos los aspirantes, sin que en ningún momento se hubieren presentado situaciones que conlleven irregularidades o violación de derechos.

6.3.18. Frente al tercer punto de inconformidad del accionante, referido a que en la aplicación de la prueba escrita no se tuvieron en cuenta los protocolos de bioseguridad establecidos por el Gobierno Nacional, debido al COVID 19, señala que en la respuesta a la reclamación se le hizo saber que a todo el personal logístico se capacitó para cumplir con todas las medidas de bioseguridad, teniendo en cuenta la situación de pandemia, los sitios de aplicación de las pruebas cumplían las especificaciones técnicas definidas por la CNSC, esto es, ventilación natural, iluminación, detección de ruido que incidiera al momento, entre otras.

6.3.19. La aplicación de dichas pruebas se llevó a cabo con el estricto cumplimiento del protocolo general de bioseguridad adoptado por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la **Resolución 777 de 2021**

y en las demás disposiciones que la modifiquen o adicionen, en cumplimiento de lo preceptuado en el **artículo 2 del Decreto 1754 del 22 de diciembre de 2020**.

6.3.20. En relación con la inconformidad del accionante en cuanto tiene que ver con el conocimiento de los resultados de la prueba escrita, que según su decir, conoció sólo hasta el momento en que tuvo acceso a las pruebas, la CNSC, indica que ello no resulta cierto, dado que la publicación de resultados se hizo **9 de julio de 2021**, se otorgaron cinco días para que los aspirantes pudieran reclamar frente a los mismos, esto es del **12 al 16 de julio de 2021**. Luego, el **25 de julio del año en curso**, se realizó la jornada de acceso con el fin que los aspirantes complementaran su reclamación y, finalmente, el **9 de agosto de 2021**, se publicaron los resultados definitivos de las pruebas escritas y las respuestas a las reclamaciones.

6.3.21. Frente a la vulneración del derecho de petición, sostiene que, contrario a lo afirmado 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. La reclamación fue resuelta mediante oficio agosto de 2021, suscrito por la Coordinadora General del Proceso de Selección No. 1356 de 2019- INPEC; la respuesta otorgada, se sustenta en las normas que rigen el proceso de selección.

6.3.22. Insiste que el cumplimiento de los requisitos exigidos en el empleo para el cual concursó y la información sobre las condiciones en las que se lleva a cabo cada etapa del proceso, constituye una carga para el accionante que como aspirante asumió desde el momento de la inscripción, de conformidad con las reglas establecidas en el acuerdo marco de la convocatoria y sus anexos modificatorios.

6.3.23. La CNSC debe ceñirse a lo descrito en los Manuales Específicos de Funciones de las entidades que ofertan sus empleos en concursos de mérito, como lo establece el artículo 2.2.6.3 del Decreto 1083 de 2015, el cual describe, argumentos que reiteró en escrito allegado posterior a la declaratoria de nulidad de lo actuado desde el auto de avoco.

6.3.24. Por lo anterior, solicita denegar la acción de tutela, porque no existe conculcación a las prerrogativas invocadas.

6.4. Por su parte, la **FUNDACIÓN AVANCEMOS HACIA UN DESARROLLO INTEGRAL**, precisó que dentro de sus objetivos ofrece capacitación para enfrentar pruebas en concursos públicos de los que administra y vigila la CNSC, los diseños curriculares corresponden a los contenidos que se anuncian en las reglamentaciones de las convocatorias, de manera básica porque se diseñan con información disponible en la red de internet de forma libre y gratuita para dirigirla pedagógicamente a los estudiantes.

6.4.1. Frente a la prueba de personalidad aplicada a los aspirantes a los cargos de dragoneante y ascenso del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, **convocatoria 1356**, se diseñó un material impreso desde el mes de noviembre del año 2020, así como un simulacro, el cual aporta.

6.4.2. Señala que el simulacro se envió sólo a sus clientes a través de tres grupos de WhatsApp creados con este propósito, pero al parecer, algunos lo filtraron a otros aspirantes, quienes no recibieron la instrucción completa a través de las sesiones de terapias grupales e individuales que buscaba orientar la personalidad de los aspirantes con las respuestas más adecuadas según los requerimientos de perfil del cargo aspirado, de manera tal, que no tiene responsabilidad frente a los resultados desfavorables de quienes obtuvieron el material, pero sin ninguna asesoría.

