

Señores

JUZGADOS PENALES DEL CIRCUITO DE SINCELEJO (SUCRE)

E. S. D.

REF: ACCION DE TUTELA

ACCIONANTE: VIVIAN KARINA CUETO PEREZ

ACCIONADOS: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

UNIVERSIDAD DE PAMPLONA

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA.

VIVIAN KARINA CUETO PEREZ, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No.64.578.318, correo electrónico vivian.cueto@hotmail.com, domiciliada en Sincelejo-Sucre actuando en nombre propio acudimos ante usted Señor Juez para instaurar **ACCION DE TUTELA** contra **LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC** Representada Legalmente por la Comisionada Doctora **MONICA MARIA MORENO BAREÑO** y/o quien haga sus veces, y **LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA** Representada Legalmente por el Doctor **IVALDO TORRES CHAVEZ** y/o quien haga sus veces, **UNIVERSIDAD DE PAMPLONA** Representada Legalmente por **IVALDO TORRES CHAVEZ** y/o quien haga sus veces y el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF** Representada Legalmente por **ASTRID CASERES** y/o quien haga sus veces, con el objeto de que se protejan nuestros derechos fundamentales Constitucionales **AL DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD, DERECHO A LA DEFENSA, A LA PROTECCION ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS, DE ACCESO A LA PROMOCIÓN DENTRO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA, AL LIBRE ACCESO A CARGOS PUBLICOS, ASI COMO LOS PRINCIPIOS DEL MERITO, IGUALDAD EN EL INGRESO, TRANSPARENCIA, IMPARCIALIDAD, CONFIANZA LEGITIMA y SEGURIDAD JURIDICA**, que han sido vulnerados, por los accionados. El fundamento de las pretensiones de Acción de Tutela radica en los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: Me encuentro vinculada al ICBF, como Provisional 1 año Y 6 meses hasta la fecha, en el cargo Profesional Universitario Código 2044 Grado 7, en el Grupo De Asistencia Técnica Regional sucre

SEGUNDO: Que la CNSC en acuerdos suscritos con el ICBF, abrieron la Convocatoria o. 2149 de 2021 en la modalidad de ascenso y abierto para proveer los cargos vacantes, siendo el término de inscripciones del 11 al 24 de octubre de 2021.

TERCERO: Que los cargos ofertados dentro de la Convocatoria ICBF 2021, Mediante acuerdo 2081 de 2021, fueron los siguientes cargos:

CAPÍTULO II EMPLEOS CONVOCADOS PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN

ARTÍCULO 8. OPEC PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN. La OPEC para este proceso de selección es la siguiente:

**TABLA No. 1
OPEC PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN EN LA MODALIDAD DE ASCENSO**

NIVEL JERÁRQUICO	NÚMERO DE EMPLEOS	NÚMERO DE VACANTES
Profesional	175	772
Técnico	14	114
Asistencial	12	88
TOTAL	201	974

Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Proceso de Selección ICBF 2021

TABLA No. 2
OPEC PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN EN LA MODALIDAD DE ABIERTO

NIVEL JERÁRQUICO	NÚMERO DE EMPLEOS	NÚMERO DE VACANTES
Profesional	34	2.774
Técnico	3	10
Asistencial	8	34
TOTAL	45	2.818

TABLA No. 3
OPEC PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN EN LAS MODALIDADES DE ASCENSO Y ABIERTO
EMPLEOS QUE NO REQUIEREN EXPERIENCIA

NIVEL JERÁRQUICO	NÚMERO DE EMPLEOS	NÚMERO DE VACANTES
Profesional	3	373
Técnico	5	32
Asistencial	4	50
TOTAL	12	455

CUARTO: *Dentro de los términos establecidos en el Acuerdo No. 2081 de 2021 que rige la Convocatoria No. 2149 de 2021, me inscribí para participar dentro de misma, con el fin de aspirar al cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 7– OPEC 166323, pues actualmente ostento el título académico de Trabajadora Social.*

QUINTO: *Que dentro de la verificación de requisitos mínimos se evidenció por parte de la CNSC que, como aspirante al cargo arriba señalado, cumplía requisito, por lo tanto, fui admitida y citada para presentar las pruebas de conocimiento el día 22 de mayo de 2022, según el cronograma señalado en el Acuerdo No. 2081 de 2021.*

SEXTO: *Que como el Acuerdo No. 2081 de 2021 estableció que, una vez presentadas las pruebas escritas, el aspirante podía hacer la reclamación dentro de los cinco (5) siguientes a la presentación de la prueba en la plataforma SIMO, si consideraba que existían irregularidades en la misma, presenté la correspondiente reclamación dentro de los términos establecidos en la norma contra los resultados de las pruebas escritas.*

SEPTIMO: *Que se obtuvo respuesta de la CNSC, donde nos citan para el día 17 de Julio de 2022, con fin de obtener el acceso a material de pruebas escritas funcionales y comportamentales, del proceso de selección del instituto Colombia de Bienes Familiar – ICBF 2021, recomendado en la misma leer previamente la Guía de Orientación al Aspirante para el acceso a pruebas escritas publicado en la página web de la CNSC, así como cumplir las instrucciones allí estipulado.*

OCTAVO: *Que dicha GUIA estableció en su numeral segundo lo siguiente: “2. RESERVA Y CONFIDENCIALIDAD DE LAS PRUEBAS ESCRITAS.*

Las Pruebas Escritas aplicadas tienen carácter reservado y son propiedad de la CNSC. El aspirante podrá utilizarlas para la consulta y trámite de reclamaciones en caso de solicitar el acceso, advirtiéndole que en ningún caso está autorizada su reproducción física y/o digital (fotocopia, fotografía, documento escaneado u otro similar), con el ánimo de conservar la reserva contenida en el numeral 3 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 o la norma que la modifique o sustituya, situaciones que podrán llevar a la exclusión del proceso de selección y acciones administrativas acordadas con la normatividad vigente.

En caso de que el aspirante incurra en alguna de las conductas descritas, se dará aplicación a la disposición contenida en el Título VIII, Capítulo Único “De los delitos contra los derechos de autor” de la Ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano, en armonía con lo dispuesto en el numeral 4.4 del Anexo Técnico Acuerdo No. 2081 del 21-09-2021, sin perjuicio de las demás acciones sancionatorias a que haya lugar.

Con el objeto de garantizar la reserva de las pruebas el aspirante deberá suscribir un acuerdo de confidencialidad, el cual será una condición indispensable para poder entregar el material de Pruebas Escritas.

NOTA: *Si el aspirante se niega a la firma del acuerdo de confidencialidad, NO podrá acceder al material de Pruebas Escritas por él aplicadas” (cursiva fuera de texto)*

NOVENO: *Que a pesar de que se solicitó el cuadernillo como prueba esencial para poder controvertir las preguntas realizadas, este no fue suministrado por el CNSC ni la Universidad de Pamplona, vulnerando lo establecido en la sentencia del consejo de estado proferidas en la Sección Segunda de fecha 13 y 18 de septiembre de 2021, dentro de los expedientes radicados bajo los números 2012-00233-01 y 2012- 00491-01, se ampararon los derechos de acceso a los documentos públicos y defensa. En consecuencia, se ordenó que se pusiera en conocimiento de los demandantes las preguntas efectuadas y sus respuestas, a fin de que pudieran efectuar en debida forma sus reclamaciones.*

Igualmente, esta corporación se pronunció frente al mismo tema en la sentencia del 17 de noviembre de 2015, con radicado Número: 11001-03-25-000-2009-00014-00 (0410-09).

“Cabe recordar que la Sección Segunda del Consejo de Estado, respecto a la reserva legal de las pruebas utilizadas en los procesos de concursos de méritos, al resolver acciones de tutela, ha sostenido que ella solo resulta procedente frente a los terceros no intervinientes directamente en el asunto, pues la negatividad hacerlo en relación con el participante en el proceso de selección afecta sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción²⁵, así como el derecho de acceder a los documentos públicos, por lo cual los concursantes tienen acceso a su propia prueba, pero no a la de los demás aspirantes²⁶, posición constitucional que comparte la Sala, pues garantiza la tutela judicial efectiva de cara a los derechos al debido proceso y de defensa.” (negrilla y cursiva fuera de texto).

DECIMO: *Que, por tanto, mediante inspección realizada el día 17 de Julio de 2022, se encontraron en las pruebas de conocimiento realizadas según el cronograma el día 22 de mayo de 2022, serias inconsistencias en el planteamiento de las 120 preguntas realizadas y ante lo cual presentamos ampliación de la reclamación a los resultados de las pruebas de conocimientos el día 19 de Julio de 2022 siendo esta la fecha límite, así:*

- *No se tuvo en cuenta el título académico que exigía cada empleo reportado para la convocatoria ya mencionada.*
- *A pesar de que existían para el cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 8 diferentes aspirantes en niveles académicos como psicólogos, trabajadores sociales, nutricionistas, antropólogos, la prueba escrita se hizo sin tener en cuenta estos criterios diferenciales, por lo tanto, de las 120 preguntas muy pocas obedecieron a la especialidad de los cargos requeridos y a la especialidad del aspirante, reuniendo a todos los aspirantes en un solo grupo.*
- *Que las preguntas no estaban planteadas conforme al Manual de Funciones y Competencia Laboral, ni a los ejes temáticos reportados por el ICBF*
- *Que muchas de las respuestas establecidas por la Universidad de Pamplona, carecían de sustento jurídico y por ende erradas, por ello era imposible que mi respuesta coincidiera con las señaladas en el cuestionario.*
- *La pregunta 6, No es competencia del trabajador social decirle al Defensor de Familia que debe hacer, debido a que él es la autoridad administrativa quien define con plena autonomía bajo la normatividad establecida la decisión a tomar, basada obviamente en los insumos que emite el equipo interdisciplinario y las sugerencias o recomendaciones que se hagan en este caso en particular, no solo el Defensor de Familia tiene en cuenta la lectura que haga el Trabajador Social. Cuanto se plantea el termino usted considera, se torna un tanto subjetivo, prestándose para diversas interpretaciones, lo que evidencia la falta de rigurosidad ante su formulación y generando vacíos para que se pueda considerar cualquiera de las opciones de respuesta, induciendo fácilmente al error. Por lo anterior, se evidencia un claro desconocimiento a la normatividad de infancia y adolescencia, porque en un equipo interdisciplinario de Defensoría de Familia, la Autoridad Administrativa es quien toma las decisiones y lidera el equipo, sin esperar que consideran los demás integrantes, se realizan reuniones para analizar desde un enfoque interdisciplinario y que las decisiones sean acertadas.*
- *La pregunta 11, en este caso se considera que la respuesta correcta es la ubicación del adolescente en un hogar sustituto, teniendo en cuenta que se ubican en hogar de paso cuando el NNA no cuenta con familia, pero en este caso se afirma que el niño tiene familia (padre) que no es garante para el cuidado luego de hacerse la atención por la entidad, por lo tanto, la respuesta correcta es la B.*
- *Art. 57 Ley 1098 de 2006: Ubicación en hogar de paso. La ubicación en hogar de paso es la ubicación inmediata y provisional del niño, niña o adolescente con familias que forman parte de la red de hogares de paso. Procede la medida cuando no aparezcan los padres, parientes o las personas responsables de su cuidado y atención.*
- *La pregunta 13, La respuesta es la C, se observa que falto una mejor redacción y estructuración de acuerdo con el eje funcional de la OPEC, el cual no corresponde al manual de funciones específicas del cargo si no del área de planeación y del enlace regional del sistema nacional de bienestar familiar quienes tienen labores específicas en el tema articulado de asistencia técnica*

nivel Regional y Nacional ICBF. En la respuesta seleccionada por la Universidad se observa que faltó una mejor redacción y estructuración de acuerdo al eje funcional de la OPEC el cual no corresponde al manual de funciones específicos de mi cargo si no del área de planeación y del enlace regional del sistema nacional de bienestar familiar quienes tienen labores específicas en el tema articulado y específico de asistencia técnica al nivel de la Regional y Nacional ICBF orientaciones que ellos brindan a los centros zonales, las mesas territoriales al nivel departamental, municipal, nacional así como a los proveedores del ICBF donde se establecen las DIFICULTADES dentro del proceso de aplicación de los programas esto con el fin de realizar un trabajo de plan de mejora de quienes están directamente implicados en la puesta en marcha de las acciones para atención de los NNA y sus familias.

- La pregunta 15, De acuerdo a la guía para la focalización de los usuarios de primera infancia del ICBF (Versión 3 del 14 de febrero de 2022) el concepto de focalización es: Proceso de la política social que permite direccionar los recursos y esfuerzos de las intervenciones de los programas sociales hacia los grupos de población más pobre y vulnerable, a partir del principio de eficiencia y equidad, con el fin de reducir las privaciones a las que se enfrenta esta población. La focalización es un proceso que involucra distintos momentos: identificación; selección; y asignación, los cuales resultan relevantes al momento de evaluar y mejorar los resultados que alcanzan los programas sociales.
- La pregunta 17, la respuesta es la C, se encuentra inmerso en los lineamientos estratégicos, es un direccionamiento de la Dirección Regional y de su competencia.
- Que Las preguntas 28, 29 y 30 no están relacionadas con el manual de funciones correspondiente a rol establecido en el manual publicado en la OPEC de la referencia, ya que se pregunta sobre trámites de bienes inmuebles, actividad netamente reservada para los servidores de los procesos de apoyo en gestión administrativa dependencia de abastecimiento. Para el caso de la OPEC a la que me presente referenciada al inicio de este documento hace parte del proceso misional, toda vez que se pregunta sobre inventario y facturación.
- Que la pregunta Numero 37 la cual hace referencia que en una capacitación con el equipo son los colegios LA RESPUESTA CORRECTA PUEDE SER CUALQUIERA DE LAS TRES OPCIONES, TENIENDO EN CUENTA QUE LAS TRES DETERMINAN EL GRADO DE AFECTACIÓN POR PARTE DE SU MADRE Y HERMANO, PUES ES SUBJETIVO PORQUE LA TRES OPCIONES HACEN ÉNFASIS A LOS ANTECEDENTES FAMILIARES. pregunta ambigua que induce al error
- La pregunta 49, no está relacionada con el manual de funciones correspondiente a nuestro rol, ya que se pregunta sobre respuesta a derecho de petición.
- Las preguntas, 55,56 y 57, este tema es específico del área de administrativa y financiera relacionada con el área de planeación a nivel nacional y regional- Por lo tanto, no corresponde al área OPEC- no están relacionadas con el manual de funciones correspondiente a nuestro rol, ya que se pregunta sobre ejecución y liquidación de contratos, con una tabla de presupuestos asignada.
- La pregunta 64, la respuesta es la A, De acuerdo con el texto da la posibilidad de varias respuestas, dado que el juego y la disciplina positiva son aspectos que tienen relación e inciden con el proceso social y educación emocional de los niños.
- La pregunta 75, Se aborda una problemática laboral donde se miden competencias del actuar profesional más no de sus funciones específicas en un rol determinado, es muy ambigua la pregunta. Llega de trabajo llega una nueva persona a liderar los procesos que tenía usted a cargo y este a su vez pide bastante colaboración para realizar estas labores. Y antes de la reunión también le solicito colaboración
- Que Las preguntas 88, 89, y 90 no están relacionadas con el manual de funciones correspondiente a nuestro rol, ya que se pregunta sobre población infantil escolarizada entre los años 2016 y 2017, una gráfica opaca.
- Que la pregunta número 91 a la que hace referencia y en donde se ofrece información del caso de la diligencia de allanamiento. Difiero sobre la respuesta correcta calificada por la universidad, toda vez que en los enunciados de la respuesta HABLA sobre contratar a la aspirante Viviana Sánchez, respuesta (B) respuesta que no es acorde a la normatividad vigentey que se puede sustentar en Artículo 106. CODIGO DE INFANCIA Y ADOLSCENCIA LEY
- La pregunta 114, la respuesta es b, la pregunta es subjetiva las tres opciones pueden ser correctas, se tiene que, dentro de las estrategias psicosociales y el sufrimiento emocional generado a las víctimas, sus familias y comunidades, como consecuencia de las graves violaciones a los Derechos humanos y las infracciones al Derecho internacional humanitario como se describe en las características del conflicto y los efectos en los en menores de edad en situación de desplazamiento y movilización.

- *La pregunta 118, no está relacionada con el manual de funciones correspondiente a nuestro rol, guarda relación directa con funciones de profesionales de nutrición.*

DECIMO PRIMERO: *Que dichas objeciones no fueron resultas por la CNSC, ya que el día 29 de Julio de 2022 (curiosamente fecha en la que termino el contrato entre la CNSC y la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA), la CNSC entregó respuesta a la reclamación radicada el 19 de Julio de 2022, utilizando la respuesta conjunta, única y masiva, de conformidad con el Art. 22 del CPACA, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015; sin embargo no dio respuesta de fondo las inquietudes en el escrito de la ampliación a la reclamación.*

DECIMO SEGUNDO: *Que como se continúa en la vulneración de mis derechos, radiqué tres (3) derechos de petición cada uno de ellos dirigido la CNSC, Universidad de Pamplona y el ICBF, a los siguientes correos respetivamente: atencionalciudadano@cns.gov.co, atencionalciudadano@unipamplona.edu.co, atencionalciudadano@icbf.gov.co con el fin de obtener información relacionada con la Convocatoria No. 2149 de 2021 ICBF.*

DECIMO TERCERO: *Que la Comisión Nacional del Servicio Civil, contestó el derecho de petición, dando respuesta a cada uno de los interrogantes planteadas en el petitum; planteando que se estaba aplicando un nuevo modelo de evaluación de competencias laborales que no tiene en cuenta ni el objeto misional de la entidad ICBF (Ley de Infancia y Adolescencia) ni sus nomograma de grupos interdisciplinarios donde cada profesional (psicólogos, trabajadores sociales, nutricionistas, etc.) tiene descrito su rol operacional,, llevando a que esa llamada integralidad de la que pregona la CNSC bajo su nuevo modelo, implique que en caso de que un Trabajador Social falte al servicio o viceversa, sea reemplazado por los psicólogos o nutricionistas o viceversa, despreciando la especificidad de los roles y estudios que se requieren en el manual de funciones de la entidad y establecidos en las normas internas de los grupos interdisciplinarios del ICBF, además de ser la especificidad del perfil del cargo y de funciones la que permite realizar la división del trabajo y desempeñar roles específicos, modelo que se utilizó anteriormente en las convocatorias 01 de 2005 entre otras y que no tuvo ningún inconveniente, no entendiendo las razones del cambio de modelo por parte de la CNSC en esta convocatoria.*

DECIMO CUARTO: *Que además de lo anterior los ejes temáticos tal como “ Reglas generales de manejo de recursos públicos” a pesar que son trabajadores misionales (psicólogos, trabajadores sociales, nutricionistas, antropólogos), y no administrativos o de apoyo a la gestión, lo que llevaron a realizar preguntas de contratación que nada tienen que ver con sus funciones pues ellos no son ordenadores del gasto y estos ejes temáticos Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, se realizaron pocas preguntas, Evaluación y abordaje del contexto socio-familiar de NNA (preguntas generales) , más pareciendo una prueba de pregrado, que propiamente una convocatoria de méritos que debió ser soportada sobre un manual de funciones atinente al objeto misional de la entidad (Ley de Infancia y Adolescencia) , sobre las resoluciones internas de grupos de trabajo y también incluir en los ejes temáticos las otras líneas tales como Intervención, Protección y Adopciones, lo cual no se tuvo en cuenta, llevando a esa prueba de conocimientos desfasada de la realidad del ICBF y obre la cual en el hecho 10 de la presente acción indicamos los errores de dichas preguntas.*

DECIMO QUINTO: *Que la Organización Mundial de la Salud – OMS, declaró el brote de enfermedad por Coronavirus – COVID-19 como una pandemia, esencial por la velocidad de su propagación y la escala de transmisión, el 11 de marzo de 2020.*

DECIMO SEXTO: *Que mediante Resolución No. 385 del 12 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social declaró el estado de emergencia sanitaria a causa del coronavirus COVID-19 en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2022, adoptando medidas con el objeto de prevenir y controlar la propagación del COVID – 19 y mitigar sus efectos.*

DECIMO SEPTIMO: *Que dicho Acto Administrativo fue modificado por las Resoluciones 407 del 13 de marzo de 2020 y 4050 del 17 de marzo de 2020 por el Ministerio de Salud y Protección Social. Así mismo, mediante Resoluciones No. 844 de 26 de mayo de 2020; 1462 de 25 de agosto de 2020; 2230 del 27 de noviembre de 2020; 222 de 25 de febrero de 2021; 738 de 26 de mayo de 2021; 1315 de 27 de agosto de 2021; 1913 de 25 de noviembre de 2021; 0304 de 23 de febrero de 2022 y, 0666 de 28 de abril de 2022, fue prorrogada la emergencia sanitaria, la cual irá, conforme a esta última, hasta el 30 de junio de 2022.*

DECIMO OCTAVO: *Que el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo No. 491 de 28 de marzo de 2020, por el cual se adoptaron medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica, disposición que tuvo control de constitucionalidad por medio de la sentencia C-242 del 9 de julio de 20203 .*

DECIMO NOVENO: *Que el artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020, estableció que para garantizar la participación en los concursos, sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social, hasta tanto permanezca vigente la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, se aplazarán en los procesos de selección las etapas de reclutamiento o de aplicación de pruebas que se estén adelantando para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, debiéndose reanudar dichos procesos una vez superada la Emergencia Sanitaria.*

VIGESIMO: *Que mediante la Resolución 666 de del 24 de abril de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social adoptó el protocolo general de bioseguridad para todas las actividades económicas, sociales y sectores de la administración pública, el cual está orientado a minimizar los factores que pueden generar la transmisión de la enfermedad y deberá ser implementado por los destinatarios de este acto administrativo en el ámbito de sus competencias*

VIGESIMO PRIMERO: *: Que mediante la circular externa 09 del 3 de julio de 2020, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), como autoridad en materia de carrera y órgano competente de regular la evaluación del desempeño laboral de los sistemas bajo su administración y vigilancia, expidió instrucciones relativas a la viabilidad de iniciar, evaluar y calificar el periodo de prueba, siempre y cuando se garantice el desarrollo, seguimiento y verificación de las actividades inherentes al empleo.*

VIGESIMO SEGUNDO: *Que atendiendo a las facultades infringidas en el numeral 11 del Art. 189 de la Constitución Política de Colombia y el Decreto 491 del 28 de Marzo de 2020, el Presidente de la República expidió el Decreto 1754 del 22 de Diciembre de 2020, “**Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria**”.*

VIGESIMO TERCERO: *Que mediante Sentencia 2021-046664-00 del 3 Junio de 2022, radicado No. 11001-03-15-000-2021-04664-00, siendo el Magistrado Ponente JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS, **DECLARO LA NULIDAD** del Decreto 1754 del 22 de Diciembre de 2020, justificando que el legislador extraordinario dispuso una condición resolutoria respecto del aplazamiento de los concursos que estaba sujeta al levantamiento de la emergencia sanitaria, e impuso así límite que no admite margen de interpretación alguno y que no fue considerado al momento de expedirse el Decreto 1754 de 22 de Diciembre de 2020.*

VIGESIMO CUARTO: *Que de la misma forma mediante Auto Interlocutorio la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A, con radicado No. 110010332500020210022200 (1385), de fecha 6 de junio de 2022, Decretó la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1754 de 2020, “Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y período de prueba en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria”, argumentando en esta sentencia que lo que hizo “el legislador extraordinario mediante el artículo 14 del Decreto del Decreto Legislativo 491 fue suspender los concursos en etapa de reclutamiento y aplicación de pruebas, así como el inicio de período de prueba. mientras estuviera vigente la emergencia sanitaria, pareciera claro que el Gobierno Nacional se extralimitó al disponer en el Decreto 1754 que reglamentaría dicho artículo para ordenar su reactivación sin que el Ministerio de Salud y Protección Social hubiera levantado la emergencia sanitaria. De esta forma se habrían transgredido los límites a los que debe someterse la potestad reglamentaria de la administración.*

VIGESIMO QUINTO: *Que la CNSC encontrándose aún vigente la emergencia sanitaria mediante Acuerdo No. 2081 el 21 de septiembre de 2021, convocó y estableció las reglas del Proceso de Selección las modalidades de ascenso y abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta personal del Instituto Colombiano de Bienes Familiar Proceso de Selección ICBF-2021*

VIGESIMO SEXTO: *No contentos con lo anterior y siguiendo con la vulneración de Derechos Fundamentales, el día 4 de Octubre de 2021, publicó a través del Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad –SIMO, el reporte de la oferta pública de empleos de carrera – OPEC, para que toda la ciudadanía interesada pudiera consultarla y así conocer las especificaciones de los empleos que la entidad ofertó para luego el aspirante escoger el empleo que podía aplicar en cumplimiento de los requisitos exigidos para ello, se reitera que aún se encontraba vigente la emergencia sanitaria.*

VIGESIMO SEPTIMO: *Que así ha continuado todo el proceso de selección y a la fecha se encuentran en la etapa de valoración de antecedentes, teniendo en cuenta que, mediante Sesión del 19 de julio de 2022, la Sala Plena de Comisión de la CNSC, decidió que esta etapa del proceso de selección No. 2149 del ICBF 2021, sería adelantada directamente por la Comisión Nacional.*

VIGESIMO OCTAVO: *Que solicitamos por ello al Departamento Administrativo de la Función Pública, la intervención dentro de esta acción de tutela con el objeto que realice una valoración al manual de funciones y a la metodología de la CNSC para la realización del concurso así como de las pruebas de conocimientos, en razón a que su función misional corresponde apoyar a todas las entidades públicas en la realización de sus manuales e funciones, de la realización de perfiles de cargos de las entidades públicas.*

VIGESIMO NOVENO: *Lo anterior, en razón a la inconformidad sustentada en hechos facticos y jurídicos, toda vez que el examen no fue planteado con objetividad e idoneidad por parte de la Universidad de Pamplona y Comisión Nacional del Servicio Civil. La mayoría de las preguntas y respuestas inducían a otorgar respuestas erróneas y análisis subjetivo, puesto que no eran consecuentes con la normatividad, guías, manual de funciones, ejes temáticos y lineamientos técnico-administrativos de ICBF. Sumado a que se cuenta con informe pericial otorgado por expertos de Ligia Franca, quienes sustentan con rigurosidad científica que el examen presenta inconsistencias y errores a nivel lingüístico, psicométrico y técnico. Además, no se evidencia que se adelantó un enfoque diferencial en la convocatoria, de acuerdo con el decreto 894 de 2017. El examen fue aplicado al parecer en su mayoría, por no decir a todos de manera similar para concurso de ascenso, abierto, OPEC y áreas profesionales de financiera, trabajo Social, Psicología, nutrición, pedagogía. A su vez existe en la Fiscalía denuncia penal por presuntos delitos en la administración público, cuyo número de noticia criminal es 6800116000160202267840, encontrándose en la etapa de indagación. Y en el Consejo de estado dos demandas de nulidad simple en proceso. Cabe resaltar que, hago parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por más de 10 años, teniendo diferentes tipos de vinculación y desde el año 2017 hasta la fecha como profesional universitario en provisionalidad código 2044 grado 7, el cual se surtió a través de un proceso de selección riguroso,*

con diferentes etapas tales como examen virtual, análisis de hoja de vida y entrevista presencial. Así mismo de manera semestral me es realizada evaluación del desempeño, la cual ha sido de nivel de cumplimiento sobresaliente y a nivel comportamental superior

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA

En primer lugar, Los artículos 86 de la Carta Política y 6 del Decreto 2591 de 1991 señalan que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando se utilice como un mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En este sentido, tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado y la Corte Suprema de justicia actuando como jueces constitucionales, han establecido que un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salvaguarda del derecho fundamental invocado.

El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha todos los medios ordinarios para la protección de sus derechos fundamentales. Este imperativo constitucional pone de relieve que, para solicitar el amparo de un derecho fundamental, el peticionario debe haber actuado con diligencia den los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia de la acción de tutela.

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe analizar, en cada caso concreto, si los otros mecanismos judiciales disponibles permiten ejercer la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logrando su protección efecto a e integral.

