

Señor  
JUEZ DE TUTELA.  
Ciudad  
E.S.D.

REF. ACCION DE TUTELA DE DIANA MARIA DEL CARMEN TRIANA LUNA, contra LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA

Yo DIANA MARIA DEL CARMEN TRIANA LUNA, mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi respectiva firma, en ejercicio del artículo 86 de la Constitución Nacional, comedidamente me permito instaurar ACCION DE TUTELA como mecanismo transitorio contra LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA tendiente a que se me protejan los derechos fundamentales de petición, al debido proceso, a la información, al trabajo, y demás que se configuren, los que han sido vulnerados por las accionadas conforme a los siguientes:

#### **HECHOS:**

PRIMERO.- Que la comisión nacional del servicio civil – CNSC, mediante acuerdo N.º 2081 de fecha 21 de septiembre de 2021, convocó proceso de selección, para proveer los empleos de vacancia definitiva del ICBF.

SEGUNDO. - Me inscribí para aspirar al cargo de profesional universitario grado 7 código opec número 166613.

TERCERO.- La comisión nacional del servicio civil, a través de la plataforma SIMO, notifico a la suscrita de la fecha, lugar y hora para presentar la prueba básica de competencias funcionales y comportamentales aplicada por la universidad de pamplona.

CUARTO- La universidad de pamplona publicó los resultados del concurso de méritos el día 22 de junio de 2022, por medio del aplicativo de SIMO, respecto de las competencias funcionales y comportamentales, cuyo resultado obtenido por la suscrita fue insatisfactorio.

QUINTO. - Mediante solicitud de fecha 27 de junio del 2022, interpose la reclamación respectiva, ante el inconformismo del puntaje, así como del procedimiento y estructuración de preguntas - respuestas de la convocatoria.

SEXTO. - Que la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC – Universidad de Pamplona, mediante oficio de fecha , NO resolvió de fondo la reclamación interpuesta el día 29 de julio del 2022

SEPTIMO- Considero que el concurso de méritos posee irregularidades que afectan el debido proceso, el derecho al trabajo y el acceso a la información en debida forma, contradicción y oposición a la misma, vulnerando los derechos mínimos que tengo participante en dicha convocatoria.

OCTAVO.- Que la lista de elegibles se encuentra próxima a publicarse, lo que automáticamente me saca de mi lugar de trabajo, respecto de la persona que logró puntaje satisfactorio en la prueba efectuada de la convocatoria, PESE de existir IRREGULARIDADES en la convocatoria y en el proceso de selección para dichas vacantes.

NOVENO.- Que le ICBF mediante memorando distinguido con radicado N° 20231210000014713 de fecha 10 de febrero de 2023, informa la estrategia operativa para la convocatoria 2149 de 2021, lo que se traduce en el afán pronto de llenar las vacantes ofertadas, SIN IMPORTAR Y TENER en cuenta la EXPERIENCIA y los años de labor en dicho instituto, pese además de existir varias acciones judiciales en curso, debidamente puestas en conocimiento de las accionadas conforme lo manda la ley 2213 de 2022, con el ánimo de poder hacer respetar el debido proceso y la contradicción, ante la evidencia de irregularidades en la mentada convocatoria.

DECIMO: Que dicha guía 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, advirtiendo 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”.

DECIMO PRIMERO: Que a pesar 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 201200491-01, 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 negativa de hacerlo en relación con el participante en el proceso de selección afecta sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción<sup>25</sup>, 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 aspirantes<sup>26</sup>, 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 SEGUNDO: 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 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.
- Que las irregularidades y errores encontrados el día 17 de Julio de 2022, al cuadernillo de preguntas fueron plasmadas en el documento que se adjunta a la presente acción de tutela nominado como Ampliación a la Reclamación, donde se explicitan las preguntas y se fundamentan las objeciones.
- Igualmente, a través de un concepto pericial se evidencia que el examen fue mal elaborado a nivel lingüístico, técnico y psicométrico

### **PRUEBAS**

- 1.- Copia del acuerdo 2294 de fecha 13 de diciembre de 2021
- 2.- Copia de la reclamación de fecha 27 de junio del 2022
- 3.- Copia de la respuesta emitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC y la Universidad de Pamplona.
- 4.- Memorando distinguido con el radicado N° 202312100000014713 de fecha 10 de febrero de 2023.
5. Concepto pericial

### **DE OFICIO**

Comendidamente me permito solicitar al despacho requiera al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, para que allegue con destino del expediente, certificación donde conste la notificación personal efectuada a la suscrita, respecto de la comunicación realizada de si mi puesto de trabajo hacia parte o hace parte de la vacancia definitiva, conforme al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal, de acuerdo a la convocatoria N° 2149 de 2021.

### **PROCEDIMIENTO**

El contemplado en el Decreto 2591 de 1991.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Análisis de la procedibilidad de las acciones de tutela**

82. *Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela.* El artículo

86 de la Constitución dispone que la acción de tutela es un mecanismo judicial subsidiario, residual, informal y autónomo, que tiene por objeto garantizar la «protección inmediata de los derechos fundamentales» de las personas, por medio de un «procedimiento preferente y sumario». De acuerdo con lo previsto por el Decreto 2591 de 1991 y el desarrollo jurisprudencial de esta Corte, son requisitos generales de procedencia de la acción de tutela: *i)* la legitimación en la causa, *ii)* la inmediatez y *iii)* la subsidiariedad. El cumplimiento de estos requisitos es una condición para que el juez de tutela pueda emitir un pronunciamiento de fondo. A continuación, la Sala examinará el cumplimiento de estas exigencias respecto de las acciones de tutela bajo revisión.

## **10. Derecho fundamental de petición. Reiteración de jurisprudencia**

171. *Fundamento normativo.* De conformidad con el artículo 23 de la Constitución, «[t]oda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución». En desarrollo de esta disposición constitucional, se expidió la Ley Estatutaria 1755 de 2015, que regula los aspectos esenciales de este derecho. En ella se reiteró que «toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades [...] por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución, completa y de fondo sobre la misma». En reiteradas oportunidades, la Corte ha señalado que el derecho fundamental de petición es imprescindible para la consecución de ciertas finalidades constitucionales. Así, ha sostenido que contribuye a la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y a la participación de los ciudadanos en las decisiones que los afectan.

172. *Contenido del derecho de petición.* Esta corporación ha indicado que el derecho en cuestión se encuentra conformado por los siguientes elementos: *i)* la formulación de la petición, esto es, la posibilidad cierta y efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que estas puedan negarse a recibirlas o abstenerse de tramitarlas; *ii)* la pronta resolución, es decir, la facultad de exigir una respuesta pronta y oportuna de lo decidido, dentro de un plazo razonable, que debe ser lo más corto posible; *iii)* la respuesta de fondo, que hace hincapié en el deber de ofrecer respuesta clara, precisa y de fondo o material, lo que supone que la autoridad competente hade pronunciarse sobre la materia propia de la solicitud de manera completa, congruente y sin evasivas, respecto a todos y cada uno de los asuntos planteados, con independencia de que la respuesta sea favorable, pues no necesariamente se debe acceder a lo pedido; *iv)* la notificación de lo decidido, para que el ciudadano tenga conocimiento de la solución que las autoridades hayan dispuesto sobre la petición formulada.

173. *Relación con otros derechos.* Esta Corte también ha reconocido que el ejercicio del derecho de petición «permite hacer efectivos otros derechos de rango constitucional». Por esta razón, esta garantía fundamental «se considera también un derecho instrumental». De tal suerte, además de constituir una «garantía que resulta esencial y determinante como mecanismo de participación ciudadana, dentro de una democracia que se autodefine como participativa», el derecho de petición constituye un «vehículo que permite y facilita el ejercicio de muchos otros derechos, tanto fundamentales como sinesa connotación».

174. *Solicitudes de acceso a información pública.* Una de las manifestaciones del derecho fundamental de petición consiste en que, mediante su ejercicio, las personas pueden acceder a la información pública. La Corte Constitucional se ha ocupado de fijar el alcance de esta garantía de acceso a la información, pues no todo dato es susceptible de ser entregado al interesado. En Sentencia SU-139 de 2021, esta Corte analizó y sintetizó las reglas jurisprudenciales sobre la materia, así:

75. *Información pública o de dominio público*: alude a la información que puede ser obtenida sin reserva alguna, como por ejemplo los documentos públicos, las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas, los datos sobre el estado civil, entre otros.