6.4.3. Precisa que la capacitación se inicia con la aplicación de una prueba proyectiva para quienes se vinculan al proceso pedagógico, así se diagnostica su personalidad, la cual tuvo lugar en febrero de 2021, cuando ya contaban con el material impreso enviado a cada aspirante a su residencia; las sesiones virtuales se iniciaron en marzo de 2021 y previo a la presentación de la prueba se aplicó un simulacro en el mes de mayo, después se entrevista de manera individual a quienes se identifica que tienen dificultades en la resolución de algunas preguntas y finalmente se aplicó un simulacro que fue diseñado por los profesionales de la compañía, con los respectivos créditos de propiedad intelectual y se les señaló la manera adecuada de contestar al test para que se ajuste al perfil de personalidad requerido por el correspondiente PROFESIOGRAMA del INPEC.

6.4.4. Indica que éste test no ofrece confidencialidad, validez, ni confiabilidad al haberse diseñado con fines académicos, sin ningún respaldo de una empresa que los distribuya con la necesaria cláusula de exclusividad y confidencialidad. Según lo reportado por los estudiantes de la Fundación, la CNSC, aplicó dicho material como prueba de selección, lo cual, se ve

reflejado en la ventaja obtenida en los mejores resultados para los propósitos comerciales. Sin embargo, los aspirantes que no recibieron una terapia psicológica adecuada que orientara la manera de reflejar ante el test una mejor disposición para el cargo, ajustando su perfil de personalidad, en un alto porcentaje fueron declarados NO APTOS.

6.4.5. Destaca que la adaptación se hizo con información compilada, adaptada y organizada de manera pedagógica, con los correspondientes créditos a las páginas que los publican. Este tipo de test no pueden ofrecer por sí solos un resultado válido y confiable, siempre será necesario confirmarlo a través de otro instrumento que ofrezca mayor información del candidato, para descartar los “factores que afectan la precisión predictiva”, para ello existen en el mercado diversidad de técnicas sobre las que no se puede escatimar esfuerzos económicos por parte de las empresas privadas y con mayor exigibilidad para las entidades públicas que deben atender principios y derechos constitucionales enmarcados en el MÉRITO.

6.4.6. Remarca que, la compañía 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. No es responsabilidad de la Fundación, sino de la CNSC al adoptar un solo instrumento y ni siquiera adoptar los instrumentos de confirmación que se adapten a las terapias, como la entrevista personal, entrevistas estructuradas, entrevistas situacionales, resolución de casos, análisis de hechos reales, etc.

VII. DOCUMENTOS ALLEGADOS CON LA RESPUESTA

7.1. El **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario- INPEC** allegó acto administrativo que legitima el actuar del delegado

7.2. La **Universidad Libre de Colombia**, allegó los siguientes soportes:

7.2.1. Escritura Pública número 042 del 19 de enero de 2021 de la Notaría Veintitrés (23) del Círculo de Bogotá, por medio de la cual se confiere poder para actuar

7.2.2. Respuesta a la reclamación

7.3. La **Comisión Nacional del Servicio Civil** allegó el siguiente documental:

7.3.1. Resolución No. 10259 de 15 de octubre de 2020, que acredita la personería jurídica para intervenir en nombre de la CNSC.

7.3.2. Escrito de reclamación del accionante

7.3.3. Respuesta a la reclamación

7.3.4. Acuerdo de la convocatoria y anexos modificatorios

7.3.5. Respecto de la publicación la misma se puede consultar en el siguiente Link: <https://www.cnsc.gov.co/index.php/1356-de-2019-inpec-cuerpo-de-custodia-y-1357-de-2019-inpec-administrativos-acciones-constitucionales>

7.4. La **Fundación Avancemos Hacia un Desarrollo Integral**, insertó:

7.4.1. Soportes electrónicos de los servicios de capacitación para la Convocatoria 1356 de 2019.

7.4.2. Soporte electrónico de envío del simulacro a los estudiantes

VIII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

8.1. Competencia

8.1.1. Este despacho es competente para conocer de la presente acción conforme lo previsto en el artículo 1º, ordinal 1º, inciso 2º del Decreto 1382 de 2000, modificado por el Decreto 1983 de 2017 y Decreto 333 de 2021.

