

JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO

San Gil (s), marzo veintiuno (21) de dos mil veintitrés
(2023)

1. ASUNTO

Decidir la acción de tutela promovida por CINDY ALEJANDRA CARDENAS GONZALEZ, contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC", INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF", UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, por la presunta vulneración de los derechos al debido proceso, derecho a la defensa, igualdad, trabajo en condiciones dignas, libre acceso a cargos públicos, respecto a la CONVOCATORIA No 2149 de 2021 modalidad ascenso y abierto.

2. ANTECEDENTES

2.1. HECHOS:

Los relató la petente, así:

- La CNSC con el ICBF abrieron la convocatoria No 2149 de 2021 en la modalidad de ascenso y abierto para proveer cargos vacantes. Las inscripciones se llevaron a cabo del 11 al 24 de octubre de 2021. Para el desarrollo del concurso, la CNSC licitó públicamente y contrató con la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, en el marco del proceso denominado CNSC – LP-003 DE 2021.

- Fue admitida y citada a presentar las pruebas de conocimiento, las cuales se llevaron a cabo el 22 de mayo de 2022, según el cronograma señalado en el Acuerdo No 2081 de 2021. Los resultados fueron publicados el 22 de junio de 2022, y el puntaje mínimo requerido para pasar la prueba es de 65.

- Dentro de los términos y condiciones comunicadas a los concursantes y establecidas en los documentos del concurso, presentó reclamaciones, las cuales fueron desestimadas.

- Que está convencida de irregularidades, y solicitó información sobre lo atinente a la valoración PSICOMETRICA, debido a que se les anunció en la GUIA DE ORIENTACION APLICACIÓN DE PRUEBAS ESCRITAS (Anexo 1), página 25, numeral 7 denominado METODOLOGIA DE CALIFICACION DE LAS PRUEBAS ESCRITAS, lo siguiente:

"- Las Pruebas Escritas (Funcionales) se van a calificar en una escala de cero (0) a cien (100) puntos, con una parte entera y dos (2) decimales truncados.

- Los aspirantes que logren superar el puntaje mínimo aprobatorio definido en el artículo 16 de los Acuerdos del Proceso de Selección para la Prueba de Competencias Funcionales (es decir 65.0 puntos), se les calificará la Prueba de Competencias Comportamentales.

- La calificación de estas pruebas se realiza por OPEC, NO por grupos de empleos o niveles jerárquicos.

- Previo a la calificación de estas pruebas, se realiza un análisis psicométrico para verificar la calidad técnica de las preguntas realizadas.

La puntuación final sólo incluirá las preguntas que cumplan con los criterios psicométricos definidos para este proceso de selección con el fin de obtener una medición confiable." (Subrayado de la accionante)

- Hace un recuento sobre las gestiones realizadas para obtener la información, así:

- El 19 de Julio de 2022 elevó 6 peticiones, entre ellas para

que le otorgaran el "Análisis psicométrico de las 120 preguntas correspondientes a las competencias funcionales".

- Dado que no le respondieron, el 10 de agosto de 2022, radicó otro derecho de petición, y allí le suministraron información incompleta de la valoración o análisis psicométrico.

Aduce que con esa información solicitó asesoría de una experta en psicometría Docente NATHALY BERRIO GARCIA, quien en resumen le indicó:

"Por último, debe tenerse en cuenta que una inadecuada evaluación de la calidad técnica de un instrumento conduce a sesgos en la medición, con la consecuente toma de decisiones errada a partir de los resultados obtenidos por los evaluados."

A partir de lo indicado por la experta solicitó la eliminación de algunos ítems, cuyo valor de discriminación era inferior al (0.2), esto lo hizo mediante derecho de petición del 15 de septiembre de 2022, en donde detalló lo hecho hasta esa fecha y solicitó recalificación de la prueba.

- Con oficio 2022RS107264 del 29 de septiembre de 2022, la CNSC, le informó que remitió por competencia el derecho de petición a la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, pero no recibió respuesta de la citada institución educativa.
- El 25 de octubre de 2022 decidió interponer acción de tutela para que la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA diera respuesta. Durante el curso del proceso de tutela, la accionada dio respuesta, que en sentir de la accionante no fue concreta o estadística, y eso bastó para que el Juez declarara un hecho superado. Impugnó el fallo, y fue confirmado en segunda instancia.
- Con el fin de obtener datos precisos que le permitiera tener acceso pleno a lo concerniente a la valoración psicométrica prometida en la Guía de orientación aplicación de pruebas escritas, pidió apoyo a la PROCURADURIA a través de un derecho de petición y solicitud de vigilancia y control.
- Gracias al apoyo del citado ente de control, la Universidad de Pamplona respondió, de manera teórica y no fue

concreto a nivel estadístico. La PROCURADURIA realizó requerimiento y la CNSC respondió la petición el día 21 de febrero de 2023 y le aportó documentos a los que antes no había tenido acceso y que son valiosos para el análisis:

- ANALISIS PSICOMETRICO (ANEXO 10)
 - ANEXO ESPECIFICACIONES TECNICAS DEL CONTRATO (ANEXO 11)
 - ANEXO MODELO ESTADISTICO APLICADO A LAS PRUEBAS ESCRITAS
 - MANUAL TÉCNICO (ANEXO 12)
 - Con apoyo de la PROCURADURIA, requirió nuevamente a la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, para que diera respuesta conforme a lo que se le solicitó.
- El 3 de marzo de 2023, la CNSC publicó la lista de elegibles de algunas OPEC, pero no lo hizo respecto a las otras OPEC que tienen en curso acciones de tutela, entre ellas la escogida por la accionante. Es decir, que aún no se ha terminado esa fase del concurso para esas OPEC.
- Alega que se han presentado muchas acciones de tutelas; se queja que los fallos no fueron actos de protección, sino una revisión automática del acuerdo, sin evaluar a fondo la problemática.
- Aduce que ha luchado contra dos entidades, que le han ocultado información a la que debe tener acceso en un proceso que debe ser transparente y respetar las reglas.
- Que hasta este momento puede acudir de forma clara y concisa al Juez constitucional para examinar todo lo actuado en el concurso y le de valor al mérito, y conmine a la CNSC a realizar el concurso conforme a las obligaciones o auto vinculaciones que se encuentran tanto en las especificaciones técnicas del contrato como en los documentos del acuerdo, el cual es ley para los concursantes como para la CNSC y su operador.
- Agrega que es obligación de la CNSC salvaguardar la

integridad del principio constitucional del mérito, porque hay evidentes inconsistencias en la estructuración y en la evaluación de la prueba ESCRITA presentada por los concursantes y dichas pruebas son el fruto del árbol envenenado, dicho árbol es la ejecución exigua del contrato por parte de UNIPAMPLONA y la baja calidad o auditoria por parte del contratante o un tercero interventor, que no sabe quién lo hizo.