76. *Información semi-privada*: refiere a aquellos datos personales o impersonales que requieren de algún grado de limitación para su acceso, incorporación a bases de datos y divulgación; en estos casos, la información solo puede ser obtenida mediante orden de autoridad judicial o administrativa y para los fines propios de sus funciones.

77. *Información privada*: atiende a la información que se encuentra en el ámbito propio del sujeto concernido y a la que, por ende, solo puede accederse mediante orden de autoridad judicial competente. Entre esta información se encuentran los documentos privados, las historias clínicas, los datos obtenidos en razón a la inspección del domicilio o luego de la práctica de pruebas en procesos penales sujetos a reserva, entre otros.

78. *Información reservada o secreta*: este universo de información está relacionado con los datos que solo interesan a su titular, en razón a que están íntimamente vinculados con la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la intimidad y a la libertad. Entre estos datos se encuentran los asociados a la preferencia sexual de las personas, a su credo ideológico o político, a su información genética, a sus hábitos, entre otros. Cabe anotar que esta información, por lo demás, no es susceptible de acceso por parte de terceros, “*salvo que se trate de una situación excepcional, en la que el dato reservado constituya un elemento probatorio pertinente y conducente dentro de una investigación penal y que, a su vez, esté directamente relacionado con el objeto de la investigación*”.

175. En concordancia con la jurisprudencia constitucional, la Ley 1755 de 2015, determinó que, por regla general, toda información es pública y de libre acceso para los ciudadanos. Asimismo, previó que, excepcionalmente y por motivos de reserva, se puede limitar —e incluso negar— el acceso a cierto tipo de información. Ahora bien, el artículo 26 de la misma ley dispuso un procedimiento jurisdiccional de insistencia para que el ciudadano controvierta la decisión que niega el acceso a la información, por tratarse, *prima facie*, de información sometida a reserva.

176. *Información reservada en los procesos de la Rama Judicial*. Tratándose de la carrera judicial, la LEAJ contiene una serie de disposiciones que regulan los concursos de méritos que se adelanten con el propósito de proveer los cargos de magistrados de tribunal, de las salas de los extintos consejos seccionales de la judicatura, jueces y empleados que por disposición expresa de la ley no sean de libre nombramiento y remoción. En cuanto a la información que integra este proceso de mérito, el párrafo segundo del artículo 164 dispone que «[l]as pruebas que se apliquen en los concursos para proveer cargos de carrera judicial, así como también toda la documentación que constituya el soporte técnico de aquéllas, tienen carácter reservado».

177. En la Sentencia SU-617 de 2013, la Sala Plena resolvió varias acciones de tutela presentadas con ocasión del concurso de méritos para proveer empleos vacantes de docentes y directivos docentes, de instituciones educativas oficiales en entes territoriales, dentro de las convocatorias 056 a 122 de 2009 de la Comisión Nacional del Servicio Civil. En desarrollo del concurso, los accionantes

presentaron solicitudes dirigidas a que la Comisión suministrara copia del cuadernillo de preguntas y respuestas de la prueba de aptitudes practicada, peticiones que fueron negadas por la entidad accionada. La Corte sostuvo que le asistía razón a la CNSC para negar las solicitudes, toda vez que el artículo 4 de la Ley 1324 de 2009, establece expresamente que dicho material está sometido a reserva y que, en todo caso, si los interesados consideraban que se debía suministrar dicha información, podían acudir al mecanismo de insistencia previsto, en ese entonces, por el artículo 21 de la Ley 57 de 1985. Por tal razón, concluyó que las acciones de tutela eran improcedentes respecto del derecho fundamental de petición.

178. En cualquier caso, es preciso tener en cuenta que, con arreglo a lo establecido por 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 que considere pertinentes»

Del Debido Proceso.

El debido proceso se encuentra desarrollado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, así:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.” (Subrayado fuera de texto para destacar)

De lo anterior, se desprende que el debido proceso ostenta la calidad de derecho fundamental y además como un principio informador de todas las actuaciones que se desplieguen tanto en sede administrativa como en sede judicial, es decir, es forzosa su observancia, so pena que las actuaciones estén en contra vía de la norma constitucional. Aunado a ello, se debe garantizar entre otros, los derechos procesales de las partes en todas las actuaciones judiciales y administrativas, el derecho a la igualdad y equidad, tal como está contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política, de manera que ninguna autoridad administrativa o judicial, sea el caso, puede saltarse las reglas propias de su competencia o actuaciones y todas las autoridades deben apreciar conforme al mandato legal dentro de su ámbito de competencia, cosa que no ocurre en el presente caso, lo que comporta mantener la garantía de su efectivo equilibrio y congruencia en el actuar de la administración, de manera que un acto procesal se considera válido cuando no causa menoscabo a tales derechos fundamentales, pilar básico del Debido Proceso, para el caso se vislumbra que hay vía de hecho que conlleva una violación del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 superior, porque la actuación administrativa emanada de la LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA modifica las reglas del concurso establecidas en el Acuerdo de Convocatoria, Guía para el aspirante e instrucciones establecidas en el cuadernillo al momento de realizar las calificaciones, aunado a las irregularidades evidenciadas en la estructuración de la convocatoria como tal.

Se debe tener en cuenta que la LEY 909 DE 2004, en su Título V - El Ingreso y el Ascenso a los Empleos de Carrera - Capítulo I Art.28. establece diferentes

principios, que orientan el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, dentro de los cuales se resaltan:

[(...)]

d) Transparencia en la gestión de los procesos de selección y en el escogimiento de los jurados y órganos técnicos encargados de la selección;

g) Confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos públicos de carrera;

h) Eficacia en los procesos de selección para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil del empleo;

i) Eficiencia en los procesos de selección, sin perjuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que han de rodear al proceso de selección] (Subrayado fuera del original)

Frente a la aplicación de las pruebas la precitada ley en su Art. 31, numeral 3 invoca que:

[Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

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

### **DERECHOS VULNERADOS**

Con todo lo expuesto anteriormente se tiene que bajo la presente situación se está violando el Principio Constitucional del MERITO, y con ello mis derechos a DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, BUENA FE, CONFIANZA LEGITIMA, y a todos ellos se conecta mi derecho al TRABAJO, y todo lo que viene con la estabilidad laboral.

Los demás derechos que yo no invoque pero que con el desarrollo de la presente acción se muestren o se observen conculcados.

### **MEDIDA PROVISIONAL.**

Solicito como medida provisional, la suspensión provisional de la ejecución del concurso de méritos destinado a la conformación del Registro Seccional de Elegibles para la provisión de los cargos de empleados de carrera del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, teniendo en cuenta la proximidad de la publicación de la lista de elegibles, así como el memorando distinguido con el radicado N° 20231210000014713 de fecha 10 de febrero de 2023, los cuales vulneran ampliamente el derecho de contradicción y oposición por parte de la suscrita, ante las irregularidades en la convocatoria.

**VINCULACION:** Solicito se disponga lo pertinente para que se pueda VINCULAR a todos los concursantes que se vieron afectados o beneficiados con esta decisión ordenándole a la Comisión Nacional del Servicio Civil que disponga lo pertinente para ello, incluyendo a todos aquellos que no pasaron las pruebas escritas.

### **SOLICITUD DE AMPARO - PETICIONES**

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

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior se decrete la NULIDAD CONSTITUCIONAL de todo lo actuado en el proceso o concurso de méritos CONVOCATORIA 2149 de 2021, proceso abierto de selección ICBF, OPEC 166313, y las demás OPEC que su Despacho estime pertinente según la valoración de los aspectos expuestos por la suscrita en este documento, así como las que encuentre probadas su despacho, desde la convocatoria a presentación de pruebas escritas.

TERCERO: Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil REHACER la prueba de COMPETENCIAS FUNCIONALES OPEC 166313, desde la fase de construcción de las preguntas "ITEMS" prestando especial atención en la MÁXIMA del MERITO y en sus obligaciones como ente rector del acceso a la Carrera Administrativa, así como al acuerdo suscrito con el ICBF, y las demás OPEC que su despacho considere pertinente conforme al estudio de la presente acción

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

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

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

### **COMPETENCIA**

Es usted señor juez el competente para conocer del asunto, por la naturaleza de los hechos, lugar donde ocurrieron la violación de los derechos fundamentales y de conformidad con el decreto 1382 de 2000.