8.2. Procedencia

8.2.1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, regulado en el Decreto 2591 de 1991, la tutela constituye un mecanismo idóneo y expedito pero subsidiario para la efectiva protección de los derechos fundamentales ante su vulneración o amenaza por la acción u omisión de las

autoridades públicas o los particulares, tratándose de estos últimos, en los casos previstos en la norma inicialmente referida.

8.2.2. Esta acción pública se caracteriza además por los principios de prevalencia del derecho sustancial, informalidad y eficacia, postulados previstos para salvaguardar los derechos de la jerarquía referida a través de las medidas y determinaciones que permitan un amparo efectivo ante la inexistencia de otro medio de defensa judicial, a menos que se acuda a tal acción pública en forma transitoria para evitar el perjuicio irremediable.

8.3. Del Principio de la Inmediatez

8.3.1. El principio de inmediatez de la acción de tutela está instituido para asegurar la efectividad del amparo y, particularmente, garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o se hayan visto vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la Constitución y demás normas. Por lo tanto, el transcurso de un lapso desproporcionado entre los hechos y la interposición del amparo tornaría a la acción en improcedente, puesto que desatendería su fin principal.

8.3.2. Al respecto vale la pena resaltar que la pretensión incoada por el accionante, se orienta a cuestionar las pruebas realizadas en el marco de la Convocatoria 1356 de 2019 Cuerpo de Custodia y Vigilancia INPEC, contemplada en el acuerdo 20191000009546 del 20-12-2019 y sus anexos, su inconformidad frente a la reclamación por NO superar las pruebas y, consecuente a ello, se permita continuar en el citado concurso, cuya suspensión reclama como **MEDIDA PROVISIONAL**, hasta tanto no se falle la presente acción de tutela.

8.4. De la subsidiariedad de la tutela

8.4.1. En virtud del carácter subsidiario y residual que reviste la acción de tutela, ésta es procedente siempre y cuando no se cuente con otro medio ordinario de defensa judicial; o cuando aun existiendo, los mismos resultan ineficaces para garantizar la efectiva protección de los derechos en conflicto o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. El segundo caso se presenta cuando la amenaza de vulneración de un derecho fundamental es inminente y, de consolidarse, afectaría de manera grave los bienes jurídicos que se pretenden amparar, por lo que se requiere de medidas urgentes e

impostergables para evitar su materialización. Estas condiciones al igual que la idoneidad de los medios judiciales existentes– deben analizarse en cada caso concreto y, de no acreditarse, la acción constitucional se torna procesalmente inviable.

8.5. Legitimación en la causa por activa y pasiva

8.5.1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario que tiene toda persona para solicitar, de manera directa o por quien actúe legítimamente a su nombre, la protección de sus derechos fundamentales. Adicionalmente, la acción de amparo debe dirigirse *“contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental”*.

8.5.2. En la tutela de la referencia se cumplen a cabalidad los requisitos en mención puesto que la acción constitucional fue interpuesta por MICHAEL STEVEN AGUILAR ORJUELA, en procura de buscar la protección de los derechos fundamentales al **Debido Proceso, Petición, Trabajo, Acceso a Cargos de Carrera y Principio de Confianza Legítima**.

8.5.3. Asimismo, la tutela se presentó contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, UNIVERSIDAD LIBRE e INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO- INPEC-, por ser las llamadas a atender los presuntos cuestionamientos por la no admisión en el proceso de selección No. 1536 de 2019- Cuerpo de Custodia y Vigilancia INPEC, trámite al que se llamó a las personas que aspiran al cargo para el cual, se inscribió el hoy accionante y a la FUNDACIÓN AVANCEMOS HACIA UN DESARROLLO INTEGRAL.