- Afirma que, por este medio, es el momento de entrar a revisar de manera exhaustiva la protección del mérito conforme a las reglas impuestas al operador en el contrato para estructurar y calificar la prueba escrita, así como la obligación de la CNSC de vigilar con prontitud cada una de las decisiones tomadas para que las mismas se dieran en el marco de dichas reglas, y sobre todo protegiendo la máxima del mérito.

- Para iniciar el proceso de selección la CNSC inicia la licitación pública "CNSC-LP-003 de 2021"; el anexo especificaciones técnicas 29-09-2021, es el documento que marca ciertas obligaciones para las partes que suscriben el contrato, es decir la CNSC en calidad de contratante y la UNIPAMPLONA en calidad de contratista. En esencia, *"El contratista debe diseñar, construir y validar al menos el siguiente número de preguntas o ítems."* Para aplicar las pruebas, se requiere individualizar, diagramar y ensamblar el número de preguntas que se definan en la matriz de pruebas que apruebe la CNSC. El número de ítems por prueba y sus especificaciones debe ser previamente revisado y aprobado por la CNSC. Que dentro de las obligaciones del contratista estaba hacer su tarea y todo ello abordarlo en el documento que denominaron: MANUAL TECNICO DE PRUEBAS ESCRITAS.

Se trata de un documento cuya estructura debía ser actualizada hasta la culminación de la etapa de pruebas, ello con un contenido específico. Todos ellos conectados unos con otros, para que de todos ellos resaltare uno específico, *"5.1.6. Plan de análisis de datos y sistema de calificación"*. Que en

ese aparte de especificaciones técnicas del contrato, indicaba unas obligaciones claras frente a las valoraciones psicométricas, debiendo el contratista entregar tres informes:

- 1. PLAN DE ANALISIS PSICOMETRICO Y SISTEMA DE CALIFICACION, (que allí se consagra que se le impone al contratista un límite máximo y se le indica que en ningún caso se aceptará la eliminación de ítems mayor al 20% para cada indicador), además impone una especie de sanción económica por eliminación de ítems.

Afirma que se ve un efecto económico nocivo para el contratista, en el evento de eliminación de ítems, y que por esa razón UNIPAMPLONA se mostró reacia a entregar la información de la valoración psicométrica. Que por ende se debe revisar con lupa la actuación tanto del operador como de aquellos encargados de vigilar el desarrollo del contrato por parte de la CNSC.

- 2. RESULTADO DE ANALISIS PSICOMETRICO. Debía ser presentado 15 días antes de la publicación de los resultados de la prueba escrita y ser aprobados por la CNSC, aquí debían quedar incluidos los ítems eliminados y la justificación.
 - 3. RESULTADO DE CALIFICACION. El contratista lo debía entregar 3 días hábiles antes de la publicación de los resultados definitivos de la prueba escrita, debe incluir procedimientos, metodologías, y herramientas a aplicar para la asignación de calificación, y detección de posibles errores en la calificación.
- Que se observa que es todo un proceso que debía asegurar el control de la calidad de la estructuración de la prueba, su aplicación, interpretación y calificación, girando en torno al ANALISIS PSICOMETRICO. Aduce que le parece que todo parece indicar que algo falló y la CNSC se ha mostrado omisiva frente a los múltiples señalamientos, pese a que ostenta la obligación de salvaguardar el principio al MERITO.
 - Dice que, de los 120 ítems analizados, que fueron presentados por más de 5.000 personas, en solo cinco, el

valor de la discriminación es inferior a "0.2", por lo tanto, debían ser eliminados, porque cumplían con la citada regla de eliminación, la cual fue inaplicada o irrespetada y que tuvo alta incidencia en los resultados.

- Muchos de esos ítems fueron objeto de reclamos directos, pero la universidad en su posición de plenipotencia, protegida por la inactividad de la CNSC logro salvaguardar sus errores, evitándose pérdidas económicas y jugando al mérito. Entonces se pregunta, cómo es posible que en una prueba de esas características se tengan que eliminar más del 90% de los ítems, lo cual muestra graves falencias en el trabajo de estructuración de la prueba escrita, y afirma desconocer si ese error también ocurrió en la prueba comportamental.

- Agrega que las falencias en la estructuración y calificación de la prueba se ven reflejadas en las reclamaciones que se hicieron directamente sobre ítems tales como 3, 4, 6, 24, 46, 48, 64, 65, 66, 67, 70, 71, 72, 78, 91, 118, entre otros, señalándolos como ambiguos e inexactos, y que no tenían relación con los ejes temáticos expuestos a los concursantes, posterior a ellos y frente a la plenipotenciaria posición de la UNIPAMPLONA, se radicaron gran número de tutelas, muchas de ellas reclamando el diseño argumentativo y el contenido de las preguntas "ítems" de la prueba, en tanto se encontraron posibles falencias:
 - Preguntas "ítems" que no estaban planteadas conforme al Manual de Funciones y Competencias Laborales establecidas en la Guía de Orientación.
 - Ítems que se estructuraron sin tener en cuenta los ejes temáticos reportados por el ICBF y presentados a los concursantes.
 - Muchas de las opciones de respuestas del examen carecían de sustento jurídico.
 - Las opciones de respuestas distaban completamente del planteamiento realizado en la pregunta lo cual inducía al error.
 - Los gráficos presentando eran borrosos y de difícil interpretación.

- Cita como precedente jurisprudencia la sentencia SU 062 de 2022 de la Corte Constitucional. Afirma que el presente caso es similar, al estudiado por la Corte, porque no se han generado derechos subjetivos frente a los concursantes que continuaron en las siguientes etapas, pero sí que se han vulnerado derechos de todos los concursantes que no siguen y podría afectarse igualmente el servicio público de Bienestar Familiar, pues no se tiene certeza de una medición idónea del mérito, das las claras falencia en la estructuración, aplicación y calificación de la pruebas, observándose en la CNSC y la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA una actuación contraria a la obligación o exigencia que hace la Corte Constitucional en ese fallo.
- Aduce que el concurso está en trámite y está afectando el principio Constitucional del MERITO, todos los actos que emiten antes de la lista de elegibles son meros actos de trámite, lo que implica la imposibilidad de ejercer frente a ellos el control de legalidad que ofrece la jurisdicción contenciosa administrativa, quedando a merced de la posición de la Universidad de Pamplona la cual parece estar protegiendo más sus intereses económicos que el mérito.
- Que en el concurso se establecieron reglas expuestas a los concursantes en la GUIA DE ORIENTACION, y otras se mantuvieron ocultas, pero que tienen relación inescindible con el deber de salvaguardar el mérito y que no pueden ser saltadas o irrespetadas por la CNSC y su operador ya que afectan de forma significativa oros valores constitucionales como el DEBIDO PROCESO, IGUALDAD Y LA BUENA FE.
- Que el MODELO ESTADISTICO APLICADO A LAS PRUEBAS ESCRITAS, en el que se materializaba la promesa de resultados confiables, fue deliberadamente ocultado e irrespetado porque incluyó en la puntuación final ítems que no cumplían con los criterios psicométricos establecidos en el modelo estadístico que se aplicó a la prueba, entonces esos resultados y la prueba misma no tiene calidad técnica y, por

ende, la idoneidad para establecer el mérito.