### **JURAMENTO**

Bajo la gravedad del juramento, me permito manifestar que con anterioridad a la presentación de esta acción de tutela, no se ha instaurado otra sobre los mismos hechos y pretensiones.

### **NOTIFICACIONES**

La suscrita en el correo electrónico [d triana21@hotmail.com](mailto:d triana21@hotmail.com) y móvil 3102897181

La comisión nacional del servicio civil, en la Carrera 16 N° 96 – 64 Piso 7 de Bogotá D.C. correo electrónico [notificacionesjudiciales@cns.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@cns.gov.co).

La universidad de pamplona en la Calle 5 N° 2 – 38 Barrio Latino Cúcuta correo electrónico [cread.nortedesantader@unipamplona.edu.co](mailto:cread.nortedesantader@unipamplona.edu.co) y/o [cread.cundinamarca@unipamplona.edu.co](mailto:cread.cundinamarca@unipamplona.edu.co)

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en la Carrera 68 N° 64C – 75 Bogotá D.C., correo electrónico [Notificaciones.Judiciales@icbf.gov.co](mailto:Notificaciones.Judiciales@icbf.gov.co)

El Departamento Administrativo de la Función Pública en la Carrera 6 N° 12 – 62 Bogotá D.C, correo electrónico [notificacionesjudiciales@funcionpublica.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@funcionpublica.gov.co)

Atentamente,



**DIANA MARIA DEL CARMEN TRIANA LUNA.**  
**CC 27.603.317**

# Concepto pericial preliminar de valoración lingüística y psicométrica de algunos ítems de la prueba para el Proceso de Selección 2149 de 2021 del ICBF

## 1. Introducción

Este concepto presenta una primera valoración de algunos ítems de la prueba aplicada por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Pamplona en el marco del Proceso de Selección No. 2149 de 2021, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Para fines del presente, se seleccionaron algunos ítems reconstruidos del cuestionario aplicado a los aspirantes al cargo OPEC 166313 TRABAJO SOCIAL. La muestra se tomó de manera aleatoria y ante la dificultad de que el convenio evaluador no ha aportado los cuestionarios como prueba. Cabe precisar que, probablemente, los ítems aquí seleccionados pueden aparecer en cuestionarios para otros cargos; a saber, según la información que se deberá verificar una vez se aporten los cuestionarios originales como prueba: OPEC 166312 PSICOLOGÍA, OPEC 166326 NUTRICIÓN, OPEC 163606 ATENCIÓN Y SERVICIOS, entre otras.

La valoración de los ítems seleccionados se llevó a cabo a partir de criterios lingüísticos que permiten evaluar la posibilidad de éxito comunicativo de un texto; y a partir de criterios psicométricos que permiten evaluar si los contenidos de los ítems de una prueba aportan a su validez. Como se explica en la siguiente sección, la relevancia de esta valoración surge de la necesidad de atender y solucionar las observaciones y objeciones presentadas a los resultados obtenidos por parte de quienes presentaron la prueba en relación con presuntos problemas de formulación técnica, psicométrica y lingüística en los ítems con los que fueron evaluados.

## 2. Problema

### 2.1. Hechos

- 2.1.1. En cumplimiento de lo establecido en el Acuerdo No. 2081 de 2021 de 21 de septiembre de 2021<sup>1</sup> (publicado el 2 de octubre de 2021), la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Pamplona (operador) adelantaron el proceso de selección No. 2149 de 2021<sup>2</sup>, cuyo objeto es el proceso de concurso de méritos para seleccionar a los mejores candidatos que desean ingresar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) o ascender, basados en los resultados obtenidos en cada una de sus etapas con el objetivo de “fortalecer el equipo humano que trabaja [en] la protección y la garantía de los derechos de las niñas, niños, adolescentes, jóvenes y familias del país”<sup>3</sup>.
- 2.1.2. El concurso de méritos pretende seleccionar a las personas que tengan la idoneidad para desempeñar los cargos vacantes de la oferta pública de empleo reportado por parte de la entidad, sea en la modalidad de abierto (con o sin experiencia) o en la modalidad de ascenso, según el siguiente número de vacantes.

### Número de vacantes en la Modalidad Ascenso

Nivel Jerárquico	Número de vacantes
Profesional	772
Técnico	114
Asistencial	88
<b>TOTAL</b>	<b>974</b>

Tabla 1. Número de vacante en la Modalidad de Ascenso

<sup>1</sup> “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”.

<sup>2</sup> Para un total de 4.247 vacantes de la oferta pública de empleo en las diferentes unidades funcionales (o dependencias) del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

<sup>3</sup> Consultado en la sección noticias de la página oficial del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF abre concurso de méritos para proveer más de 3.700 vacantes | Portal ICBF - Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF](#)

## Número de vacantes en la Modalidad Abierto

Nivel Jerárquico	Número de vacantes
Profesional	2.774
Técnico	10
Asistencial	34
<b>TOTAL</b>	<b>2.818</b>

Tabla 2. Número de vacante en la Modalidad Abierto

## Número de vacantes de Empleos sin Experiencia

Nivel Jerárquico	Número de vacantes
Profesional	373
Técnico	32
Asistencial	50
<b>TOTAL</b>	<b>455</b>

Tabla 3. Número de vacantes de Empleos sin Experiencia

- 2.1.3. Por lo expuesto en el numeral anterior, el proceso de selección adelantado debe contar con los mecanismos e instrumentos de evaluación que puedan medir objetivamente las competencias (aptitudes, conocimientos y habilidades) de quienes aspiran a ejercer un cargo público.
- 2.1.4. El examen fue realizado el 22 de mayo de 2022 y se efectuó bajo el modelo de preguntas de juicio situacional para evaluar las competencias funcionales y comportamentales; la siguiente tabla muestra las etapas eliminatorias y clasificatorias, así como el peso porcentual en la calificación de cada una de ellas:

Pruebas	Carácter	Puntaje Mínimo Aprobatorio	Peso porcentual
Competencias Funcionales	Eliminatorio	65	60%
Competencias Comportamentales	Clasificatoria	N/A	20%
Valoración de Antecedentes	Clasificatoria	N/A	20%

*Tabla 4. (refiere a los empleos con experiencia. En los empleos sin experiencia, no existe valoración de antecedentes y el peso porcentual de las competencias funcionales asciende al 75% y la de competencias comportamentales al 25%)*

- 2.1.5. Una vez presentadas las pruebas, un número significativo de participantes en el proceso de selección No. 2149 de 2021 tuvieron la percepción general de que muchas preguntas se encontraban mal formuladas y contenían errores de redacción. Esto, presuntamente, conllevó a seleccionar respuestas incorrectas o a encontrar la respuesta correcta de manera obvia por razones no relacionadas a su conocimiento sobre el tema. Este punto se puede confirmar con el alto número de reclamaciones instauradas por los evaluados.
- 2.1.6. Otra percepción generalizada atañe a la pertinencia de los ítems con respecto a los cargos a los que aspiraron, ya que los núcleos temáticos (temas y subtemas de los ítems) no tenían, en su criterio, relación con las competencias y propósitos de los empleos a los cuales aspiraron de conformidad con las reglas establecidas en el Acuerdo No. 2081 de 2021. Este punto, como el anterior, se puede confirmar con el alto número de reclamaciones instauradas por los evaluados.
- 2.1.7. Como reacción a lo presentado 3.1.5 y 3.1.6, una gran cantidad de los partícipes del proceso de selección No. 2149 de 2021 presentaron observaciones y objeciones a los resultados obtenidos dentro de la etapa de presentación de reclamaciones a esos resultados.

- 2.1.8. En virtud de lo anterior, y motivados por dilucidar si, desde el punto de vista de expertos, la prueba aplicada cumple con estándares psicométricos y lingüísticos propios de una prueba objetiva que ha de ser considerada válida como evaluación basada en el mérito, fue contratado el presente proceso pericial por parte de un grupo superior a 200 personas, con la finalidad de que ingrese como prueba dentro de los diferentes mecanismos de protección de derechos que serán incoados ante la jurisdicción.