Ahora bien, en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de mérito, la altas cortes han sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en la Ley 1437 de 2011 para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo.

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009 se determinó que: “en materia de concurso de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprado que, para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa .realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”.

Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales **AL DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD, DERECHO A LA DEFENSA, A LA PROTECCION ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS, DE ACCESO A LA PROMOCIÓN DENTRO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA, AL LIBRE ACCESO A CARGOS PUBLICOS, ASI COMO LOS PRINCIPIOS DEL MERITO, IGUALDAD EN EL INGRESO, TRANSPARENCIA, IMPARCIALIDAD, CONFIANZA LEGITIMA y SEGURIDAD JURIDICA**

La Corte ha resaltado que la provisión de empleos a través de concurso busca la satisfacción del Estado y garantiza el derecho fundamental de acceso a la función pública. Por ello, la elección del concursante que reúne las calidades y el mérito asegura el buen servicio administrativo y requiere de decisiones rápidas respecto de las controversias que surjan entre los participantes y la entidad.

Así las cosas, las corporaciones han entendido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquier de sus derechos fundamentales.

La corte Constitucional en Sentencia T-180/15 Magistrado Ponente JORVE IVAN PALACIO PALACIO, Se pronunció sobre la protección de la Acción de Tutela en Concurso de Méritos- Procedencia excepcional cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable.

En lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo. La acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.

La carrera administrativa cuyo origen constitucional se encuentra en el Art. 125 superior, es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. En este sentido, la carrera administrativa funge como un principio y una garantía constitucional. Así pues, el concurso de méritos está dirigido a garantizar la selección objetiva del aspirante, según la evaluación y determinación de su capacidad e idoneidad para asumir las funciones a desempeñar, de manera que se impida la subjetividad o arbitrariedad del nominador o criterios contrarios a los principios y valores constitucionales.

Así, para establecer la idoneidad y eficacia de los mecanismos judiciales, el juez debe valorar los supuestos fácticos de los casos en concreto, y examinará aspectos como:

- (i) si la utilización del medio de defensa judicial tiene la virtualidad de ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela;*
- (ii) el tiempo que tarda en resolverse la controversia ante el juez natural;*
- (iii) la vulneración del derecho fundamental durante el trámite;*
- (iv) las circunstancias que impidieron que el accionante hubiese promovido los mecanismos judiciales ordinarios;*
- (v) la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario, entre otras.*

En la Sentencia SU-913 de 2009, se analizó el tema de la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de quienes participan en concurso de méritos, al respecto indicó:

“(...) LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL HA REITERADO QUE AL ESTAR EN JUEGO LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL TRABAJO, LA IGUALDAD Y EL DEBIDO PROCESO DE QUIENES PARTICIPARON EN UN CONCURSO DE MÉRITOS Y FUERON DEBIDAMENTE SELECCIONADOS, LA CORTE CONSTITUCIONAL ASUME

COMPETENCIA PLENA Y DIRECTA, AUN EXISTIENDO OTRO MECANISMO DE DEFENSA JUDICIAL, AL CONSIDERAR QUE LA TUTELA PUEDE “DESPLAZAR LA RESPECTIVA INSTANCIA ORDINARIA PARA CONVERTIRSE EN LA VÍA PRINCIPAL DE TRÁMITE DEL ASUNTO”, EN AQUELLOS CASOS EN QUE EL MECANISMO ALTERNO NO ES LO SUFICIENTEMENTE IDÓNEO Y EFICAZ PARA LA PROTECCIÓN DE ESTOS DERECHOS.

Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que, para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular” (Negrillas del suscrito).

*Continuando con la misma línea en la **sentencia T 800 de 2011, la Honorable Corte Constitucional** al analizar la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos de asignación de puntajes en concursos de mérito, que igual podría ser de cualquier otro requisito, como el que nos ocupa en el presente, señaló:*

“AUN CUANDO PARA ESTE CASO HAY OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL SUSCEPTIBLE DE SER EJERCIDO ANTE LA JUSTICIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, LO CIERTO ES QUE NO PUEDE ASEGURARSE QUE SEA EFICAZ, PUES LA TERMINACIÓN DEL PROCESO PODRÍA DARSE CUANDO YA SE HAYA PUESTO FIN AL CONCURSO DE MÉRITOS, Y SEA DEMASIADO TARDE PARA RECLAMAR EN CASO DE QUE EL DEMANDANTE TUVIERA RAZÓN EN SUS QUEJAS. CIERTAMENTE, EL PETICIONARIO PODRÍA RECLAMAR ANTE EL JUEZ CONTENCIOSO LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO DE ASIGNACIÓN DE PUNTAJES QUE CUESTIONA COMO IRREGULAR, PERO INCLUSO SI SE LE CONCEDIERA ESTA DECISIÓN NO TENDRÍA LA VIRTUALIDAD DE RESTABLECER DE INMEDIATO LOS DERECHOS DEL ACCIONANTE Y, EN CAMBIO, PODRÍA DEJARLO EN UNA SITUACIÓN DE INDEFINICIÓN PERJUDICIAL EN EL TRÁMITE DE LAS ETAPAS SUBSIGUIENTES DEL CONCURSO”

En igual sentido, en la sentencia SU-913 de 2009 la Sala Plena de la Corte consideró que “en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso – administrativo-, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que, para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”

De lo anterior se desprende que la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo competente para resolver la controversia objeto de revisión si se tiene en cuenta que las pretensiones deprecadas están encaminadas a demostrar que existiendo la alternativa de acudir a los medios de control jurisdiccional en lo contencioso administrativo, por premura del caso exige acudir a la acción de tutela toda vez que las fases del concurso avanzan poniendo en evidente consumación la vulneración de los derechos fundamentales

En efecto, en el presente caso la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, recientemente ha venido avanzando en el proceso, contestando rápidamente las reclamaciones en un formato sin reparar en el fondo del asunto.

De otra parte, se cumple con el requisito señalado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, dado que lo dicho a lo largo de esta solicitud de amparo demuestra la flagrante violación de derechos fundamentales, por lo que en este caso la acción de tutela resulta procedente ante la carencia de medios de defensa judicial.

*Retomando lo dicho por la Corte Constitucional en cuanto a la ineficacia de un medio de defensa ordinario por la supuesta posibilidad de acudir a la justicia ordinaria y allí pedir medidas cautelares, debe señalarse que en la práctica, y según lo señalado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, los mecanismos ordinarios en estos casos, tales como medios de control de nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho, **no son eficaces para conjurar de manera inmediata la violación de derechos fundamentales.***

Por lo anterior, en la sentencia C-284 de 2014 el alto tribunal constitucional manifestó que la Constitución les otorgó a los jueces de tutela una importante facultad para proteger derechos fundamentales de manera inmediata y a través de medidas que son más amplias que aquellas que tienen previstas las medidas cautelares, puesto que, en principio, no están sometidas a “reglas inflexibles” que limiten de alguna forma el estándar de protección que se puede otorgar.

La Corte Constitucional advirtió que los mecanismos previstos en la Ley 1437 de 2011 **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”.

En suma, en este caso el requisito de subsidiariedad se cumple cabalmente y la acción de tutela procede de manera definitiva para estudiar la flagrante vulneración de los derechos fundamentales en atención a que la actuación de la parte tutelada resulta **realmente arbitraria, inconstitucional y vulneradora de los derechos fundamentales invocados** y la etapa del concurso permite tomar decisiones que amparen tales derechos en este momento, dado que aún no se han adelantado actuaciones que generen derechos de terceros.

Además de lo anterior, se cumple con lo dicho por la jurisprudencia constitucional en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, que ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, **que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos.**

En el presente caso, **NO** existen mecanismos en sede administrativa para la protección de los derechos fundamentales invocados. Esto, ante la negativa de la CNSC en aceptar mis peticiones en **INFORMAR** cuáles fueron las razones para que la prueba escrita no se hiciera teniendo en cuenta el perfil académico de cada uno de los participantes y que las pruebas de conformidad con la normatividad que rige la convocatoria No. 2149 de 2021 ICBF se valoraran por otro operador diferente a la Universidad de Pamplona, con el fin de modificar mi puntuación obtenida en la prueba escrita, habida cuenta que tengo respuestas correctas que no se me tuvieron en cuenta como válidas y que además las respuestas que ellos tenían no eran ciertas y por ello inducían al error.

En efecto, como se dijo en el acápite de hechos, al advertir las flagrantes irregularidades que vulneran los derechos fundamentales acá invocados, se elevó la correspondiente reclamación de manera oportuna y las demás peticiones, advirtiendo las irregularidades que conducen a que se acceda a la misma pero la CNSC en una respuesta supremamente confusa en un juego de palabras técnicas, no ha querido aceptar que, en efecto, las irregularidades existieron en la prueba.

En desarrollo del proceso de selección referido, el día 22 de mayo de 2022 se aplicaron las pruebas escritas y posterior a esta jornada ha surgido **públicas manifestaciones que atentan contra los principios de transparencia, imparcialidad y confianza legítima que gobiernan este tipo de procesos.**

Pese a tan evidente prueba de las irregularidades, la CNSC se ha dedicado a dar respuesta a las reclamaciones con argumento totalmente **ILEGALES e INCONSTITUCIONALES**, en el sentido de que se ha actuado conforme a la normativa y ha habido la correspondiente auditoría del ICBF

En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional ha dicho que, en el evento de presentarse, en desarrollo del concurso la flagrante violación de un derecho fundamental, la acción de tutela para el afectado resulta procedente ante la carencia de medios de defensa judiciales para lograr la continuidad en el concurso. Así lo aceptó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Sentencia AC-00698 del 28 de agosto de 2007 y lo han reiterado las Secciones Primera y Cuarta de dicha Corporación.

En segundo lugar: Con todo respeto Señor Juez, debemos analizar el **Principio de Inmediatez y Subsidiariedad** como requisito para la procedencia de la acción de tutela.

La acción de tutela fue instituida por la Constitución de 1991, como un mecanismo judicial subsidiario para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en ciertas circunstancias, en cuanto no tengan protección eficaz y oportuna en otra jurisdicción.

La Corte tiene establecido que, si bien puede ejercerse en cualquier tiempo, ello no significa que el amparo proceda con completa independencia de la demora en la presentación de la petición. Concretamente, ha sostenido que la tutela resulta improcedente cuando la demanda se interpone después de transcurrido un lapso irrazonablemente extenso, desde la fecha en que sucedieron los hechos o viene presentándose el hecho vulnerador que la parte accionante estima afecta sus derechos fundamentales.

En el caso concreto es evidente la procedencia e inmediatez, ya que, si bien existe otro medio de defensa judicial, este no es eficaz y además mientras que resultare el fallo de un proceso, se ocasiona un perjuicio irremediable ya que las restricciones contenidas en la guía de orientación entregada por la CNSC para revisar el cuadernillo de preguntas vulneran los derechos fundamentales de los participantes que optaron por la reclamación frente al puntaje obtenido en la prueba escrita.

Con todo respeto Señor Juez, queda así demostrada la inmediatez como requisito para su procedencia, pues como lo señala la disposición del Art. 86 de la Constitución Política, la Acción de Tutela debe tener por objeto procurar “**la protección inmediata** de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o privada. Es decir, que, en vista de la gravedad de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales de las personas, se ofrece una vía procesal cuya potencialidad es considerablemente superior a la de otros medios de defensa judicial, vía que la norma constitucional ha definido de manera sencilla y clara como protección eficaz, que justifica acudir al procedimiento preferente y sumario.

Sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela además de lo ya mencionado la jurisprudencia especialmente en la sentencia T-504 de 2008, procedió a recordar lo siguiente:

1 legitimación activa. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

2

3 legitimación pasiva. De acuerdo con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra acciones u omisiones de particulares, entre otros, en el caso en que quien solicite el amparo se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se promueve la acción.

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado el alcance de la subordinación y la indefensión en los siguientes términos:

"(...) [la subordinación] alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los **trabajadores respecto de sus patronos**, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate (...)"

Considero señor juez, que los accionados, irrespetaron los derechos fundamentales de los aspirantes a obtener un cargo público mediante el concurso de méritos.

Referente al perjuicio irremediable la Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencias ha señalado:

Sentencia T-318/17

Conforme a estos criterios, la Corte ha conceptualizado el perjuicio irremediable, así:

"(...) De acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben

requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”.

Así mismo, este Tribunal, ha destacado que cuando se trata de esta hipótesis, el accionante deberá acreditar: “(i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (iii) la gravedad del perjuicio – irremediable.

Ahora bien, en cuanto al segundo supuesto, que hace referencia a la idoneidad del mecanismo de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que este “ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata. La idoneidad del medio judicial puede determinarse, según la Corte lo ha indicado, examinando el objeto de la opción judicial alternativa y el resultado previsible de acudir a ese otro medio de defensa judicial.”. Así, el juez constitucional deberá efectuar un análisis particular del caso concreto, pues en este podría percatarse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o adoptar las medidas necesarias para la protección de los derechos fundamentales afectados.

En síntesis, la acción constitucional no puede desplazar al juez ordinario y solo subsidiariamente, en eventos excepcionales definidos por la jurisprudencia, aquella puede invocarse para solicitar una protección transitoria, o una protección definitiva. Cuando se invoca el perjuicio irremediable, el peticionario debe acreditarlo o aportar mínimos elementos de juicio que le permitan al juez constitucional comprobar la existencia de este elemento.

ARGUMENTACION JURIDICA DE LAS PRETENSIONES COMO CONSECUENCIA DE LA VULNERACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS Y DE LOS CUALES SE SOLICITA SU PROTECCION.

VIOLACION AL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO,

DEFINICIÓN Y ALCANCE DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO.

El artículo 29 de la Constitución Política determina que el debido proceso debe regir todas las actuaciones adelantadas bien sea en procesos judiciales o en trámites administrativos. En armonía con ello, este derecho ha sido definido por la Corte Constitucional como el conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para proteger a una persona dentro del trámite de un procedimiento judicial o administrativo. En ese sentido, su propósito es efectivizar los derechos de los asociados, lo que se logra no solo con el respeto del contenido sustancial o material de aquellos sino también con el acatamiento de las condiciones formales que posibilitan su ejercicio.

Es preciso recordar que el núcleo esencial de un derecho fundamental alude a aquel ámbito de su contenido que resulta indispensable para la protección de los intereses jurídicos que busca satisfacer. Así las cosas, es plausible afirmar que, tratándose del debido proceso, ese contenido básico e irreductible se refiere al ejercicio del derecho de defensa a fin de que, luego de agotarse una serie de etapas con sujeción a unas reglas previamente establecidas y con respeto de las oportunidades consagradas en favor de quienes son parte dentro del respectivo procedimiento, se adopte una decisión definitiva, ya sea en una instancia judicial o administrativa.

VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO EN ESTE CASO.

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 realce 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.

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha señalado que este sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenida en los artículos 13 y 25 de la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientada 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.

Resulta vulneratorio el principio de igualdad de oportunidades cualquier práctica que discrimine a los aspirantes a un empleo público en razón de su raza, sexo, convicciones religiosas o políticas. Así mismo, es contrario al mencionado principio toda conducta que sin justificación alguna rompa el equilibrio entre los participantes de un concurso. De igual manera, resultan inconstitucionales por desconocer el principio de igualdad de oportunidades, aquellos concursos públicos que carezcan de medidas efectivas para garantizar condiciones más favorables a personas pertenecientes a ciertas poblaciones cuyas posibilidades de acceso al empleo público haya sido tradicionalmente negado.

*La Corte Constitucional en Sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas que, por regla general, conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera. En dicha oportunidad esta Corporación explicó que la escogencia del servidor público de carrera debe estar precedida de las fases de (i) convocatoria, (ii) reclutamiento, (iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de listas de elegibles, **enfaticando en que aquellas deben adelantarse con el apego al principio de la buena fe y los derechos a la igualdad y el debido proceso**, característica éste que dentro de esta convocatoria brilla por su ausencia al realizar una prueba escrita sin cumplir con las reglas de la convocatoria No. 2149 de 2021 ICBF, ya que como se ha manifestado en el acápite de hechos, el cuadernillo de preguntas no tenían relación ni con las funciones, ni con los ejes temáticos reportados por el ICBF.*

En este caso, las tuteladas violan el derecho fundamental al debido proceso al imponer unas restricciones para la revisión del cuadernillo de preguntas, las cuales están por fuera de la normativa Colombiana y vulneran nuestra buena fe y el debido proceso.

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN ESTE CASO

La Corte Constitucional ha explicado que la seguridad jurídica implica que “en la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite”.

La seguridad jurídica es, la certeza del derecho que posee el individuo en la sociedad, la cual está garantizado por el Estado, a fin de que se aplique la normatividad que se encuentra vigente.

Este principio es como correlativo necesario de los principios de la confianza legítima y de la buena fe consagrado en el Art. 83 de la Constitución Política de Colombia, busca salvaguardar y no sancionar la conducta de quien actúa convencido que está amparado en normas y precedentes judiciales ciertos y vinculantes que regulan su conducta de terminada manera, y que por lo tanto no ofrecen duda o desconfianza para realizar la actividad que se propone, por ello cuando existen criterios divergentes al interior de una autoridad administrativa, corporación judicial o en la jurisprudencia aplicable no es posible encasillarse en uno de ellos y desconocer los otros, para alegar la confianza legítima y la seguridad jurídica.

La Corte ha dicho que, si bien “la seguridad jurídica y la autonomía e independencia judiciales son principios fundantes de los Estados democráticos”, éstos no pueden “ser empleados para blindar decisiones exclusivamente basadas en el capricho, en la saliente negligencia o en la arbitrariedad de los jueces.” (Sentencia T-359 de 2003, ratificada en sentencia T-676, M.P. Jaime Araújo Rentería).

La seguridad jurídica tiene como finalidad promover el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad e incita al ciudadano a confiar en que su caso o pretensión será resulta o merecerá la misma respuesta que dio en casos anteriores e iguales.

Esa confianza se ve naturalmente disminuida, en este caso por la CNSC, al convocar mediante Acuerdo No. 2081 del 21 de Septiembre de 2021 el proceso de selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del ICBF, al encontrarse vigente la emergencia sanitaria, declarada por el Ministerio de la Salud y Protección Social mediante Resolución No. 666 del 24 de abril de 2020.

Es importante tener en cuenta que dentro de las facultades que le otorga la Constitución Política de Colombia al Presidente de la República se expidieron una serie de Decretos Legislativos por causa del coronavirus COVID-19, con el fin de adoptar medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades y los particulares que cumplan funciones públicas, tomando medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica, como fue el Decreto 417 del 17 de Marzo de 2020.

Como una de las medidas se expidió el Decreto Legislativo No. 491 del 28 de marzo de 2020, el cual en su Art. 14, dispuso el aplazamiento de los procesos de selección en curso. En su parte resolutive lo enunció así:

“(…) Artículo 14. Aplazamiento de los procesos de selección en curso. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social, se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, especial constitucional o específico, que se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas.

Las autoridades competentes deberán reanudar dichos procesos una vez se supere la Emergencia Sanitaria. (negrilla y subrayado fuera de texto).

En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. Durante el período que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia.

Referente a la norma encita, cabe resaltar que la Corte Constitucional en Sentencia C-242 de 2020, declaró la exequibilidad sin condicionamiento, con el fundamento de considerarlo proporcionado y razonable, teniendo en cuenta las circunstancias excepcionales por las que atravesaba a nivel mundial y que también afectó económicamente y la salud de los habitantes de nuestro país.

Para ilustrar las razones jurídicas que dicha Corporación tuvo como fundamento para la exequibilidad del art. 14 del Decreto 491 de 2020, traigo a colación la Sentencia C-242 de 2020 cuyo análisis fue:

“(…) 6.263. Sobre el particular, la Corte evidencia que la suspensión de los procesos de selección contemplada en el artículo 14 afecta el derecho a ocupar cargos públicos y los principios de mérito como criterio de acceso al empleo público y de celeridad, establecidos en los artículos 40.7, 125 y 209 de la Constitución, puesto posterga en el tiempo los concursos al permitir que éstos no sean adelantados en los plazos establecidos en las convocatorias respectivas y sean interrumpidos mientras dure vigente la emergencia sanitaria.

6.264. Sin embargo, esta Sala constata que dicha afectación a los referidos principios superiores es proporcional en función de las circunstancias excepcionales que enfrenta el país con ocasión de la pandemia, porque la medida de suspensión de los procesos de selección:

(i) Persigue una finalidad legítima, en tanto que busca que las restricciones sanitarias adoptadas con ocasión de la pandemia no impidan que ciertas personas puedan participar en los concursos de méritos en desarrollo, así como evitar que se realicen pruebas masivas que deriven en escenarios de contagio.

(ii) Es adecuada para cumplir dicho objetivo, ya que, por medio del aplazamiento temporal de los concursos, se permite que las personas que no se encuentran en la posibilidad material de participar en los procesos de selección por su edad, condiciones de salud, posibilidades de acceso a medios tecnológicos o atender ciertas medidas sanitarias, no vean afectadas sus aspiraciones legítimas de ingresar al empleo público.

(iii) Es necesaria, toda vez que la suspensión de los concursos es la única acción razonable que asegura que, sin importar el impacto de las diversas medidas adoptadas para enfrentar el riesgo epidemiológico asociado al coronavirus COVID-19 que han implicado, por ejemplo, para algunas personas la imposibilidad de salir de sus residencias o de regresar del exterior, se presenten casos de negación de la oportunidad de acceder al empleo público.

(iv) Es proporcional en sentido estricto, en tanto que, si bien se restringe la celeridad de los trámites de selección y, con ello, el acceso al empleo público, lo cierto es que la suspensión de los procesos de selección es transitoria y finalizará una vez se supere la emergencia sanitaria.

Además, no afecta a los concursos en los que ya existan listas de elegibles en firme y, por ello, se hayan consolidado derechos de los aspirantes.

6.265. Sobre este último punto, la Corte advierte que la decisión de dar continuidad a los procesos en curso que se encuentran en su etapa final no reviste problemas de constitucionalidad, ya que al haberse adelantado las pruebas respectivas y encontrarse pendiente únicamente el nombramiento y posesión de las personas que ocuparon los primeros lugares en la convocatoria, se busca la concreción del principio de mérito teniendo en cuenta Control Inmediato de Legalidad: 2021-04664-00 41 que, al tratarse de actuaciones con individuos puntuales, es posible proseguir con las mismas sin generar escenarios masivos de contagio.

6.266. En este sentido, **se advierten razonables la autorización para que se realicen los nombramientos y posesiones por medios virtuales y, además, la estipulación de que el período de prueba sólo iniciará una vez se supere la emergencia sanitaria, pues son directrices que tienen en cuenta las limitaciones existentes para la prestación normal del servicio y reconocen que la calificación de un servidor en medio de las restricciones logísticas de la pandemia puede derivar en escenarios de arbitrariedad.**

(i) A pesar de que para algunas personas el posible retiro del cargo que ocupan en provisionalidad ante su provisión por concurso puede llegar a afectar su estabilidad económica en medio de la pandemia, lo cierto es que la naturaleza de su vinculación provisional lleva implícita dicha eventualidad y, por ende, no puede alegarse como una circunstancia imprevisible que exigiera por parte del legislador un trato preferencial.

(ii) La disposición de no suspender los procesos de selección en los que existan listas en firme, incluso en el sector salud, no tiene el potencial de afectar la prestación del servicio, porque, en principio, las personas que superan las distintas etapas de las convocatorias han demostrado su idoneidad laboral para ocupar los cargos respectivos.

(iii) **Si bien, como lo propone la Comisión Nacional del Servicio Civil, podrían organizarse pruebas o exámenes individuales o virtuales que no impliquen el contacto social, lo cierto es que con ocasión de la pandemia se han implementado medidas sanitarias locales y nacionales que pueden, en ciertos casos, impedir que las personas agoten las etapas del proceso de selección bajo tales condiciones, máxime cuando es un hecho notorio que no todos los individuos tienen acceso a los medios tecnológicos o pueden utilizarlos con destreza,** por lo que la Corte no estima que, a pesar de que ello pueda ser conveniente, sea inconstitucional la omisión de otorgarle la facultad a dicha entidad para adelantar algunas fases de las convocatorias (...)” (Destaca la Sala).

Señor Juez, nótese que la Emergencia Sanitaria, fue prorrogada por el Ministerio de la Salud y la Protección Social mediante los actos administrativos señalados en hecho No. 22, hasta el 30 de junio de 2022.

Respetuosamente del Señor Juez, es importante detenerme en este punto, para señalar que resulta claro que a la fecha en que se expidió el Acuerdo 2081 del 21 de Septiembre de 2021 por la CNSC, en la cual convocó a concurso de méritos los empleos reportados por el ICBF, continuaba vigente la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, lo que no sólo contraría la finalidad del Decreto 491 de 2020, cual fue adoptar medidas sanitarias para enfrentar el riesgo epidemiológico asociado al coronavirus COVID-19, así como disponer de una condición resolutoria respecto del aplazamiento de los concursos que estaba sujeta al levantamiento de la emergencia sanitaria; sin embargo la misma fue quebrantada por la CNSC y el ICBF al desarrollar y ejecutar la convocatoria No. 2149 de 2021 ICBF.

Bien, lo señala el Consejo de Estado en Sentencia de fecha 3 de Junio de 2022, con radicado 2021-04664-0, que el Decreto 1754 de 2020, habilitaba a la CNSC y entidades responsables adelantar los procesos de selección; sin embargo es de anotar que esta norma tenía una característica no era obligatoria y dentro de la misma dichas entidades debieron hacer el análisis y apartarse de su cumplimiento, teniendo con fundamento que la emergencia sanitaria se encontraba vigente y que además la finalidad de toda la legislación expedida para esa época era prevenir el riesgo del contagio.

Por otro lado, los ciudadanos quienes participaron se vieron obligados aceptar las reglas de la convocatoria No. 2149 de 2021 ICBF o de lo contrario no eran admitidos, a pesar que la misma fue publicada en el segundo pico de la pandemia donde la tasa de mortalidad crecía cada vez más según la Organización Mundial de la Salud - OMS, precisamente porque las medidas dictadas por el Gobierno Nacional no eran respetadas y esto fue lo que hizo la CNSC al convocar a un concurso de méritos y olvidó la finalidad del Decreto 491 de 2020 y Resolución 666 de del 24 de abril de 2020 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Las normas en citas, establecieron medidas para prevenir la pandemia del COROVIRUS – COVID 19, por ello las entidades responsables del Concurso reitero antes de publicar la convocatoria del ICBF, no hicieron un análisis juicioso del Decreto 1754 de 2020, pues si lo hubiera hecho con fundamento en la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia si hubieran apartado de la misma, pues el Gobierno Nacional al expedir esta norma, desconoció el alcance de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 491 de 2020, norma de rango superior.

El CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA DIECISIETE DE DECISIÓN Magistrado Ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS Bogotá D.C., tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022) Proceso número: 11001-03-15-000-2021-04664-0, se pronunció frente al tema en los siguientes términos:

“EN LO QUE TIENE QUE VER CON LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA, LA SALA CONSIDERA QUE LA DECISIÓN DE REANUDAR LOS PROCESOS DE SELECCIÓN PARA PROVEER LOS EMPLEOS DE CARRERA DEL RÉGIMEN GENERAL, ESPECIAL Y ESPECÍFICO, ASÍ COMO DE LOS PERIODOS DE PRUEBA EN VIGENCIA DE LA EMERGENCIA SANITARIA, NO ES UN MEDIO IDÓNEO PARA ASEGURAR EL PRINCIPIO DEL MÉRITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA, ASÍ COMO SALVAGUARDAR EL DERECHO A LA SALUD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y/O CIUDADANOS QUE SE ENCUENTREN EN ALGUNA DE LAS ETAPAS DE ESTOS PROCESOS.