8.6. Problema Jurídico

8.6.1. De lo narrado en el escrito de demanda, el problema planteado se contrae a establecer la presunta afectación de los derechos fundamentales al **Debido Proceso, Petición, Trabajo, Acceso a Cargos de Carrera y Principio de Confianza Legítima**, por la por la inconformidad que tiene frente a la exclusión de la prueba físico atlética a realizarse dentro de la Convocatoria 1356 de 2019 para proveer cargos vacantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC; adicionalmente, expresa reclamo por la filtración de la prueba escrita y el no cumplimiento de los protocolos de

bioseguridad en la prueba aplicada, cuya suspensión reclama como **MEDIDA PROVISIONAL**, hasta tanto no se falle la presente acción de tutela.

8.7. Derechos vulnerados

8.7.1. Derecho al Debido proceso

8.7.1.1. El concurso público es el mecanismo de consagración constitucional para que, en el desarrollo de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público, a fin de que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo. El concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección objetiva fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior). Es así, que la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso, así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles. Hacer caso omiso a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación.

8.7.1.2. La Corte Constitucional señaló que *“El debido proceso administrativo se ha definido como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley”*¹

8.7.2. Derecho de Petición

8.7.2.1. El artículo 23 de la Constitución establece que:

¹Sentencia T-465 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

"Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales".

8.7.2.2. Esta preceptiva se encuentra reglamentada en la Ley 1755 del 30 de junio de 2015, en la cual se prevé el objeto, modalidades y término para responder

8.7.2.3. Lo anterior en consonancia con lo previsto en el **Decreto 491 de 2020**, *"Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, en el artículo 5°, relativo a la **Ampliación de términos para atender las peticiones**, prevé: *"Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:*

*Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los **treinta (30) días siguientes a su recepción...**"*

8.7.3. Derecho al Trabajo

8.7.3.1. Desde el Preámbulo de la Constitución, se enuncia como uno de los objetivos de la expedición de la Constitución de 1991, el asegurar a las personas la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Es decir, el trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho.

8.7.3.2. El artículo 25 de la Constitución Política dispone que *"El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas."*

8.7.4. Derecho de acceso a la carrera administrativa

8.7.4.1. El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración

como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.

8.7.4.2. El acceso al empleo en carrera administrativa constituye una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: *(i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.*

8.8. Principio de la confianza legítima

8.8.1. Este principio, según el cual la Administración debe abstenerse de modificar *“situaciones jurídicas originadas en actuaciones precedentes que generan expectativas justificadas (y en ese sentido legítimas) en los ciudadanos, con base en la seriedad que -se presume- informa las actuaciones de las autoridades públicas, en virtud del principio de buena fe y de la inadmisibilidad de conductas arbitrarias, que caracteriza al estado constitucional de derecho”*.²

8.8.2. Entonces, este principio actúa como límite a las actividades de las autoridades cuando alteran su manera tradicional de proceder, atentando también contra el principio de la seguridad jurídica. Por lo tanto, no resulta admisible que ante un cambio repentino de ciertas condiciones que habían generado una expectativa legítima, sean los particulares, en este caso los estudiantes o profesores y trabajadores según sea el caso, quienes corran con todas las consecuencias que implica dicha desestabilización.

8.9. Del perjuicio irremediable

8.9.1. La decisión sobre la procedencia o no de la acción de tutela como mecanismo principal o transitorio de protección aun existiendo otro mecanismo judicial ordinario, requiere de un estudio por parte del juez de tutela sobre las circunstancias específicas de cada caso concreto, las condiciones del accionante y el contexto en el cual se alega la vulneración de los derechos fundamentales.

² Sentencia T-180 A de 2010, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

8.9.2. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha sostenido en reiteradas ocasiones que dicho perjuicio debe ser: *i) inminente (esto es, que amenaza o está por suceder pronto y tiene una alta probabilidad de ocurrir); ii) grave; iii) que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio sean urgentes; y que iv) la acción de tutela sea impostergable para garantizar adecuadamente los derechos vulnerados.* El cumplimiento de estos requisitos también deberá verificarse a la luz de las circunstancias propias de cada caso.