## 2.2. Interrogantes

A partir de los hechos 3.1.5, 3.1.6 y 3.1.7, se infiere que existe una diferencia entre las apreciaciones que, de la prueba, hacen evaluados y evaluadores. Mientras que los evaluadores, seguramente, consideran que los ítems incluidos en la prueba se adecuan a los propósitos y estándares del proceso de selección, los evaluados, por el contrario, consideran que puede haber fallas en su diseño. Teniendo esto en cuenta, se formulan los siguientes dos interrogantes:

- 2.2.1. ¿Existen ítems en la prueba cuyos rasgos gramaticales, pragmáticos, referenciales y temáticos constituyan impedimentos para el éxito comunicativo?
- 2.2.2. ¿Existen ítems cuyo contenido no sea adecuado como evidencia para la validez de la prueba en términos psicométricos?

Cabe precisar que este concepto es sólo una primera etapa exploratoria. En el desarrollo de la siguiente etapa, se incluirán interrogantes relacionados con los componentes técnicos de los distintos cuestionarios y su correspondencia con las fuentes de referencia para las competencias que miden.

## 2.3. Justificación

Las respuestas a los interrogantes formulados pueden servir como un insumo importante para solucionar la contraposición entre las apreciaciones de evaluadores y evaluados a favor de alguno de estos grupos. En efecto, se pretende una valoración de los ítems de la prueba basada en criterios científicos especializados al respecto de los aspectos aludidos en algunas de las observaciones y objeciones presentadas por parte de los evaluados.

## 3. Marco teórico

La valoración científica especializada de los ítems de la prueba que se exponen en el presente concepto se basa en dos marcos teóricos. El primer marco se compone de los principios teóricos y los criterios lingüísticos que son pertinentes en el estudio del éxito comunicativo dentro la semántica y la pragmática del texto. El segundo marco

consiste en una serie de consideraciones teóricas y de criterios que permiten determinar si el contenido de una prueba se configura como evidencia de su validez desde un punto de vista psicométrico.

### 3.1. El éxito comunicativo desde la semántica y la pragmática del texto

Para efectos de la valoración lingüística llevada a cabo en el presente informe, cabe presentar los puntos de partida teóricos y conceptuales que están en la base de esa valoración. En concreto, es importante explicar la comunicación escrita como un fenómeno regulado por normas lingüísticas y de interacción dentro del cual cada participante (emisor y receptor) cumple con unos procesos de los que depende el éxito de la comunicación. Para ello, será útil una descripción de estos procesos, el orden en el que ocurren, los factores de los que dependen y las normas que los rigen.

A grandes rasgos, estos procesos se pueden agrupar según el agente que los realiza. Serán procesos asociados con la elaboración y composición de un texto aquellos realizados por el emisor, mientras que aquellos realizados por el receptor serán procesos asociados con la decodificación e interpretación de un texto. De acuerdo con Forrest *et al.* (2000), para emitir cualquier comunicación verbal (con palabras, orales o escritas) elaborada y compuesta, en primer lugar, el emisor parte de un contenido cognitivo que le quiere transmitir a su interlocutor. Este contenido cognitivo puede ser de varias naturalezas (representación conceptual, representación visual, representación proposicional, entre otros), y puede provenir de varios orígenes (memoria, percepción, creatividad, entre otros). En segundo lugar, de manera dinámica, el emisor selecciona fragmentos de información del contenido cognitivo, y los ordena de manera jerárquica; posteriormente, hace lo propio, de manera lineal y de acuerdo con el propósito comunicativo que persigue, con las proposiciones y referentes principales que quiere tratar, la clasificación de cada fragmento como información conocida o información nueva para el receptor, y los énfasis que quiera hacer (Forrest *et al.*, 2000). Estos procesos de selección y ordenamiento ocurren de manera simultánea y conjunta con la elección y empleo de signos lingüísticos que permitan exteriorizar y expresar tanto la información como su orden.

Como resultado de los procesos realizados por el emisor, se produce una unidad comunicativa (llamada discurso o texto según sea el caso), que consiste en un conjunto coherente y ordenado de enunciados lingüísticos regido por las normas de la interacción social comunicativa, de la organización textual y del sistema de la lengua (Bernárdez, 1982). La pretensión de cualquier emisor es que el significado de su discurso o texto exprese de manera verbal el contenido cognitivo que quería transmitir de tal manera que sea comprensible para un receptor y se logre el propósito comunicativo del emisor, que siempre será el de conseguir determinado efecto, por sencillo que sea, en el receptor (Van Dijk, 1996). Sin embargo, un discurso o un texto no expresa, por sí solo, el contenido cognitivo. Sería más preciso decir que el emisor pone a disposición del receptor la combinación coherente y ordenada de signos lingüísticos que elaboró para que el receptor los decodifique y los interprete de tal manera que logre formarse una representación de un contenido cognitivo (Forrest *et al.*, 2000). En un caso de éxito comunicativo, es decir, un caso en el que se cumpla el propósito comunicativo del emisor, la

representación que se forma el receptor será lo más similar posible a la representación de la que partió el emisor (Forrest *et al.*, 2000; Van Dijk 1996).

Por su parte, para la decodificación, interpretación y formación de una representación cognitiva, el receptor se sirve de por lo menos tres tipos de conocimiento o marcos (Forrest *et al.*, 2000; Ricoeur, 2006; Van Dijk, 1996). En primer lugar, el receptor emplea su conocimiento intuitivo del sistema de la lengua para identificar lexemas, morfemas, sintagmas y oraciones, así como su sentido, y sus referencias básicas y genéricas. En segundo lugar, el receptor reconoce los elementos morfosintácticos y pragmáticos que permiten establecer conexiones lógicas entre oraciones, e interpreta el significado de estas conexiones de acuerdo con conocimientos sobre el mundo compartidos por una comunidad. En tercer lugar, el receptor integra, a su tarea de interpretación, información sobre el contexto de la interacción comunicativa, y sobre normas y convenciones sociales de interacción comunicativa que sean pertinentes para aclarar o especificar los sentidos, las referencias y las intenciones que sean necesarias. Finalmente, hay que agregar que el receptor también hace uso, tanto del conocimiento sobre el mundo, como del conocimiento marcas de énfasis propias de una lengua, para reconstruir la organización temática y jerárquica del discurso o texto. En otras palabras, además de la comprensión semántica y pragmática de los enunciados y las relaciones entre estos, también son necesarios otros conocimientos generales y lingüísticos para reconocer las ideas, temas y referentes principales de un discurso o texto.

Teniendo en cuenta los conocimientos y los procesos necesarios para la decodificación e interpretación de discursos y textos, es claro que el éxito comunicativo depende cuatro factores principalmente: a) el cumplimiento de las normas y convenciones formales, y de significado del sistema de la lengua que se use, b) el seguimiento de normas y convenciones de interacción comunicativas adecuadas para cada contexto, c) la pertinente selección, presentación o sugerencia de conocimientos y referentes relevantes y compartidos, y d) la correcta disposición, organización y jerarquización de la información. Al primer factor, lo denominaremos *adecuación gramatical*; al segundo, *adecuación pragmática*; al tercero, *adecuación referencial*; y al cuarto, *adecuación temática*. En muchos casos, estos factores no se cumplen o incumplen de manera separada sino de manera conjunta y conectada.

Siempre que la intención de un emisor no sea engañar, confundir, evadir o algo similar, es razonable presuponer que el emisor intentará cumplir adecuadamente con esos cuatro factores recién descritos. No sólo partir de que el emisor intentará que su discurso o texto sea exitoso comunicativamente para cumplir con su propósito comunicativo (y con otros propósitos que pueda conseguir mediante éste), sino que, en algunas ocasiones, también hay incentivos u obligaciones sociales para que el emisor lo haga; de hecho, esta suposición hace parte del estudio lingüístico de las interacciones verbales y se denomina el *principio de cooperación* (PC) (Van Dijk 1996; Grice 1991). De acuerdo con este principio, el comportamiento de los participantes de un intercambio verbal puede estudiarse de acuerdo con el cumplimiento o incumplimiento de ciertas máximas abstractas que asegurarían el éxito de la comunicación en circunstancias ideales. En otras palabras, si suponemos las características ideales que debería tener un discurso o un texto para ser exitoso comunicativamente, podremos

describir cómo y por qué un discurso o texto particular logra o no un propósito comunicativo en virtud del cumplimiento de esas características ideales, o a pesar de su incumplimiento o de un cumplimiento indirecto o parcial.