LO ANTERIOR, COMOQUIERA QUE, AUNQUE DICHOS FINES SON CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMOS, SEGÚN SE EXPLICÓ EN PRECEDENCIA, LA MEDIDA DESCONOCE ABIERTAMENTE LA RESTRICCIÓN IMPUESTA POR EL LEGISLADOR EXTRAORDINARIO DE QUE DICHOS PROCESOS DE SELECCIÓN QUEDARAN APLAZADOS CON OCASIÓN DE LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA DEL COVID19, Y SÓLO SE REANUDARAN UNA VEZ FUERE SUPERADA LA EMERGENCIA SANITARIA DICTADA POR EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. COMO EL ACTO SUJETO A CONTROL DISPUSO LA POSIBILIDAD DE DAR CURSO A ESTOS TRÁMITES AUN ESTANDO EN

VIGENCIA LA EMERGENCIA SANITARIA, RESULTA PALMARIO QUE NO ES APROPIADA PARA LOGRAR EL FIN PERSEGUIDO. AL PUNTO, CONVIENE RECORDAR QUE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA C-242 de 202054, CONSIDERÓ QUE, SI BIEN LA SUSPENSIÓN DE LOS PROCESOS DE SELECCIÓN CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 14 DEL DECRETO LEGISLATIVO 491 de 2020, “AFECTA EL DERECHO A OCUPAR CARGOS PÚBLICOS Y LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO COMO CRITERIO DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO Y DE CELERIDAD, ESTABLECIDOS EN LOS ARTÍCULOS 40.7, 125 Y 209 de LA CONSTITUCIÓN, PUESTO QUE POSTERGA EN EL TIEMPO LOS CONCURSOS AL PERMITIR QUE ÉSTOS NO SEAN ADELANTADOS EN LOS PLAZOS ESTABLECIDOS EN LAS CONVOCATORIAS RESPECTIVAS Y SEAN INTERRUMPIDOS MIENTRAS DURE VIGENTE LA EMERGENCIA SANITARIA”, LO CIERTO ES QUE, A SU JUICIO, DICHA AFECTACIÓN “ES PROPORCIONAL EN FUNCIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES QUE ENFRENTA EL PAÍS CON OCASIÓN DE LA PANDEMIA”, PUES PERSIGUE UNA FINALIDAD LEGÍTIMA, EN TANTO PRETENDE QUE LAS RESTRICCIONES SANITARIAS ADOPTADAS CON OCASIÓN DE LA PANDEMIA NO IMPIDAN QUE CIERTAS PERSONAS PUEDAN PARTICIPAR EN LOS CONCURSOS DE MÉRITOS EN DESARROLLO, ASÍ COMO EVITAR QUE SE REALICEN PRUEBAS MASIVAS QUE DERIVEN EN ESCENARIOS DE CONTAGIO.(...)”

BAJO TAL PERSPECTIVA, LA SALA DECLARARÁ LA NULIDAD DEL DECRETO 1754 del 22 de DICIEMBRE DE 2020 “POR EL CUAL SE REGLAMENTA EL DECRETO LEGISLATIVO 491 del 28 de MARZO DE 2020, EN LO RELACIONADO CON LA REACTIVACIÓN DE LAS ETAPAS DE RECLUTAMIENTO, APLICACIÓN DE PRUEBAS Y PERIODO DE PRUEBA EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN PARA PROVEER LOS EMPLEOS DE CARRERA DEL RÉGIMEN GENERAL, ESPECIAL Y ESPECÍFICO, EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA SANITARIA”, PROFERIDO POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA CON LA FIRMA DEL MINISTRO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO Y EL DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE

LA FUNCIÓN PÚBLICA, TRAS CONSIDERAR QUE NO RESULTA CONSONANTE CON LAS DISPOSICIONES DEL DECRETO LEGISLATIVO 491 DE 2020 Y TAMPOCO ES IDÓNEO, NECESARIO Y PROPORCIONAL CON LAS MEDIDAS QUE SE PRETENDEN ADOPTAR

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA DE LAS MADRES CABEZA DE FAMILIA

La estabilidad laboral reforzada ha sido un tema traído por la jurisprudencia, con el fin de dar cumplimiento a los fines esenciales de nuestra Constitución Política establecido en su Art. 1, por ello la Corte Constitucional se ha dedicado en sendas jurisprudencias a reconocer y garantizar ese derecho de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa y que son sujetos de especial protección constitucional, como lo son madres y padres cabeza de familia, personas que están en situación de discapacidad, prepensionados y en debilidad manifiesta por razones de salud.

*No estoy en contra del mérito, por ello reconozco que los empleados en provisionalidad y que tenemos situaciones especiales, no estamos sujetos a quedarnos a perpetuidad en los cargos, pues debemos concursar para aspirar a un cargo de carrera administrativa; **sin embargo, de conformidad con el Art. 2, 13, 46 y 47 de la Constitución Política de Colombia, se nos debe propiciar un trato preferencial como medida de acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de mérito, con el fin de garantizar los derechos fundamentales.***

*La Corte Constitucional ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales y la estabilidad laboral reforzada de que gozan los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad y que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, para ello me remito a la **Sentencia SU-446 de 2011**, que al respecto expresó:*

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación⁸, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación⁹. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

“En estos tres eventos la fiscalía general de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del Artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando” (negritas originales).

Entonces, pese a la potestad de desvincular a los empleados públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de

aquellas personas que están en condiciones especiales deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos:

(i) La adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y

(ii) La motivación del acto administrativo de desvinculación.

Para la Corte Constitucional, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, las personas con una situación especial han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. "La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

Respecto al retiro de los empleados provisionales que se encuentran en una situación especial por el nombramiento en periodo de prueba de prueba de quien ha ocupado el primer lugar en la lista de elegibles, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-901 de 2008, señaló:

"... respecto de personas que se consideran sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad, ni la situación que afrontan las personas discapacitadas, en un mercado laboral que usualmente les es hostil y donde no es fácil procurar un trabajo, situación suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma condición y por la edad, amén de factores de índole económica.

Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de los participantes, extrañas al mérito y vinculadas con fórmulas como, el lugar de origen o de prestación del servicio, la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio cargo para el que se concursa, el ingreso automático a la carrera o los concursos cerrados para ingreso o ascenso, reconocer a las pruebas de conocimientos generales o específicas -en este caso a la Prueba Básica general de preselección- un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, la estructuración de la lista de elegibles y el nombramiento respectivo en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso.

La Ley 082 de 1993 señala en su artículo 2, que la es Mujer Cabeza de Familia quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo afectiva, económica o socialmente en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

Por lo anterior, la condición de madre o padre cabeza de familia se reconocerá a aquel que asume en forma exclusiva y sin apoyo alguno la responsabilidad del hogar, aunado a ello la ausencia en asumir la responsabilidad del otro padre debe obedecer a factores de fuerza mayor que no son predicables a la mera ausencia de este, como tampoco a un reducido aporte o cumplimiento en los demás deberes que le atañen en su condición. Esta persona deberá declarar ante un notario expresando las particularidades de su caso que justifican tal condición.

Igualmente, el Artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, ha señalado que los servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familiar entre otros, que deban ser desvinculados como consecuencia de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los último en ser retirados.

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia T-186 de 2013, ha reconocido que cuando un empleado ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, "concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento

de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa".

En este caso, las tuteladas violan el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada a las madres cabezas de familia porque a la fecha no ha establecido las acciones afirmativas para la protección de esta población que goza de un fuero especial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento las pretensiones de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y los Decretos 2591 de 1991, respecto de casos similares, la Honorable Corte Constitucional ha establecido jurisprudencialmente lo siguiente:

CONSIDERACIONES PARTICULARES

Señor Juez, reconozco que aunque existen otras vías judiciales para ventilar el motivo del reconocimiento del derecho a ocupar un cargo público a través del concurso de mérito, como lo constituye la **JUSTICIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA**, considero que nuestros derechos fundamentales se están viendo gravemente **VULNERADOS** y además ocasionando un **PERJUICIO IRREMEDIABLE** con la restricciones que indica la CNSC en la guía de orientación para revisar el cuadernillo de preguntas entregada en la Convocatoria 2021 ICBF.

Por tanto, acudo a su sabiduría y administración de justicia, como juez constitucional para que por medio de la presente acción de tutela ampare y garantice los derechos fundamentales señalados en esta misiva, y en su defecto se decrete la medida cautelar que a continuación se solicita así:

PRETENSIONES

Con fundamento en lo expuesto, se suplica al Juez de tutela AMPARAR mis derechos fundamentales **AL DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD, DERECHO A LA DEFENSA, A LA PROTECCION ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS, DE ACCESO A LA PROMOCIÓN DENTRO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA, AL LIBRE ACCESO A CARGOS PUBLICOS, ASI COMO LOS PRINCIPIOS DEL MERITO, IGUALDAD EN EL INGRESO, TRANSPARENCIA, IMPARCIALIDAD, CONFIANZA LEGITIMA y SEGURIDAD JURIDICA** En consecuencia se solicita.

PRIMERO: Que se **DECLARE NULO** todo lo actuando en la Convocatoria No. 2149 de 2021 ICBF, el Acuerdo No. 2081 de 2021 "Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombia de Bienestar Familiar – Proceso de Selección ICBF-2021, el Anexo Acuerdo No. CNSC-20212020020816 de 2021 por el cual se establecen las especificaciones técnicas de las diferentes etapas del "proceso de selección ICBF 2021" y demás normas que reglamentan la Convocatoria No. 2149 de 2021 ICBF.

SEGUNDO: Que se retire el cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 7 de la Convocatoria No. 2144 de 2021 – ICBF para la cual fui admitida dentro del concurso de méritos.

TERCERO: De no prosperar la pretensión número uno y dos como pretensiones subsidiarias de la presente Acción se ordene:

A) SUSPENDER la Convocatoria No. 2149 de 2021, por la vulneración al debido proceso, seguridad jurídica, confianza legítima y buena fé, situaciones fácticas que no se tuvieron en cuenta al convocar y establecer las reglas del proceso de selección mediante Acuerdo No. 2081 del 21 de septiembre de 2021, encontrándose aún vigente la emergencia sanitaria declarada mediante Resolución 666 de del 24 de abril de 2020 por el Ministerio de Salud y Protección Social.

MEDIDA CAUTELAR: Solicitamos como parte de las pretensiones la medida cautelar donde se ordena la suspensión de la convocatoria 2149 del ICBF, hasta tanto:

- *Se ordene a la CNSC y a la Universidad de Pamplona para que se permita copia del cuadernillo de preguntas, del cuadernillo de respuestas para que bajo la esfera del debido proceso debido proceso y derecho de defensa y contradicción derechos fundamentales para que se nos permita objetar técnicamente las preguntas realizada en la prueba de conocimientos y realizar las objeciones precisas y concretas con fundamentos técnicos, teniendo en cuenta para ello el antecedente jurisprudencial CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN QUINTA - Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020), Radicación número: 11001-03-15-000-2019-04665-01(AC), Actor: DANIEL HERNÁN FAJARDO RESTREPO - Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN PRIMERA SUBSECCIÓN B, donde el honorable consejo de estado confirió el amparo tutelar al señor DANIEL HERNÁN FAJARDO RESTREPO en el cual el ICFES tuvo que entregar el cuadernillo de preguntas, el cuadernillo de respuestas e incluso la metodología utilizadas en el planteamiento de las preguntas realizadas en las pruebas SABER PRO, las cuales al igual que lo establece la ley 909 de 2004 tenían su reserva legal sobre los cuadernillos de preguntas, pues así lo dispuso el Art 20 de la Ley 1324 de 2009 y la Resolución 135 de 2017 del ICFES, que establecieron: “ la cual se reglamenta el proceso de inscripción del Examen de Estado de Calidad de la Educación Superior y se dictan otras disposiciones, se establece lo siguiente:*

Artículo 20. Reserva del material empleado en el examen. El material empleado en los exámenes es de propiedad del Icfes y su contenido tiene carácter reservado. Se exceptúan los casos de liberación de cuadernillos que haga la entidad.

Al concluir la aplicación, el examinado deberá devolver a las autoridades del Icfes la totalidad del material utilizado en el examen, so pena de las consecuencias administrativas, disciplinarias y penales que hubiere lugar.

Por lo anterior no es posible acceder a la petición de envío o acceso a material de evaluación [...]”. Las negrillas son mías.

Bajo esa circunstancia el Honorable Consejo de Estado determino:

“Cabe recordar que la Sección Segunda del Consejo de Estado, respecto a la reserva legal de las pruebas utilizadas en los procesos de concursos de méritos, al resolver acciones de tutela, ha sostenido que ella solo resulta procedente frente a los terceros no intervinientes directamente en el asunto, pues la negativa de hacerlo en relación con el participante en el proceso de selección afecta sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción²⁵, así como el derecho de acceder a los documentos públicos, por lo cual los concursantes tienen acceso a su propia prueba, pero no a la de los demás aspirantes²⁶, posición constitucional que comparte la Sala, pues garantiza la tutela judicial efectiva de cara a los derechos al debido proceso y de defensa.

Es por lo anterior, que para esta Sala es posible aplicar, en el caso que nos ocupa, el criterio jurisprudencial consistente en el levantamiento de la reserva legal para el participante del concurso de méritos que solicita acceder a su prueba de conocimientos, con el fin de proteger los derechos fundamentales de los que goza el acto””.

Como lo indica acertadamente el consejo de estado negar la prueba reina (prueba o examen de conocimientos) que es su propio examen al concursante es atentatorio al debido proceso derecho de defensa, no permite hacer una reclamación objetiva y sobre todos los puntos a cuestionar, es una medida draconiana y obsoleta que no se permita dicha prueba ni siquiera por su propio concursante, ello afecto desde el inicio las etapas de reclamaciones, las cuales fueron resultas sin tener dicho insumo completo, entonces sobre qué base se reclama?.

- *Se de aplicación a la amplia jurisprudencia constitucional sobre la protección especial de personas que son provisionales de la entidad y que les aplique la estabilidad laboral reforzada por discapacidad y madres cabeza de familia con patologías sensibles como cáncer, nefrosis, hijos interdictos, hijos con parálisis cerebral entre otras patologías, padres dependientes de sus hijos con enfermedades catastróficas, personas en condición de pre pensionados, para que sean excluidos sus cargos de la convocatoria 2149 o en su defecto se suspenda hasta la aplicación de las sentencias de grupo este especial sobre el cual el ICBF no respeto la jurisprudencia constitucional SU-446 de 2011, sentencias C-174 de 2004, C-044 de 2004 y C-1039 de 2003), sentencia SU-917 de 2010, sentencia C-901 de 2008, sentencia C-588 de 2009,*

sentencia T-595 de 2016, sobre ellos indicamos:

“ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.” (Artículo declarado exequible por las sentencias C-174 de 2004, C-044 de 2004 y C-1039 de 2003).

Con fundamento en lo expuesto, para el caso objeto de consulta, esta Dirección Jurídica considera que la persona que tiene la calidad de madre cabeza de familia sin alternativa económica no podrá ser retirado del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública.

El Decreto 1083 de 2015 respecto al retiro de los provisionales, establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.4. Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado concreto.

En conclusión, los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos. En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

La Corte Constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.

En efecto, la Corte Constitucional ha reconocido que cuando un empleado ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”.

Si bien los empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

Lo anterior en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 de la Constitución Política, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las madres cabeza de familia (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP).

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los empleados que ocupan cargos de

carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011, la Corte Constitucional hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales tales como las madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

“En estos tres eventos la fiscalía general de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando” (negritas originales).

Entonces, pese a la potestad de desvincular a los empleados públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condiciones especiales, deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos:

· *La adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y*

· *La motivación del acto administrativo de desvinculación.*

Para la Corte Constitucional, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, las personas con una situación especial han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. “La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010”.

Respecto al retiro de los empleados provisionales que se encuentran en una situación especial por el nombramiento en periodo de prueba de prueba de quien ha ocupado el primer lugar en la lista de elegibles, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-901 de 2008, señaló:

“... respecto de personas que se consideran sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad, ni la situación que afrontan las personas discapacitadas, en un mercado laboral que usualmente les es hostil y donde no es fácil procurar un trabajo, situación suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma condición y por la edad, amén de factores de índole económica.

Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de los participantes, extrañas al mérito y vinculadas con fórmulas como, el lugar de origen o de prestación del servicio, la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio cargo para el que se concursa, el ingreso automático a la carrera o los concursos cerrados para ingreso o ascenso, reconocer a las pruebas de conocimientos generales o específicas -en este caso a la Prueba Básica general de preselección- un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, la estructuración de la lista de elegibles y el nombramiento respectivo en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso.

En el caso de las personas con discapacidad es evidente que nada se opone a que se sometan a un concurso público y abierto donde pueden en igualdad de condiciones demostrar su capacidad y mérito al igual que cualquier otro participante aspecto respecto del cual no pueden considerarse diferentes por su sola condición de discapacidad”. (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, el hecho de que un empleado provisional padezca una condición especial y no supere las pruebas para proveer el empleo que desempeña, deberá ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de mérito que se adelantó para proveer el empleo que ocupa en provisionalidad por cuanto, la Corte Constitucional refiere que tal discapacidad no exime al empleado para demostrar sus capacidades en igualdad de condiciones.

Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia SU- 446 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub sobre el retiro de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los pre pensionados por concurso, refirió:

“En razón de la naturaleza global de la planta de personal de la Fiscalía, tal como la definió el legislador, y el carácter provisional de la vinculación que ostentaban quienes hacen parte de este grupo de accionantes, la Sala considera que el Fiscal General gozaba de discrecionalidad para determinar los cargos que serían provistos por quienes superaron el concurso; por tanto, no se podía afirmar la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso de estos servidores, al no haberse previsto por parte de la entidad, unos criterios para determinar qué cargos serían los que expresamente se ocuparían con la lista de elegibles.

La única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era reemplazar a estos provisionales con una persona que hubiere ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. En este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que ganó el concurso.

Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

En la sentencia C-588 de 2009, se manifestó sobre este punto, así: “... la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados”

Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si

bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.

Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados.

[...]

En consecuencia, la entidad deberá prever las especiales situaciones descritas en este apartado, al momento en que deba ocupar los cargos con el o los concursos que tiene que efectuar en cumplimiento de esta providencia.” (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo con la norma y jurisprudencia anterior, le corresponde a la administración permitir en la medida de sus posibilidades que las personas que sean madres y padres cabeza de familia; que estaban próximas a pensionarse y las personas en situación de discapacidad sean reubicadas donde puedan conservar y progresar en el empleo.

Lo anterior, en consonancia con la sentencia T-595 de 2016 de la Corte Constitucional, en la que analizó la estabilidad laboral reforzada en caso de que la desvinculación sea consecuencia de la aplicación de una lista de elegibles resultante de un concurso de méritos, en la cual señaló que: “(...) En aquellos eventos en los que la Administración no posea margen de maniobra, debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales (...) con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera. (...) Ello, naturalmente, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos.” (Negrita y subrayado fuera de texto)

Respecto del orden para la provisión de empleos de carrera, el Decreto 1083 de 2015 prevé lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

(...)

PARÁGRAFO 2. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.
2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

PARÁGRAFO 3. Cuando la lista de elegibles esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que se encuentren en las condiciones señaladas en el párrafo anterior sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo.

PARÁGRAFO 4. La administración antes de ofertar los empleos a la Comisión Nacional del Servicio Civil deberá identificar los empleos que están ocupados por personas en condición de prepensionados para dar aplicación a lo señalado en el parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019."

De acuerdo con lo previsto en la norma, se tiene que, en el caso que la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor o igual al de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta, entre otros, a quienes tienen la condición de padre o madre cabeza de familia, para que en lo posible estos servidores sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo.

De acuerdo con lo expuesto, y atendiendo puntualmente su consulta, le indico que efectuando una revisión de las normas y jurisprudencia que regulan la materia, se tiene que el empleado provisional que sean madres cabeza de familia, deberá ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de méritos que se adelantó para proveer el empleo que ocupa en provisionalidad, ya que su situación no lo exime de demostrar su capacidad y mérito en igualdad de condiciones y el mérito debe ser el factor que determine el ingreso o la permanencia en el sector público.

Con todo, en el evento que la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor o igual al de aspirantes al de empleos de carrera ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta, entre otros, a quienes tienen la condición de madres cabeza de familia, para que, en lo posible, estos servidores sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo, dicho análisis y decisión es propio de la respectiva entidad u organismo público".

PRUEBAS

Con el fin de establecer la vulneración de los derechos fundamentales solicito sea tenidos en cuenta las siguientes pruebas y las que su señoría de oficio considere pertinentes.

- 1. Acuerdo No. 2081 del 21 de septiembre de 2021, proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC*
- 2. Anexo Acuerdo No. CNSC-20212020020816 de 2021.*
- 3. Guía de Orientación al Aspirante para acceso a pruebas funcionales y comportamentales.*
- 4. Reclamación ante los resultados definitivos de la prueba de competencias básicas u organizacionales.*
- 5. Copia de la Inscripción a la Convocatoria No. 2149 – 2021 ICBF publicada en el SIMO*
- 6. Copia de la Respuesta por parte de la CNSC a la ampliación a la reclamación.*
- 7. Sentencias de fecha 3 de junio de 2022, proferida por el Consejo de Estado con radicado 2021-046664-00, por medio del cual se declara nulo el Decreto 1754 de diciembre 22 de 2020.*
- 8. Copia Auto Interlocutorio de fecha 6 de junio de 2022 con radicado O-030-2022, proferido por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo.*

COMPETENCIA

Es usted, Señor Juez competente para conocer de este asunto por su naturaleza y el lugar de ocurrencia de los hechos que motivan la presente acción al haber sido violentados, de acuerdo con el Artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

JURAMENTO

De conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 Bajo la gravedad de juramento manifiesto no haber tutelado por los mismos hechos ni las mismas pretensiones ante otra autoridad judicial.

ANEXOS

Copia la presente acción de tutela para los traslados y el archivo del Juzgado, y los documentos relacionados en el acápite de pruebas.

NOTIFICACIONES

- A la accionante: Correo electrónico vivian.cueto@hotmail.com , celular 3006750340.
- A los accionados:
 - Comisión Nacional del Servicio Civil: Correo electrónico notificacionesjudiciales@cnscc.gov.co
 - Universidad de Pamplona: Correos electrónicos notificacionesjudiciales@unipamplona.edu.co
 - Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, correo electrónico Notificaciones.Judiciales@icbf.gov.co.

Atentamente,

ORIGINAL FIRMADO

VIVIAN KARINA CUETO PEREZ
VIVIAN KARINA CUETO PEREZ
C.C. 64.578.318 Sincelejo

Sincelejo, 29 de Junio de 2022

Señores
Universidad de Pamplona
Comisión Nacional del Servicio Civil
Carrera 16 No 96-64 Piso 7, Bogotá D.C
Colombia

ASUNTO: RECLAMACION PRUEBAS ESCRITAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN NO 2149 DE 2021 ICBF- LA MODALIDAD ABIERTO

ART. 23 C.N.

De manera atenta y de acuerdo al derecho constitucional que me asiste, Yo VIVIAN KARINA CUETO PEREZ identificada con cedula de ciudadanía número 64.578.318, expedida en la ciudad de Sincelejo-Sucre, residenciada y domiciliada en la CRA 15ª # 24-30 BARRIO MOCHILA ciudad de Sincelejo-Sucre, en ejercicio del derecho de petición presento RECLAMACION de los resultados de las pruebas escritas del proceso de selección No 2149 de 2021 ICBF- la modalidad abierto

HECHOS

PRIMERO: Me presente a la convocatoria 2149 del 2021 Modalidad Abierto – Proceso de selección ICBF 2021 a un perfil profesional universitario grado 7; Numero de Opec 166323.

SEGUNDO: El día 22 de mayo del 2022 presente las pruebas escritas funcionales y comportamentales, proceso de selección ICBF 2021 modalidad abierto, Numero de Opec 166323 en la ciudad de Sincelejo Universidad de sucre, con un resultado de 50.00 del cual informo que no estoy de acuerdo con la calificación obtenida en la presentación del examen escrito.

TERCERO: Deseo expresar mi inconformidad con la calificación obtenida, en la prueba funcional y básica, teniendo como premisa que como profesional del ICBF vengo desempeñando este cargo desde hace un tiempo con experiencia, experticia y conocimiento adquirido dentro de la misma institución para la que laboro en el Instituto colombiano de Bienestar Familiar donde cuento con

Fundamentación conceptual, técnica, científica y práctica, poseo los elementos y conocimientos suficientes, de acuerdo a los criterios de calificación que se informaron en la Guía de Orientación de aspirante y el acuerdo CNCS 2081 del 2021.

CUARTO: Considero que mis respuestas dadas tanto a las pruebas de conocimientos como a las comportamentales FUERON ACERTADAS para el cargo que concurre y se observó en dichas pruebas que algunas contenían errores de índole conceptual, de redacción e interpretación de las mismas.

Por lo anteriormente expuesto presento ante ustedes la siguiente:

PETICION

- 1- Solicito el acceso a las pruebas escritas
- 2- Que se me permita ver el cuadernillo
- 3- Que se me permita ver la hoja de respuestas.
- 4- Que se me permita ver las claves de respuesta
- 5- Que se me informe del valor otorgado a las preguntas
- 6- Que se me informe cuál fue la metodología de evaluación
- 7- Una vez realizado lo anterior se me conceda el término legal para adicionar mi inconformidad a los resultados obtenidos en las pruebas presentadas

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento de mi solicitud en lo dispuesto en:

- Ley 909 de 2004 ARTÍCULO 32. Reclamaciones. Las reclamaciones que presenten los interesados y las demás actuaciones administrativas de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de las Unidades y de las Comisiones de Personal y de las autoridades que deban acatar las disposiciones de estos organismos se sujetarán al procedimiento especial que legalmente se adopte.
- Decreto 1083 de 2015 ARTÍCULO 2.2.6.3. Convocatorias. Parágrafo: «...en la convocatoria deberán preverse que las reclamaciones, su trámite y decisión se efectuarán según lo señalado en las normas procedimentales.»

ARTÍCULO 2.2.6.12. Reclamaciones en VRM.

ARTÍCULO 2.2.6.17. Reclamaciones en pruebas

- Decreto 760 de 2005. «...Las reclamaciones que se formulen ante la Comisión Nacional del Servicio Civil contendrán, por lo menos, la siguiente información: Órgano al que se dirige; Nombres y apellidos completos del peticionario con

indicación del documento de identidad y de la dirección; Objeto de la reclamación; Razones en que se apoya; Pruebas que pretende hacer valer; Fecha en que sucedieron los hechos que fundamentan la reclamación, y Suscripción de la reclamación...»

- Acuerdo de convocatoria
- Anexos técnicos

NOTIFICACIONES:

Por favor dar respuesta al derecho de petición a las siguientes direcciones:

Correo electrónico vivian.cueto@hotmail.com

Dirección: Cra 15ª # 24-30 Barrio mochila, Sincelejo-sucre

Dirección del Trabajo: Transversal 27c No 27 a 21 ICBF, Barrio Boston, Sincelejo - sucre

Teléfono: 280 07 05

Agradezco la pronta respuesta de la presente petición.

Atentamente,



VIVIAN KARINA CUETO

C.c. 64.578.318

Tel: 3006750340

Señores

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC
Bogotá D.C

ASUNTO: Ampliación de la Reclamación contra los Resultados de la PRUEBAS ESCRITAS del Proceso de Selección Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Convocatoria ICBF No. 2149-2021 (Modalidades Ascenso y Abierto)

VIVIAN KARINA CUETO PEREZ, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. 64.578.318, correo electrónico vivian.cueto@hotmail.com, inscrita dentro de la convocatoria 2149-ICBF 2021 (Modalidades Ascenso y Abierto), OPEC 166323, de conformidad con el artículo 4.4 del anexo acuerdo No. CNSC-2021202002816 de 2021, a la guía de orientación al aspirante para acceso a pruebas funcionales y comportamentales y estando dentro de los términos de ley presento ante ustedes ampliación a la **RECLAMACION ADMINISTRATIVA** contra los resultados de las pruebas escritas del proceso de selección del ICBF de 2021 publicadas el día 22 de junio de 2022 de la siguiente forma:

HECHOS

PRIMERO: Que me presente a la convocatoria 2149 del 2021 Modalidad Abierto Proceso de selección ICBF 2021 a un Profesional Universitario, Numero de OPEC 166323.