8.10. Procedencia de la acción de tutela cuando se advierte la existencia de otro mecanismo de defensa judicial

8.10.1. De acuerdo con el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela *“sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”* Así mismo, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela es improcedente en los casos en que el accionante tenga a su alcance otros recursos o medios de defensa judicial para la protección de sus derechos.

8.10.2. En este sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que la acción de tutela obedece al principio de subsidiariedad³, es decir, no es un mecanismo de defensa judicial alternativo o supletorio de los recursos o medios ordinarios previstos por el legislador para el amparo de un derecho; no puede ser empleada para revivir oportunidades procesales vencidas como consecuencia de la inactividad injustificada del interesado; y, no constituye un último medio judicial para alegar la vulneración o afectación de un derecho.

8.10.3. En efecto, conforme a su naturaleza constitucional, en criterio del Máximo Tribunal Constitucional, la acción de tutela es el mecanismo preferente de protección de los derechos fundamentales, cuyo ejercicio debe estar dirigido a obtener un amparo efectivo e inmediato frente a los actos u omisiones que los amenacen o vulneren y es por ello, que no puede ser entendida como una instancia idónea para tramitar y decidir conflictos de rango legal, pues con este propósito, el legislador dispuso los medios y recursos judiciales adecuados, así como las autoridades y jueces competentes.

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

³ Ver, entre muchas otras, las sentencias: T-1140 de 2004, T-1093 de 2004, T-514 de 2003 y T-1121 de 2003.

8.11.1. Al respecto, la Corte Constitucional señaló:

...

5. *En desarrollo del artículo 86 y del Decreto 2591 de 1991 es posible sostener que, por regla general, la acción de tutela no procede en contra de los actos administrativos adoptados al interior de un concurso de méritos, en la medida en que para controvertir ese tipo de decisiones, en principio, los afectados cuentan con medios de defensa ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, en este tema, existen dos excepciones: (i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela que sea adecuado para resolver las afectaciones constitucionales que se desprenden del caso^[63] y (ii) cuando exista riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable.*

....

9. *Pese a lo anterior, con la introducción al ordenamiento jurídico de la Ley 1437 de 2011^[67] y, con ésta, de la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como la reducción de la duración de los procesos, el análisis de procedencia varió en estos casos, como quiera que se hizo necesario revisar la eficacia de los mecanismos de defensa allí dispuestos de cara a estas nuevas herramientas que, al igual que la acción de tutela, también permiten suspender los actos que causan la vulneración de los derechos fundamentales. En ese sentido, esta Corte ha sostenido que con la nueva norma el legislador quiso imprimir una perspectiva constitucional a los procesos adelantados ante la citada jurisdicción, instando a los jueces para que, en sus decisiones, opten por una visión más garantista del derecho^[68].*

...

11. *De acuerdo con los artículos 233^[70] y 236^[71] de la Ley 1437 de 2011, el demandante puede solicitar que se decrete la medida cautelar desde la presentación de la demanda y en cualquier etapa del proceso, petición que debe ser trasladada al demandado, quien deberá pronunciarse en un término de 5 días. Una vez vencido lo anterior, el juez deberá decidir sobre el decreto de las mismas en 10 días y contra esa decisión proceden los recursos de apelación o súplica, según sea el caso, los cuales se conceden en efecto devolutivo y deben ser decididos en un tiempo máximo de 20 días.*

...

15. *Ahora bien, recientemente, mediante la sentencia SU-691 de 2017, la Sala Plena tuvo la posibilidad de pronunciarse nuevamente respecto de la eficacia de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez. En esa providencia, esta Corte consideró que estas nuevas herramientas permiten garantizar la protección de los derechos de forma igual o, incluso superior a la acción de tutela en los juicios administrativos, pero ello no significa la improcedencia automática y absoluta de la acción de tutela como mecanismo de protección subsidiario de los derechos fundamentales, ya que los jueces constitucionales tienen la obligación de realizar, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en concreto de los medios de defensa alternos y, en ese sentido, están obligados a considerar: "(i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados".*

...