De acuerdo con la propuesta de Grice (1991), las máximas que componen el PC son cuatro: la de cantidad, la de calidad, la de relación y la de manera. La primera máxima tiene que ver con la cantidad de información que el emisor debería presentar. La segunda máxima tiene en cuenta la veracidad de la información presentada. La tercera máxima se refiere a la relevancia de la información presentada. Finalmente, la cuarta máxima se relaciona con la forma de presentación de la información, en particular, con su claridad, brevedad y organización. A continuación, se presenta una descripción detallada de cada máxima.

I) Máxima de cantidad: El emisor debe ser tan informativo como lo requiera la situación, de tal manera que no provea muy poca información para ser comprendido correctamente, ni demasiada información al punto de que se vuelva confusa o difícil de procesar para el receptor.

II) Máxima de calidad: El emisor debe ser sincero, de tal manera que no digan algo contrario a la realidad o falso, o algo de lo que no tienen evidencia o información suficiente.

III) Máxima de relación: El emisor debe aportar información relevante de acuerdo con la situación comunicativa y las exigencias del contexto, así como la organización temática y la secuencia lineal del discurso o texto.

IV) Máxima de manera: El emisor debe ser claro, conciso y ordenado, y debe evitar expresarse de manera confusa, ambigua y vaga.

La gestión correcta de los factores de los que depende el éxito comunicativo y un cumplimiento del PC derivan en intereses, tareas y hasta responsabilidades aún más apremiantes para quien escribe. Tal como explica Ricoeur (2006), la creación de textos implica una serie de consideraciones diferentes a la producción de discursos orales. Por un lado, implica trabajar con las convenciones propias de la escritura de una lengua, incluyendo el uso de signos parasintácticos, es decir, signos no verbales que sirven para resaltar características sintácticas y semánticas de enunciados o grupos de enunciados tales como la puntuación o el espaciado que indica la separación entre párrafos. A diferencia de las convenciones y signos parasintácticos empleados en la comunicación oral (que son en gran parte intuitivos, como la duración, las pausas y la entonación), las convenciones y signos parasintácticos propios de la escritura requieren un entrenamiento especial.

Por otro lado, dado que, la gran mayoría de las veces, la lectura de un texto se realiza en un contexto espacial y temporal diferente a aquel en el que se escribió ese texto, quien escribe debe servirse lo menos posible de sentidos y referencias cuya comprensión dependa de elementos del contexto inmediato. Por ello, la calidad de las descripciones que el escritor haga de los referentes y las situaciones tratadas es indispensable para la comprensión de un texto escrito. Un caso límite de esto sucede cuando se tratan referentes y situaciones ficticias,

pues es imposible, no sólo acudir a un contexto inmediato, sino también a cualquier contexto compartido en el mundo real.

Para efectos del presente concepto, se evaluará la posibilidad de éxito comunicativo de los ítems de la prueba teniendo en cuenta principalmente los cuatro factores presentados anteriormente en conjunción con el cumplimiento del PC. Tanto los factores como las máximas que componen el PC se resumen en la siguiente tabla.

Factores de los que depende el éxito comunicativo	a) el cumplimiento de normas y convenciones formales, y de significado del sistema de la lengua que se use
	b) el seguimiento de normas y convenciones de interacción comunicativas adecuadas para cada contexto
	c) la pertinente selección, presentación o sugerencia de conocimientos y referentes relevantes y compartidos
	d) la correcta disposición, organización y jerarquización de la información
Máximas del principio de cooperación	I) Máxima de cantidad: el emisor debe ser tan informativo como lo requiera la situación, de tal manera que no provea muy poca información para ser comprendido correctamente, ni demasiada información al punto de que se vuelva confusa o difícil de procesar para el receptor.
	II) Máxima de calidad: el emisor debe ser sincero, de tal manera que no digan algo contrario a la realidad o falso, o algo de lo que no tienen evidencia o información suficiente.
	III) Máxima de relación: el emisor debe aportar información relevante de acuerdo con la situación comunicativa y las exigencias del contexto, así como la organización temática y la secuencia lineal del discurso o texto.
	IV) Máxima de manera: el emisor debe ser claro, conciso y ordenado, y debe evitar expresarse de manera confusa, ambigua y vaga.

Tabla 5. Principios para la valoración de la posibilidad de éxito comunicativo

Para finalizar, se debe precisar que, en el contexto de una prueba para un concurso de méritos, los incentivos y obligaciones sociales que motivan el cumplimiento de los principios descritos son mayores. En últimas, los diseñadores de los instrumentos de evaluación deben ajustarse al máximo a dichos principios con el fin de garantizar la calidad y confiabilidad del proceso. Si, por ejemplo, se presentan ítems mal escritos, incoherentes, sobredescritos o subdescritos, en los términos aquí presentados, se podrá desconfiar de la efectividad y calidad del proceso.

### 3.2. Valoración de la validez a partir de la evidencia basada en el contenido desde la psicometría

Dentro de la psicometría uno de los principales conceptos relacionados con los instrumentos de medición es el de validez. Según la *American Educational Research Association –AERA–* et al (2014) la validez es el “grado en

que la evidencia y la teoría respaldan las interpretaciones de los puntajes de una prueba para los usos propuestos de la prueba” (p. 11). AERA *et al.* (2014) proponen cinco factores que configuran la evidencia de validez: (1) la evidencia basada en el contenido de la prueba, (2) la evidencia basada en los procesos de respuesta, (3) la evidencia basada en la estructura interna, (4) la evidencia basada en relaciones con otras variables, (5) y la evidencia basada en las consecuencias de uso de las pruebas.

La *evidencia basada en el contenido de la prueba* está relacionada con las especificaciones de la prueba, así como con la redacción y el formato de los ítems, de tal manera que se haga un análisis de la relación entre el contenido de la prueba y el marco teórico propuesto para la evaluación (AERA *et al.*, 2014). Como lo mencionan Pedrosa, Suárez-Álvarez y García-Cueto (2013), el concepto de validez de contenido se ha incluido en la literatura de la medición desde la década de 1940 y ha estado ligado con el sustento teórico de una prueba, dada la conexión lógica que se debe demostrar entre el contenido del instrumento y la teoría sobre la que está construido. En otras palabras, se debe demostrar que los ítems representan todos los componentes del dominio a medir, así como que cada uno tiene una relación evidente con el dominio para el cual fue construido.

La *validez de contenido* también se ha caracterizado según el criterio de que el instrumento debería presentar un muestreo adecuado de las conductas que se busca evaluar (Escobar y Cuervo, 2008). Es decir, los ítems son suficientes para realizar la medición del constructo o dominios, tanto en cantidad, como en los aspectos que deberían ser medidos (componentes del constructo o dominio). Por lo anterior, la validación de cada uno de los ítems resulta de importancia para la evaluación propuesta y, por lo tanto, para la validez del instrumento usado.

Uno de los métodos más empleados para respaldar la evidencia de contenido de un instrumento es el juicio de expertos, el cual consiste recoger la opinión de personas altamente calificadas y profundamente informadas sobre las dimensiones o ítems a incluir como parte de la evaluación. Escobar y Cuervo (2008) listan algunas características de los expertos, entre las que se destacan que tengan experiencia en el tema a evaluar, la construcción de instrumentos o algún otro tema que se pueda ver relacionado con la evaluación; tener un amplio reconocimiento en el campo en el cual se necesita su experticia; y además las habilidades necesarias para la emisión de juicios imparciales.

Como lo mencionan Pedrosa, Suárez-Álvarez y García-Cueto (2013), la evaluación del contenido de los ítems o el instrumento a partir del juicio de expertos se realiza generalmente usando escalas Likert con el fin de tener una escala en común a partir de la cual se pueda obtener una calificación que determine si el ítem debe ser incluido en el instrumento de evaluación. Las categorías usadas por los expertos para llevar a cabo la evaluación pueden variar según el autor. Uno de los referentes más citados, en lengua hispana<sup>4</sup>, es el artículo de Escobar y Cuervo (2008, p. 35) en el cual se proponen cuatro categorías desde las cuales se pueden hacer juicios de expertos:

---

<sup>4</sup> Algunos de los artículos donde se toma como referencia son Rodríguez, Urías y Valdés, 2020; Zamora, Serrano y Martínez, 2020; Galicia, Balderrama y Edel, 2017; Moreno y Monroy, 2016; Dorantes, Hernández y Tobón, 2016.