- Afirma que vendrán demandas administrativas contra la lista de elegibles, como acto administrativo, pero la misma jurisprudencia y la ley avalan la corrección de yerros; por eso es mejor poner en tela de juicio el mérito y exponerse la administración a perseverar a sus errores y en ese sentido vulnerar derechos y violar principios de la constitución.
- Alega que la revisión exhaustiva del actuar de la CNSC y de la UNIPAMPLONA en el desarrollo del contrato es algo que no lo van a hacer las autoridades involucradas, por eso es necesario que el Juez de tutela intervenga de forma exhaustiva y con todas las herramientas y facultades dadas para ello, ya que los medios naturales de defensa no serán idóneos para procurar la defensa de los derechos y principios conculcados de forma flagrante.
- Frente a los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela indicó:
 - Legitimación en la causa: tiene interés legítimo pues concursó y se está viendo afectada con las irregulares actuaciones desplegadas por los accionados.
 - Inmediatez: El siguiente paso es al OPEC a la que se inscribió es la publicación de la lista de elegibles, acto que genera derechos subjetivos, lo cual no se ha dado. La información que expone en la tutela la obtuvo a finales de febrero de 2023 y de inmediato se da a la tarea de presentar esta acción de tutela.
 - Subsidiaridad: Dada la inminencia del daño, la calidad del acto de publicación de los resultados, y de sus reclamaciones, no cuenta con una acción natural idónea que pueda proteger sus derechos y la máxima del mérito. Pese a los reclamos, la CNSC no ha cumplido con el deber de velar por el respeto de los derechos fundamentales de los concursantes y ha permitido que se presenten y mantengan irregularidades que se observan a simple vista, y están generando un riesgo y un perjuicio irremediable, una clara afrenta al principio del mérito. Que la actuación

en el concurso no ha concluido, solo se tiene un acto de publicación de resultados, el cual aún se encuentra en vilo, dada la cantidad de acciones de tutela que se encuentran en curso, acto que igualmente no puede ser atacado por vía natural, dado que solo se trata de un acto que da impulso al cronograma de la convocatoria.

Ello le impide acudir a la Jurisdicción Contencioso administrativa, dejándola a merced de la omnipotencia de la CNSC y solo se puede defender por este medio, antes de que se concrete el perjuicio irremediable, que le excluye de la posibilidad de ser evaluada conforme a su mérito, conocimiento y experiencia, es decir, fue víctima de un acto de trámite, pero ello le impide continuar en la búsqueda de la verdad y la justicia por los medios que la misma ley y la constitución le han otorgado para ello, y este, es el momento más idóneo.

Existe una amenaza real, pues está a punto de perder su trabajo y el concurso no ha terminado, está siendo víctima de la exigua actuación de la CNSC en pro de velar por el mérito, víctima de un concurso altamente cuestionado, y que tiene serias e infranqueables irregularidades que ameritan la declaratoria de NULIDAD CONSTITUCIONAL, ordenando retrotraerlo, para que se pueda ESTRUCTURAR, REALIZAR Y CALIFICAR una prueba que muestra el mérito de quien pretenda ingresar a la carrera administrativa de una entidad que presta el servicio público de bienestar familiar.

2.2. LA PRETENSIÓN:

Se transcriben conforme lo solicitado:

"PRIMERO: Se declare que se me han vulnerado los Derechos Fundamentales invocados en esta acción y los que su Despacho encuentre como tal en el desarrollo de su análisis Constitucional de todo lo actuado en el concurso de méritos.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior se decreta la NULIDAD CONSTITUCIONAL de todo lo actuado en el proceso o concurso de méritos CONVOCATORIA 2149 de 2021, proceso abierto de selección ICBF, OPEC 166312, y las demás OPEC que su Despacho estime pertinente según la valoración de los aspectos expuestos por la suscrita en este documento, así como las que encuentre probadas su despacho, desde la convocatoria a presentación de pruebas escritas.

TERCERO: Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil REHACER la prueba de COMPETENCIAS FUNCIONALES OPEC 166312, desde la fase de construcción de las preguntas "ITEMS" prestando especial atención en la MÁXIMA del MERITO y en sus obligaciones como ente rector del acceso a la Carrera Administrativa, así como al acuerdo suscrito con el ICBF, y las demás OPEC que su despacho considere pertinente conforme al estudio de la presente acción

CUARTO: Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil, REESTRUCTURAR las pruebas escritas conforme a los lineamientos que obedezcan al MERITO y convocar nuevamente a la presentación de las mismas, aplicando estrictamente las reglas impuestas para ellas, permitiendo acceso pleno de los concursantes al análisis psicométrico de todas las variables que pesan sobre la calificación de las pruebas.

QUINTO: Se le ordene la Comisión Nacional del Servicio Civil que le dé mayor participación al ICBF en la construcción de los ITEMS, dado que según los documentos del acuerdo esto quedó a su arbitrio o Voluntad.

SEXTO: De no considerar posible la nulidad de todo lo actuado hasta el momento solicitado, se decreta hasta la calificación de la prueba, ORDENANDOLE a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a su Operador, aplicar de forma estricta las reglas de eliminación de ITEMS conforme a lo establecido en el MODELO ESTADISTICO ya referenciado y así tomar la decisión que corresponda frente a la validez y eficacia de la prueba,

enfrentada a la eliminación de más del 90% de los ITEMS que contenía la prueba escrita funcional.

SEPTIMO: Las demás decisiones u órdenes que su Despacho tenga a bien emitir, con el propósito de salvaguardar los derechos fundamentales invocados así como los principios constitucionales expuestos y que tienen relación directa con los mismos.”

2.3. PRUEBAS DE LA ACCIONANTE

Fueron aportadas por la actora.