20. *Así las cosas, las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento. Por ejemplo, cuando se trata de un cargo, para el que la Constitución o la ley previeron un periodo fijo y corto, como es el caso de los gerentes de Empresas Sociales del Estado, y del cual ya ha transcurrido un término importante.*⁴

8.12. Del caso concreto

8.12.1. Conforme a las consideraciones fácticas y argumentativas expuestas en párrafos precedentes, se tiene que la pretensión del extremo actor, se orienta a reclamar la protección de sus derechos fundamentales al **Debido Proceso, Petición, Trabajo, Acceso a Cargos de Carrera y Principio de Confianza Legítima**, por la por la inconformidad que tiene frente a la exclusión de la prueba físico atlética a realizarse dentro de la Convocatoria 1356 de 2019 para proveer cargos vacantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC; adicionalmente, expresa reclamo por la filtración de la prueba escrita y el no cumplimiento de los protocolos de bioseguridad en la prueba aplicada, cuya suspensión reclama como **MEDIDA PROVISIONAL**, hasta tanto no se falle la presente acción de tutela cuya suspensión reclama como **MEDIDA PROVISIONAL**, hasta tanto no se falle la presente acción de tutela.

8.12.2. De acuerdo con el inc. 3º del art. 86 de la Constitución, la acción de tutela únicamente procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

8.12.3. A voces del artículo 125 de la Constitución, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, a excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

8.12.4. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, prosigue la norma, se hará previo cumplimiento de los requisitos y

⁴ Corte Constitucional T 059 de 2019

condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

8.12.5. Por otro lado, según el artículo 130 *ibídem*, la CNSC es responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, con excepción de las que tengan carácter especial, razón por la cual, a voces del art. 11, literal c) de la Ley 909 de 2004, a aquélla le compete elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan dicha ley y el reglamento.

8.12.6. La Constitución Política prevé la carrera administrativa como mecanismo para que, en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se haga prevalecer al mérito como el criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público. Su finalidad es que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo.

8.12.7. Se conculca el derecho al debido proceso y se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por los partícipes para que de esta forma se cumpla con los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados en la Convocatoria pública para acceder a un cargo de carrera administrativa.

8.12.8. Así las cosas, de acuerdo con lo anterior y con los elementos probatorios existentes en el expediente de tutela, advierte el despacho que la acción de tutela se orienta a cuestionar el acto administrativo marco de la convocatoria para ofertar en carrera administrativa los cargos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema Especial de Carrera Administrativa del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario- INPEC “*Proceso de Selección No. 1536 de 20219*, tras cuestionar la NO admisión una vez publicado el resultado de las pruebas escritas, al considerar que una

de las pruebas aplicadas no cuenta con las especificaciones y estándares requeridos y haber conocido similar prueba aplicada por una entidad particular y no haber cumplido con los protocolos de bioseguridad.

8.12.9. Del libelo demandatorio y respuestas allegadas, se establece que el accionante se inscribió en el PROCESO DE SELECCIÓN No. 1356 de 2019- para proveer cargos vacantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, el empleo de **Nivel Asistencial, Denominación: Dragoneante, Grado: 11, Código: 4114, identificado con código OPEC No. 129614**, al cual, fue admitido por cumplir los requisitos.

8.12.10. Posterior a ello, 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.

8.12.11. El 9 de julio de 2021 se publicaron en la página www.cnsc.gov.co enlace SIMO los resultados preliminares de las pruebas escritas, en estado NO APTO, por no cumplir el perfil requerido; en consecuencia, se otorgaron cinco días para que los aspirante presentara reclamación frente a los resultado obtenidos en esta etapa, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 760 de 2005, lo cual efectivamente sucedió.

8.12.12. En respuesta a ello, el 9 de agosto de 2021 a través del aplicativo SIMO, se publicaron los resultados, confirmando el estado NO APTO en la Prueba de Personalidad, como consecuencia, el actor no puede seguir en el concurso, razón ésta por la cual, NO fue citado a la Prueba Físico Atlético.

8.12.13. Sin embargo, observa el despacho que el concursante-accionante acude en sede de tutela en procura del amparo de sus prerrogativas fundamentales, con idénticos argumentos a los expuestos en la reclamación, la cual como se dijo, fue resuelta en término por la Universidad Libre, en la que hace expreso pronunciamiento a los motivos de disenso presentados.