SEGUNDO: Que los cargos ofertados dentro de la Convocatoria ICBF 2021, Mediante acuerdo 2081 de 2021, fueron los siguientes cargos:

CAPÍTULO II **EMPLEOS CONVOCADOS PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN**

ARTÍCULO 8. OPEC PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN. La OPEC para este proceso de selección es la siguiente:

TABLA No. 1
OPEC PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN EN LA MODALIDAD DE ASCENSO

NIVEL JERÁRQUICO	NÚMERO DE EMPLEOS	NÚMERO DE VACANTES
Profesional	175	772
Técnico	14	114
Asistencial	12	88
TOTAL	201	974

Continuación Acuerdo No 2081 DE 2021

Página 10 de 16

Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Proceso de Selección ICBF 2021

TABLA No. 2
OPEC PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN EN LA MODALIDAD DE ABIERTO

NIVEL JERÁRQUICO	NÚMERO DE EMPLEOS	NÚMERO DE VACANTES
Profesional	34	2.774
Técnico	3	10
Asistencial	8	34
TOTAL	45	2.818

TABLA No. 3
OPEC PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN EN LAS MODALIDADES DE ASCENSO Y ABIERTO
EMPLEOS QUE NO REQUIEREN EXPERIENCIA

NIVEL JERÁRQUICO	NÚMERO DE EMPLEOS	NÚMERO DE VACANTES
Profesional	3	373
Técnico	5	32
Asistencial	4	50
TOTAL	12	455

TERCERO: *Que fui admitida dentro del proceso de selección y por ello presenté las pruebas escritas el 22 mayo de 2022.*

CUARTO: *Que el día 22 de junio del año en curso se publicaron los resultados de las pruebas escritas.*

QUINTO: *Que las pruebas de conocimiento realizadas según el cronograma el día 22 de Mayo de 2022, presentan serias inconsistencias en el planteamiento y metodología.*

SEXTO: *Que los resultados de las pruebas de conocimientos fueron publicados el día 22 de Junio de 2022 en la plataforma SIMO.*

SEPTIMO: *Que, el Acuerdo No. 2081 de 2021 estableció que una vez presentadas las pruebas escritas, el aspirante podía hacer la reclamación dentro de los cinco (5) siguientes a la presentación de la prueba en la plataforma SIMO, si consideraba que existían irregularidades en la misma.*

OCTAVO: *Que atendiendo a lo anteriormente expuesto y estando dentro de los términos establecidos en dicho Acto Administrativo, se presentó la correspondiente reclamación contra los resultados de las pruebas escritas realizadas el día 22 de Mayo de 2022 dentro del Proceso de Selección No.2149 de 2021 -ICBF.*

NOVENO: *Que se obtuvo respuesta de la CNSC, donde nos citan para el día 17 de Julio de 2022, con fin de obtener el acceso a material de pruebas escritas funcionales y comportamentales, del proceso de selección del instituto Colombia de Bienes Familiar – ICBF 2021.*

DECIMO: *Que dentro de la misma citación establece como recomendación leer previamente la Guía de Orientación al Aspirante para el acceso a pruebas escritas publicado en la página web de la CNSC, así como cumplir las instrucciones allí estipulado.*

DECIMO PRIMERO: *Que dicha GUIA estableció en su numeral segundo lo siguiente: “2. RESERVA Y CONFIDENCIALIDAD DE LAS PRUEBAS ESCRITAS.*

Las Pruebas Escritas aplicadas tienen carácter reservado y son propiedad de la CNSC. El aspirante podrá utilizarlas para la consulta y trámite de reclamaciones en caso de solicitar el acceso, advirtiéndole que en ningún caso está autorizada su reproducción física y/o digital (fotocopia, fotografía, documento escaneado u otro similar), con el ánimo de conservar la reserva contenida en el numeral 3 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 o la norma que la modifique o sustituya, situaciones que podrán llevar a la exclusión del proceso de selección y acciones administrativas acordes con la normatividad vigente.

En caso de que el aspirante incurra en alguna de las conductas descritas, se dará aplicación a la disposición contenida en el Título VIII, Capítulo Único “De los delitos contra los derechos de autor” de la Ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano, en armonía con lo dispuesto en el numeral 4.4 del Anexo Técnico Acuerdo No. 2081 del 21-09-2021, sin perjuicio de las demás acciones sancionatorias a que haya lugar.

Con el objeto de garantizar la reserva de las pruebas el aspirante deberá suscribir un acuerdo de confidencialidad, el cual será una condición indispensable para poder entregar el material de Pruebas Escritas.

NOTA: *Si el aspirante se niega a la firma del acuerdo de confidencialidad, NO podrá acceder al material de Pruebas Escritas por él aplicadas” (cursiva fuera de texto).*

DECIMO SEGUNDO: *Que los lineamientos de la guía son restrictivos y vulneratorios de los derechos fundamentales a la defensa, contradicción, debido proceso, pues no permite obtener copia del cuadernillo de preguntas y respuestas que permitiese hacer un análisis objetivo, metodológico y pedagógico del material entregado.*

DECIMO TERCERO: *Que el día 17 de Julio de 2022 acudí a la Institución Educativa donde fui citada para acceder al cuadernillo en apenas dos horas para observar simplemente (ya que la guía no permitía mas) las preguntas y las claves y nos hicieron firmar los registros de asistencia y un acuerdo de confidencialidad.*

DECIMO CUARTO: *Que al final de la recolección de la prueba nos hicieron firmar un Acta de Sesión donde dejé constancia de las irregularidades que en el escaso tiempo pude encontrar.*

DECIMO QUINTO: *Que las inconsistencias encontradas en el planteamiento de las 120 preguntas*

fueron las siguientes:

- No se tuvo en cuenta el título académico que exigía cada empleo reportado para la convocatoria ya mencionada.
- A pesar que existía para el cargo de Profesional Universitario diferentes aspirantes en niveles académicos como psicólogos, trabajadores sociales, nutricionistas, antropólogos, la prueba escrita se hizo sin tener en cuenta estos criterios diferenciales por lo tanto de las 120 preguntas muy pocas obedecieron a la especialidad de los cargos requeridos y a la especialidad del aspirante, reuniendo a todos los aspirantes en un solo grupo.
- Que las preguntas están planteadas de manera repetitiva y confusa de manera que afectan la comprensión del texto e inducen al error al momento de seleccionar una respuesta.
- Que el eje programático de los empleos no corresponde al perfil del cargo
- Que las preguntas no corresponden al eje programático del empleo ofertado, el cual es publicado en la plataforma SIMO para la preparación del examen.
- Igualmente, las siguientes preguntas presentan irregularidades.
- **Pregunta 26.** Texto: en el icbf se realizó una compra de vehículos por licitación quien hace la compra le pide que registre la información en el sistema adicionalmente le pide dar de baja 2 motos que ya no sirven. Registro de faltante se informa a: **Para mí la respuesta es la C Comunicar que se realiza la inspección y se levanta acta para control interno.** y la respuesta de la Universidad es la A: instaurar la respectiva denuncia y reportar a la dirección de administración.
- Esta pregunta no tiene que ver con mi manual de funciones, mi perfil profesional y tampoco estuvo en los temas para estudiar que saco la CNSC. Profesión Trabajo social **CASO:** Una entidad pública indica la formulación de un proyecto de mejoramiento de la calidad de vida de los NNA del país para la cual realiza un diagnóstico que permite identificar las brechas entre ingresos económicos y acceso a la educación superior se realizan varias propuestas para reducir estas brechas y usted debe evaluar la relevancia y viabilidad de cada una ellas para información al jefe inmediato y asignar los recursos disponibles
- **TEXTO:** la pregunta donde se debe analizar documento política pública donde se canaliza la población infantil escolarizada de los años 2016 y 2017, salen graficas donde aparece la siguiente información media 42.80, 41.76, secundaria 71,69 y 71.02 primaria 82.71 y 8358, transición 55.28 y 53,61 la pregunta era se ha presentado un descenso en la atención y se debe orientar un plan de mejora el cual se debería realizar en : a) media b) primaria c)transición la respuesta de la Universidad es la A pero la justificación es que la gráfica no especificaba los años del análisis, de igual manera los números están pequeños y no se alcanzaban a visualizar bien, generaba confusión para realizar el análisis
- **La pregunta 91** Contratar a la aspirante Viviana Sánchez B No corresponde al rol de funciones al cargo aspirado ni competencia profesional. Es competencia del rol de la profesión del Abogado - Defensor de familia quien tiene dichas funciones y es la Autoridad Administrativa quien toma las decisiones de realizar el proceso de allanamiento y no es competencia del equipo técnico interdisciplinario de acuerdo a los lineamientos y guía de actuaciones. Respetuosamente es una pregunta sin respuesta y ninguno de las items correspondían, considero totalmente descontextualizadas las respuestas al caso mencionado, por lo cual la respuesta indicada por la Universidad o el operador que creo dicho examen no tienen fundamento.
FUENTE: De acuerdo al artículo No 106 Allanamiento y rescate- Código de la Infancia y Adolescencia es el que regula : "Siempre que el defensor o el comisario de familia tengan indicios de que un NNA, se halla en situación de peligro, que comprometa su vida o integridad personal procederá a su rescate con el fin de prestarle la protección necesaria. Cuando las circunstancias lo aconsejen practicarán allanamiento al sitio donde el NNA se encuentre, siempre que le sea negado el ingreso después de haber informado sobre su propósito, o no haya quien se lo facilite. Es obligación de la fuerza pública prestarle el apoyo que para ello solicite. De lo ocurrido en la diligencia deberá levantarse acta". En ningún momento como profesionales en Trabajo Social, estamos relacionados con dichas diligencias por lo cual no compete a nuestras funciones y competencias profesionales.

DECIMO SEXTO: Que el consejo de estado estableció en auto interlocutorio de fecha 6 de Junio de 2022 Radicación: 11001032500020210022200 (1385-2021) Demandante: SINDICATO DE UNIFICACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA DIAN Y FINANZAS PÚBLICAS Demandados: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO Y OTRO1 lo siguiente:

“Primero: Decretar la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1754 de 2020, «Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y 50 índices 44 y 47, periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria», de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia”.

Por tanto, se pide que se dé suspensión al concurso de méritos convocatoria 2149 del 2021 Modalidad Abierto Proceso de selección ICBF 2021 tal como se dio en el concurso de la DIAN.

DECIMO SEPTIMO: Que, ante la situación anterior, presento dentro de los términos de ley ampliación a la reclamación administrativa, con el fin de obtener una nueva revisión a la prueba.

En consecuencia, de lo anterior solicito:

PRETENSIONES

PRIMERO: Se realice **NUEVAMENTE LA PRUEBA ESCRITA DE LA CONVOCATORIA No. 2149 del ICBF-2021**, corrigiendo cada una de las irregularidades, encontradas en el análisis y revisión del cuadernillo de pruebas el día 17 de Julio de 2022 y descritas en el hecho décimo quinto.

SEGUNDO: De no conceder lo anterior, se revise nuevamente las pruebas y me sean valoradas cada una de las respuestas, que no fueron calificadas correctamente y en consecuencia sea recalificada otorgando el puntaje que me permita acceder a la siguiente fase de la convocatoria.

TERCERO: Que atendiendo a la normatividad y con el derecho que me asiste, solicito que las mismas sean valoradas por otro operador diferente a la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, contratado por ustedes para el desarrollo y ejecución de la Convocatoria No. 2149 del ICBF-2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

➤ **SOBRE LA RESERVA LEGAL Y LA RESTRICCIONES DE LA GUIA:**

La CNSC vulnero los derechos fundamentales al debido proceso, derecho de contradicción y defensa al restringir el acceso a la recolección de la prueba en forma debida teniendo en cuenta los lineamientos establecidos en la guía de acceso al material, en ello vemos un antecedente jurisprudencial CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN QUINTA - Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020), Radicación número: 11001-03-15-000-2019-04665-01(AC), Actor: DANIEL HERNÁN FAJARDO RESTREPO - Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN PRIMERA SUBSECCIÓN B, donde el honorable consejo de estado confirió el amparo tutelar al señor DANIEL HERNÁN FAJARDO RESTREPO en el cual el ICFES tuvo que entregar el cuadernillo de preguntas, el cuadernillo de respuestas e incluso la metodología utilizadas en el planteamiento de las preguntas realizadas en las pruebas SABER PRO, las cuales al igual que lo establece la ley 909 de 2004 tenían su reserva legal sobre los cuadernillos de preguntas, pues así lo dispuso el Art 20 de la Ley 1324 de 2009 y la Resolución 135 de 2017 del ICFES, que establecieron: “ la cual se reglamenta el proceso de inscripción del Examen de Estado de Calidad de la Educación Superior y se dictan otras disposiciones, se establece lo siguiente:

Artículo 20. Reserva del material empleado en el examen. El material empleado en los exámenes es de propiedad del Icfes y su contenido tiene carácter reservado. Se exceptúan los casos de liberación de cuadernillos que haga la entidad.

Al concluir la aplicación, el examinado deberá devolver a las autoridades del Icfes la totalidad del material utilizado en el examen, so pena de las consecuencias administrativas, disciplinarias y penales que hubiere lugar.

Por lo anterior no es posible acceder a la petición de envío o acceso a material

de evaluación [...]”.
Las negrillas son mías.

Bajo esa circunstancia el Honorable Consejo de Estado determino:

“Cabe recordar que la Sección Segunda del Consejo de Estado, respecto a la reserva legal de las pruebas utilizadas en los procesos de concursos de méritos, al resolver acciones de tutela, ha sostenido que ella solo resulta procedente frente a los terceros no intervinientes directamente en el asunto, **pues la negativa de hacerlo en relación con el participante en el proceso de selección afecta sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción²⁵, así como el derecho de acceder a los documentos públicos, por lo cual los concursantes tienen acceso a su propia prueba, pero no a la de los demás aspirantes²⁶, posición constitucional que comparte la Sala, pues garantiza la tutela judicial efectiva de cara a los derechos al debido proceso y de defensa.**

Es por lo anterior, que para esta Sala es posible aplicar, en el caso que nos ocupa, el criterio jurisprudencial consistente en el levantamiento de la reserva legal para el participante del concurso de méritos que solicita acceder a su prueba de conocimientos, con el fin de proteger los derechos fundamentales de los que goza el acto”.

Con ello determinamos que efectivamente ustedes han vulnerado nuestros derechos fundamentales al acceso a las pruebas con la guía de orientación.

- **Que las preguntas no corresponden al eje programático del empleo ofertado, el cual es publicado en la plataforma SIMO para la preparación del examen.**

Es importante tener en cuenta que en tratándose de eje temático o programático, es uno de los aspectos o contenidos a partir de los cuáles se definen y elaboran las pruebas del concurso público de méritos. Estos se enmarcan en un modelo de competencias, por lo que se conocen como las capacidades que se requiere para que un empleado pueda llevar a cabo exitosamente su trabajo, dentro del marco de la misión y objetivos del empleo. Por tal razón, los ejes incluyen aspectos cognitivos, procedimentales y actitudinales que describen o se asocian con las competencias laborales.

Teniendo en cuenta, lo anterior, se observó el día 17 de julio de 2022, que las preguntas realizadas para el empleo **Profesional Universitario Código 2044 Grado 7**, no corresponden al eje programático reportado por la Entidad ante la CNSC, por lo tanto las preguntas no tenían relación con las funciones del empleo y mucho menos estaban encaminadas a medir las capacidades de todos los aspirantes al mismo, pues se reitera que el eje temático es la base para la preparación de la prueba escrita.

Esta situación vulnera, el derecho fundamental al **MERITO**, cuyo fin tiene por seleccionar el aspirante que obtenga el mayor puntaje para el empleo al cual concursó dentro de la convocatoria, pero esto solo se logra si se respetan todas las reglas de la convocatoria, entre ellas que las preguntas tenga una relación directa con las funciones del empleo y con el eje programático.

Igualmente, como órgano encargado de organizar todas las convocatorias de las entidades que los rige la Ley 909 de 2004, no cumple con la función de órgano de garantía y protección al sistema de mérito en el empleo público, pues es indiscutible las irregularidades e inconsistencias en el material de preguntas, vulnerando no solo el derecho constitucional al **MERITO SINO AL DEBIDO PROCESO**, consagrado en el Art. 29 de la CNal, cuyo propósito es efectivizar los derechos de los asociados, lo que se logra no solo con el respeto del contenido sustancial o material de aquellos sino también con el acatamiento de las condiciones formales que posibilitan su ejercicio.

Debe anotarse que, en sede administrativa, este derecho busca que todas las actuaciones y decisiones adoptadas por funcionarios en los trámites de esta naturaleza se realicen con cumplimiento de las garantías propias del ejercicio de la administración pública.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en uno de sus primeros pronunciamientos sobre el debido proceso administrativo, aseveró que aquel derecho debe ser desarrollado en todas las manifestaciones de la administración pública y que los actos administrativos deben ser dictados previos los procedimientos y los requisitos exigidos por la ley.

Más adelante, en la sentencia T-214 de 2004, el máximo tribunal constitucional definió el debido proceso administrativo como el conjunto de condiciones impuestas a la administración por la ley sobre el cumplimiento de una secuencia de actos, cuya finalidad esta previamente determinada constitucional y legalmente y cuyo objeto es asegurar el funcionamiento ordenado de la administración y la validez de

sus actuaciones. Así como proteger los derechos de los administrados, especialmente a la seguridad jurídica y a la defensa.

Igualmente, en la sentencia C-980 de 2010, manifestó que el debido proceso administrativo es un derecho constitucional fundamental, de aplicación inmediata en los términos del artículo 29 de la Constitución Política y que está en armonía con los artículos 6 y 209 superiores sobre la responsabilidad de los servidores públicos y los principios que rigen la actividad administrativa del Estado.

Más recientemente, la Corte Constitucional reiteró las consideraciones expuestas en las anteriores sentencias y, adicionalmente, precisó que el debido proceso administrativo obliga a los funcionarios públicos a estar actualizados sobre las modificaciones que se realicen a las leyes que regulan sus funciones y que aquel constituye un límite al ejercicio de las funciones de las autoridades públicas en tanto deben actuar dentro de los procedimientos previamente fijados por el ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, se colige que el debido proceso administrativo es un derecho fundamental que sirve como garantía para los administrados frente a las actuaciones y decisiones adoptadas dentro de los procedimientos establecidos por la ley.

La manifestación de este derecho en el concurso de méritos supone que, previo a la selección de los concursantes que califiquen para acceder al 16 empleo, se hayan establecido las normas que han de regir todas las actuaciones de la administración, de las entidades contratadas y de los participantes; y que aquellas se respeten y observen a cabalidad.

De esta forma, la convocatoria, como norma reguladora del proceso de selección, se convierte en el referente para evaluar si en el desarrollo de las etapas y procedimientos que integran el concurso público de méritos se garantiza el derecho al debido proceso.

Otra situación que resaltar y que fue expuesto en el hecho quince, es que ni antes ni con posterioridad a expedido el acuerdo, los anexos, las guías e inscrito los participantes, la CNSC informó a los participantes que estaba prohibido escribir las inconsistencias en las actas, situación que incide en la reclamación y en detrimento de mis derechos, dado que restringe y vulnera el derecho a la contradicción y a la defensa.

En este caso, las conductas y situaciones en las que incurre no solo la CNSC sino también el operador Universidad de Pamplona violan los derechos fundamentales al mérito, a la defensa, contradicción y al debido proceso al desconocer las normas preestablecidas para la realización de la prueba escrita, y en su evaluación, es en este sentido en el cual, al yo incorporarme voluntaria y necesariamente en un proceso de selección, sometíendome a todos los procedimientos y actuaciones administrativas que deben ser acatadas por todas las partes, aplicar procedimientos diferentes a los establecidos, vulneran mi buena fe y el debido proceso. En ese sentido todas las irregularidades que se presentaron de manera inconsulta, oculta y sin sustento objetivo en el evento ejecutado el día 17 de julio de 2022 y del análisis del cuadernillo de pruebas de manera inconsulta, es violatorio al debido proceso

PRUEBAS Y ANEXOS

1. Sentencia Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Radicado No. 11001-03-15-000-2019-04665-01 (AC) de fecha 13 de Febrero de 2020.

2. Auto Interlocutorio de fecha 6 de junio de 2022 Radicación: 110010325000202100222000 (1385-2021) Demandante: SINDICATO DE UNIFICACION NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA DIAN Y FINANZAS PUBLICAS. Demandados: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO Y OTRO

NOTIFICACIONES

Correo electrónico [correo electrónicovivian.cueto@hotmail.com](mailto:vivian.cueto@hotmail.com), celular 3006750340

Atentamente,



VIVIAN KARINA CUETO PEREZ,
C.C. 64.578.318,

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / RECURSO DE INSISTENCIA EN PETICIÓN DE INFORMACIÓN / ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA – Límites / RESERVA LEGAL EN LOS EXÁMENES SABER PRO / PRECEDENTE JUDICIAL SOBRE LEVANTAMIENTO DE LA RESERVA LEGAL – Aplicación / VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

[L]a Sección procederá a estudiar si la decisión del Tribunal accionado es razonable al concluir que en el presente caso se debe aplicar la reserva legal a las respuestas del examen de Estado de calidad de la educación superior Saber Pro. (...) [L]a información que reposa en el banco de preguntas del ICFES goza de reserva, sin embargo, la Sala no encuentra norma Constitucional o legal que limite el acceso a que cada participante tenga acceso a sus propias respuestas por lo que, la interpretación dada por el ICFES y por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, vulnera el derecho al debido proceso de los interesados, al no permitírsele al examinado que reclama tener acceso a las respuestas dadas por él, restringiendo considerablemente su derecho a controvertir las pruebas que son materia de inconformismo. (...) En cuanto al alegato del tribunal accionado y del ICFES, respecto a que la jurisprudencia de acceso a las pruebas de conocimiento únicamente resulta aplicable en el desarrollo de concurso de méritos para acceder a los distintos cargos públicos y no en el caso que nos ocupa, esta Sección discrepa con los impugnantes, pues considera que es viable aplicar la regla jurisprudencial de levantar la reserva de ciertos documentos que se utilizan en los exámenes de conocimiento para dar prioridad al derecho de defensa y al debido proceso. (...) Es por lo anterior, que para esta Sala es posible aplicar, en el caso que nos ocupa, el criterio jurisprudencial consistente en el levantamiento de la reserva legal para el participante del concurso de méritos que solicita acceder a su prueba de conocimientos, con el fin de proteger los derechos fundamentales de los que goza el actor.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-04665-01(AC)

Actor: DANIEL HERNÁN FAJARDO RESTREPO

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA SUBSECCIÓN B**

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por la parte tutelada¹ y por el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES² en

¹ Folios 237-238.

contra del fallo del 5 de diciembre de 2019, proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado que tuteló el derecho fundamental al debido proceso del señor Daniel Hernán Fajardo Restrepo.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

Mediante escrito radicado el 28 de octubre de 2019 en la Secretaría General del Consejo de Estado, el señor Daniel Hernán Fajardo Restrepo, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, con el objeto de que se protegieran sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Estimó vulnerados con ocasión de la providencia de 7 de octubre de 2019, proferida por la referida corporación judicial, dentro del recurso de insistencia con radicado 25000-23-41-000-2019-00830-00.

En concreto, solicitó a esta Corporación:

“[...] PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales AL DEBIDO PROCESO Y AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA que me asisten, derechos que se encuentran VULNERADOS por la providencia del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA del 7 de octubre de 2019, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se dejan consignadas en esta tutela.

SEGUNDO.- Que como consecuencia directa del pronunciamiento anterior, SE REVOQUE la PROVIDENCIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA DEL SIETE (7) DE OCTUBRE DE 2019, en la que se declaró como “bien negada” la solicitud de documentación requerida por mí, DANIEL HERNÁN FAJARDO RESTREPO.

TERCERO.- Que como consecuencia directa de los pronunciamientos reclamados anteriormente, SE ORDENE al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA ordenarle al INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN (ICFES) entregar o dar acceso a la copia del documento solicitado a través de los recursos de reposición y en subsidio apelación, radicados el veintisiete (27) de febrero de 2019, dentro del término que el juez constitucional estime razonable [...]”.³

2. Hechos

El accionante refirió los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, resultan relevantes para la decisión que se va a adoptar en el presente asunto:

El 7 de octubre de 2018, el actor presentó las pruebas Saber Pro y el 22 de diciembre del mismo año le notificaron la calificación obtenida. El 23 de enero de 2019 presentó reclamación oportuna respecto de los resultados del módulo de comunicación escrita, en la que precisó las razones de su inconformidad y

² Folios 242-250.

³ Folio 75.

solicitó la práctica de pruebas. El ICFES, mediante acto notificado el 14 de febrero del mismo año, confirmó la calificación fundamentando su decisión en la cualificación de los evaluadores, en la metodología aplicada, y en la exhaustiva revisión del caso.

El 27 de febrero de 2019 interpuso recurso de reposición y, en subsidio, de apelación en contra de la decisión anterior y solicitó: i) que se explicaran en detalle las razones para considerar el resultado de la prueba escrita, ii) que se corriera traslado de dicha explicación para el cabal ejercicio del derecho de contradicción, y iii) **que de manera previa a ello se le permitiera tener acceso a la prueba escrita, mediante copia del documento, servicio de escaneo o cualquier otro medio idóneo que le posibilitara controvertir la calificación otorgada por el ICFES frente al componente escrito.**

Antes del vencimiento de los quince días para responder, el ICFES solicitó una prórroga por el mismo término para hacerlo, la cual venció el 11 de abril de 2019, sin que el accionante obtuviera el pronunciamiento requerido. Como consecuencia de ello presentó un escrito reiterando su solicitud. Al no obtener respuesta, el 23 de agosto de 2019 radicó un nuevo libelo cuyo objeto consistió únicamente en solicitar el acceso a su respuesta en el Módulo de Comunicación Escrita de la Prueba Saber Pro.

Señaló que mediante escrito de 28 de agosto de 2019, de forma extemporánea, se rechazaron los recursos de reposición y, en subsidio, de apelación que presentó contra la decisión del 14 de febrero de 2019 que confirmó la calificación obtenida en el examen.

A la primera petición el ICFES le contestó de la siguiente manera:

“[...] Se reitera que lo informado en la respuesta emitida bajo radicado 20192100043382, debido a que, además de que en esta se explica el proceso de codificación para el Módulo de Comunicación Escrita, también se explican las razones por las cuales el escrito del evaluado fue ubicado en el nivel 2, lo cual fue confirmado mediante una nueva revisión realizada con ocasión de la petición del ciudadano. De este modo, se cita la respuesta original y se resalta con negrita el apartado donde se indica por qué el texto del evaluado se ubicó en el nivel informado (radicado 20192100043382):

(...) Adicionalmente, le informamos que se realizó una nueva revisión de su escrito, la cual cumple lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 4, de la Ley 1324 de 2009, el cual establece que: “la persona evaluada tendrá derecho a conocer el resultado de su evaluación, a exigir y obtener la corrección que sea del caso si comprueba que está errada, en los términos que defina el reglamento”. Esta nueva revisión coincidió en valorar su texto como nivel 2, ya que, aunque cuenta con un planteamiento que responde a la pregunta propuesta en el estímulo, no hay desarrollo de argumentos y se presentan algunas repeticiones que afectan la comprensión del texto. Cabe anotar que el desarrollo de argumentos y la unidad semántica son requisitos para ubicar un texto en nivel 3. Una vez dicho esto, se informa que no hay lugar a reclasificación por cuanto no se encontró error en el nivel y puntaje obtenidos.

Además, como respuesta a la siguiente afirmación: “Revisando en retrospectiva qué pudo haber causado tan descontextualizado resultado, es probable que haya sido la caligrafía de mi poderdante”, debe señalarse que la valoración del

texto no fue producto de la caligrafía, debido a que el mismo no fue calificado como “Ilegible”, categoría en la cual se clasifican los escritos cuya caligrafía impide la comprensión de las ideas expuestas.