1. ANEXO 1 – GUIA DE ORIENTACION DE APLICACIÓN DE PRUEBAS ESCRITAS.
2. ANEXO 2. RECLAMACIÓN 19 DE JULIO 2022 Y RESPUESTA 29 DE JULIO
3. ANEXO 3. DERECHO DE PETICIÓN Y RESPUESTA 10 DE AGOSTO.
4. ANEXO 4 - DERECHO DE PETICIÓN - 15 DE SEPTIEMBRE DE 2022
5. ANEXO 5 - TUTELA - 26 de octubre 2022 DERECHO DE PETICION
6. ANEXO 6 - FALLO JUZGADO – PRIMERA INSTANCIA
7. ANEXO 7. DERECHO DE PETICIÓN PROCURADURÍA - 31 DE ENERO DE 2023.
8. ANEXO 8 - RESPUESTA UNIVERSIDAD
9. ANEXO 9 - RESPUESTA CNSC - SOLICITUD PROCURADURIA
10. ANEXO 10 - ANÁLISIS PSICOMÉTRICO (PRUEBAS)
11. ANEXO 11 - ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DEL CONTRATO - 29-09- 2021.
12. ANEXO 12 - MODELO ESTADISTICO APLICADO A LAS PRUEBAS ESCRITAS - MANUAL TÉCNICO
13. ANEXO 13 - PROCURADURIA REFUTACIÓN RESPUESTA UNIPAMPLONA
14. ANEXO 14 – FORMATO DE LA LICITACION DENOMINADO ANEXO 11 PROPUESTA ECONOMICA.
15. ANEXO 15 – PRECEDENTE CONSTITUCIONAL SU-067-2022

3. TRAMITE

Por auto del siete (07) de marzo de dos mil veintitrés (2023), fue admitida a trámite la presente acción de tutela por este Despacho Judicial, ordenándose el traslado a los accionados COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-, INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, para que en un término improrrogable de dos (02) días hábiles se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones insertos en la acción constitucional, aportando las pruebas que considerara necesarias para hacer valer su derecho a la defensa; asimismo, se ordenó la VINCULACION a todos los aspirantes inscritos a la CONVOCATORIA 2149 de 2021 ICBF, convocada por la CNSC. Respecto a la medida provisional solicitada por la accionante, se negó. Así mismo, se ordenó oficiar a la CNSC para que allegara, el manual técnico de pruebas y todas las actuaciones surtidas para el estudio de ANALISIS PSICOMETRICO de las pruebas escritas en la Convocatoria 2149 de 2021.

Posteriormente la accionante solicitó la se vinculara a este trámite, a la Procuraduría quien le coadyuvó en un derecho de petición, para que den sus apreciaciones frente a lo observado. Sobre el asunto, este Despacho con auto de fecha 09 de marzo, ordenó oficiar a la PROCURADURIA Provincial de San Gil, para que, dentro de la órbita de sus funciones, emita concepto y actúe como garante de los derechos fundamentales en esta acción constitucional.

3.1. INTERVENCIÓN DE LAS ACCIONADAS.

3.1.1. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL “CNSC”: El Dr. JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SANCHEZ MURCIA, asesor jurídico de la entidad, manifiesta que se opone a la solicitud de tutela, por las siguientes razones:

1. La acción de tutela es improcedente porque el principio de subsidiaridad, previsto en el inciso 3 del art. 86 de la C.P. norma concordante con el numeral 1 del art. 6 del Decreto 2591 de 1991.

Dice que la acción carece de requisitos constitucionales para ser procedente pues la inconformidad de la accionante frente al concurso de méritos, en especial la etapa de construcción, aplicación y calificación de pruebas escritas, que se encuentra contenida en los acuerdos reglamentarios del concurso, no es excepcional. La censura que hace la accionante recae sobre las normas contenidas en el citado acuerdo y las normas que lo regulan, frente a lo cual cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertir el mentado acto administrativo, ante la Jurisdicción Administrativa, ya sea a través del medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, razón por la cual no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos.

2. La inexistencia del perjuicio irremediable; no solo la accionante no demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que reclama, sino que no existe perjuicio irremediable en relación con controvertir el acto administrativo desfavorable a sus intereses –el resultado que obtuvo en las pruebas escritas de carácter eliminatorio-, pues para ello bien pudo acudir a los mecanismos previstos en la ley.

La accionante manifestó que existe vulneración a los derechos fundamentales, en cuanto que, en su criterio, las pruebas escritas carecen de un procedimiento claro con el cual se cumpla realmente con el Acuerdo y el anexo Técnico del proceso de selección, configurándose en su entender carencia de garantías técnicas, jurídicas y valorativas, y la omisión a la reclamación frente a la evidencia de un error en el proceso de diseño y desarrollo de la prueba.

Afirma que, consultado el sistema de apoyo, para la Igualdad,

al Mérito y la Oportunidad SIMO, se constató que CINDY ALEJANDRA CARDENAS GONZALEZ, se inscribió para el empleo de nivel profesional, identificado con el código OPEC No 166312, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044 grado 7, ofertado en la modalidad de concurso de Abierto por el ICBF en proceso de selección No 2149 de 2021, quien en la etapa eliminatoria de aplicación de pruebas escritas sobre competencias funcionales, obtuvo 64.16 puntos, cuando el puntaje mínimo aprobatorio es de 65 puntos, es decir, no continuo en el concurso, por lo que el inconformismo de la accionante radica en que no superó la prueba eliminatoria y fue excluida del proceso de selección, intentando cuestionar un resultado (acto administrativo) a través de la acción de tutela, pese a que existen otros mecanismos de defensa.

Afirma que el cuadernillo de preguntas goza de reserva, los aspirantes conocen en debida forma las condiciones para acceder a él en caso de reclamaciones. La accionante ya tuvo la oportunidad de acceder al material de pruebas el pasado 17 de julio, en las mismas condiciones del resto de aspirantes que hacen parte del proceso de selección.

Frente a las pruebas aplicadas, la prueba funcional se compuso de 120 ítems, de los cuales ninguno fue eliminado, por lo que la calificación del aspirante se realizó sobre 120 ítems, de los cuales la accionante contestó acertadamente a 77.

No existe vulneración al derecho a la igualdad, pues la CNSC está cumpliendo y aplicando lo dispuesto por las normas que rigen el proceso de selección No 2149 de 2021 ICBF, esto es, el acuerdo del Proceso de selección y el Anexo técnico, donde se regulan las diferentes etapas del concurso.

Agrega que las pruebas tienen carácter reservado y pertenecen a la CNSC, tal como lo dispone el artículo 31 de la ley 909 de 2004, el Acuerdo y el Anexo técnico del Proceso de Selección, por ende, no es posible divulgar la hoja de respuestas que marco la accionante, la hoja de respuesta clave, ni el cuadernillo de preguntas, pues de acuerdo con el

artículo 31 de la Ley 909 de 2004, son reservadas.