- SUFICIENCIA - Los ítems que pertenecen a una misma dimensión bastan para obtener la medición de ésta.
- CLARIDAD - El ítem se comprende fácilmente, es decir, su sintáctica y semántica son adecuadas.
- COHERENCIA - El ítem tiene relación lógica con la dimensión o indicador que está midiendo.
- RELEVANCIA - El ítem es esencial o importante, es decir, debe ser incluido.

Dado que estas categorías están planteadas para hacer la validación de los ítems, usualmente, los jueces tienen acceso a la estructura del instrumento, que contiene las definiciones y dimensiones que constituirán la evaluación realizada con el instrumento. Sin embargo, en las condiciones de la presente labor de peritaje, conviene seleccionar el criterio que más se adapte a la información disponible. En este sentido, bajo la consideración que la categoría de claridad es la que requiere la menor cantidad de información adicional y se puede evaluar solo con el texto disponible del ítem, es ésta la que se usará como referente para examinar las ítems.

Para ello, conviene tener algunos criterios que orienten la valoración de la claridad del ítem en términos formales y de contenido. Aiken (2003, p. 31) ofrece un listado de criterios para la escritura de ítems que pueden adoptarse para la valoración propuesta. A continuación, se listan los que se tendrán en cuenta para el peritaje:

- 1) Incluya la mayor parte de la información en el contexto y el enunciado del ítem. Es ineficiente repetir las mismas palabras en cada opción y a los examinados les resulta menos difícil revisar opciones más cortas.
- 2) Si las opciones tienen un orden natural, como fechas o edades, es recomendable disponerlas en ese orden. De otro modo, ordénelas aleatoria o alfabéticamente (siempre que la alfabetización no proporcione señales para la respuesta correcta).
- 3) Procure que todas las opciones sean aproximadamente de la misma extensión, que sean gramaticalmente correctas y apropiadas en relación con el contexto y enunciado del ítem. Sin embargo, no deje que el tronco revele la opción correcta por medio de asociaciones verbales u otras señales.
- 4) Asegúrese de que todas las opciones sean plausibles para los examinados que no conocen la respuesta correcta, pero que solo una opción sea correcta o “la mejor”. Los errores populares son buenos distractores.
- 5) Evite, o al menos minimice, el uso de expresiones negativas como “no” en el contexto, enunciado del ítem o las opciones. En caso de hacerlo, resáltelo de forma que sea evidente para los examinados.
- 6) No deben usarse contextos, enunciados de ítem y opciones ambiguos o capciosos.
- 7) Use con moderación las expresiones “ninguno de los anteriores”, “todos los anteriores”, o “más de uno de los anteriores”. Además, evite el uso de determinantes como siempre o nunca.
- 8) Procure que cada reactivo sea independiente de otros reactivos (que no se entrelacen o interrelacionen). Este criterio aplica solo para los ítems o contextos que no deberían estar relacionados con ítems diferentes a aquellos con los que debe tener relación evidente.

## 4. Marco metodológico

Los procedimientos realizados para la elaboración del presente concepto se pueden dividir en tres. Primero, aquellos necesarios para la recolección de datos y la reconstrucción de los ítems a partir de esos datos. Segundo, aquellos ejecutados para la valoración de la posibilidad de éxito lingüístico de ítems seleccionados. Tercero, aquellos llevados a cabo para la valoración de la adecuación de ítems seleccionados a criterios de validez basada en contenido.

### 4.1. Recolección de datos y reconstrucción de ítems

Para la recolección de los datos objeto del dictamen, se determinaron cuatro criterios para seleccionar los ítems que serían objeto de análisis: i) ítems que representaron dificultad para decidir la opción de respuesta por la ambigüedad de la pregunta o tarea a responder; ii) ítems que representaron dificultad para decidir la opción de respuesta por presentar información técnica no vigente, no pertinente o ambigua; iii) ítems que representaron dificultad para decidir la opción de respuesta por presentar una redacción confusa; y iv) ítems cuya respuesta se hacía evidente por problemas de formulación o redacción y no por conocimientos.

Para cumplir con los criterios de selección, se diseñó el presente instrumento de recolección de datos:

	Dificultad en la escogencia de la opción de respuesta por la ambigüedad de la pregunta o tarea a responder	Dificultad para decidir la opción de respuesta por presentar información técnica no vigente, no pertinente o ambigua	Dificultad para decidir la opción de respuesta por presentar una redacción confusa	Respuesta evidente por problemas de formulación o redacción y no por conocimientos
Ítem nro. 1				
Ítem nro. 2				
(...)				

*Tabla 6. Criterios de selección de datos*

Una vez seleccionados los ítems de acuerdo con los anteriores criterios, y con aplicación de técnicas mnemotécnicas (procesos de asociación significativa), los participantes de la exhibición de las pruebas que contrataron el presente dictamen pericial, cada uno, memorizaron 5 ítems, los cuales debían ser transcritos una vez terminara dicha exhibición, de tal forma que se cumplieran todas las reglas exigidas durante tal etapa del proceso. Con la información seleccionada producto de la memorización, se transcribieron los resultados del proceso mnemotécnico y se cruzaron con las preguntas coincidentes entre los participantes. Así, se reconstrucción de diversas preguntas de los distintos cuestionarios. Particularmente, se lograron más ítems para la prueba aplicada a los aspirantes al cargo OPEC 166313 TRABAJO SOCIAL.

#### 4.2. Procedimientos para la valoración de la posibilidad de éxito lingüístico de ítems seleccionados

Para esta valoración se ejecutaron los siguientes procedimientos. Primero, se hizo una lectura exploratoria de los ítems reconstruidos para identificar aquellos que presentaran irregularidades formales en su redacción y seleccionarlos para un examen más detallado. Luego, se evaluó cada uno de los ítems seleccionados a partir de los principios resumidos en la Tabla 5. Finalmente, se describieron y justificaron los casos encontrados de ítems cuyos rasgos gramaticales, pragmáticos, referenciales y temáticos constituyen impedimentos para el éxito comunicativo.

#### 4.3. Procedimientos para la valoración de la adecuación de ítems seleccionados a criterios de validez basada en contenido

Para esta valoración, se ejecutaron los siguientes procedimientos. Primero, se hizo una lectura exploratoria de los ítems reconstruidos para identificar aquellos que presentaran irregularidades formales en su contenido y seleccionarlos con miras a un examen más detallado. Luego, se evaluó cada uno de los ítems seleccionados a partir de los ocho criterios presentados al final de la sección 4.2. Finalmente, se describieron y justificaron los casos encontrados de ítems cuyo contenido no sea adecuado como evidencia para la validez de la prueba en términos psicométricos, es decir, que incumplen los criterios mencionados.

### 5. Resultados

A continuación, se resumen, en forma de tabla, las descripciones y justificaciones de los casos identificados en cada una de las valoraciones.

#### 5.1. Valoración de la posibilidad de éxito lingüístico de ítems seleccionados

Contexto para ítems 16, 17 y 18
<b>CASO:</b> Una Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha recibido un informe que contiene una alerta donde se presume la amenaza y/o vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes y sus familias por grupos armados organizados al margen de la ley, ubicadas alrededor de la cabecera de un municipio cercano.
Máximas incumplidas
IV) Máxima de manera: el emisor debe ser claro, conciso y ordenado, y debe evitar expresarse de manera confusa, ambigua y vaga.