Finalmente, teniendo en cuenta que el ciudadano señala que el resultado del Módulo de Comunicación Escrita es “completamente atípico” debido a que “las evaluaciones [de los demás módulos] están en el quintil más alto”, se debe anotar que en cada módulo se evalúan competencias distintas, lo cual implica la posibilidad de resultados diferentes, esto es, el buen desempeño en un módulo determinado no implica el mismo resultado en otro [...]”.

A la segunda petición el ICFES le contestó así:

[...] Con relación a la solicitud de acceso a la copia de la prueba de Comunicación Escrita o al material de evaluación, de conformidad con lo establecido en la Ley 1324 de 2009 y la Resolución 135 de 2017 del ICFES, por la cual se reglamenta el proceso de inscripción del Examen de Estado de Calidad de la Educación Superior y se dictan otras disposiciones, se establece lo siguiente:

Artículo 20. Reserva del material empleado en el examen. El material empleado en los exámenes es de propiedad del Icfes y su contenido tiene carácter reservado. Se exceptúan los casos de liberación de cuadernillos que haga la entidad.

Al concluir la aplicación, el examinado deberá devolver a las autoridades del Icfes la totalidad del material utilizado en el examen, so pena de las consecuencias administrativas, disciplinarias y penales que hubiere lugar.

Por lo anterior no es posible acceder a la petición de envío o acceso a material de evaluación [...]”.

El término legal para resolver la petición de acceso a documento radicada ante el ICFES el 23 de agosto de 2019, mediante la cual presentó reclamación respecto de los resultados del módulo de comunicación escrita y solicitud práctica de pruebas, venció el 6 de septiembre de ese mismo año, sin obtener pronunciamiento alguno dentro de dicho plazo.

El 10 de septiembre de 2019, el tutelante, a través de apoderado, presentó recurso de insistencia frente a la respuesta del 28 de agosto de 2019, proporcionada ante los recursos de reposición y, en subsidio, de apelación, en lo atinente a la negativa del ICFES de otorgarle acceso a la copia de su respuesta en el Módulo de Comunicación Escrita en su Prueba Saber Pro.

Ante el silencio del ICFES respecto de la solicitud del 23 de agosto de 2019, el 17 de septiembre de ese mismo año, presentó acción de tutela con el propósito de obtener el amparo del derecho de petición, la cual fue negada en primera instancia sin que fuera apelada, y el 20 de septiembre de 2019, después de haber sido notificado el ICFES de la acción de tutela, pese a tratarse de dos solicitudes distintas, mezcló lo solicitado por su apoderado en el recurso de insistencia, con lo solicitado por él en ejercicio del derecho de petición de 23 de agosto de 2019.

Mediante oficio de 19 de septiembre de 2019, se ordenó correr traslado del recurso de insistencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca y se procedió a *“ampliar la información brindada al ciudadano con relación a la imposibilidad del ICFES en permitirle acceder a su respuesta dada a la prueba de comunicación escrita”*, realizando ciertas aseveraciones y alegando nuevas consideraciones.

El oficio de 19 de septiembre de 2019 fue radicado por el ICFES ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de septiembre de 2019, junto con el que corrió traslado al Tribunal, con fecha de 20 de septiembre de 2019.

El accionante considera que frente a lo señalado por el ICFES en su oficio del 19 de septiembre de 2019, en ningún momento se le dio oportunidad de pronunciarse, antes de allegar el recurso de insistencia ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por cuanto la comunicación del oficio se le efectuó el mismo día 20 de septiembre en que se corrió traslado al Tribunal.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante sentencia de 7 de octubre de 2019, decidió el recurso de insistencia y declaró bien denegada la solicitud de documentación requerida por el accionante al considerar que del artículo 4° de la Ley 1324 de 2009 “se desprende de manera clara que el banco de preguntas que se utilicen en las evoluciones externas aplicadas por el ICFES gozan de reserva legal”, por lo que los cuadernillos utilizados en la prueba no pueden ser de dominio público, además, consideró que el actor ya tuvo la oportunidad de controvertir los resultados obtenidos.

3. Sustento de la vulneración

Como sustento de la vulneración expuso que:

i) El actuar del ICFES dentro del trámite seguido en el marco del recurso de insistencia desatendió el debido proceso así como también el acceso a la administración de justicia. Lo anterior por cuanto confundió el objeto del recurso de insistencia, el cual era resolver respecto de la reserva legal alegada por dicho instituto en la comunicación de 28 de agosto de 2019, al resolver la petición de acceso a su respuesta en el módulo de comunicación escrita efectuada el 23 de agosto de 2019. Y,

ii) la sentencia de 7 de octubre de 2019, mediante la cual se decidió declarar bien negada la solicitud de documentación requerida por él al ICFES, también conculcó los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia e incurrió en los defectos procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, desconocimiento del precedente y error inducido.

Sostiene que la corporación judicial accionada incurrió en un **defecto procedimental absoluto** por cuanto se apartó del procedimiento establecido en materia de insistencia en los artículos 25 y 26 del CPACA, en razón a que la oportunidad para que la administración decidiera respecto de la solicitud

de documentos presentada por él, fue el 28 de agosto de 2019 cuando resolvió los recursos de reposición y en subsidio apelación, sin que estuviera habilitada para pronunciarse nuevamente alegando otras consideraciones de índole fáctica o normativa como lo hizo el 19 de septiembre de 2019 mediante radicado 20191101352921.

Alega que se configuró un **defecto fáctico** porque el Tribunal Administrativo no interpretó acertadamente los hechos y tampoco efectuó una adecuada valoración probatoria, en razón a que se pronunció “[...] *sobre la insistencia como si aquella hubiera sido interpuesta frente a la solicitud del 23 de agosto de 2019, petición que si bien tiene en común con la solicitud del veintisiete de febrero de 2019 que se solicitó el acceso a la copia de mi respuesta en el Módulo de Comunicación Escrita de la Prueba Saber Pro, las dos solicitudes consistieron en dos peticiones COMPLETAMENTE DIFERENTES [...]*”.

Precisa que se presentó un **defecto sustantivo** por cuanto “[...] *la providencia del siete (07) de octubre de 2019, la única disposición normativa que fue tomada en cuenta por el juez de insistencia fue el artículo 4 de la Ley 1324 de 2009, artículo que fue invocado únicamente en el oficio extemporáneo e irregular del ICFES del 19 de septiembre de 2019, frente al cual no tuve la oportunidad de pronunciarme, pero que no se trata de la única disposición que desarrolla el tema de la reserva en materia de las evaluaciones del ICFES, por lo que frente a estas disposiciones debe realizarse una INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA, interpretación que, por recurrir a una lectura simplista no fue realizada por el Tribunal [...]*”.

Expone que el error inducido se materializa por que el ICFES mediante oficio de 19 de septiembre de 2019 ordenó correr traslado del recurso de insistencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, corporación judicial que no tuvo la diligencia suficiente para examinarlo, por cuanto se pronunció sobre un presunto recurso de insistencia sobre la petición de 23 de agosto de 2019, cuando el recurso de insistencia se interpuso frente a la respuesta del ICFES proporcionada el 28 de agosto de ese mismo año con ocasión de los recursos de reposición y apelación radicados el 27 de febrero de 2019.

Finalmente resalta que se desconoció el precedente sentado por la Corte Constitucional en la sentencia T-227 de 2019 y el contenido en la sentencia de 13 de diciembre de 2013, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado en el expediente 25000-23-42-000-2012-00492-01.

4. Trámite de la acción de tutela

A través de auto del 1º de noviembre de 2019⁴, la Sección Primera del Consejo de Estado admitió la presente acción de tutela y dispuso notificar al agente del Ministerio Público ante esa Sección, a los magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, y al Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – ICFES como

⁴ Folios 150 y 151.

tercero con interés en el resultado del proceso. A todos les concedió el término de dos (2) días para contestar la demanda.

Ordenada la notificación y surtidas las respectivas comunicaciones intervinieron:

4.1. Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – ICFES⁵

Solicitó que se negara por improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor Daniel Hernán Fajardo Restrepo, por cuanto el Instituto, en el marco de su competencia, atendió en término las peticiones presentadas por el actor y surtió el trámite del recurso de insistencia previsto en la Ley 1755 de 2015 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, corporación judicial que, a través de providencia de 7 de octubre de 2019, confirmó la decisión del ICFES de no permitir el acceso a la prueba de comunicación escrita del examen EK2018-3 que presentó el accionante, por considerar que es material investido de reserva legal.

Puso de presente que la Ley 1324 de 2009, artículo 4, previó de manera expresa el carácter reservado de los bancos de preguntas utilizados en las evaluaciones externas, respecto de los cuales el ICFES tiene la función de organizarlos y administrarlos, según niveles educativos y programas.

Asimismo resaltó que el artículo 20 de la Resolución 135 de 2017 dispone que el material empleado en los exámenes de Estado es de propiedad del Instituto y que su contenido tiene carácter reservado, salvo las liberaciones de cuadernillos efectuadas por la entidad.

En ese orden de ideas concluyó: i) que los materiales de los exámenes de Estado son de propiedad del ICFES y no de sus examinados, ii) que se encuentra a cargo del Instituto el deber de garantizar la idoneidad y transparencia de las pruebas que efectúa, iii) que en razón a lo anterior se hizo necesario invertir de reserva legal el material empleado para la realización de las pruebas.

Precisó que el accionante mediante escrito de 23 de agosto de 2019, solicitó copia de la respuesta impartida a su prueba de comunicación escrita del examen Saber Pro EK 2018-3. Agregó que durante el término de respuesta de la petición el señor Fajardo Restrepo, mediante escrito de 10 de noviembre de 2019, interpuso recurso de insistencia ante la negativa de suministrar la copia de un documento de carácter reservado por ministerio de la ley.

Explicó que frente a la petición anterior y al recurso de insistencia invocado, el ICFES, mediante comunicación de 19 de septiembre de 2019, con el radicado de salida 20191101352921 remitida al correo electrónico suministrado por el accionante para efectos de notificaciones, procedió a

⁵ Folios 165 al 171.

rendir nuevamente respuesta de fondo desfavorable al requerimiento en los mismos términos que ya se le había respondido en oportunidad anterior en la que efectuó la misma solicitud, y además de conformidad con el trámite establecido para el recurso de insistencia en la Ley 1755 de 2015, el Instituto procedió a dar traslado al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que, en el marco de su competencia, definiera en única instancia si negaba o aceptaba la reserva legal del documento solicitado por el accionante.

Informó que el señor Fajardo Restrepo presentó acción de tutela para que se le concediera el amparo frente a una presunta vulneración del derecho fundamental de petición, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Bogotá, radicado 20192100996642, la cual fue negada.

Resaltó que el 7 de octubre de 2019, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, dio trámite al recurso de insistencia remitido por el ICFES y promovido por el accionante, y declaró bien negada la entrega de los documentos solicitados por éste.

En relación con lo anterior puso de presente que el Instituto ha indicado desde la respuesta brindada el 1 de abril de 2019 bajo el radicado 20192100243691, que el documento solicitado se encuentra sujeto a reserva legal de conformidad con lo dispuesto por la Ley 1324 de 2009, artículo 4, y la Resolución 135 de 2017, artículo 20, por lo tanto, no es posible efectuar su entrega en orden a lo dispuesto por la Ley 1755 de 2015.

Frente a la insistencia del señor Daniel Hernán Fajardo Restrepo de argumentar en la acción de tutela que en ningún momento se le dio oportunidad de pronunciarse antes de correrse traslado del recurso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el ICFES manifestó que no se le dio tal oportunidad por cuanto de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015 la entidad que conoce del recurso deberá enviar la documentación correspondiente al tribunal, corporación judicial que decidirá el recurso, procedimiento que se llevó a cabo de acuerdo a lo indicado.

Con fundamento en lo anterior, concluyó que i) no se vulneró los derechos del actor por cuanto se le brindó acceso a la administración de justicia, respetando su derecho al debido proceso y, ii) *“la negativa del ICFES a la solicitud de entrega de los documentos solicitados por el accionante, no obedece a razones arbitrarias ni al capricho de esa entidad, pues la misma se ha sustentado en el carácter de reserva legal a la que se sujetan los materiales de los Exámenes de Estado, en razón al principio de comparabilidad que atañe la evaluación de la educación y que obliga a este Instituto a impedir el conocimiento de estos elementos por parte de terceros a efecto de garantizar la transparencia, la objetividad y la seriedad de las evaluaciones y; evitar las posible fugas de información y vulneración de nuestros protocolos de seguridad”*.

4.2. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B⁶

Pidió se negara el amparo toda vez que las decisiones adoptadas en el proceso han sido respetuosas de la normativa que regula la materia y de los derechos de las partes, por lo que no se ha quebrantado ni desconocido derecho fundamental alguno que le asista al accionante.

Expuso que el señor Daniel Hernán Fajardo Restrepo, en nombre propio, interpuso acción de amparo por la supuesta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, con ocasión de la decisión adoptada en fallo de 7 de octubre de 2019, mediante el cual se declaró bien denegado el acceso a los documentos con fundamento en que del contenido del artículo 4 de la Ley 1324 de 2009 se desprende de manera clara que el banco de preguntas que se utilicen en las evaluaciones externas aplicadas por el ICFES gozan de reserva legal, es decir que las preguntas que se encuentran contenidas en los cuadernillos que se utilizan en cada una de las pruebas que realiza el ICFES no son del dominio público y los evaluados únicamente tienen acceso a dicho material durante el momento en que transcurre la aplicación de las pruebas.

Manifestó que la decisión proferida en la citada providencia se ajusta a derecho y fue debidamente motivada desde los puntos de vista fáctico, jurídico, probatorio y jurisprudencial y las razones de ser de aquella se encuentran consignadas en ella.

Resaltó que lo pretendido por la parte actora con el ejercicio de la acción de tutela es controvertir con otro trámite procesal, injustificada e indebidamente, como otra instancia, lo ya decidido judicialmente, lo cual es absolutamente improcedente como quiera que ya se surtió el procedimiento de única instancia que prevé la Ley 1437 de 2011, para esta clase de asuntos.

5. Sentencia de primera instancia

La Sección Primera del Consejo de Estado en providencia del 5 de diciembre de 2019⁷ señaló:

“En suma de lo dicho cabe reiterar: i) que de conformidad con la jurisprudencia antes citada, la no aplicación de la aludida reserva legal para el participante del concurso de méritos que pide acceder a los documentos relacionados con su prueba de conocimientos y a la hoja de respuestas, hace que el recurso de insistencia previsto en el artículo 26 de la Ley Estatutaria 1755 de 2015, carezca de la protección inmediata requerida frente a la evidente vulneración de derechos fundamentales en tales casos, y ii) que la reserva legal del documento no aplica para el participante del concurso de méritos sino frente a los terceros.

⁶ Folio 196 al 201.

⁷ Notificada el 13 de enero de 2020, folio 231 al 234.

En ese orden de ideas, no puede pasarse por alto que **el criterio consistente en la no aplicación de la reserva legal para el participante del concurso de méritos que solicita acceder a los documentos relacionados con su prueba de conocimientos y a la hoja de respuestas, ha sido reiterado por esta corporación judicial en su jurisprudencia, la que ha sido desatendida**, razón por la cual se considera que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, incurrió en el defecto de desconocimiento del precedente, en la sentencia de 7 de octubre de 2019, al declarar bien denegada la solicitud de documentación requerida por el señor Daniel Hernán Fajardo Restrepo.

Como consecuencia de lo anterior, se dejará sin efecto la providencia de 7 de octubre de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, dentro del recurso de insistencia con radicado 25000-23-41-000-2019-00830-00, y se ordenará a la corporación judicial accionada, que dentro del término de diez (10) días profiera una nueva decisión teniendo en cuenta lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.”⁸

6. Impugnaciones

6.1 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B⁹

Inconforme con la anterior decisión, el Tribunal accionado señaló que del artículo 4° de la Ley 1324 de 2009 se desprende de manera clara y precisa que el banco de preguntas que se utilicen en las evaluaciones externas aplicadas por el ICFES gozan de reserva legal, es decir que las preguntas que se encuentran contenidas en los cuadernillos no son de dominio público y los evaluados únicamente tienen acceso a dicho material en el momento que transcurre la aplicación de las pruebas.

Precisó que el actor ya controvertió los resultados obtenidos, por lo que ya ejerció sus derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

Consideró que la jurisprudencia de acceso a las pruebas de conocimiento únicamente resulta aplicable en el desarrollo de concurso de méritos para acceder a los distintos cargos públicos y no en el caso que nos ocupa, por lo que solicitó negar el amparo.

6.2. Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación ICFES¹⁰

Señaló que no debería ser aplicado el precedente de la Sección Primera toda vez que la naturaleza y los objetivos de los exámenes que se realizan dentro de los concursos públicos de méritos que aplica la CNSC son sustancialmente diferentes a las pruebas de Estado que realiza el ICFES.

⁸ Folio 2017 al 228.

⁹ Impugnación del 14 de enero de 2020, folio 236 al 238.

¹⁰ Escrito recibido el 16 de enero de 2020, folios 241 al 250.

Indicó que el impacto de la orden judicial, más allá del cumplimiento de la misma frente al caso concreto, restringe los límites admisibles dispuestos en la normativa que regula el derecho de acceso a la información pública, pues se dará lugar a la liberación y pérdida de información necesaria para realizar la comparabilidad de las evaluaciones, afectando gravemente el interés general.

Manifestó que, respondió a las peticiones del actor y dio el trámite respectivo al recurso de insistencia impetrado, por lo que no se configuró la presunta vulneración del debido proceso.

Precisó que la reserva legal invocada por ellos y contenida en la Ley 1712 de 2014, restringe el acceso a los materiales de los exámenes de los terceros y de los mismos evaluados con el objetivo de proteger los secretos comerciales, industriales y profesionales, cuyo acceso puede afectar el ejercicio de las libertades económicas.

Finalizó solicitando revocar el fallo de primera instancia para en su lugar negar el amparo, de forma subsidiaria señaló que de ser confirmado el amparo se aclare el alcance que debe tener la nueva providencia que proferirá el Tribunal tutelado.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de las impugnaciones interpuestas contra la sentencia del 5 de diciembre de 2019, en atención a lo consagrado por el Decreto 2591 de 1991 y artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto No. 1069 de 2015¹¹, modificado por el artículo 1° del Decreto 1983 de 2017 y el artículo 13 del Acuerdo 080 de 2019 de la Sala Plena de esta Corporación.

2. Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos propuestos en los escritos de impugnación y el fallo de tutela de primera instancia proferido por la Sección Primera de esta Corporación, corresponde a la Sala determinar si la decisión recurrida debe confirmarse, modificarse o revocarse.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: **(i)** el criterio de la Sala sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, **(ii)** requisitos de procedibilidad adjetiva, **(iii)** del derecho de petición y de acceso a documentos públicos; y **(iv)** análisis del caso concreto.

¹¹ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012¹², **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹³, y en ella concluyó:

“...si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.**”¹⁴
(Negrilla fuera de texto).

Conforme al anterior precedente, es claro que la Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia**, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, para la Sala ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los “...**fijados hasta el momento jurisprudencialmente...**”.

En efecto, sabido es que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹⁵ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -procedencia sustantiva- y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto -procedencia adjetiva-.

En ese orden, primero se verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: *i*) que no se trate de tutela contra tutela; *ii*) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los

¹² Sala Plena del Consejo de Estado. Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. C. P.: María Elizabeth García González.

¹³ El recuento de esos criterios se encuentra de páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Entre otras en las T-949 del 16 de octubre de 2003, T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado; y *iii*) inmediatez, cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto, toda vez que los mismos fueron revisados por el a quo de tutela.

Por el contrario, cumplidos esos parámetros, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá: *i*) que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y *ii*) que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

3.1. Requisitos de procedibilidad adjetiva

De manera preliminar, se establece que la acción de **tutela de la referencia no se dirige contra una sentencia de tutela**, puesto que la providencia judicial que censura la parte accionante fue proferida dentro del recurso de insistencia identificado con el número de radicado N°. 25000-23-41-000-2019-00830-00.

Respecto al requisito de **inmediatez**, es preciso señalar que la providencia censurada fue proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección primera, Subsección B, el 7 de octubre de 2019, mientras que la acción de tutela se interpuso el 28 de octubre de 2019, de manera que, sin que sea necesario determinar la fecha en que cobró fuerza ejecutoria, resulta ser un término que a juicio de la Sala es razonable por cuanto el mecanismo constitucional fue interpuesto antes de transcurridos 6 meses.

Respecto a la **subsidiariedad**, en el caso concreto, contra el fallo de única instancia dictado dentro del recurso de insistencia no procede el recurso de alzada.

Así mismo, tampoco procede el recurso extraordinario de revisión debido a que dentro de los motivos de inconformidad que expone el accionante, no se configuran las causales señaladas en el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011.

Superadas dichas exigencias, la Sala abordará el fondo de la solicitud, sin perjuicio de resaltar el carácter excepcional de la tutela, que tiene como fin garantizar la intangibilidad de la cosa juzgada, el respeto de la autonomía

judicial, la protección de derechos de terceros de buena fe, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales.

4. Del derecho de petición y de acceso a documentos públicos

De conformidad con el artículo 23 de la Constitución Política de 1991, el derecho de petición se traduce en la facultad que tienen los ciudadanos de presentar solicitudes respetuosas a las autoridades y a obtener de ellas una pronta respuesta.

Cabe resaltar que la autoridad requerida, en la contestación no está obligada a acceder a las pretensiones del peticionario, por lo que en el evento en que se deniegue la solicitud, le corresponde, únicamente, dar a conocer las razones técnicas y jurídicas que fundamentan aquella postura negativa¹⁶. Así, este derecho que se concreta en la formulación de una petición, se hace efectivo a través de la respuesta otorgada por la autoridad requerida, cuya materialización resulta independiente del carácter favorable o desfavorable de la misma.

En tal sentido, para garantizar el respeto del núcleo esencial del derecho de petición, la contestación debe: i) versar sobre lo preguntado, sin evasivas y precisando lo que el peticionario desea saber; ii) ser clara a fin de que el solicitante entienda el porqué de los argumentos de la autoridad aun cuando no los comparta; iii) mantener coherencia con lo solicitado; iv) ser proferida dentro de la oportunidad fijada por la ley para ello; y, finalmente v) notificarse de manera eficaz para su debida materialización.

Adicionalmente y al tenor de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho a la información comporta la prerrogativa de solicitar a las entidades estatales información no sujeta a reserva legal o constitucional, de manera “[...] completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana y siempre oportuna [...]”¹⁷.

Luego, en los términos del artículo 74 de la Constitución Política¹⁸ y en ejercicio de los derechos fundamentales de petición y a la información, los ciudadanos pueden solicitar el acceso a los documentos públicos, prerrogativa que encuentra su límite en los casos de reserva legal y constitucional.

Por ello, en el evento en que se cuestione el carácter reservado o confidencial del documento cuyo acceso solicita el administrado, la Ley 57 de 1985 y el artículo 26 de la Ley Estatutaria No. 1755 de 2015, contemplan el

¹⁶ En la sentencia T- 400 de 2008 la Corte Constitucional precisó que “[l]a respuesta de la Administración debe resolver el asunto, no admitiéndose en consecuencia respuestas evasivas, o la simple afirmación de que el asunto se encuentra en revisión o en trámite”.

¹⁷ Sentencia T-487 de 2011.

¹⁸ “[...] todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley [...]”

recurso de insistencia, como un procedimiento sumario, para hacer efectivo aquel derecho¹⁹.

Así, mediante un proceso judicial de única instancia, el Tribunal Administrativo del lugar donde se encuentra la documentación negada, resuelve, dentro del término de diez (10) días, si fue acertada o no la respuesta negativa de la entidad requerida, o lo que es lo mismo, se pronuncia sobre la validez de la restricción de los derechos fundamentales a la información y al acceso a los documentos públicos.

Nótese que en los casos en los que la Administración o los particulares no respondan la petición, no resulta aplicable el recurso de insistencia sino la acción de tutela, bajo el entendido de que la procedencia del primero requiere una respuesta expresa mediante la cual se niegue el suministro de la información.

5. Análisis del caso en concreto

Para la parte actora, se le vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia por cuanto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, incurrió en la sentencia de 7 de octubre de 2019, proferida dentro del expediente 25000-23-41-000-2019-00830-00, en los defectos procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, error inducido y desconocimiento del precedente, al declarar bien denegada la solicitud de documentación requerida por él, concerniente al cuadernillo de respuestas de la prueba de conocimientos Saber Pro, dado el carácter reservado que la ley le impone a la misma.

La primera instancia amparó el derecho fundamental al debido del actor, pues consideró que le es aplicable el criterio jurisprudencial consistente en la no configuración de la reserva legal que rige para los participantes de un concurso de méritos cuando solicitan acceder a los documentos relacionados con su prueba de conocimientos y la hoja de respuestas.

El Tribunal accionado y el ICFES, como tercero con interés, impugnaron la decisión de primera instancia, alegaron que el examen Saber Pro no es un concurso de méritos por lo que no es posible que se aplique la excepción a la reserva legal que tiene el cuadernillo de preguntas y las respuestas.

Además, señalaron que romper la cadena de custodia y permitir el acceso del público en general a dicho material traería la vulneración del secreto comercial, industrial y profesional, así como un alto impacto económico.

¹⁹ Se ejerce ante el Tribunal Administrativo del lugar donde se encuentren los documentos solicitados y negados, para que, mediante un proceso judicial de única instancia resuelva, dentro del término de diez (10) días, si fue acertada o no la negación de entregarlos, o lo que es lo mismo, decida sobre la validez de la restricción de los derechos fundamentales a la información y acceso a los documentos públicos. En los casos en los que la administración o los particulares no respondan la petición, no resulta aplicable el recurso de insistencia sino la acción de tutela, bajo el entendido de que la procedencia del primero requiere una respuesta expresa mediante la cual se niegue el suministro de la información.

Teniendo claro lo anterior, la Sección procederá a estudiar si la decisión del Tribunal accionado es razonable al concluir que en el presente caso se debe aplicar la reserva legal a las respuestas del examen de Estado de calidad de la educación superior Saber Pro, pues si bien la parte actora alegó la configuración de varios defectos, lo cierto es que el hilo argumentativo de dichas inconformidades radican en el mismo punto ya señalado.

Pues bien, el acceso a la información pública es un derecho fundamental, reconocido por la Constitución Política en su artículo 74, donde señaló que *“todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”*, y por la Convención Americana de Derechos Humanos que en su artículo 13, recalcó la obligación de los Estados de brindar a los ciudadanos acceso a la información que está en su poder. Por lo que, las normas que limitan el derecho de acceso a la información deben ser interpretadas de manera restrictiva y toda limitación debe estar adecuadamente motivada y tal motivación debe reunir los requisitos establecidos por la Constitución y la ley.

Es por lo anterior, y acorde con el artículo 2º de la Ley 1712 de 2014²⁰, que los límites del derecho de acceso a la información pública deben estar fijados en la Constitución o en la ley, por lo tanto no son admisibles las reservas que tienen origen en normas que no tengan esta naturaleza.

En el caso que nos ocupa, la **Ley 1324 de 13 de julio de 2009**, *“Por la cual se fijan parámetros y criterios para organizar el Sistema de Evaluación de Resultados de la Calidad de la Educación, se dictan normas para el fomento de una cultura de la evaluación, en procura de facilitar la inspección y vigilancia del Estado y se transforma el ICFES”*, dispuso en su artículo 4º una reserva de los bancos de preguntas que se utilizan en las evaluaciones externas, señalando que:

“[...] De la publicidad y reserva. Los resultados agregados de las evaluaciones externas de que trata esta ley serán públicos.

Los resultados individuales podrán comunicarse a terceros que los requieran con el fin exclusivo de adelantar investigaciones sobre la educación, si garantizan que el acto individual no será divulgado sin consentimiento previo de la persona evaluada.

Sin perjuicio de la comunicación de datos agregados, o para investigaciones, los datos relativos a cada persona pertenecerán a aquella y no podrán ser divulgados sino con su autorización.

La persona evaluada tendrá derecho a conocer el resultado de su evaluación y a exigir y obtener la corrección que sea del caso si comprueba que está errada, en los términos que defina el reglamento.