Que los componentes evaluados en cada preguntas, se fundamentaron en los ejes temáticos definidos y validados por el ICBF, concordantes con lo establecido en el Manual Especifico de Funciones y competencias Laborales de la entidad. Entonces frente a la supuesta falta de relación de las preguntas con las funciones del empleo, se aclara que estas se constituyeron con base en los mencionados ejes y dimensiones según el contenido del MEFL, y con la validación de parte del ICBF. Las percepciones personales de los aspirantes no pueden considerarse, en sí mismas, como prueba de la afectación de sus derechos fundamentales, pues la inconformidad de uno o varios aspirantes con respecto al contenido de la prueba, no implica que ésta presente deficiencias.

Que el ICBF, en cumplimiento al artículo 2.2.6.34 del Decreto 1083 de 2015, participó activamente en las actividades relacionadas con la planeación del proceso de selección aportando insumos requeridos, esto es reporte de OPEC, remisión del Manual específico de funciones y competencias laborales y financiación de los costos derivados de la realización del mismo y la identificación de ejes temáticos para cada uno de los empleos ofertados, tal como se encuentra detallado en los considerandos del Acuerdo que convocó y estableció las reglas del proceso de selección para dicha entidad.

Respecto al derecho fundamental al **acceso al desempeño de funciones de cargos públicos**, no existe ninguna violación al mismo, pues el aspirante solo configura la afectación del mismo cuando la mera expectativa se consolida, es decir cuando finalizadas las etapas del proceso de selección, el aspirante ocupa posición meritoria y se hace acreedor a una vacante ofertada, tal y como lo señaló el Consejo de Estado en sentencia 2011-00849 de 2020 M.P., RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS.

Frente a la reclamación contra los resultados de la aplicación de la prueba escrita, la accionante radicó su reclamación bajo el No 510974812, la cual frente a su contenido coincide con gran parte de lo expuesto en la acción de tutela. La accionante ya tuvo la oportunidad de reclamar contra el resultado que obtuvo en la prueba escrita. La cual fue atendida debidamente por la Universidad de Pamplona, a través de escrito de respuesta publicado en el SIMO el 29 de julio de 2022.

Agrega que el proceso de selección ya surtió diferentes etapas y la CNSC, se encuentra consolidando la información para poder expedir las listas de elegibles, y de esa forma finalizar con el proceso de selección, por lo que la acción de tutela, versa sobre una etapa del proceso anterior al estado actual del mismo, de alguna forma podría entenderse que es extemporánea, frente a todas las etapas desarrolladas y conforme a la oportunidad que tuvo de presentar la reclamación sobre la inconformidad que manifiesta en el escrito de tutela.

No se advierte en este caso, la existencia de una acción u omisión actual por parte de la autoridad accionada, no se advierte dicha circunstancia en este caso, pues se han satisfecho los derechos fundamentales cuya presunta lesión fue invocada en el escrito de tutela, encontrándonos frente a un hecho superado, porque se atendieron de fondo todos los reclamos de la accionante.

Frente al derecho al **debido proceso**, aduce que no existe vulneración a dicha prerrogativa, pues frente a la reclamación se respetó el trámite reglado en el acuerdo y su anexo técnico, aplicando dicho trámite a todos los aspirantes que reclamaron, sin que se hayan alterado las reglas establecidas para dicho procedimiento, sin embargo, se aclara que la radicación de la reclamación no implica per sé, la concesión de lo solicitado por la accionante, sino que una vez analizados los planteamientos se proporcione respuesta clara, precisa y de fondo frente a sus solicitudes, tal como ocurrió en este caso.

En cuanto al derecho a la igualdad, no existe vulneración porque se están aplicando los criterios de puntuación establecidos en el Anexo Técnico del Acuerdo, razón por la cual queda demostrado que no hubo vulneración de los derechos fundamentales, por tanto, se torna improcedente la acción de tutela, debido a que no es el mecanismo idóneo para resolver este tipo de solicitudes.

Finalmente solicita negar la acción de tutela.

3.1.2. UNIPAMPLONA, el Dr. LUIS ORLANDO RODRIGUEZ GOMEZ, en su calidad de coordinador Jurídico del proceso de selección No 2149 de 2021-ICBF, manifestó que, para el diseño, construcción, validación aplicación, procesamiento de resultados y calificación, se tienen en cuenta los elementos conceptuales definidos en el artículo 16 del Acuerdo 2081 de 2021, que rigen el proceso de selección No 2149 de 2021. Que teniendo en cuenta que la Ley 909 de 2004 determina en el artículo 28 la confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados en los procesos de selección de la CNSC, la Universidad se rige por los estándares de la American Psychological Association y la International Test Commission (ITC), para la elaboración, validación, aplicación y calificación de pruebas.

Todas las actividades a desarrollar para la etapa de pruebas del proceso de selección del ICBF 2021, estarán sujetas a los procedimientos de control de calidad, establecidos y recomendados por estas organizaciones, así como los elementos consignados por la CNSC, en el Anexo técnico de la licitación que dio origen a la contratación de la Universidad de Pamplona, como operador del proceso concursal, y que para las respuestas emitidas se desarrollan conforme a los lineamientos establecidos y con los sustentos técnicos emitidos por los expertos constructores para lo reclamado y como se fue sustentando en las respuestas emitidas.

La actuación en esta casa de estudios siempre ha sido acorde

a los lineamientos y estipulaciones establecidas por la CNSC, por los acuerdos de convocatoria los cuales son de obligatorio cumplimiento para la administración y para los aspirantes, dado que en ellos los aspirantes y los operadores aceptan la normatividad en la que los procesos desarrollan cada una de las fases y que siempre se han emitido las respuestas de manera técnica de fondo atendiendo la metodología impuesta.

Los aspirantes antes de presentar las pruebas escritas debieron acatar los lineamientos establecidos en las guías de orientación diseñadas para el proceso las cuales y como se afirma acepta al momento de la inscripción.

Manifiesta que se opone a las pretensiones de la tutela. Que las pruebas de competencias funcionales y comportamentales, se elaboraron para los aspirantes admitidos en el proceso de selección del ICBF, y para el diseño se tuvo en cuenta la naturaleza de los niveles jerárquicos de los empleos, según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, descritos en el numeral 4 del Decreto Ley 770 de 2005.

Que la CNSC y el ICBF, realizaron el levantamiento de dimensiones e indicadores y entregaron a la Universidad de Pamplona, el listado de conocimientos generales, específicos, habilidades generales y específicas, capacidades generales y específicas, y finalmente comportamentales comunes y comportamentales de nivel, sobre los cuales versaron los casos y enunciados de las Pruebas de Competencias funcionales y comportamentales.

La información de las diferentes matrices de la Prueba, fue analizada por la Universidad con el apoyo de un grupo de profesionales expertos, que realizaron una revisión y comparación de la descripción del perfil de cada uno de los empleos convocados, de acuerdo con la información contenida en el Manual de Funciones de la Entidad.