Factores de éxito comunicativo involucrados
a) el cumplimiento de normas y convenciones formales y de significado del sistema de la lengua que se use
Justificación
<p>La máxima de manera se incumple por un uso incorrecto de las normas morfosintácticas del español en tanto que la oración que presenta el contexto no es clara debido a que no es posible identificar el sustantivo al que estaría modificando el adjetivo <i>ubicadas</i>. En efecto, el único sustantivo plural femenino anterior a <i>ubicadas</i> es <i>familias</i>, pero la referencia a este sustantivo no es posible ya que este sustantivo hace parte de una frase nominal compleja que está separada del adjetivo por otra frase nominal y una coma por presunto modificador universal o explicativo. Se podría hipotetizar que el autor intentaba referirse a los <i>grupos armados</i>, pero este presunto intento no sería exitoso dado que <i>ubicadas</i> está en femenino y <i>grupos</i>, en masculino.</p> <p>Adicionalmente, se violan los principios invocados en esta tabla dado que no se siguen las convenciones establecidas para el uso de las comas en, por lo menos, dos ocasiones: (1) la coma después de <i>Familiar</i>: la convención establece que no es correcto marcar coma entre sujeto y predicado; (2) la coma después de <i>alerta</i>: se podría creer que se intenta presentar un modificador explicativo o universal, pero no se cumplen las condiciones para ello.</p>

Tabla 7. Análisis lingüístico de contextos para ítems 16, 17 y 18

Ítem 17
<p>17. La Oficina de Gestión Regional direcciona la alerta temprana originada desde la Defensoría del Pueblo con firma del Defensor, y la envía a su Dirección Regional que tiene en su cobertura el municipio del caso. Usted como profesional de esta Regional ha sido elegido dentro del equipo para enviar contestación, por lo cual debe</p> <p>A. analizar la información de la alerta temprana, identificar competencia del Instituto, definir acciones para mitigar los riesgos advertidos y atender a las recomendaciones emitidas, dando respuesta directa a la Defensoría del Pueblo.</p> <p>B. solicitar asesoría a la unidad regional de apoyo, identificar el riesgo en la alerta, reconocer competencia por parte del Instituto, ver términos de respuesta y contestar directamente a la Oficina de Gestión Regional del ICBF.</p> <p>C. solicitar asesoría al profesional de alertas tempranas de la Subdirección, analizar la petición, ver competencia y términos de respuesta, y enviar contestación a la Subdirección General con copia a la Oficina de Gestión Regional.</p>
Máximas incumplidas

I) Máxima de cantidad: el emisor debe ser tan informativo como lo requiera la situación, de tal manera que no provea muy poca información para ser comprendido correctamente, ni demasiada información al punto de que se vuelva confusa o difícil de procesar para el receptor.

III) Máxima de relación: el emisor debe aportar información relevante de acuerdo con la situación comunicativa y las exigencias del contexto, así como la organización temática y la secuencia lineal del discurso o texto.

IV) Máxima de manera: el emisor debe ser claro, conciso y ordenado, y debe evitar expresarse de manera confusa, ambigua y vaga.

#### Factores de éxito comunicativo involucrados

- a) el cumplimiento de normas y convenciones formales y de significado del sistema de la lengua que se use
- c) la pertinente selección, presentación o sugerencia de conocimientos y referentes relevantes y compartidos

#### Justificación

Las máximas de cantidad, relación y manera se incumplen debido a la introducción, a partir de muy poca información, de dos referentes que no eran conocidos por el lector y sobre los que no hay claridad al respecto de su identidad (¿son distintos o iguales?). Ni en el contexto general de los ítems 16, 17 y 18, ni en el enunciado del 17, se había hablado de alguna subdirección. En estos, solamente se mencionan la Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Oficina de Gestión Regional, la Defensoría del Pueblo, y la Dirección Regional. Por lo tanto, no hay información disponible para que el lector identifique cuál es el referente correspondiente a *la Subdirección* o a *la Subdirección General*. En esta medida, es imposible determinar si se trata de referentes distintos o del mismo; o, en todo caso, estimar la relevancia de este referente en la situación.

Adicionalmente, se viola la máxima de manera dado que no se siguen las convenciones establecidas para el uso de las comas en, por lo menos, dos ocasiones: (1) la ausencia de coma entre las palabras *regional* y *que*: la convención establece que se debe usar coma para modificadores explicativos o universales; (2) la ausencia de coma entre las palabras *usted* y *como*, y *Regional* y *ha*: de nuevo, la convención establece que se debe usar coma para modificadores explicativos o universales.

Tabla 8. Análisis lingüístico para ítem 17

#### Ítem 77

77. Para usted el criterio técnico para acceder a la Modalidad Desarrollo Infantil en Medio Familiar según el caso es

- A. niños y niñas de la primera infancia.
- B. niños y niñas con cuadros de desnutrición.
- C. niños y niñas de zonas rurales dispersas.

Máximas incumplidas
III) Máxima de relación: el emisor debe aportar información relevante de acuerdo con la situación comunicativa y las exigencias del contexto, así como la organización temática y la secuencia lineal del discurso o texto.
Factores de éxito comunicativo involucrados
a) el cumplimiento de normas y convenciones formales y de significado del sistema de la lengua que se use
Justificación
La máxima de relación se incumple debido a una formulación que emplea, de manera imprecisa, el significado del sustantivo <i>criterio</i> y, por tanto, resulta desconectada. Cabe recordar que, por su significado convencional y por el contexto, el criterio debería ser una característica que permita distinguir las poblaciones que pueden acceder a la Modalidad Desarrollo Infantil, de aquellas que no pueden. Sin embargo, las opciones de respuesta del ítem no presentan características que puedan estar presentes o no, sino que enumeran una serie de poblaciones con cierta característica. Una población no puede ser un criterio, ya que el criterio es la presencia o no de una característica en una población. En otras palabras, lo que debería permitir el criterio es diferenciar poblaciones; por lo tanto, no tiene sentido que el criterio sea una población. De esta manera, no es claro cómo se podría establecer una conexión entre las opciones de respuesta y el enunciado.

Tabla 9. Análisis lingüístico de ítem 77

Contexto para ítems 85, 86 y 87				
<p><b>CASO:</b> Usted trabaja a nivel profesional en el ICBF. Dentro de sus funciones se encuentra la de brindar asistencia técnica y/o asesoría para el diseño y desarrollo de la política institucional del área, la formulación y el desarrollo de los planes, programas y proyectos propios de la dependencia de acuerdo con protocolos institucionales y en los tiempos establecidos. Usted observa en el programa “desnutrición cero” que se presentan a continuación, el grado de cumplimiento de entregas en los suplementos en tres municipios durante los últimos 2 meses.</p>				
Municipio	1 mes	2 mes	3 mes	
Tocancipá	10%	30%	50%	
Sesquilé	30%	35%	60%	
Villa Pinzón	40%	60%	65%	
Máximas incumplidas				
IV) Máxima de manera: el emisor debe ser claro, conciso y ordenado, y debe evitar expresarse de manera confusa, ambigua y vaga.				

Factores de éxito comunicativo involucrados
a) el cumplimiento de normas y convenciones formales y de significado del sistema de la lengua que se use
Justificación
<p>La máxima de manera se incumple debido a varias razones. Primero, a la oración en la que se describen las funciones del profesional, le hace falta la conjunción coordinante principal que permite la organización de las diferentes frases nominales compuestas; ese coordinante, presuntamente una <i>y</i>, debería ir entre la coma antes de la frase <i>la formulación</i> y esta frase. Debido a este error en la sintaxis de la oración, su lectura es confusa y poco clara, en especial, teniendo en cuenta la complejidad de las frases coordinadas.</p> <p>Segundo, la oración en la que se menciona al programa “<i>desnutrición cero</i>” es también confusa y poco clara debido a, por un lado, una desconexión semántica entre la oración subordinada y la información a la que hace referencia; y, por otro lado, el uso incorrecto de una preposición (<i>en</i>), junto con una conjugación inadecuada del verbo <i>presentar</i>: debería estar en singular y se incluye en plural. Específicamente, la desconexión semántica ocurre entre <i>el programa ‘desnutrición cero’ que se presentan a continuación</i> y la tabla que se incluye inmediatamente después de ese párrafo. En efecto, lo que se presenta no es el programa sino unas mediciones de un aspecto del programa. Se puede inferir que se trata de “el grado de cumplimiento de entregas” pero ignorando lo que se intenta decir en la oración; este procedimiento es evidentemente confuso.</p> <p>Por su parte, la preposición <i>en</i> que parece en <i>entregas en los suplementos</i> fue usada incorrectamente, dado que no tiene sentido que las entregas se hagan en los suplementos porque, en este contexto, los suplementos no son lugares, recipientes o formas de entrega sino objetos.</p>

Tabla 10. Análisis lingüístico de contexto para ítems 85, 86 y 87

Ítem 91
<p>91. En una ocasión llegó un reporte de un Colegio de un Municipio en el que se informa que existe un presunto caso de maltrato infantil. <b>AL</b> realizar la diligencia de allanamiento uno de los compañeros que asiste a la diligencia realiza el reporte del siguiente modo</p> <p>Acta N. 001  Fecha: 5 de agosto de 2021</p> <p>Miembros del Hogar  Jairo Hernández C.C 00020000  Julieta Gil C.C. 00524000  Lucía Hernández T.I. 25000000  Funcionario:  _____</p> <p>Instituto Colombiano de Bienestar familiar</p>

Situación: Al ingresar al hogar se encuentra que la menor de aproximadamente 3 años de edad se encuentra sola en el interior del hogar, en la cocina no se encuentran alimentos, la visita de verificación dura dos horas, tiempo en el que la menor está sola. Se evidencian hematomas en las manos de la menor y llanto por parte de la menor.