Gozan del privilegio de la reserva los bancos de preguntas que se utilicen en las evaluaciones externas [...].”

²⁰ Artículo 2. Principio de máxima publicidad para titular universal. Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal.

El ICFES en su contestación a la acción de tutela señaló que la Resolución 135 de 27 de febrero de 2017, *“Por la cual se Reglamenta el Proceso de Inscripción del Examen de Estado de Calidad de la Educación Superior y se dictan otras disposiciones”*, en su artículo 20 precisó que *“el material empleado en el examen es de propiedad del ICFES y su contenido tiene el carácter de reservado ...se exceptúan los casos de liberación de cuadernillos que haga la entidad”* regulación que va en sintonía con la limitación establecida por la Ley 1324 de 13 de julio de 2009.

Acorde con lo anterior la información que reposa en el banco de preguntas del ICFES goza de reserva, sin embargo, la Sala no encuentra norma Constitucional o legal que limite el acceso a que cada participante tenga acceso a sus propias respuestas por lo que, la interpretación dada por el ICFES y por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, vulnera el derecho al debido proceso de los interesados, al no permitírsele al examinado que reclama tener acceso a las respuestas dadas por él, restringiendo considerablemente su derecho a controvertir las pruebas que son materia de inconformismo.

Así las cosas, es posible que el tutelante tenga acceso a la respuesta que dio en la prueba de comunicación escrita y como la pregunta que resolvió ya hace parte de los cuadernillos que el ICFES ha puesto a disposición de la comunidad educativa y del público en general, con fines académicos e investigativos, eliminando la reserva que sobre ellos había²¹, acorde con la prueba aportada por el señor Fajardo Restrepo a folio 146, no habrá que alterar la reserva de la que goza la pregunta.

Sin embargo, si la respuesta a la que el actor desea acceder está en un cuadernillo en el que reposan otras preguntas, es necesario mantener la reserva que sobre este recae, por lo que su consulta debe realizarse frente a un funcionario competente, designado por el ICFES, que garantice el registro de la cadena de custodia y sin que pueda autorizarse su reproducción física y/o digital (fotocopia, fotografía, documento escaneado u otro similar) para conservar así la reserva.

En cuanto al alegato del tribunal accionado y del ICFES, respecto a que la jurisprudencia de acceso a las pruebas de conocimiento únicamente resulta aplicable en el desarrollo de concurso de méritos para acceder a los distintos cargos públicos y no en el caso que nos ocupa, esta Sección discrepa con los impugnantes, pues considera que es viable aplicar la regla jurisprudencial de levantar la reserva de ciertos documentos que se utilizan en los exámenes de conocimiento para dar prioridad al derecho de defensa y al debido proceso.

²¹ Aplicando lo dispuesto en el inciso primero del artículo 20 de la Resolución 135 de 2017 en el que se señaló que: *“Artículo 20: Reserva del material empleado en el examen: El material empleado en los exámenes es de propiedad del ICFES y su contenido tiene carácter reservado. **Se exceptúan los casos de liberación de cuadernillos que haga la entidad”***

Es por lo anterior que se comparte la postura del juez constitucional de primera instancia, quien al analizar las sentencias señaladas por el actor: i) la sentencia T-227 de 2019, proferida por la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Carlos Bernal Pulido²², y ii) la sentencia de 13 de diciembre de 2012, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, radicación AC-25000-23-42-000-2012-00492-01, C.P. Guillermo Vargas Ayala²³, como

²² i) En sentencia T-227 de 23 de mayo de 2019, la Corte Constitucional, decidió el caso del señor Harold Raúl Padilla Sepúlveda, quien participó en el concurso público de méritos adelantado por la CNSC, para acceder en propiedad al cargo de Gestor Grado 12, Código T1, de la Unidad Administrativa Especial de la Agencia de Inspector de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC. El accionante no aprobó la entrevista con polígrafo de carácter eliminatoria y presentó reclamación porque durante la misma al preguntársele si había pertenecido a organizaciones al margen de la ley, o si había tenido relaciones con personas vinculadas a las mismas, contestó que militó en el M-19, que se había desmovilizado y que conocía a Gustavo Petro, a Antonio Navarro y a Otty Patiño. También explicó al entrevistador que se había reinsertado a la vida civil en virtud del acuerdo de paz y la ley de amnistía. Sin embargo, por tal situación se consideró que no superaba la prueba. Por lo anterior, solicitó copia de tal actuación y le fue negada por tratarse de documento de carácter reservado, decisión respecto de la cual presentó acción de tutela que le fue decidida desfavorablemente en ambas instancias.

La Corte Constitucional seleccionó para revisión la sentencia que negó el amparo y en su fallo recordó que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, **la reserva no le puede ser oponible al directamente implicado, pues de ser así se le impediría obtener los elementos necesarios para efectuar las reclamaciones o adelantar las acciones judiciales pertinentes**. La Corporación Constitucional citó en su apoyo las sentencias T-1023 de 2006, T-180 de 2015 y la AC-25000-23-42-000-2012-00492-01, de 13 de diciembre de 2012, proferida por el Consejo de Estado, C.P. Guillermo Vargas Ayala.

Además precisó que en la reclamación del actor, las accionadas debían considerar: (i) que únicamente están sometidos reserva las informaciones y documentos que expresamente tengan esa calidad de acuerdo con la Constitución o la ley, y (ii) **que esta no es oponible al titular de la información** (como ocurre con el resultado de la prueba del polígrafo).

²³ ii) En sentencia del 13 de diciembre de 2012 dentro del proceso 2012-00492-01, la Sección Primera del Consejo de Estado²³ decidió en segunda instancia la impugnación interpuesta en contra de la sentencia que negó el amparo de los derechos fundamentales de la accionante, quien participó en un concurso público de méritos y le negaron las solicitudes de acceso a las pruebas presentadas, bajo el argumento consistente en que tales documentos tienen carácter de reservado de conformidad con lo previsto en el artículo 31 numeral 3 de la Ley 909, replicada por el Decreto Ley 765 de 2005, artículo 34.4.

Al respecto, la Sección Primera del Consejo de Estado determinó en su fallo que si bien es cierto que las normas aludidas establecen que los documentos solicitados tienen reserva legal, la realidad es que carece de justificación invocar dicha reserva ante quien ha sido expresamente sustraído de ella por el legislador. Al efecto en la referida sentencia se expuso lo siguiente:

“[...] En ese orden de ideas, como lo afirma la accionante en su escrito, carece de justificación invocar dicha reserva ante quien ha sido expresamente sustraído de ella por el legislador. El motivo es obvio: de no ser excluidos de la reserva impuesta, y garantizado su efectivo acceso y conocimiento del contenido de las pruebas presentadas por cada uno en particular, el derecho de reclamación de quienes tomaron parte en los procesos devendría inocuo; quedaría reducido a una mera formalidad, vaciando por completo de contenido el derecho de contradicción y defensa que la Constitución garantiza a los particulares en toda actuación administrativa.

Mutatis mutandi en este supuesto puede resultar aplicable la regla sentada por la Corte Constitucional en la sentencia T-1023 de 2006, en la cual los demandantes, todos funcionarios del INPEC en carrera, afirman haber sido retirados del servicio con fundamento en informaciones, motivos o razones de conveniencia que nunca les fueron reveladas, a pesar que algunos de ellos formalizaron mediante derecho de petición su interés en conocer los motivos de la administración para adoptar la determinación de separarlos del cargo. En aquella ocasión **la Corte manifestó que su jurisprudencia ha sido clara en que “cuando el retiro por inconveniencia o la exclusión de un concurso en cargos de carrera se produce como consecuencia de información de carácter reservado, debe entenderse que tal reserva no opera para los directamente interesados. Se trata de una reserva que sólo puede alegarse frente a terceros** (negrillas y subrayado fuera de texto). Y añadió lo siguiente sobre la forma como se debe garantizar el debido proceso y el derecho de

criterios auxiliares de interpretación al ser proferidas dentro de acciones de tutela y al estudiar la jurisprudencia de la Sección Segunda²⁴. precisó que si bien es cierto que las mismas *“refiere a un concurso de méritos para acceder a cargos públicos, y el presente caso trata sobre la prueba Saber Pro – ICFES, valoración académica fijada como requisito para obtener el título de bachiller, la realidad es que se tienen como elemento común que se debe superar una prueba de conocimientos a cuyas preguntas y respuestas impartidas se le atribuye el carácter de reservado por ministerio de la Ley, reserva legal respecto de la cual la jurisprudencia ha sido reiterativa en resaltar que opera respecto de terceros pero no frente al mismo participante, pues al aplicársele tal restricción se le estarían conculcando los derechos de defensa y al debido proceso”*.

Cabe recordar que la Sección Segunda del Consejo de Estado, respecto a la reserva legal de las pruebas utilizadas en los procesos de concursos de méritos, al resolver acciones de tutela, ha sostenido que ella **solo resulta procedente frente a los terceros no intervinientes directamente en el asunto, pues la negativa de hacerlo en relación con el participante en el proceso de selección afecta sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción²⁵, así como el derecho de acceder a los documentos públicos, por lo cual los concursantes tienen acceso a su propia prueba, pero no a la de los demás aspirantes²⁶**, posición constitucional que comparte la Sala, pues garantiza la tutela judicial efectiva de cara a los derechos al debido proceso y de defensa.

Es por lo anterior, que para esta Sala es posible aplicar, en el caso que nos ocupa, el criterio jurisprudencial consistente en el levantamiento de la reserva legal para el participante del concurso de méritos que solicita acceder a su

defensa a personas –vinculadas a la carrera administrativa- cuando se invoca en su contra información reservada:

(i) se debe permitir al afectado **conocer y controvertir** el informe reservado; (ii) se debe respetar a cabalidad el procedimiento fijado por las normas aplicables; (iii) la evaluación a la que se somete el funcionario **debe ser objetiva**, basada en razones sólidas y explícitas a fin de evitar que meras consideraciones subjetivas generen el retiro del servidor público; (iv) se debe informar al funcionario **las razones de la exclusión o del retiro**, -que deben ser por demás expresas-, **en la medida en que el carácter de información reservada solo puede alegarse frente a terceros**.

Así las cosas, con base en este precedente constitucional y en los razonamientos anteriores se puede concluir que **la negativa tajante de la CNS y la USBM de permitir acceder a sus hojas de respuestas a quienes participaron en las pruebas practicadas en el marco de la Convocatoria No. 128 de 2009, en tanto que directamente interesados y afectados por ellos por ello, resulta contrario a la garantía del debido proceso y a sus derechos de defensa y contradicción, lo mismo que a su derecho de acceso a los documentos públicos**, instrumentalmente ligado a los anteriores [...]. Negrillas originales.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 13 de septiembre de 2012. Consejo de Estado. Sección Segunda. Rad. 2500-23-42-000-2012-00233-01 / sentencia de 17 de noviembre de 2016, Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00014-00(0410-09).

²⁵ En efecto, en sentencias proferidas por la referida Sección, de fechas 13 y 18 de septiembre de 2012, dentro de los expedientes radicados bajo los números 2012-00233-01 y 2012-00491-01 se ampararon los derechos de acceso a los documentos públicos y de defensa. En consecuencia, se ordenó que se pusiera en conocimiento de los demandantes las preguntas efectuadas y sus respuestas, a fin de que pudieran efectuar en debida forma sus reclamaciones.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 17 de noviembre de 2016, Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00014-00(0410-09).

prueba de conocimientos, con el fin de proteger los derechos fundamentales de los que goza el actor.

Así las cosas, esta Sala de Sección confirmará el fallo impugnado que amparó el derecho fundamental al debido proceso del señor Daniel Hernán Fajardo Restrepo, por las razones expuestas en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo del 5 de diciembre de 2019 proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, que concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso del señor **DANIEL HERNÁN FAJARDO RESTREPO**, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., seis (6) de junio de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD
Radicación: 11001032500020210022200 (1385-2021)
Demandante: SINDICATO DE UNIFICACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA DIAN Y FINANZAS PÚBLICAS
Demandados: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO Y OTRO¹

Tema: Límites al ejercicio de la potestad reglamentaria. Reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección por mérito, suspendidos con ocasión de la situación de emergencia sanitaria generada por la Covid-19.

AUTO INTERLOCUTORIO

O-030-2022

1. ASUNTO

Procede el despacho a resolver la solicitud elevada por la parte demandante para que se suspendan provisionalmente los efectos del acto administrativo enjuiciado.

2. ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad que consagra el artículo 137 del CPACA, el Sindicato de Unificación Nacional de Trabajadores de la Dian y Finanzas Públicas, Siunedian Finanzas Públicas, presentó demanda² en contra de la Presidencia de la República y del Ministerio de Justicia y del Derecho. Como pretensión, solicitó se declare la nulidad del Decreto 1754 de 2020, «Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria.».

En auto del 19 de noviembre de 2021, este despacho admitió la demanda³, ordenó citar al Departamento Administrativo de la Función Pública en calidad de demandado y se abstuvo de vincular al Departamento Administrativo de la

¹ Departamento Administrativo de la Función Pública.

² Ff. 4 a 14 del cuaderno principal, expediente físico.

³ Índice 32, expediente electrónico.



Presidencia de la República. Admitida la demanda, en auto de la misma fecha⁴, se ordenó correr traslado de la solicitud de medida cautelar a las demandadas.

3. SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR⁵

La organización sindical demandante pidió que se suspendan los efectos del Decreto 1754 de 2020 porque desconoce los artículos 29 y 189-11 de la Constitución Política, así como el artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020⁶. En su criterio, dicha transgresión se concreta en los siguientes vicios de nulidad:

Exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria⁷. El artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020 previó la suspensión de los concursos de mérito, luego no resultaba viable que el Gobierno Nacional, so pretexto de estar reglamentando dicha norma, estableciera las condiciones para que se reanudaran dichos procesos de selección en medio de la emergencia sanitaria generada por la pandemia.

Violación del derecho al debido proceso, que fundamentó en los mismo términos del anterior reproche.

Falsa motivación. El Decreto 1754 de 2020 incurrió en este vicio pues, a pesar de que la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social aún se encontraba vigente, habilitó la reanudación de los concursos de mérito que se encontraban en las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas. Lo anterior, desconociendo que, por mandato del mencionado artículo 14, dichos procesos de selección fueron suspendidos mientras perdure la emergencia sanitaria.

4. OPOSICIÓN A LA SOLICITUD

4.1. Ministerio de Justicia y del Derecho⁸

Esta cartera ministerial se opuso al decreto de la medida cautelar pues adujo que el acto demandado se expidió en ejercicio de la potestad reglamentaria que le asiste al Gobierno Nacional, en particular con fundamento en el numeral 11 del artículo 189 Superior y el artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020.

⁴ Índice 33, expediente electrónico.

⁵ Ff. 1 a 5, cuaderno de la medida cautelar.

⁶ «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».

⁷ Aunque la parte demandante desarrolló este reproche bajo el cargo de desviación de poder, materialmente su fundamentación da cuenta del vicio de falta de competencia por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

⁸ Índice 44, expediente electrónico.



Seguidamente, sostuvo que el contenido del Decreto 1754 responde al carácter transitorio del aplazamiento de los concursos de mérito y se ajusta al levantamiento del confinamiento general, al esquema de aislamiento selectivo y al distanciamiento individual responsable, además de obedecer a la necesidad de reactivación productiva y gradual, acompañada del cumplimiento de las medidas de bioseguridad respectivas.

En ese contexto, explicó que la expedición del decreto estudiado atiende a las nuevas realidades que surgieron en materia epidemiológica y a las recomendaciones de las autoridades nacionales de salud, a partir de las cuales pudieron plantearse nuevamente escenarios de reclutamiento de aspirantes en los procesos de selección y la aplicación de las pruebas propias de estos concursos.

En armonía con lo anterior, destacó que la transitoriedad de la suspensión de los procesos de selección había sido avalada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-242 de 2020. Además, el ministerio demandado hizo énfasis en que el ingreso a la función pública a través de los concursos de mérito no puede suspenderse en forma indefinida.

Con base en estos razonamientos, concluyó que la solicitud de medida cautelar no reúne los presupuestos del artículo 231 del CPACA a efectos de desvirtuar la presunción de constitucionalidad y legalidad del Decreto 1754 de 2020.

4.2. Departamento Administrativo de la Función Pública⁹

Antes de centrarse en la defensa de la legalidad del acto acusado, llamó la atención sobre la existencia de un control automático de legalidad¹⁰ y otro medio de nulidad simple¹¹ en los que también se está estudiando la validez del Decreto 1754 de 2020.

Dicho lo anterior, expuso que, siendo la carrera administrativa un eje axial de la Constitución Política y los concursos públicos la forma de acceder a ella, cualquier suspensión temporal en la materia debe interpretarse de manera restrictiva y transitoria, sin que se afecte el derecho de los ciudadanos al desempeño de funciones y cargos públicos por el sistema de mérito y en condiciones de igualdad. Señaló que en el momento en que se expidió el acto demandado, todas las actividades del país habían sido reanudadas bajo rigurosos protocolos de bioseguridad y que los concursos no podían ser la excepción.

Ante la imposibilidad de limitar permanente e indefinidamente los derechos constitucionales asociados a la carrera administrativa era claro que, una vez superadas las circunstancias que originaron su suspensión, la única forma de restablecer el estado constitucional de cosas era darle continuidad a los concursos de mérito.

⁹ Índice 45, *ibidem*.

¹⁰ Radicado 11001031500020210466400.

¹¹ Radicado 11001032500020210038500.



Bajo ese hilo argumentativo, afirmó que los artículos 189 Superior y 14 del Decreto Legislativo respaldaban suficientemente la expedición del acto acusado y destacó que la parte considerativa de este último documentó en forma abundante los hechos que justificaban «[...] (i) la inaplazable necesidad de reanudar el reclutamiento y aplicación de pruebas en los concursos adelantados por la CNCS, bajo el cumplimiento estricto de los protocolos de bioseguridad; (ii) la finalidad y teleología de la reglamentación del Decreto Legislativo 491 de 2020, en lo referente a los aspectos puntualmente definidos en los artículos 1° a 3° de la parte Resolutiva del Decreto 1754 de 2020, (iii) la incuestionable legalidad material del acto demandado bajo los actuales parámetros de aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable y los protocolos de seguridad adoptados en la actual coyuntura sanitaria [...]».

Finalmente, el DAFP alegó que, en el *sublite*, no estaban demostrados requisitos indispensables para el decreto de la medida cautelar, tales como la apariencia de buen derecho y el *periculum in mora*.

5. CONSIDERACIONES

a. Competencia

El despacho es competente para resolver la solicitud de suspensión provisional de los efectos de los actos demandados, de conformidad con los artículos 229 y 230 del CPACA¹².

b. Estudio normativo y jurisprudencial de las medidas cautelares

El artículo 229 del CPACA regula la procedencia de las medidas cautelares así:

«[...] ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el juez o magistrado ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento [...]».

¹² CPACA, art. 229: «Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso a petición de parte debidamente sustentada podrá el juez o magistrado ponente, decretar en providencia motivada las medidas cautelares que considere necesarias [...]» y art. 230: «Contenido y alcance de las medidas cautelares. las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. para el efecto, el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas [...]».



El marco general de las medidas cautelares descansa en el *loci* propuesto por Chiovenda según el cual: «el tiempo necesario para tener razón no debe causar daño a quien tiene razón»¹³, de allí que la principal misión de esta interesante institución procesal es la tutela judicial efectiva, de tal suerte que se proteja y garantice el objeto del proceso, en forma temprana y provisional. En igual sentido, la norma en cita precisa que la medida cautelar principalmente propugna por la efectividad de la sentencia, esto es, que la decisión final, acompañada con la cautela, resuelva el litigio en sentido material y no como un simple formalismo sin alcances o incidencias en los derechos de los usuarios de la justicia.

Se entiende que el objeto del proceso es la cuestión litigiosa o «*thema decidendi*», el cual se sustenta inicialmente en la demanda que contiene las pretensiones, los fundamentos de derecho y de hecho. Para el juez es un reto decidir la medida cautelar presentada antes de la notificación del auto admisorio de la demanda¹⁴, puesto que básicamente solo tiene como fundamento la propuesta primaria de la solicitud y algunas luces adicionales en el escrito de la contraparte al recorrer el traslado¹⁵. *Prima facie*, es cierto que la sola demanda podría ser un punto de partida precario, que lo es menos, si la petición de amparo temprano contiene argumentos sólidos y coherentes, lo cual denominamos fortaleza interna, la cual se reafirma si existe un nivel confiable de seguridad jurídica (fortaleza externa), esto es, si hay sentencias de unificación o precedentes consolidados que le pueden dar un mayor grado de certeza al juez cuando decida la medida cautelar.

Por ello, la primera condición de éxito de la solicitud la arraiga el artículo 229 del CPACA en que esté «debidamente sustentada», esto es, que tenga el potencial de convencer al juez, quien, por su parte, en actitud dialógica, estará dispuesto a escuchar los buenos argumentos y hacer la valoración de las pruebas aportadas, si fuere el caso.

La firmeza del punto de partida aquí señalado será la clave del ejercicio hermenéutico que ensamble los dos extremos, principio y fin del litigio. En efecto, cuando la decisión de la medida cautelar goza de precisión fáctica, normativa y apoyo en sentencias de unificación, ello ofrece al juez y a las partes una luz o faro que irradia todas sus etapas, con lo cual se avanza en la fijación temprana del litigio, orienta las etapas procesales e incluso tiene la virtud de hacer visibles o anunciar los principales fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia, sin que ello signifique que se trata de una sentencia sumaria o anticipada, pues siempre ha de recordarse que la medida cautelar es provisional y, por tanto, puede ser revocada o

¹³ Chiovenda, g., «notas a cass. roma, 7 de marzo de 1921». giur. civ e comm., 1921, p. 362.

¹⁴ la medida cautelar puede presentarse antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada (art. 229 del CPACA).

¹⁵ Excepto cuando se trate de solicitud de urgencia. artículo 234. medidas cautelares de urgencia. desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el juez o magistrado ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que, por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. la medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.



ajustada en el transcurso del proceso, lo cual implica que el juez deberá estar atento a las múltiples variables jurídicas y fácticas que puedan incidir en los fundamentos en que se sustentó la decisión cautelar.

Esta última consideración es un punto crucial, puesto que en derecho no hay respuestas únicas correctas y de allí que el margen de desviación interpretativa es una variable difícilmente controlable por los jueces. Por ello, es preclaro el artículo 235 del CPACA que permite al juez de oficio o a petición de parte levantar, modificar o revocar la medida cautelar. Y en el mismo sentido, el artículo 229 del CPACA se convierte en un eficaz resguardo del juez respecto de posibles cuestionamientos o dudas sobre las decisiones adoptadas en una medida cautelar al indicar que «La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento». Por tanto, en el transcurso del proceso podrá ratificar, ajustar, corregir e incluso contradecir la decisión cautelar y, por ende, los argumentos consignados en la medida cautelar al momento de proferir la sentencia definitiva.

Es posible que tengan alguna razón (pero no toda) aquellos que sostienen que la medida cautelar es para el juez una sentencia «a ciegas», lo cual no es necesariamente cierto si la decisión se ajusta a lo indicado en el artículo 231 del CPACA, el cual exige un cuidadoso ejercicio argumentativo que permite avizorar la hermenéutica plausible y la incidencia de ella en la sentencia futura. Si el camino interpretativo es incierto o poco lúcido, ello debería conducir a la negativa de la medida.

LA DUDA RAZONABLE

Respecto de esta última afirmación, si el ejercicio hermenéutico es un laberinto acentuado por una precaria seguridad jurídica, por ejemplo, porque confluyen sentencias de unificación contradictorias (total o parcialmente), o porque hay dos o más decisiones judiciales dispares de las altas cortes¹⁶, entonces el juez tiene los argumentos necesarios para negar la medida cautelar por existir un alto nivel de «duda razonable».

En la misma ilación, el juez también puede argumentar «duda razonable» para negar la medida cautelar cuando observa genuinas antinomias, o por lo menos avizora, lo que podríamos denominar incongruencias normativas que no han sido resueltas por la jurisprudencia¹⁷.

¹⁶ El mal llamado «choque de trenes» que ha sucedido con cierta frecuencia en vigencia de la constitución política de Colombia del año 1991.

¹⁷ Sección quinta. auto de sala unitaria del 18 de septiembre de 2012, magistrado Alberto Yepes Barreiro, radicación 11001-03-28-000-2012-00049-00, medio de control nulidad electoral, actor: Leonardo Puertas, demandada la Corporación Autónoma Regional de la Guajira. En dicho auto al analizar las normas poco congruentes que regulan la integración del consejo directivo de una corporación regional argumentó lo siguiente: «[...] las anteriores razones llevan a la sala a concluir que existe una duda razonable en la determinación del número de miembros que componen el consejo directivo de la corporación autónoma regional de la guajira [...]».



Por otra parte, si uno de los problemas jurídicos principales está relacionado con pruebas que son concluyentes para edificar la sentencia y, que al momento de decidir la medida cautelar no están controvertidas o son de aquellas que requieren ser complementadas, entonces en dichos casos el juez también podría argumentar que existe una «duda razonable», porque el éxito de la pretensión implica el recaudo y valoración probatoria que sólo puede cumplirse luego del ritual procesal pertinente¹⁸.

Otra situación interesante es la concurrencia de dos interpretaciones plausibles para la solución del caso concreto, sin que exista sentencia de unificación o precedente jurisprudencial que disuelva la dicotomía o el posible dilema. En estos eventos el juez podrá hacer uso de una estricta ponderación hermenéutica y si el resultado no le permite inclinarse por una u otra interpretación (lo cual no es frecuente) también podría fundamentarse la negación de la medida cautelar en la «duda razonable»¹⁹.

Ahora bien, este es el momento de hacer una advertencia necesaria: la «duda razonable» no puede convertirse en una muletilla que enmascare el viejo argumento del artículo 152 del CCA, el cual auspiciaba una opción formalista al indicar que debía tratarse de «manifiesta infracción» de las disposiciones invocadas, bien por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud. Se recuerda que ello podría llevar a una facilista perspectiva de «manifiesta infracción» con la cual fueron negadas la mayoría de las solicitudes de medidas cautelares (en vigencia del CCA), lo que en el fondo implicaba el aplazamiento de la decisión para la sentencia, y de esta manera el juez evitaba el compromiso temprano y oportuno de pronunciarse sobre el derecho en litigio.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS QUE DISIPAN LA DUDA RAZONABLE

La «duda razonable» debería ser la última *ratio* de la decisión negativa de la medida cautelar porque los principios generales del derecho y, en particular, los derechos fundamentales contienen sólidos argumentos que permiten al juez superar las dudas que solo en ciertos y determinados casos se pueden calificar como razonables.

Por otra parte, es importante distinguir el peso argumentativo de la «duda razonable», el cual está muy distante de la «indecisión» o «las perplejidades» del

¹⁸ Sección Quinta. Auto de sala unitaria del 17 de marzo de 2016 con ponencia de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 76001-23-33-000-2015-01577-01, actor: Geimi Beltrán Fernández, demandado: municipio de Cali, medio de control de nulidad electoral en el que confirmó la negativa de suspensión provisional.

¹⁹ Sección Quinta. Auto de sala unitaria del 27 de junio de 2018 con radicación número: 11001-03-28-000-2018-00063-00. actor: Gustavo Adolfo Prado Cardona, demandado: Consejo Nacional Electoral. Asunto: nulidad contra acto de contenido electoral. [...] por consiguiente, la declaratoria de la medida suspensiva deberá ser negada, luego de que existen dos o más interpretaciones plausibles sobre el punto de derecho que se analiza, pues ello conlleva, *prima facie*, una duda razonable en relación con la violación normativa puesta de presente, como en otras providencias ha sido explicado por el despacho¹⁹, e incluso por esta sala de sección¹⁹. [...]



juez, estas últimas derivadas, tal vez, de la inexperiencia o de la incompreensión del litigio propuesto, o porque el juez desconoce algunos principios útiles cuando se trata de medidas cautelares, entre otros: «precaución» y «prevención».