Ese grupo de expertos a través de las mesas de trabajo,

reportaban si encontraban incongruencias entre las dimensiones e indicadores y la descripción del empleo en el Manual de Funciones de la Entidad y lo registraban en un informe. Tras la verificación finalmente se consolidó una matriz de pruebas definitivas. De lo anterior, y teniendo en cuenta los anexos técnicos, la aprobación de los constructos y el procesamiento de la información, no hay lugar para aceptar errores en la prueba aplicada o que existieran preguntas mal formuladas o sin opción de respuesta dado que la calificación se llevó a cabo teniendo en cuenta los parámetros de confiabilidad y validez que supone todo instrumento de medición, procedimiento aprobado por organismos nacionales e internacionales expertos en la materia. La prueba se procesó y calificó bajo los mismos modelos matemáticos, garantizando así la igualdad entre los aspirantes y la transparencia en el proceso, adicional a ello que se ha emitido respuesta a todas y cada una de las solicitudes realizadas por la accionante de manera clara, de fondo y con los argumentos establecidos por el mentado proceso de selección.

Respecto al debido proceso dice que éste solo se predica respecto a actuaciones judiciales y administrativas, aduce que no ha sido quebrantado por la Universidad, pues se ha ceñido a las normas que regulan esta clase de procedimientos, y no existe un evento actual y verdadero lo que deja ver que en el presente asunto hay una carencia de objeto tutelable.

Sobre el derecho al trabajo, acceso a cargos públicos, dice que la accionante se presentó en igualdad de condiciones al concurso de mérito y conforme a las disposiciones y procedimientos establecidos, razón para suponer que no vulnera el derecho alegado.

Aduce que la convocatoria es una mera expectativa centrada a un eventual derecho particular y concreto que es el de acceder al cargo para el cual concursó, sin que en algún momento se esté vulnerando el derecho al trabajo.

Únicamente el servidor público que haya superado todas las

etapas del concurso de méritos, incluyendo el periodo de prueba, puede pretender la adquisición de derechos carrera administrativa y el reconocimiento de dicha situación laboral.

Finalmente dice que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

3.1.3. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. La Dra. ELIANA MORENO ANGULO, como apoderada judicial de la institución, manifestó que el debate propuesto por la accionante gira en torno a presuntas irregularidades del concurso de méritos, en lo que concierne a las pruebas de competencias funcionales y comportamentales. En ese sentido, teniendo en cuenta que la etapa de aplicación de pruebas a los participantes admitidos, así como las demás etapas del proceso de selección son de resorte exclusivo de la Comisión Nacional de Servicio Civil, se solicita se desvincule al a ICBF, toda vez que no está llamado a responder por la presunta vulneración o amenaza a los derechos invocados, pues carece de legitimación en la causa por pasiva.

Finalmente solicita se declare improcedente respecto al ICBF la acción de tutela, por ausencia de legitimación en la causa por pasiva y en consecuencia desvincularla del trámite.

3.1.4. LOS VINCULADOS ASPIRANTES INSCRITOS A LA CONVOCATORIA.

El auto admisorio y el traslado de la solicitud de tutela fue publicada en la plataforma de la CNSC. En respuesta comparecieron como vinculados los siguientes aspirantes:

LILIANA FABIOLA CABALLERO MARTINEZ: Mediante escrito allegado el 9 de marzo de 2023, concretamente indicó que el proceso de selección evidencia vulneración a sus derechos,

pretendiendo mediante escrito que se realice nuevamente la prueba escrita de la convocatoria No. 2149 del ICBF-2021.

PAOLA ANDREA NEIRA MONROY, MARIBEL ROCIO RODROGUEZ GARZÒN, VICTORIA EUGENIA REINA LOZANO, RIDA MARIETHE LEAL GOMEZ, ANGELY ARIZA MATEUS, BIANCIS PERALTA MEDINA, RAMIRO CHALPARIZAN VACA, SUGEIDY ISABEL OBREDOR MURILLO, CLAUDIA MARCELA CAMARGO RAMOS, MARIA ELENA OCAMPO LOMBANA, CARLA FERNANDA BAHAMÓN TORRES, JULIETTE ALEXANDRA ALVAREZ FERREIRA, DARLY YOHANA ROJAS SAAVEDRA, ANGELA YOHANA FRANCO PRIETO, LEIDY JOHANA PARRA CARRANZA, BEATRIZ EUGENIA SIERRA VALENZUELA, MARIA ALEXANDRA MOSQUERA ARENAS, PAULA MORA, KARINA ARCINIEGAS TOLOZA, DIANA LORENA ORTIZ CALDERÓN, MARIYAN OVIEDO ORTIZ, ERIKA PAOLA ALDANA RODRIGUEZ, CLAUDIA MARCELA SOCHA PEDRAZA, BEATRIZ RODRIGUEZ PINILLA, CLAUDIA STHER DEL PILAR SILVA RIBON, SANDRA MAGALY ORDOÑEZ ORTIZ, SANDRA MILENA MORANTES APONTE, JOHN JAIRO ZORRILLA LOPEZ, JEIMMY ALICIA CASTILLO DELGADO, CAROLINA LISETH CORTEZ ALVEAR, MONICA ALEXANDRA GUTIERREZ TARAZONA, DIANA YURLEY JAIMES SAQUEDA, SANDRA CECILIA CASTILLO DELGADO, AMANDA DEL SOCORRO GUTIERREZ JIMENEZ, MARLY GUTIERREZ RODRIGUEZ, LILIA VICTORIA SANTOS, LINA CAROLINA GONZALEZ CHAUX, OSCAR IVAN UREÑA LEAL, JENNIFER PATRICIA MOLINA CAÑON, ROCIO CONSTANZA PEREZ, KATERINI GRAVINI BARRIOS, EUGENIA CONSTANZA BONILLA, CLAUDIA MARLÉN MACHADO AMORTEGUI: Mediante escritos allegados el 9 y 10 de marzo de 2023, manifestando en los mismos términos y en concreto que el examen dejó entrever carencia de rigurosidad, objetividad, investigación, idoneidad y experticia por parte de la Universidad de Pamplona, sin evaluarse competencias, conocimientos y habilidades ni enfoque diferencial, haciéndose un solo examen para todos los participantes sin importar si era para ascenso o concurso

abierto, coadyuvando las pretensiones de la demanda de tutela, pues consideran que la situación afecta también a sus familias, reiterando que las pretensiones sean resueltas de manera favorable.