8.12.14. Conforme a ello, observa el despacho que la inconformidad del accionante radica en la aplicación de las prueba de personalidad, cuyo resultado lo dejó por fuera de la justa pública, por lo cual, reclama aplicar otro mecanismo de valoración en el proceso de selección, dejando de lado que desde el mismo momento en que se inscribió al citado concurso, era

conocedor de las reglas de concurso, las cuales aplican en igualdad para todos los concursantes y, la Universidad Libre en la respuesta a la reclamación y en el escrito a través del cual describió el traslado al libelo demandatorio, detalla las razones por las cuales no resultan afectados sus intereses, por estar ajustada al marco de los acuerdos que regulan la citada convocatoria.

8.12.15. De las exculpaciones rendidas por la Fundación Avancemos Hacia un Desarrollo Integral, deja ver que efectivamente dentro de sus objetivos se encuentra ofrecer capacitaciones para enfrentar pruebas en concursos públicos de los que administra y vigila la CNSC, los diseños curriculares corresponden a los contenidos que se anuncian en las reglamentaciones de las convocatorias, de manera básica porque se diseñan con información disponible en la red de internet de forma libre y gratuita para dirigirla pedagógicamente a los estudiantes, sin contar con vínculo alguno para tal fin con la CNSC.

8.12.16. De la respuesta ofrecida por la CNSC, Universidad Libre y Fundación Avancemos Hacia un Desarrollo Integral, se advierte que en la Convocatoria 1356 de 2019, se dio aplicación a pruebas estandarizadas también conocidas como psicométricas, comerciales o de libre acceso. Estas pruebas, por su naturaleza y derechos de autor, son usadas por distintas entidades, empresas y personas, en el desarrollo de sus funciones de capacitación, selección o tratamiento de personas, a la vez, que informó las razones técnicas por las cuales, considera que quienes tuvieron participación en la capacitación y simulacro adelantado por parte de la Compañía Avancemos Hacia un Desarrollo Integral, no podían estar en ventaja frente a los demás concursantes, de un lado, por el alto número de respuestas que tenían que memorizar y, de otro lado, por la complejidad de los factores externos que convergen al momento de la realización de la prueba y la forma como finalmente, se evalúan los resultados.

8.12.17. Igualmente se informa que previo a la aplicación de las pruebas escritas, se adelantó capacitación a toda la logística y se buscaron sedes que cumplieran todos los estándares de bioseguridad previstos por el gobierno nacional a través de la **Resolución 777 de 2021** y en las demás disposiciones que la modifiquen o adicionen, en cumplimiento de lo preceptuado en el **artículo 2 del Decreto 1754 del 22 de diciembre de 2020**, esto es, espacios con distanciamiento, ventilación, iluminación, entre otras.

8.12.18. De otra parte, de acuerdo a los anexos arrimados y vínculos compartidos, no resulta de recibo que el actor haya conocido del resultado de la prueba escrita sólo hasta el momento en que tuvo acceso al material, si como bien se acredita, desde el 9 de julio de 2021, a través de la página web de la CNSC se publicaron los resultados de las pruebas escritas, indicando el término para presentar reclamaciones, fecha para acceder al material y término para complementar la reclamación, tal y como efectivamente sucedió.

8.12.19. De los argumentos ofrecidos en similares términos tanto por la Comisión Nacional del Servicio Civil como por la Universidad Libre, se dice que no hubo conculcación a las prerrogativas fundamentales invocadas, dado que con el registro de inscripción, el accionante se somete a las reglas del concurso que son ley para las partes, las cuales dice, fueron respetadas, al punto que la solicitud de reclamación fue atendida en la oportunidad prevista y la valoración de la prueba de personalidad, se hizo bajo el mismo rasero que a los demás concursantes, ello en garantía de los principios de la transparencia e igualdad a los que se ciñen ese tipo de convocatorias públicas.