El «principio de precaución»²⁰ (*Vorsorgeprinzip*) tiene gran relevancia cuando se trata de decidir asuntos de repercusiones ambientales (bióticos, físicos y sociales), desarrollado por primera vez en Alemania²¹ con el fin de precaver los efectos dañinos como consecuencia del uso de químicos que solo pueden ser evaluados varios años o incluso décadas después. Por ello, se justifica aunque no exista certeza científica, pero sí serias sospechas de afectación del delicado equilibrio de los ecosistemas y las probables consecuencias nocivas para la vida sobre la tierra. Este principio le permite al juez sustentar la adopción de medidas cautelares de suspensión de los efectos de los actos administrativos o incluso de medidas cautelares positivas, esto es, órdenes preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, tal y como lo autoriza el artículo 230 del CPACA.

El principio de precaución ha tenido su principal aplicación en los riesgos ambientales, pero ello no impide que pueda ser extendido a muchos otros eventos de la vida y la sociedad, puesto que su fundamentación radica en la «prudencia», virtud que Aristóteles ubica en la sabiduría práctica como «un estado, razonable y cierto, en el que se tiene la capacidad de actuar con vistas al bien humano»²². Así las cosas, la «prudencia» es razonabilidad práctica, esto es, el acopio de conocimientos para tomar las mejores decisiones. Por ello el citado principio también podría servir de fundamento al juez para adoptar medidas cautelares cuando se trate de riesgos de medicamentos, nuevos tratamientos médicos o quirúrgicos, posible afectación de la salud en general²³, riesgos de nuevas tecnologías²⁴, probables movimientos masivos de tierra, desbordamientos de ríos, etc.²⁵, si se tiene conocimiento de indicios serios y graves que puedan ser causa o efecto de un posible daño.

²⁰ Sección tercera. Auto del 8 de noviembre de 2018. ponente: Ramiro Pazos Guerrero, nulidad simple, radicación 11001032600020160014000 (57.819), demandante: Esteban Antonio Lagos González, demandada: Nación, Ministerio de Minas y Energía. Esta decisión fue confirmada en Sala Plena de la Sección Tercera, mediante auto del 17 de septiembre de 2019 con ponencia de la magistrada María Adriana Marín, providencia que tuvo cuatro salvamentos de voto en la parte resolutoria advirtió que la cautelar no impide la realización de proyectos pilotos en áreas con posible despliegue de técnicas de fracturamiento hidráulico de roca generadora mediante perforación horizontal.

²¹ En Alemania se adoptó este principio en la década de los años 70. por su parte la «Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático», suscrita en Nueva York el 9 de mayo de 1992, fue ratificada en Colombia mediante la ley 164 de 1994, declarada exequible por la corte constitucional en la sentencia C-073 de 1995.

²² Aristóteles, ética a Nicómaco, libro ii, cap. 2.

²³ Corte Constitucional, sentencia t-1077 de 2012, m.p. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁴ Esteve Pardo, José “la intervención administrativa en situaciones de incertidumbre científica. el principio de precaución en materia ambiental” en: derecho del medio ambiente y administración local, pág. 205 y s.s.

²⁵ Los principios de precaución y prevención han enriquecido la normativa relacionada con la gestión de riesgos y prevención de desastres naturales, desarrollado en la ley 1523 de 2012, “por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el sistema nacional de gestión del riesgo de desastres y se dictan otras disposiciones”.



Ahora bien, si el juez tiene elementos de juicio que le den certeza sobre la ocurrencia del daño, entonces el principio relevante en la decisión judicial es el de la «prevención», que encuentra fundamento normativo en la Declaración de Estocolmo de 1972, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 y la Declaración de Río de 1992. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha precisado dos requisitos: (i) el conocimiento previo del riesgo de daño ambiental y (ii) la implementación anticipada de medidas para mitigar los daños. Este se materializa en mecanismos jurídicos como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones²⁶.

EL CARÁCTER PROVISIONAL DE LA MEDIDA CAUTELAR

Es oportuno citar al tratadista español Eduardo García de Enterría, quien en su libro *Democracia, jueces y control de la administración*²⁷ precisó lo siguiente:

«[...] Por otra parte, la medida cautelar es esencialmente provisional, puede ser revocada o corregida a lo largo del proceso, según se vayan “constatando” los hechos y el derecho relevantes, y no condiciona en ningún sentido la sentencia final, aunque de hecho la anuncie (que es algo distinto de anticipar) en la mayor parte de los casos. Todas las medidas cautelares se apoyan, en definitiva, en dos principios esenciales, la rapidez y eficacia, y en tal sentido es la única arma disponible contra el bloqueo de la justicia y contra el abuso de la misma por contendientes injustos; una justicia inmediata no necesitaría medidas cautelares, como una injusticia lenta se hace ineficaz y aun una burla (*justice delayed is justice denied*, dicen los ingleses: justicia retrasada es justicia denegada), se deslegitima ante los ciudadanos si no es capaz de arbitrar medidas cautelares para evitar la ventaja injusta que de ese retraso extraen algunos justiciables [...]».

Ahora bien, el artículo 230 del CPACA indica que las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas o de suspensión, si y solo si tienen relación directa y necesaria con las pretensiones y las excepciones²⁸ -si se ha contestado la demanda-, esto es, con el objeto del litigio y que tengan incidencia en la realización plena de la sentencia.

Es interesante destacar la diferencia entre la institución de «la medida cautelar» y la otra que la doctrina ha denominado la «tutela anticipada». La primera, tal y como está regulada en el CPACA, tiene como misión principal asegurar el disfrute eventual y futuro del derecho cautelado. La segunda, esto es la «tutela anticipada» posibilita la inmediata realización del derecho. Esta última, afirma Daniel Mitidiero:

²⁶ Corte Constitucional, sentencia T-733 de 2017, m.p. Alberto Rojas Ríos.

²⁷ García De Enterría, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. 4.^a Ed. ampliada. Madrid, Civitas, 1998, p. 290.

²⁸ Se entiende que la medida cautelar debe tener coherencia con las excepciones, si se ha notificado y contestado la demanda, o en el escrito que descorre el traslado de la medida cautelar, la contraparte propone alguna de las excepciones denominadas mixtas: cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva (art. 180, núm. 6).



«[...] tiene por función combatir el peligro de tardanza de la resolución jurisdiccional componiendo la situación litigiosa entre las partes provisionalmente [...]»²⁹.

En el caso bajo examen la solicitud se contrae a la suspensión de los efectos de un acto administrativo (medida negativa) sin que se vislumbre necesidad de una medida positiva (que implique obligación de hacer). En consecuencia, el análisis se contraerá a la pertinencia de la suspensión provisional de los efectos, el cual procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se ha anexado en escrito separado.

El primer punto para examinar es el relacionado con la confrontación del acto administrativo con las normas superiores invocadas como violadas, lo cual, en cierta medida, pone en tela de juicio la presunción de legalidad y ejecutividad del acto administrativo. Ahora bien, a la luz del CPACA se trata de una confrontación integral o plena, sin el matiz que contemplaba el antiguo Código Contencioso Administrativo el cual autorizaba la medida cautelar si se trataba de una «manifiesta infracción»³⁰, argumento que fue recurrente en las decisiones de aquel entonces y que sirvió de fundamento para negar la mayoría de las medidas cautelares solicitadas.

Veamos la nueva redacción del artículo 231:

«[...] **Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares.** Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, **cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos [...]». (Negrita fuera de texto).

Según el artículo 231 del CPACA, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la confrontación con las normas superiores invocadas ha de entenderse como el análisis integral que debe hacer el juez, lo cual implica dilucidar, entre otros, los siguientes problemas hermenéuticos: **(i)** vigencia de las normas; **(ii)** examen de posibles juicios de constitucionalidad o de legalidad de las normas supuestamente infringidas; **(iii)** jerarquía normativa; **(iv)** posibles antinomias; **(v)** ambigüedad normativa; **(v)** sentencias de unificación, doctrina probable, jurisprudencia sugestiva, etc.; **(vi)** integración normativa; **(vii)** criterios y postulados de interpretación; **(viii)** jerarquía de los criterios y postulados de interpretación, etc.

Ahora bien, *prima facie*, la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* que describen los ordinales 1.º y 2.º del artículo 231 del CPACA nos indica que es un requisito más propicio de las medidas cautelares positivas; no obstante, cuando se

²⁹ Mitidiero, Daniel. Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria. Madrid, 2013, Marcial Pons, p. 41.

³⁰ El artículo 152 del Decreto 01 de 1984, incluía el adjetivo «manifiesta infracción».



trata de medidas cautelares negativas, como la suspensión de los efectos del acto demandado, resulta pertinente, pero en sentido inverso, esto es, no como apariencia de buen derecho, sino como apariencia de ilegalidad, lo cual justifica la tutela cautelar temprana siguiendo la doctrina italiana, según la cual, ante la imposibilidad de una respuesta definitiva en un plazo razonable, es pertinente una respuesta provisional en un tiempo justo³¹. El sentido de apariencia de ilegalidad lo precisa Chinchilla Marín así:

«[...] de la misma forma que la intensidad con la que el interés general reclama la ejecución de un acto es tenida en cuenta por los tribunales para determinar la intensidad del perjuicio que se exige para adoptar la medida cautelar, la intensidad con que se manifieste la apariencia de buen derecho, que es tanto como decir la apariencia de ilegalidad del acto administrativo, debe también tomarse en consideración para determinar la medida del daño que cabe exigir para apreciar la existencia del *periculum in mora* necesario para otorgar la medida cautelar solicitada.[...]»³².

Por otra parte, es necesario anotar que la suspensión de los efectos de un acto administrativo no es la única medida cautelar que puede ser decretada por el juez o magistrado ponente encargado de resolver la petición. Así está previsto en el inciso 1.º del artículo 229 de la Ley 1437 el cual indica lo siguiente:

«[...] En todos los procesos declarativos, que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, **podrá el juez o magistrado ponente, decretar en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia** [...]». (Negrita fuera de texto).

En consonancia con la disposición en cita, el artículo 230 *ut supra* respecto del contenido y alcance de las medidas cautelares dispone que éstas «podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda». A su vez determina que el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

«[...] 1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

³¹ Chinchilla Marín, Carmen. La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, Madrid, Civitas, 1991, p. 128, citada por Daniela s. sosa y Laura E. Giménez, régimen cautelar en el proceso contencioso administrativo de córdoba. biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la Unam.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/8.pdf>. consultado el 30 de julio de 2018.

³² Chinchilla Marín, Carmen «las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en España», p. 156, en la publicación «las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamérica», asociación de magistrados de tribunales contencioso administrativos en los estados unidos mexicanos, México 2009, tomado el 30 de julio de 2018.

página electrónica: <https://es.scribd.com/document/209225123/las-medidas-cautelares-en-el-proceso-administrativo-en-iberoamerica>



2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente [...]».

De la lectura de los artículos 229, 230 y 231 del CPACA se llega a las siguientes conclusiones: **(i)** cuando se trata de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo es necesario que el juez o magistrado ponente realice la confrontación del acto demandado con las normas superiores invocadas y las pruebas allegadas con la solicitud, tal como lo dispone el artículo 231 *ibidem*; **(ii)** la ley concedió al juez o al magistrado ponente la potestad de adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto de proceso y la efectividad de la sentencia, entre las cuales se encuentra suspender un proceso o una actuación administrativa, artículo 230 de CPACA; y **(iii)** en aquellos casos en que se declara una medida cautelar diferente a la suspensión de los efectos de un acto administrativo se deben observar los supuestos de apariencia de buen derecho y *periculum in mora*.

c. Problemas jurídicos

Para definir si procede la suspensión provisional solicitada, es preciso dar respuesta a los siguientes interrogantes:

1. ¿Al proferir el Decreto 1754 de 2020, el Gobierno Nacional³³ excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria respecto del artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020?

2. ¿El Decreto 1754 de 2020 incurrió en el vicio de falsa motivación al tener por acreditadas, sin que esto fuera cierto, las circunstancias exigidas para poder

³³ En este caso en cabeza del presidente de la República, del Departamento Administrativo de la Función Pública y del Ministerio de Justicia y del Derecho.



reanudar los concursos de mérito que se encontraban en las etapas de reclutamiento o de aplicación de pruebas?

Primer problema jurídico: *¿Al proferir el Decreto 1754 de 2020, el Gobierno Nacional excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria respecto del artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020?*

Con el fin de dar respuesta a este interrogante, el despacho se ocupará, en un primer momento, de plantear un marco conceptual relativo a la potestad reglamentaria para entonces proceder con el análisis del artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020 y, finalmente, resolver el caso concreto.

➤ **Ejercicio de la potestad reglamentaria**

Uno de los rasgos característicos del sistema jurídico colombiano es la organización jerárquica que se le ha otorgado a los diferentes tipos de normas que lo integran, organización que supone la existencia de una estructura escalonada, si se quiere piramidal, en la que cada categoría normativa tiene características propias que influyen directamente en el rango que se les otorga y, por consiguiente, en la relación de subordinación predicable entre unas y otras. Todo ello responde a una teleología particular que no es otra que permitir la construcción sistemática, coherente y racional del ordenamiento jurídico.

El hecho de que esta estructura jerárquica no aparezca definida explícitamente en la Constitución Política no es óbice para afirmar su existencia ya que a lo largo de este texto pueden encontrarse sendas disposiciones que dan cuenta de la primacía o sujeción que se le confiere a cada tipología normativa. Así, por ejemplo, el artículo 4.º superior, prevé que «[...] La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales [...]».

De esta forma, se ha entendido que la Constitución y los preceptos convencionales que se integren al ordenamiento jurídico interno, ocupan el nivel más alto dentro de este, seguidas en orden por las leyes que deben expedirse con sujeción a aquellas y por los actos administrativos, los que de acuerdo a la categoría en la que puedan clasificarse deberán obedecer a la Constitución y a la ley, o en algunos casos, solo a la primera.

Dicha estratificación normativa se convierte en un criterio de validez que ha sido explicado en los siguientes términos por la Corte Constitucional:

[...] La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que



garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada, no es otra que la de establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico [...]³⁴

Establecido lo anterior, resulta claro que las facultades de producción normativa de la administración tienen un límite incuestionable en el contenido de las normas respecto de las cuales pueda predicarse una superioridad jerárquica, asunto que se definirá atendiendo a la tipología del reglamento.

Así, tratándose de los reglamentos (i) expedidos por el presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye el artículo 189-11 superior; de los (ii) reglamentos que desarrollan leyes habilitantes y de los (iii) reglamentos expedidos por otras autoridades administrativas en asuntos especializados de su competencia, se ha dicho que su propósito es complementar la ley en la medida en que sea necesario para lograr su cumplida aplicación, cuando se requiera por ejemplo, precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella. En ese orden de ideas, si lo que se busca es permitir la ejecución de la ley, esta facultad no apareja la interpretación, modificación, limitación o ampliación de los contenidos legislativos, como tampoco el modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene³⁵.

Ahora bien, en relación con los límites a la potestad reglamentaria de la administración frente a los tres tipos de normas reglamentarias que se señalaron, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

[...] en nuestro orden, la potestad reglamentaria es la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance. El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta (sic) en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos, motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política. El poder reglamentario se encuentra limitado en función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley y, como lo ha manifestado la jurisprudencia, la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la ley, es

³⁴ Sentencia C-037 del 26 de enero de 2000, Corte Constitucional, expediente D-2441.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de octubre de 2010, Radicación 11001-03-25-000-2005-00125-00(5242-05), Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado.



decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario [...]»³⁶ (Subrayas fuera del texto original)

Así pues, para el ejercicio de la atribución de producción normativa, la administración debe limitarse a desarrollar las disposiciones respecto de las cuales sea posible predicar una relación de jerarquía, en algunos casos será la Constitución, en otros también la ley e incluso algunos preceptos reglamentarios³⁷. De esta forma, cuando sea viable establecer esa subordinación normativa, el reglamento no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones superiores, ampliar o restringir el sentido de estas, como tampoco puede suprimirlas o cambiarlas ni reglamentar materias que estén reservadas a ellas, pues en tales eventos excedería sus competencias.

En ese sentido, es importante señalar que a pesar de que en el medio de control de nulidad se enjuicia la legalidad de la norma reglamentaria, también es cierto que, de encontrar que el reglamento no se ajusta a los preceptos constitucionales, habrá de declararse su nulidad, habida cuenta de que el ejercicio de la potestad reglamentaria no solo está atado a la ley que desarrolla, sino también, a los postulados superiores contenidos en la Constitución Política³⁸, así como a los fines del Estado Social de Derecho³⁹, a los cuales no puede ser ajeno en el desarrollo de sus funciones.

➤ **Estudio del artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020⁴⁰**

El Gobierno Nacional, actuando como legislador extraordinario en el marco de la pandemia generada por la Covid 19, expidió el Decreto Legislativo 491 de 2020 en el que, entre otras medidas, dispuso el aplazamiento de los concursos de mérito que estuvieran en las etapas de reclutamiento o aplicación de pruebas, como una herramienta para la adecuada gestión de la selección de personal del sector público en medio del riesgo epidemiológico que representaba la situación sanitaria. Sobre el particular, el artículo 14 *ibidem* dispuso lo siguiente:

[...] Artículo 14. *Aplazamiento de los procesos de selección en curso.* Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las

³⁶ Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado 11001-03-26-000-2003-00014-01, expediente 24715.

³⁷ En el caso de los llamados reglamentos «constitucionales autónomos» debido a que es la propia Constitución la que directamente atribuye la competencia o potestad regulatoria, no puede predicarse algún tipo de sujeción a la ley. Por ello se ha sostenido que la relación entre dichos actos administrativos y la ley, en lugar de estar sometida a una jerarquía, se caracteriza por un criterio de distribución de competencias normativas que ha efectuado la propia carta política. Por su parte, en el caso de los decretos que reglamentan una ley marco, se predicará subordinación entre estos y la ley que desarrollan, pero no respecto de las demás leyes, con las cuales existirá una relación horizontal en la escala jerárquica.

³⁸ Artículo 6.º de la Constitución Política.

³⁹ Artículo 2.º *ibidem*.

⁴⁰ «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».



personas y propiciar el distanciamiento social, se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, especial constitucional o específico, que se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas.

Las autoridades competentes deberán reanudar dichos procesos una vez se supere la Emergencia Sanitaria.

En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. Durante el período que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia [...]

La Corte Constitucional, en Sentencia C-242 de 2020 efectuó la revisión de constitucionalidad del referido Decreto Legislativo 491 de 2020. En la providencia declaró la exequibilidad del citado artículo 14. Al respecto, explicó que la suspensión de los procesos de selección afecta el derecho a ocupar cargos públicos y los principios de mérito como criterio de acceso al empleo público y de celeridad (arts. 40.7, 125 y 209 de la Constitución) porque «[...] posterga en el tiempo los concursos al permitir que éstos no sean adelantados en los plazos establecidos en las convocatorias respectivas y sean interrumpidos mientras dure vigente la emergencia sanitaria [...]», sin embargo encontró que dicha limitante es proporcional porque persigue una finalidad legítima⁴¹, es adecuada para cumplir ese objetivo⁴², es necesaria⁴³ y proporcional en sentido estricto.

Sobre este último aspecto, explicó que «[...] si bien se restringe la celeridad de los trámites de selección y, con ello, el acceso al empleo público, **lo cierto es que la suspensión de los procesos de selección es transitoria y finalizará una vez se supere la emergencia sanitaria.** Además, no afecta a los concursos en los que ya existan listas de elegibles en firme y, por ello, se hayan consolidado derechos de los aspirantes [...]»⁴⁴.

Para lo que es objeto de discusión en el presente asunto, llama la atención del despacho que, en el texto de la sentencia estudiada, se indicó que la CNSC, al pronunciarse en aquel trámite constitucional, solicitó que se declarara la exequibilidad condicionada del mencionado artículo 14 porque si bien contempla una medida

⁴¹ «[...] que las restricciones sanitarias adoptadas con ocasión de la pandemia no impidan que ciertas personas puedan participar en los concursos de méritos en desarrollo, así como evitar que se realicen pruebas masivas que deriven en escenarios de contagio [...]».

⁴² «[...] ya que, por medio del aplazamiento temporal de los concursos, se permite que las personas que no se encuentran en la posibilidad material de participar en los procesos de selección por su edad, condiciones de salud, posibilidades de acceso a medios tecnológicos o atender ciertas medidas sanitarias, no vean afectadas sus aspiraciones legítimas de ingresar al empleo público [...]».

⁴³ «[...] la suspensión de los concursos es la única acción razonable que asegura que, sin importar el impacto de las diversas medidas adoptadas para enfrentar el riesgo epidemiológico asociado al coronavirus COVID-19 que han implicado, por ejemplo, para algunas personas la imposibilidad de salir de sus residencias o de regresar del exterior, se presenten casos de negación de la oportunidad de acceder al empleo público [...]».

⁴⁴ Sentencia C-242 de 2020.



«[...] necesaria y proporcionada frente a la mayoría de los procesos de selección, lo cierto es que, dada su generalidad, frente a ciertos casos específicos deriva en consecuencias que entorpecen la correcta gestión del ingreso del personal a la carrera administrativa [...] sería razonable que la medida adoptada hubiera permitido la realización de dichas actuaciones concretas sin desconocer las medidas sanitarias mediante la ejecución de protocolos de bioseguridad, y, con ello, evitar que los concursos se dilaten más allá del tiempo requerido por las razones de salud pública [...]»⁴⁵

No obstante la solicitud realizada en ese sentido por la CNSC, la Corte Constitucional decidió declarar la exequibilidad de la norma sin ningún condicionamiento⁴⁶.

➤ **Caso concreto**

Siunedian Finanzas Públicas considera que, por medio del Decreto 1754 de 2020, el Gobierno Nacional se excedió en el ejercicio de su facultad reglamentaria pues creó un contenido que sobrepasa e incluso contradice lo dispuesto por el legislador extraordinario en el Decreto Legislativo 491 de 2020. Señaló que el artículo 14 de este último dispuso la suspensión de los concursos de mérito, indicando que debían reanudarse una vez se supere la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social, sin embargo, el acto acusado, sobre la base de estar reglamentando aquella norma, ordenó la reactivación de esos procesos cuando aún se encontraba vigente la declaratoria de emergencia sanitaria.

En defensa de la legalidad del Decreto 1754, las entidades demandadas sostienen que el Decreto Legislativo 491 ordenó la suspensión de los concursos con carácter transitorio y que, en todo caso, la reactivación obedece a las nuevas realidades epidemiológicas que permitieron, gradualmente, la flexibilización de las medidas de confinamiento y a los nuevos esquemas de aislamiento, así como a la necesidad de reactivación económica. Además, indican que los concursos, que son la herramienta a través de la cual se satisface el principio del mérito, como eje axial del ordenamiento jurídico, no pueden quedar aplazados de manera indefinida.

Visto lo anterior, para dirimir la controversia que se presenta, es preciso pasar al estudio del Decreto 1754 de 2020, motivo de acusación. Este último fue expedido por el Gobierno Nacional⁴⁷ en ejercicio de las atribuciones conferidas por el numeral

⁴⁵ Sentencia C-242 de 2020.

⁴⁶ La Corte Constitucional se pronunció negativamente sobre la petición de la CNSC con apoyo en el siguiente argumento: «Si bien, como lo propone la Comisión Nacional del Servicio Civil, podrían organizarse pruebas o exámenes individuales o virtuales que no impliquen el contacto social, lo cierto es que con ocasión de la pandemia se han implementado medidas sanitarias locales y nacionales que pueden, en ciertos casos, impedir que las personas agoten las etapas del proceso de selección bajo tales condiciones, máxime cuando es un hecho notorio que no todos los individuos tienen acceso a los medios tecnológicos o pueden utilizarlos con destreza, por lo que la Corte no estima que, a pesar de que ello pueda ser conveniente, sea inconstitucional la omisión de otorgarle la facultad a dicha entidad para adelantar algunas fases de las convocatorias».

⁴⁷ En cabeza del presidente, del Departamento Administrativo de la Función Pública y del Ministerio de Justicia y del Derecho.



11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo del Decreto Legislativo 491 de 2020.

En efecto, el artículo 1 del acto acusado señala que su objeto consiste en «[...] reglamentar el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo referente a los procesos de selección para proveer los empleos de carrera de los regímenes general, especial y específico, en el marco de la emergencia sanitaria, en las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba».

En aras de establecer los términos en que se llevó a cabo dicha reglamentación y al mismo tiempo analizar su contenido normativo de cara a la disposición legal reglamentada, resulta ilustrativa la comparación de ambos textos:

Decreto Legislativo 491 de 2020	Decreto 1754 de 2020
<p>[...] Artículo 14. Aplazamiento de los procesos de selección en curso. <u>Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social</u>, para garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social, <u>se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando</u> para proveer empleos de carrera del régimen general, especial constitucional o específico, <u>que se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas.</u></p> <p>Las autoridades competentes <u>deberán reanudar dichos procesos una vez se supere la Emergencia Sanitaria.</u></p> <p>En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. <u>Durante el período que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia [...]</u> (Subrayas fuera del texto original)</p>	<p>[...] Artículo 2. Reactivación de las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas de los procesos de selección. A partir de la publicación del presente decreto las entidades o instancias responsables de adelantar los procesos de selección para proveer los empleos de carrera de los regímenes general, especial y específico, <u>podrán adelantar las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas, garantizando la aplicación del protocolo general de bioseguridad adoptado por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 666 de 2020</u> y en las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen.</p> <p>Artículo 3. Reactivación del periodo de prueba. A partir de la publicación del presente decreto las entidades <u>podrán iniciar el periodo de prueba</u> con los aspirantes nombrados y posesionados, fijando compromisos para la evaluación del desempeño laboral, siempre y cuando se garantice el desarrollo, seguimiento y verificación de las actividades inherentes al empleo, que permitan una evaluación y calificación objetiva.</p> <p>Artículo 4. Vigencia. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación. (Subrayas fuera del texto original)</p>

De lo anterior, es factible afirmar que mientras que el Decreto 491 de 2020 ordenó aplazar los concursos de mérito que se encontraran en las etapas de reclutamiento o de aplicación de pruebas, así como el inicio del periodo de prueba, supeditando la aplicación de tal medida a la vigencia de la emergencia sanitaria declarada por el



Ministerio de Salud y Protección Social, el Decreto 1754 del mismo año adujo reglamentar dicha norma para permitir que, desde su publicación, se adelantaran las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas, al igual que el nombramiento en periodo de prueba, siempre y cuando se garantizara la aplicación del protocolo general de bioseguridad adoptado por el mismo Ministerio.

Así las cosas, para el despacho no es motivo de duda que el legislador extraordinario estableció una condición resolutoria respecto del aplazamiento de los concursos que se encontraban en las etapas anunciadas, pues tal medida acabaría con el levantamiento de la emergencia sanitaria decretada por la cartera ministerial de Salud y Protección Social. Nótese que en este aspecto la norma no otorga un margen de interpretación, sino que contempla un criterio temporal claro de aplicación de la medida que es la declaratoria de emergencia sanitaria. De acuerdo con ello, la pregunta que surge es si, para la fecha de publicación del Decreto 1754, esto es, el 22 de diciembre de 2020, ya se había superado la situación de emergencia sanitaria.

La respuesta a este interrogante es negativa pues la emergencia sanitaria se declaró el 12 de marzo de 2020 y desde entonces se ha venido prorrogando ininterrumpidamente. En efecto, la última prórroga la ordenó el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 666 del 28 de abril de 2022, que extendió la emergencia sanitaria hasta el 30 de junio de 2022 en todo el territorio nacional.

Lo anterior lleva a concluir que, para la fecha en que se expidió el Decreto reglamentario 1754 de 2020 no estaba dada la condición que impuso el legislador extraordinario para que se levantara la suspensión de las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas en los procesos de selección, al igual que la iniciación del periodo de prueba de quienes ya conformaban las listas de elegibles, de allí que, en esta etapa preliminar, el despacho encuentre plausible acompañar la apreciación de la demandante cuando aduce que hubo un ejercicio indebido de la potestad reglamentaria.