CLAUDIA PATRICIA ALVAREZ INCAPIE, ELISA MARIA CARDENAS TABARES, ANA PAULINA VILLOTA YEPES, ANA LUCIA ARAMBURO ECHEVERRI: Mediante escrito allegado el 9 de marzo de 2023, consideran en los mismo términos, sobre la vulneración de sus derechos a la igualdad y debido proceso, defensa, trabajo digno, libre acceso a cargos públicos, señalando que incluso cursa una actuación penal en la Fiscalía General de la Nación por presuntos hechos de corrupción frente a la convocatoria bajo el Rad. 20220090247552. Denuncia ante el ICBF, ante la CNSC, y demanda de NULIDAD SIMPLE ante el Consejo de Estado, Sección 2, Concurso 2149 de 2021 ICBF.

MARIA ESTHELA CIFUENTES MAYA: Mediante escrito allegado el 9 de marzo de 2023 indica aceptar su vinculación y coadyuva las pretensiones de la demanda de tutela para que se resuelvan favorablemente, señalando que los afectados son cabeza de familia con hijos y padres enfermos de condiciones precarias y enfatiza sobre lo mal ejecutada que fue la convocatoria.

HEIDY CATALINA PORRAS GONZALEZ: Mediante escrito allegado el 9 de marzo de 2023 solicitó su vinculación y la remisión del fallo correspondiente.

DIANA MARIA DEL CARMEN TRIANA LUNA: Señaló que como participante de parte activa en acción de tutela de radicado 2022-00162-00, de demandante MARIBEL ROCIO RODRIGUEZ GARZON, e indica que se le han vulnerado sus derechos al debido proceso y defensa.

YOMAR ELENA FRASCICA ESCOBAR: Mediante escrito allegado el 9 de marzo de 2023 en el que señala de forma pormenorizada su actuación dentro de la convocatoria No. 2149

de 2021, solicitó en concreto que se tutelara a favor los derechos de la Sra. Accionante CINDY ALEJANDRA CARDENAS GONZALEZ, y demás aspirantes adscritos a la mencionada convocatoria.

JAKELINE STEFANNIA AGUAS MEZA, MARIA ALEJANDRA CHAMORRO MUÑOZ, MARTHA LUCIA CERON ALVARADO, INDIRA PABA OSPINO: Mediante escrito allegado el 9 de marzo de 2023 señalan en términos similares que en dicho proceso de selección se evidencia una vulneración a sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, derecho a la defensa, al trabajo en condiciones dignas, de acceso a la promoción dentro de la carrera administrativa, a la información veraz, al desempeño de funciones y al libre acceso a cargos públicos, así como los principios del mérito, libre concurrencia, igualdad en el ingreso, transparencia, imparcialidad, confianza legítima y buena fe, lo que se puede constatar en informe pericial para acción de nulidad en la Comisión Segunda del Concejo de Estado.

ANDREA PAOLA CHINCHILLA LOPEZ: Mediante escrito allegado el 9 de marzo de 2023 manifestó que por tales hechos presentó tutela la cual no le fue favorable en dos instancias al punto de verse afectada emocionalmente, donde concretamente se observan errores en la estructuración de las preguntas, en la aplicación de criterios PSICOMETRICOS que afectaron la interpretación de los resultados y la puntuación obtenida por los concursantes en la prueba escrita de conocimientos funcionales, la cual tenía el carácter de ELIMINATORIA, errores que igualmente pudieron extenderse al análisis psicométrico de la prueba COMPORTAMENTAL, apoyando integralmente la acción de tutela para que se protejan los derechos conculcados y se haga prevalecer el mérito.

CLAUDIA MARCELA SERRANO VARGAS: En escrito allegado el 10 de marzo de 2023, se une a los planteamientos de la acción de tutela, así como frente al análisis psicométrico empleado, considerando que habían preguntas que debían ser

eliminadas las cuales no lo fueron y por el contrarios se incluyeron en la puntuación final burlando las reglas del concurso, por lo que frente a las petición indica que coadyuva además que se le comparta la información que allegue la CNSC y la UNIPAMPLONA pues debe ser conocida por todos.

3.2.MANIFESTACION DE LA ACCIONANTE FRENTE A LAS RESPUESTAS DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS.

Luego de haber tenido acceso al link del expediente digital contentivo de la acción de tutela, se pronunció respecto a las respuestas dadas por las entidades accionadas, y concluye diciendo que en los elementos comunes de las tres respuestas son:

“Existen entonces elementos comunes en las tres respuestas y corresponden a:

- Ninguna de las tres entidades da una respuesta de fondo frente a las reglas impartidas por ellos mismos en cuanto a la eliminación de preguntas ni frente al análisis estadístico solicitado en auto (07 de marzo de 2023) emitido por su despacho. lo cual se convierte en un desacato a orden judicial y muestran el nivel de DEGRADACION del MERITO administrado por la CNSC por lo menos en este concurso
- No soportan en sus respuestas ni el ANALISIS PSICOMETRICO ni el MODELO ESTADISTICO APLICADO A LAS PRUEBAS ESCRITAS - MANUAL TÉCNICO –(No en vano tuve conocimiento de los mismos por medio de la Procuraduría y la gestión realizada por esta entidad para que la CNSC allegara estos soportes)
- Se hace relevante y trascendental en este caso, que cada una de las respuestas dadas por las entidades tuteladas, así como se resalta y lo privilegia mi tutela, corresponde al MÉRITO el cual se encuentra en la Cúspide de la pirámide y es el principio que más debe protegerse y que prevalece hasta por encima de la hoja de vida o experiencia o intereses de los operadores del concurso y de la CNSC.
- El mérito necesita como mínimo un instrumento que sea

diseñado en el marco de exigente calidad, para que así de pueda evaluar objetivamente a cada uno de los participantes que confiaron en el concurso. Esto fue lo que no se evidenció por parte de los accionados en sus respuestas y que debería estar soportado en la obligación de análisis PSICOMÉTRICO”.

Finalmente dijo: “Siendo así, espero que su Despacho sea consecuente con lo solicitado y lo probado en este trámite, ello es que no hubo un EXHIGUO ANALISIS PSICOMETRICO y por ende la CNSC y su operador, incumplieron su OBLIGACION asunto que DEBE CONLLEVAR a la Consecuencia que AVALÓ y APLAUDIÓ la Corte Constitucional en el fallo presentado por la suscrita, ello es REHACER el concurso con la OBLIGACION de OBSERVAR PLENAMENTE las reglas para que la herramienta de MEDICION DEL MERITO, es decir LAS PRUEBAS ESCRITAS, sean idóneas, estén sometidas a controles de calidad exigentes y así sean de alta calidad, confiables y verdaderamente midan EL MERITO.”