8.12.20. Aunado a ello, observa el despacho que el aspirante- afectado, dentro del término previsto hizo uso de los recursos a que tiene derecho, esto es, la solicitud de reclamación, la que fue atendida en su oportunidad, y contra la misma no procede recurso alguno, conforme lo prevé el Decreto 760 de 2005, con lo cual, se garantizó su derecho al Debido Proceso, Petición, Acceso a Cargos de Carrera y Principio de Confianza Legítima, en desarrollo de la expectativa que le genera su participación en el citado concurso público. Se observa respuesta ofrecida por la Universidad Libre, operador logístico de la aludida convocatoria, en la que puntualiza las razones por las cuales el accionante se alejó del perfil para el cargo al cual aspiraba, por lo cual, fue declarado NO apto para continuar en el proceso selectivo.

8.12.21. Por tal motivo, al estar la pretensión de MICHAEL STEVEN AGUILAR ORJUELA a cuestionar el carácter las pruebas en desarrollo de la Convocatoria 1356 de 2019, la presunta filtración y el no cumplimiento de los protocolos de bioseguridad, es por lo que se señala que el amparo rogado no tiene vocación de prosperidad, *habida cuenta que como bien lo indican las accionadas, la vía prevista para ejercer el control de legalidad sobre el acto*

cuestionado es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

8.12.22. Conforme a ello, atendiendo que los actos administrativos expedidos por la CNSC en desarrollo de la ya citada convocatoria gozan de presunción de legalidad y los mismos no han sido objeto de declaratoria de nulidad, es por lo que al Juez constitucional le está vedado disponer la suspensión, aclaración y/o modificación, habida cuenta que para ello el legislador prevé la vía contenciosa administrativa.

8.12.23. El hecho que una vez publicado el resultado de las pruebas escritas y resuelta la reclamación presentada por el accionante, haya sido excluido de la justa por no cumplir el perfil requerido, no le da cabida para reclamar en sede constitucional se protejan sus derechos fundamentales invocados, cuando repito, de un lado, la participación en la convocatoria constituye una mera expectativa para acceder al empleo público de carrera, y de otro lado, las entidades que hacen parte de la Convocatoria a la cual éste se inscribió ofrecieron sendas respuestas en las que hacen mención pormenorizada acerca de las razones por las que consideran que las pruebas aplicadas cumplen estándares exigidos y las razones técnicas por las que consideran que no pueden estar en ventaja los aspirantes que participaron en la capacitación y simulacro adelantado por la Fundación Avancemos Hacia un Desarrollo Integral. Por lo cual, se insiste la disyuntiva existente entre las partes trabadas en Litis deberá ser objeto de debate por la vía contenciosa, que es el escenario propio para discutir la legalidad de los actos administrativos proferidos por la CNSC en desarrollo de la convocatoria pública, vía ésta en la cual, inclusive, puede solicitar como medida precautelar la suspensión de los actos administrativos.

8.12.24. Finalmente, como quiera que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario- INPEC, no tiene injerencia alguna frente a las pretensiones del libelista, en tanto su actuar se limitó a ofrecer los cargos vacantes y describir las funciones en las diferentes vacantes, es por lo que se accede a su desvinculación.

IX. DECISIÓN

9.1. Corolario de lo anterior, acogiendo el pedimento de las entidades accionadas, se DENIEGA el amparo tutelar deprecado por MICHAEL

ESTEVEN AGUILAR ORJUELA, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

9.2. DESVINCULAR del presente tramite al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario- INPEC

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cuarenta y Seis Penal del Circuito de Bogotá, D.C.**, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

X. RESUELVE

PRIMERO.- DENEGAR el amparo tutelar invocado por MICHAEL STEVEN AGUILAR ORJUELA, identificado con cédula de ciudadanía No. 1031170136, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO.- ORDENAR a la **Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC- y a la Universidad Libre** para que, una vez notificada la presente decisión, publiquen en sus páginas webs oficiales, el contenido de la misma.

TERCERO.- DESVINCULAR del presente tramite al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario- INPEC.

CUARTO.- Si no fuere recurrida esta decisión, dentro del término legal, remítase el expediente digitalizado a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, conforme lo prevé el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARLOS ALBERTO CHAPARRO MARTÍNEZ
Juez