En este punto es importante indicar que tanto el DAFP como el Ministerio de Justicia y del Derecho han ofrecido argumentos que justifican la reactivación de los procesos de selección desde una perspectiva de conveniencia y proporcionalidad, amparándose en la necesidad de reactivación de la economía y en los cambios epidemiológicos que se fueron presentando a medida que se combatía el virus de la Covid 19, lo que, en su criterio, sumado a la importancia que tienen el principio del mérito en nuestro ordenamiento jurídico, sustentaría plenamente que a través del acto acusado se hubieran reanudado los concursos.

En efecto, en el informe de publicación del proyecto normativo que dio lugar al Decreto 1754 de 2020 se advierte que uno de los comentarios de la ciudadanía se dirigió a cuestionar su legalidad porque supondría una extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria. En respuesta a dicha observación, el Ministerio de



Justicia y del Derecho explicó que el decreto se adoptaba «[...] teniendo en cuenta que las medidas iniciales de aislamiento en las cuales se expidió el decreto han ido variando y/o flexibilizando a medida que el Ministerio de Salud y Protección Social así lo ha estimado. Al respecto, es importante traer a colación lo señalado por la Dirección de Epidemiología y Demografía del Ministerio de Salud y Protección Social el 25 de noviembre de 2020, según la cual "actualmente, Colombia presenta una reducción (estabilizada recientemente) en la velocidad de transmisión por el nuevo coronavirus SARS COV-2 (COVID-19)»⁴⁸.

Sin desconocer que las razones que motivaron la reanudación de los concursos pudieron estar justificadas desde un punto de vista fáctico debido a las cambiantes realidades que iban surgiendo con la superación gradual de la Covid y también desde una perspectiva jurídica pues el despacho reconoce la gran relevancia constitucional que tiene la realización del principio del mérito, lo cierto es que, a través de una norma reglamentaria no es posible trastocar el sentido de una disposición con rango legal, como lo es el artículo 14 del Decreto Legislativo 491.

Este último fue claro al disponer que se aplazarían los concursos que estaban en etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas, así como el inicio del periodo de prueba, «Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social». Según el Diccionario de la Lengua Española aplazar significa «1. tr. Retrasar el momento de realizar algo», luego al ordenar la «reactivación» de aquellas etapas, el Decreto 1754 de 2020 no reglamentó la norma legal para su adecuado y debido cumplimiento sino que cambió por completo su sentido, en un exceso de las competencias que el artículo 189-11 de la Constitución Política le concede al presidente como máximo representante del Gobierno Nacional.

De acuerdo con ello, si como lo propone la parte demandante, el estudio de validez del Decreto 1754 de 2020 se centra en el ejercicio de la potestad reglamentaria, en principio, se concluye que en este caso hubo un exceso pues, en contravía de lo dispuesto por el legislador extraordinario, el Gobierno manifestó reglamentar el Decreto 491 para prever la reanudación de las etapas ya identificadas, a pesar de que aún estaba en rigor la emergencia sanitaria ordenada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Según se explicó, la potestad reglamentaria se rige por el principio de necesidad, que justamente permite determinar hasta dónde es necesario completar el alcance de la ley (o norma con fuerza de ley, como en el caso de los decretos legislativos). Entre más general y amplia haya sido la regulación por parte de la ley, más forzosa es su reglamentación. *A contrario sensu*, cuando la ley ha detallado los elementos que se requieren para aplicar esa situación al caso particular, no amerita expedir el reglamento o expedirlo de manera un poco menos prolija⁴⁹.

⁴⁸ Índice 44, expediente electrónico.

⁴⁹ Sobre el alcance de la potestad reglamentaria, entre otras, se pueden consultar la sentencia del 10 de septiembre de 2015, expediente 21025, M.P. Hugo Bastidas Bárcenas, y del 20 de octubre de 2009, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, radicado 11001031500020090054900.



En conclusión, si lo que hizo el legislador extraordinario mediante el artículo 14 del Decreto Legislativo 491 fue suspender los concursos en etapa de reclutamiento y aplicación de pruebas, así como el inicio del periodo de prueba, mientras estuviera vigente la emergencia sanitaria, parecería claro que el Gobierno Nacional se extralimitó al disponer en el Decreto 1754 que reglamentaría dicho artículo para ordenar su reactivación sin que el Ministerio de Salud y Protección Social hubiera levantado la emergencia sanitaria. De esta forma se habrían transgredido los límites a los que debe someterse la potestad reglamentaria de la administración.

Por lo anterior, no hace falta pasar al estudio del segundo problema jurídico que se planteó.

d. Decisión de la medida cautelar

Al evidenciar en esta etapa del proceso que podría configurarse el vicio de falta de competencia por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, se decretará la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1754 de 2020, «Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria».

e. Representación judicial de las entidades demandadas

El Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio de Justicia y del Derecho allegaron los respectivos poderes que confirieron a los profesionales designados para que ejercieran la representación judicial de sus intereses en el presente proceso⁵⁰, quienes en virtud de dichas atribuciones dieron respuesta a la solicitud de medida cautelar.

De acuerdo con ello, resulta procedente reconocerle personería al abogado Fredy Murillo Orrego como apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho y al profesional Víctor Hugo Calderón Jaramillo, en calidad de apoderado del Departamento Administrativo de la Función Pública.

En mérito de lo cual expuesto se,

RESUELVE

Primero: Decretar la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1754 de 2020, «Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y

⁵⁰ índices 44 y 47, expediente electrónico.



Radicado: 11001032500020210022200 (1385-2021)
Demandante: Sindicato de Unificación Nacional de
Trabajadores de la DIAN y Finanzas Públicas

periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria», de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Reconocer personería al abogado Fredy Murillo Orrego, identificado con cédula de ciudadanía 93.364.454 y tarjeta profesional 152.469 del Consejo Superior de la Judicatura, para que ejerza la representación judicial del Ministerio de Justicia y del Derecho, de conformidad con las Resoluciones 641 de 2012 y 1427 de 2017, que obran en el índice 44 del expediente electrónico.

Tercero: Reconocer personería al abogado Víctor Hugo Calderón Jaramillo, identificado con cédula de ciudadanía 19.479.722 y tarjeta profesional 53.381 del Consejo Superior de la Judicatura, para que ejerza la representación judicial del Departamento Administrativo de la Función Pública, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual obra en el índice 47 del expediente electrónico.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.



Bogotá, 29 de julio de 2022

Aspirante
VIVIAN KARINA CUETO PEREZ
ID Inscripción 445010414
Proceso de Selección No. 2149 de 2021-ICBF

Asunto: Respuesta a la reclamación presentada contra los resultados de la Prueba Escrita de Competencias Funcionales y Comportamentales
Radicado de Entrada CNSC No.: 512909192
Modalidad Abierto

Cordial saludo.

Procede la Universidad de Pamplona a resolver su reclamación bajo los siguientes términos:

I. Competencia para atender la reclamación

El artículo 7 de la Ley 909 de 2004, dispone que *“(...) La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá mediante acto administrativo delegar las competencias para adelantar los procesos de selección, bajo su dirección y orientación, en las entidades del orden nacional con experiencia en procesos de selección o en instituciones de educación superior expertas en procesos. La Comisión podrá reasumir las competencias delegadas en los términos señalados en la ley”*.

El artículo 11 ibidem, prevé que es función de la CNSC, *“(...) i) Realizar los procesos de selección para el ingreso al empleo público a través de las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, que contrate para tal fin”*.

En el mismo sentido, el artículo 30 de la referida ley dispone que, *“Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos”*.

Por lo anterior, y una vez finalizada la Licitación Pública No. 003 de 2021, la CNSC y la Universidad de Pamplona suscribieron contrato de prestación de servicios No. 490 de 2021 cuyo objeto es *“Desarrollar el proceso de selección, en las modalidades de ascenso y abierto, desde la etapa de verificación de requisitos mínimos hasta la etapa de pruebas escritas, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF”*.

El numeral 4 de las obligaciones específicas del referido contrato establece que la Universidad de Pamplona debe “(...) *Atender, resolver y responder de fondo dentro de los términos legales las reclamaciones, peticiones, acciones judiciales y llevar a cabo las actuaciones administrativas a que haya lugar en ejercicio de la delegación conferida con la suscripción del contrato, durante toda la vigencia de este y con ocasión de la ejecución de las diferentes etapas del proceso de selección para las cuales fue contratado*”.

II. Antecedentes

La CNSC y el ICBF suscribieron el Acuerdo No. CNSC-2081 del 21 de septiembre de 2021, “*Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Proceso de Selección ICBF 2021*”.

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad-SIMO, se constató que la señora VIVIAN KARINA CUETO PEREZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 64578318, mediante ID 445010414, se inscribió para concursar por el empleo de nivel Profesional, identificado con el código OPEC No. 166323, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 7, ofertado en la modalidad de concurso Abierto por el ICBF en el del Proceso de Selección No. 2149 de 2021, el cual en el artículo 3 del Acuerdo definió la siguiente estructura:

“ARTÍCULO 3. ESTRUCTURA DEL PROCESO DE SELECCIÓN. *El presente proceso de selección tendrá las siguientes etapas:*

- *Convocatoria y divulgación*
- *Adquisición de Derechos de Participación e Inscripciones para el Proceso de Selección en la modalidad de Ascenso.*
- *Declaratoria de vacantes desiertas en el Proceso de Selección en la modalidad de Ascenso.*
- *Ajuste de la OPEC del Proceso de Selección en la modalidad Abierto, para incluir las vacantes declaradas desiertas en el Proceso de Selección en la modalidad de Ascenso.*
- *Adquisición de Derechos de Participación e Inscripciones para el Proceso de Selección en la modalidad Abierto.*
- *Verificación de Requisitos Mínimos, en adelante VRM, de los participantes inscritos en cualquier modalidad de este proceso de selección.*
- **Aplicación de pruebas a los participantes admitidos en cualquier modalidad de este proceso de selección.**
 - *Conformación y adopción de las Listas de Elegibles para los empleos ofertados en este proceso de selección.”* (Negrita y subrayado fuera de texto).

Al respecto es importante indicar que, el Proceso de Selección No. 2149 de 2021-ICBF, se encuentra en la etapa de Prueba escrita de competencias Funcionales y Comportamentales.

Así, mediante Aviso publicado el 14 de junio de 2022 en el sitio web de la CNSC y envío de alerta en SIMO, se informó a los aspirantes que la publicación de los resultados de la prueba escrita de competencias Funcionales y Comportamentales, se realizaría el día 22 de junio de 2022, en cumplimiento de lo previsto por el numeral 4.3 del Anexo Técnico, el cual establece lo siguiente:

“4.3. Publicación de resultados de las Pruebas Escritas

Los resultados de estas pruebas se publicarán en el sitio web de la CNSC, www.cnsc.gov.co, enlace SIMO, y/o en el sitio web de la Institución de Educación Superior contratada para realizar esta etapa del proceso de selección, en la fecha que disponga la CNSC, la cual será informada por estos mismos medios con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles. Los aspirantes podrán consultar estos resultados ingresando al aplicativo con su usuario y contraseña. Los resultados de la Prueba sobre Competencias Comportamentales serán publicados únicamente a los aspirantes que alcancen el “PUNTAJE MINIMO APROBATORIO” en la Prueba sobre Competencias Funcionales, que es Eliminatoria”.

Con ocasión a la publicación de los referidos resultados, la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Pamplona habilitaron los días 23, 24, 28, 29 y 30 de junio de 2022, para que los aspirantes reclamaran sobre los resultados de la prueba de competencias funcionales y comportamentales a través de la página web de la Comisión Nacional de Servicio Civil, enlace SIMO.

Sobre el particular el numeral 4.4 ibidem, establece que:

(...) “ 4.4. Reclamaciones contra los resultados de las Pruebas Escritas

Las reclamaciones contra los resultados de estas pruebas se presentarán por los aspirantes únicamente a través del SIMO, frente a sus propios resultados (no frente a los de otros aspirantes) dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de publicación de los mismos, de conformidad con las disposiciones del artículo 13 del Decreto Ley 760 de 2005 o la norma que lo modifique o sustituya.

En la respectiva reclamación, el aspirante puede solicitar, si lo considera necesario, el acceso a las pruebas por él presentadas, señalando expresamente el objeto y las razones en las que fundamenta su petición. La CNSC o la Institución de Educación Superior contratada para realizar esta etapa del proceso de selección, lo citará para cumplir con este trámite en la misma ciudad en la que presentó tales pruebas.

El aspirante sólo podrá acceder a las pruebas que él presentó, atendiendo el protocolo que para el efecto se establezca, advirtiendo que en ningún caso está autorizada su reproducción física y/o digital (fotocopia, fotografía, documento escaneado u otro similar),

con el fin de conservar la reserva contenida en el numeral 3 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 o la norma que la modifique o sustituya.

A partir del día siguiente en que ocurra efectivamente el acceso a pruebas solicitado, el aspirante contará con dos (2) días hábiles para completar su reclamación, si así lo considera necesario, para lo cual se habilitará el aplicativo SIMO por el término antes mencionado.

En atención a que las pruebas son propiedad patrimonial de la CNSC, su uso por parte del aspirante para fines distintos a la consulta y trámite de su reclamación, se constituye en un delito que será sancionado de conformidad con la normatividad vigente.

Para atender las reclamaciones de que trata este numeral, se podrá utilizar la respuesta conjunta, única y masiva, de conformidad con la Sentencia T-466 de 2004 proferida por la Corte Constitucional y lo previsto por el artículo 22 del CPACA, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

Contra la decisión que resuelve estas reclamaciones no procede ningún recurso.

En la(s) fecha(s) que disponga la CNSC, que será(n) informada(s) con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles en su sitio web www.cnsc.gov.co, enlace SIMO, el aspirante podrá ingresar al aplicativo con su usuario y contraseña y consultar la decisión que resolvió la reclamación presentada”.

Aunado a lo anterior, el acceso al material de las pruebas escritas de competencias Funcionales y/o Comportamentales se realizó el día 17 de julio 2022, razón por la cual y en cumplimiento a la normatividad antes mencionada, la Universidad de Pamplona y la CNSC, habilitaron los días 18 y 19 de julio de 2022 para que el participante complementara la reclamación a través de la página web de la Comisión Nacional de Servicio Civil, enlace SIMO.

En aras de salvaguardar los principios de la Función Pública consagrados en el Artículo 2º de la Ley 909 de 2004 entre ellos; la igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad, en virtud de la reclamación interpuesta por la aspirante, la Universidad de Pamplona como ente Operador del Proceso de Selección, y en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, procede a dar respuesta al participante en los siguientes términos:

La Comisión Nacional del Servicio Civil ha desarrollado en los últimos años un modelo de evaluación, el cual ha sido probado psicométricamente en diferentes procesos de selección, y que permite evaluar de manera coherente a los candidatos respecto de las situaciones generales que frecuentemente se presentan en las entidades públicas estatales colombianas en torno a las competencias laborales definidas a partir de los Decretos 1083 de 2015 y 815 de 2018, las cuales se deben entender “como la capacidad de una persona para desempeñar en

diferentes contextos y con base en los requerimientos de calidad y resultados esperados en el sector público, las funciones inherentes a un empleo, capacidad que está determinada por los conocimientos, destrezas, habilidades, valores, actitudes y aptitudes que debe poseer y demostrar el empleado público”. Dichas capacidades deben evaluarse y demostrarse en los diferentes contextos en los cuales se puede desempeñar un servidor público en entidades con plantas globales de empleos que, por ejemplo, viabilicen los mecanismos de movilidad horizontal dispuestos en la Ley 1960 del 2019.

En este sentido, se aclara que el componente funcional de las pruebas escritas no está conformado únicamente por la aplicación de conocimientos específicos, sino que también contiene la evaluación de aspectos tales como capacidades y habilidades, de manera que, si bien la aplicación de conocimientos constituye un factor importante en la evaluación, no es el único que determina la idoneidad del aspirante seleccionado para ocupar el cargo. Por consiguiente, las pruebas diseñadas son idóneas para medir las competencias de los aspirantes para desempeñar óptimamente los empleos objeto de provisión, construyéndose en función de las necesidades del servicio, considerando las normas que establecen la naturaleza de las funciones del empleo, los niveles jerárquicos, áreas o proceso a los cuales sea susceptible de ser asignado el empleo en una planta global, así como las competencias laborales generales para desempeñarse en el servicio público, sin que de ninguna manera su elaboración esté en función, únicamente del perfil funcional específico del empleo a proveer, ni mucho menos del perfil que ostenten aquellos que tengan la expectativa de ocupar dichos empleos, o de aquellos que los desempeñan transitoriamente en provisionalidad o encargo.

Ahora bien, respecto a lo peticionado en su escrito de reclamación; en el primer punto, donde menciona *“Solicito el acceso a las pruebas escritas 2- Que se me permita ver el cuadernillo 3- Que se me permita ver la hoja de respuestas. 4- Que se me permita ver las claves de respuesta (...)”* es pertinente indicar que:

Respecto al acceso a la prueba escrita de competencias funcionales la Universidad de Pamplona como operador logístico, la citó a usted para que el día 17 de julio de 2022 asistiera a la jornada de acceso al material de pruebas escritas, en cumplimiento de lo contemplado en el numeral 4.4 del anexo técnico del acuerdo No. 2081 del 21-09-2021, pudiendo constatar que usted, **ASISTIÓ** a dicha jornada.

Conforme a lo peticionado en su escrito de reclamación en el segundo punto en la cual menciona *“5- Que se me informe del valor otorgado a las preguntas 6- Que se me informe cuál fue la metodología de evaluación”*, es pertinente indicar que:

Sobre su consulta puntual, hay que decir que su puntaje se obtuvo por medio de puntuación Directa, que es una transformación lineal de las respuestas acertadas por la aspirante a una escala comparativa que va desde 0 hasta 100. En este escenario todos los ítems tienen el mismo valor; no existe un ítem que aporte más puntaje al resultado de la prueba que otro.

La puntuación directa se obtiene de la siguiente fórmula:

$$P = \frac{\sum A_j}{T_j} \times 100$$

Donde

P = Puntuación obtenida por el aspirante.

$\sum A_j$ = Sumatoria del número de ítems acertados por el aspirante.

T_j = Total de ítems válidos de la prueba.

Este escenario también puede expresar el porcentaje de preguntas acertadas por el aspirante, denotando que para aprobar la prueba escrita de competencias funcionales se necesita acertar, como mínimo, el 65 % de las preguntas válidas.

Para su caso concreto, el puntaje se obtuvo de realizar el siguiente cálculo:

$$P = \frac{60}{120} \times 100 = 50,00$$

Asimismo, como se mencionó anteriormente, ninguna pregunta tiene más valor que otro; todas valen lo mismo. Por tanto, si desea saber el valor de una sola pregunta, puede aplicar la fórmula descrita anteriormente, reemplazando el valor $\sum A_j$ por 1.

Una vez aplicada la prueba escrita de competencias funcionales, obtuvo un puntaje de **50,00** y por tanto **No continúa en concurso**.

Por otra parte, es de aclararle que, los resultados de la Prueba sobre Competencias Comportamentales, fueron publicados únicamente a quienes superaron el “**PUNTAJE MÍNIMO APROBATORIO**” en la Prueba sobre Competencias Funcionales, toda vez que la misma es de carácter eliminatoria. Lo anterior según lo estipulado en el numeral 17 de la guía de orientación de pruebas escritas, como reza en el numeral 4.3 del anexo técnico del acuerdo No. 2081 del 21-09-2021:

“17. PUBLICACIÓN DE RESULTADOS

(...)

Los resultados de la Prueba sobre Competencias Comportamentales, serán publicados únicamente a quienes alcancen el “PUNTAJE MÍNIMO APROBATORIO” en la Prueba sobre Competencias Funcionales, que es eliminatoria.”

Dando respuesta al complemento de la reclamación con respecto al acceso a las pruebas escritas el día 17 de julio de 2022, de acuerdo a sus apreciaciones al lasque hace mención:

“A pesar que existía para el cargo de Profesional Universitario diferentes aspirantes en niveles académicos como psicólogos, trabajadores sociales, nutricionistas, antropólogos, la prueba escrita se hizo sin tener en cuenta estos criterios diferenciales por lo tanto de las 120 preguntas muy pocas obedecieron a la especialidad de los cargos requeridos y a la especialidad del aspirante, reuniendo a todos los aspirantes en un solo grupo”

“Que el eje programático de los empleos no corresponde al perfil del cargo”

“Que las preguntas no corresponden al eje programático del empleo ofertado, el cual es publicado en la plataforma SIMO para la preparación del examen”. es pertinente aclararle a usted que Universidad de Pamplona como operador logístico de la convocatoria en referencia, informa que, los Ejes Temáticos, sub temas o contenidos de los mismos, fueron definidos por la entidad (ICBF), con el acompañamiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), los cuales fueron entregados, socializados y aprobados por esta alma mater en mesas de trabajo realizadas entre las tres entidades, encontrándose que cada ítem contiene relación con los ejes temáticos publicados a los aspirantes en la página web de la CNSC. Asimismo, su enunciado y contenido son claros, precisos y contienen una opción de respuesta verdadera. Así las cosas, el operador no puede sino ceñirse a tomar como base con su grupo de expertos, las temáticas para la construcción de pruebas Funcionales y Comportamentales. Lo anterior con el fin de garantizar a todos los aspirantes inscritos dentro del proceso de selección 2149 de 2021 - ICBF, el principio de legalidad, transparencia y sobre todo el Derecho a la igualdad de los mismos.

Es importante mencionar que los temas publicados en los ejes Temáticos no solo deben basarse en las actividades que desempeñan los funcionarios de la entidad, pues este, es un proceso de selección abierto y de ascenso de méritos y construir preguntas cerradas sobre temas que solo conozcan los titulares de los cargos conllevaría a la vulneración al principio de mérito, legalidad, imparcialidad, igualdad, además del Derecho fundamental al acceso a cargos públicos de los aspirantes que no se encuentran vínculos en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

Cabe recalcar que la Universidad de Pamplona, ha sido concordante con los procedimientos fijados en las convocatorias publicadas, la reglamentación del proceso de selección, que siguiendo los postulados del artículo 125 Constitucional que busca identificar a las personas idóneas que ingresarán a las entidades públicas con base en el mérito, mediante concurso abierto que permita la participación en igualdad de condiciones de quienes demuestren poseer

los requisitos y competencias para ocupar los cargos del sistema específico de carrera administrativa de dicha entidad.

Donde usted menciona “Que las preguntas están planteadas de manera repetitiva y confusa de manera que afectan la comprensión del texto e inducen al error al momento de seleccionar una respuesta” al respecto es pertinente indicar que, se tuvieron todos los controles de calidad necesarios durante el desarrollo de los talleres de validación, los cuales se hicieron en presencia del psicólogo-metodólogo correspondiente para cada grupo de constructores/pares académicos según las áreas de formación, y participaron constructor, par académico y corrector de estilo. Cada uno de los cuatro (4) integrantes de los talleres de validación verificaban, según los elementos de calidad requeridos, los aspectos que conformaban los ítems permitiendo verificar tanto la forma del ítem (características sintácticas y semánticas), el contenido y validez de los saberes evaluados, y también la pertinencia de cada uno de los ítems en la evaluación de los conocimientos que se pretendía de conformidad con las especificaciones técnicas definidas para las pruebas.

Con relación al complemento de la reclamación en cuanto a “...PRIMERO: Se realice **NUEVAMENTE LA PRUEBA ESCRITA DE LA CONVOCATORIA No. 2149 del ICBF-2021**, corrigiendo cada una de las irregularidades, encontradas en el análisis y revisión del cuadernillo de pruebas el día 17 de Julio de 2022 y descritas en el hecho décimo quinto...”. Atendiendo su reclamación, es preciso aclarar que no se presentaron errores al momento de la aplicación de la prueba, razón por la cual no es procedente dar trámite a su solicitud.

En cuanto a la siguiente pretensión realizada “**SEGUNDO: De no conceder lo anterior, se revise nuevamente las pruebas y me sean valoradas cada una de las respuestas, que no fueron calificadas correctamente y en consecuencia sea recalificada otorgando el puntaje que me permita acceder a la siguiente fase de la convocatoria...**” Al respecto es pertinente indicar que, las pruebas de competencias funcionales se evaluaron mediante preguntas de selección múltiple con única respuesta. Por lo cual, para la correcta calificación de las pruebas los datos primarios se obtuvieron mediante una máquina de lectura óptica que captura de manera automática y masiva las hojas de respuesta de los aspirantes con precisión. Posteriormente, estos datos obtenidos por la máquina de lectura óptica deben ser transformados y luego se procede a la calificación. Adicionalmente, durante el proceso de lectura, se realizó una validación aleatoria a las hojas con el fin de verificar que se estuviera haciendo la captura de las marcas según lo configurado y no se encontraron discrepancias entre la lectura y la hoja de respuestas. Por lo cual, las opciones que usted marcó en la hoja de respuestas fueron las que se calificaron posteriormente y no existe cabida de error.

Asimismo, y con el fin de resolver las reclamaciones contra los puntajes obtenidos y la posible comisión de errores aritméticos en el procesamiento de resultados, la Universidad de Pamplona, responsable de la calificación de las pruebas escritas del concurso para proveer los empleos, realizó la recalificación del puntaje obtenido por usted de acuerdo con el número de

respuestas acertadas, el número de respuestas válidas y el método de calificación correspondiente al empleo por el cual concursa; esta validación pudo constatar que los datos corresponden integralmente, y por tanto no hay lugar a hacer modificaciones.

De lo anterior, se colige que los resultados de las pruebas escritas de competencias funcionales publicados en www.cnsc.gov.co fueron revisados nuevamente por la Universidad de Pamplona, encontrando que no se presentó error aritmético alguno en la consolidación o lectura de las hojas de respuestas, por lo cual se confirma la puntuación publicada inicialmente a los concursantes.

Por otra parte, respecto a lo solicitado en su pretensión como expone a continuación” *...TERCERO: Que atendiendo a la normatividad y con el derecho que me asiste, solicito que las mismas sean valoradas por otro operador diferente a la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, contratado por ustedes para el desarrollo y ejecución de la Convocatoria No. 2149 del ICBF-2021...”,* es pertinente indicar que la Universidad de Pamplona ha cumplido con lo exigido con todos los estándares que han sido requeridos y según el acuerdo de convocatoria del Proceso de Selección en modalidad Ascenso y Abierto, perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal, el Proceso de Selección No. 2149 de 2021, determinó la aplicación de pruebas de Competencias Funcionales y Comportamentales.

Para esto, se realizó el proceso de diseño, construcción, validación, aplicación, procesamiento de resultados y calificación, teniendo en cuenta los elementos conceptuales definidos en el Artículo 16 del Acuerdo No 2081 de 2021, que rigen el Proceso de Selección No. 2149 de 2021.

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.

En ese sentido, todas las actividades a desarrollar para la etapa de pruebas del Proceso de Selección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF (2021), estuvieron 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.

Por lo anterior, no es posible acceder a lo peticionado por usted.

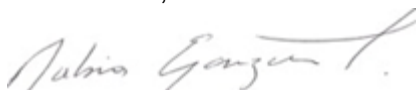
IV. Decisión

En consecuencia, se **RATIFICA** el resultado de la Prueba Escrita de Competencias Funcionales, dentro del Proceso de Selección No. 2149 de 2021-ICBF.

Asimismo, se informa que esta decisión se comunicará a través del sitio web oficial de la CNSC, www.cnsc.gov.co, enlace SIMO, cumpliendo de esta manera con el procedimiento dispuesto en el Acuerdo del Proceso de Selección y el Anexo Técnico y el mecanismo de publicidad que fija el Artículo 33 de la Ley 909 de 2004.

Finalmente, se informa a la aspirante que contra la presente decisión **no procede recurso alguno**, acorde con lo establecido en el inciso 2 artículo 13 del Decreto 760 de 2005 y el numeral 4.4 del Anexo Técnico del Acuerdo del Proceso de Selección.

Cordialmente,



NUBIA GARZÓN LANCHEROS

Coordinadora General Proceso de Selección No. 2149 de 2021-ICBF
Universidad de Pamplona

Proyectó: Kheila B.

Aprobó: Orlando R. 