4. CONSIDERACIONES

Antes de realizar el estudio de fondo del asunto, resulta necesario señalar, que esta Dependencia Judicial tiene competencia en sede constitucional, para resolver sobre la presente acción de tutela, en virtud de lo reglado por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 1 del Decreto 333 de 2021, toda vez, que los hechos que presuntamente vulneraron derechos fundamentales generan efectos en esta jurisdicción territorial, además de ser competencia de los Jueces de Circuito conocer de las acciones constitucionales que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional.

Pues bien, respecto de la procedencia de la acción de tutela, existen dos principales características que identifican esta acción constitucional que son la subsidiariedad y la residualidad. Por esta razón, dentro de las causales de

improcedencia se encuentra la existencia de otros medios de defensa judicial, cuyo examen, conforme con lo previsto en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, debe ser realizado a partir de las circunstancias de cada caso en concreto.

Por esta razón, se ha dicho que la acción tutela solo procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección, obedeciendo a la lógica de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la Ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial.

En relación con este supuesto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible, por lo cual la persona que pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de *“presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela”*¹.

Por lo anterior, se hace necesario analizar hasta qué punto los hechos reseñados por la accionante, vulneran los derechos invocados: debido proceso, Igualdad, buena fe, confianza legítima, trabajo y principio al mérito, y ameritan utilizar el instrumento jurídico de la tutela, de modo que permita su prosperidad, pues esta acción no es el mecanismo idóneo en principio para solicitar: *i) la nulidad de todo lo actuado en el proceso o concurso de méritos Convocatoria 2149 de 2021, proceso abierto de selección ICBF; ii) rehacer la prueba de competencias funcionales OPEC 166312, desde la fase de*

¹ Ver Sentencia T-747 de 2008.

construcción de las preguntas ITEMS; iii) Reestructurar las pruebas escritas conforme a los lineamientos que obedezcan al mérito y convocar nuevamente a la presentación de las mismas; iv) ordenar a la CNSC que le dé mayor participación al ICBF en la construcción de los ITEMS, v) De no ser viable lo anterior, decretar la nulidad hasta la calificación de la prueba, ordenándole a la CNSC y a su operador, aplicar en forma estricta las reglas de eliminación de ITEMS conforme a lo establecido en el modelo estadístico ya referenciado, y así tomar la decisión que corresponda frente a la validez y eficacia de la prueba, a menos que la actora CINDY ALEJANDRA logre demostrar un perjuicio irremediable o la efectiva vulneración de los derechos fundamentales como se mencionara anteriormente.

En ese sentido, tenemos que, mediante Acuerdo 2081 del 21 de septiembre de 2021 suscrito por la COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, se realizó la convocatoria, y se establecieron las reglas del proceso de selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Régimen General de Carrera Administrativa de la planta de personal del INTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – PROCESO DE SELECCIÓN ICBF 2021.

Por otro lado, las pretensiones de la accionante están directamente relacionadas con el citado Acuerdo 2081, toda vez que dicha norma es la base con la cual se realizó la convocatoria para el concurso de méritos, y se fijaron las directrices que rigen dicho proceso.

De acuerdo a lo anterior, y bajo el principio de subsidiariedad que rige la presente acción constitucional, se torna improcedente la misma, pues existen otros recursos o medios de defensa judicial a través de los cuales la accionante puede atacar el acto administrativo enjuiciado por la presente acción constitucional, como lo es, el medio de control de nulidad y/o nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso.

Aunado a lo anterior, resulta del caso precisar que, en ejercicio del medio de control de nulidad, la demandante puede solicitar medidas cautelares, a través de las cuales, el juez natural de llegarse a acreditar los requisitos para su procedencia puede inclusive suspender los efectos del acto administrativo enjuiciado.

Ahora bien, dado que existe otro mecanismo judicial para atacar el acto administrativo de la convocatoria del concurso que pretende la accionante declara nulo, la actora no determinó de manera clara y concreta, en qué consistía el perjuicio irremediable, ni tampoco lo probó; someramente aludió: *“estoy a punto de perder mi trabajo, el concurso aún no ha terminado”*.

Es importante citar la sentencia T – 003 de 2022, que sobre el perjuicio irremediable indicó:

“Inexistencia del perjuicio irremediable

32. El artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 dispone que “aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (subraya por fuera de texto). La jurisprudencia de esta Corte ha definido el perjuicio irremediable como “el riesgo de consumación de un daño o afectación cierta, negativa, jurídica o fáctica, a los derechos fundamentales, que debe ser invocada por el juez constitucional, dada la alta probabilidad de su ocurrencia”. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha indicado que “si la Constitución Política no consagrare el carácter subsidiario de la acción de tutela, se vaciarían de contenido lo mecanismos de defensa judicial dispuestos por el ordenamiento jurídico”.²

33. Ahora bien, para determinar la existencia de un perjuicio irremediable, que pueda superar el requisito de subsidiariedad, la Corte Constitucional ha establecido que (i) el perjuicio debe ser inminente, es decir, no basta con que exista una mera posibilidad de que se produzca el daño; (ii) el perjuicio que se cause sea grave, lo

² Corte Constitucional. Sentencia SU 508 de 2020.

que implicaría, en consecuencia, un daño de gran intensidad sobre la persona afectada; (iii) las medidas que se requieran para evitar la configuración sean urgentes; y (iv) la acción es impostergable, es decir, en caso de aplazarse la misma sea ineficaz por inoportuna.³”

Entonces, para que procediera esta acción de tutela era necesario que la parte actora acreditara el perjuicio irremediable, que la afecta, en caso de que no intervenga el Juez de tutela, para salvaguardarla de la presunta vulneración de los derechos fundamentales alegados.

En consecuencia, la señora CINDY ALEJANDRA CARDENAS GONZALEZ, atendiendo el principio de la subsidiariedad, primero debe acudir al Juez competente para controvertir el acto administrativo del que reclama se declare nulo por la vía constitucional; adicionalmente, en la jurisdicción contencioso administrativa puede solicitar medidas cautelares. En consecuencia, este Juez Constitucional no puede reemplazar al Juez natural.

Así las cosas, este Despacho con los argumentos utilizados para motivar la presente decisión, y conforme a lo probado, declarará improcedente la presente acción de tutela.

Por lo tanto, el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE SAN GIL, SANTANDER, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela promovida por la Sra. CINDY ALEJANDRA CARDENAS GONZALEZ, contra la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-, y la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA -UNIPAMPLONA-, por lo motivado en esta providencia.

³ Corte Constitucional. Sentencias SU-508 de 2020; T-190 de 2020 y T-235 de 2018.

SEGUNDO: Notificar la presente sentencia conforme el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: De no ser impugnado el presente fallo, dentro de la oportunidad legal, remítase en el menor tiempo el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


NELSON MANTILLA CADENA
Juez


ZAYDA CRISTINA SILVA MUÑOZ
Secretaria