Usted observa que el **acto administrativo**

A. está incompleto pues falta información acerca de la autoridad administrativa y la fecha

B. contratar a la aspirante al cargo viviana Sánchez

C. está incompleto pues falta información acerca del número de acto administrativo y los miembros del hogar

#### Máximas incumplidas

III) Máxima de relación: el emisor debe aportar información relevante de acuerdo con la situación comunicativa y las exigencias del contexto, así como la organización temática y la secuencia lineal del discurso o texto.

IV) Máxima de manera: el emisor debe ser claro, conciso y ordenado, y debe evitar expresarse de manera confusa, ambigua y vaga.

#### Factores de éxito comunicativo involucrados

a) el cumplimiento de normas y convenciones formales y de significado del sistema de la lengua que se use

c) la pertinente selección, presentación o sugerencia de conocimientos y referentes relevantes y compartidos

#### Justificación

Las máximas de relación y manera se incumplen principalmente en dos momentos. Primero, no es claro cuál es el referente que le corresponde a “el acto administrativo”, ya que nunca se indica que el reporte o acta citada se haya emitido como un acto administrativo en nombre de la institución, y una diligencia de allanamiento no es en sí misma un acto administrativo. De hecho, no hace parte del significado general o especializado de diligencia, reporte o acta que constituyan un acto administrativo. Por tanto, el enunciado del ítem 17 es vago y poco claro.

Segundo, la opción B no concuerda sintácticamente con el enunciado ni guarda relación semántica alguna con éste. En efecto, el enunciado presenta el sujeto de una oración que debe completarse con un predicado, es decir, una frase verbal que tenga como núcleo un verbo conjugado. Sin embargo, el núcleo de la frase que presenta la opción B es un verbo en infinitivo (una de las formas no conjugadas de los verbos); por esta razón, no puede establecerse una conexión sintáctica entre ésta y el enunciado. Tampoco es posible una relación semántica, no sólo por la imposibilidad de una conexión sintáctica, sino también porque la secuencia de información presentada hasta el momento nunca incluyó como referente a *viviana Sánchez*, ni incluyó, como tema, alguna contratación. Así las cosas, esta opción de respuesta es confusa y desconectada.

El incumplimiento de la máxima de manera también ocurre en el reporte o acta citada puesto que, en ésta, se hace un uso incorrecto de los signos de puntuación y se repite excesivamente la conjugación impersonal del verbo *encontrar*. Esto último puede ser confuso para un lector por distraerlo de la secuencia de la información. En cuanto a la puntuación, se emplean comas en lugar de puntos para marcar el final de varias oraciones. Otras formas de violación del principio de manera que se dan en este ítem están dadas por los siguientes errores: uso de la contracción *AL* en mayúsculas sostenidas (el lector podría creer que se trata de una sigla); el uso del nombre propio *viviana* en minúscula (da la idea de nombre común); y la falta de punto al final de las opciones de respuesta.

Tabla 11. Análisis lingüístico de ítem 91

Ítem 92
<p>92. En otra ocasión un sacerdote envió un correo dando a conocer una situación de violencia intrafamiliar en la que los menores de manera reiterada se ven expuestos a episodios de maltrato entre los padres. Usted debe hacer control interno al proceso, <b>donde</b> encuentra que se subió la información al SIM, se identificó la necesidad de realizar diligencia de allanamiento, la cual fue realizada como se evidencia en acto administrativo, después del cual se ordenó la verificación de garantía de derechos; en esta situación se</p> <p>A. obviaron datos en el acto administrativo.            B. obvió la realización del informe de garantía de derechos.            C. obviaron preguntas acerca del tipo de violencia en el hogar.</p>
Máximas incumplidas
<p>III) Máxima de relación: el emisor debe aportar información relevante de acuerdo con la situación comunicativa y las exigencias del contexto, así como la organización temática y la secuencia lineal del discurso o texto.</p> <p>IV) Máxima de manera: el emisor debe ser claro, conciso y ordenado, y debe evitar expresarse de manera confusa, ambigua y vaga.</p>
Factores de éxito comunicativo involucrados
<p>a) el cumplimiento de normas y convenciones formales y de significado del sistema de la lengua que se use</p>
Justificación
<p>La máxima de manera se incumple debido a que la segunda oración del enunciado es poco clara y es confusa, de manera tal que no le permite, a un lector, comprender la relación entre la información presentada. Este incumplimiento se manifiesta de tres maneras concretas. Primero, esta oración presenta estructuras sintácticas excesivamente largas y complejas, y omite la conjunción coordinante principal que permite la organización de las frases que componen la oración.</p>

Segundo, no es posible establecer una conexión clara entre la oración principal y la primera oración subordinada. En efecto, la oración principal contiene los sustantivos “usted”, “control” y “proceso”, ninguno de los cuales hace parte de la categoría semántica de palabras que pueden establecer una relación con la conjunción subordinante “donde”, ya que no son lugares o contenedores del algún tipo. Tercero, el uso del punto y coma indica una relación semántica o sintáctica especial que no existe entre los elementos que pretende conectar, a saber, la última oración del enunciado con la penúltima.

Por demás, se cometen errores de puntuación al usar comas en lugares en los que no hay justificación para ello: (1) entre *que* y *se subió*, se está marcando una coma que establece un límite injustificado entre el subordinante y su verbo; (2) entre *SIM* y *se*, se está utilizando una coma que, o bien debería estar sucedía por una conjunción coordinante, o bien debería remplazarse por una finalizador de oración, como un punto.

Tabla 12. Análisis lingüístico para ítem 92

Contexto para ítems 109, 110 y 111
<p><b>CASO:</b> Usted trabaja en un caso del ICBF. Dentro de sus funciones está el desarrollo de las estrategias de inducción y reinducción del talento humano según los lineamientos de la entidad. Para ejercer de manera efectiva su trabajo, es importante conocer las guías y procedimientos de la entidad y saber argumentar por qué se deben realizar de determinada manera.</p> <p>En una ocasión se da una controversia con un compañero de trabajo nuevo, en relación con el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.</p> <p>Usted sostiene que “Los adolescentes deben tener sanciones alternativas a la privación de la libertad, esto basado en que el adolescente aún no presenta una completa evolución madurativa, pues se sabe que ciertas regiones del cerebro, siguen desarrollándose hasta alrededor de los 20 años, una de ellas es la corteza prefrontal, la cual está asociada al control de impulsos, lo que afecta su capacidad para proveer consecuencias futuras de un comportamiento presente.”</p>
Máximas incumplidas
IV) Máxima de manera: el emisor debe ser claro, conciso y ordenado, y debe evitar expresarse de manera confusa, ambigua y vaga.
Factores de éxito comunicativo involucrados
a) el cumplimiento de normas y convenciones formales y de significado del sistema de la lengua que se use
Justificación
La máxima de manera se no se cumple, ya que el argumento citado en el contexto para los ítems 109,110 y 111 presenta dos expresiones ambiguas y un uso incorrecto de los signos de puntuación que genera una oración confusa para un lector promedio. La primera ambigüedad consiste en que no es posible identificar

claramente el referente de *esto* pues no hay ningún sustantivo en la oración precedente que concuerde en número o género con este pronombre.

La segunda ambigüedad es similar en tanto que no es posible identificar claramente a qué hace referencia la conjunción subordinante “lo que” debido a que hay un número de frases u oraciones subordinadas a las que podría referirse. En cuanto al uso incorrecto de los signos de puntuación, se encuentra que se emplean comas para marcar el final de las oraciones en lugar de puntos, se inserta injustificadamente una coma entre el sujeto y el predicado de la oración introducida por *pues*, y se omitió la coma que debería indicar el verbo elidido en la oración que comienza con *esto*.

Tabla 13. Análisis lingüístico de contexto para ítems 109, 110 y 111

Ítem 117
<p>117. Del texto usted pudo inferir que la justicia penal para adolescentes infractores tiene como finalidad</p> <p>A. asumir su responsabilidad permitiendo un ajuste social.</p> <p>B. garantizar la investigación adecuada del presunto delito.</p> <p>C. recibir garantías de seguridad en ambientes de reclusión.</p>
Máximas incumplidas
<p>III) Máxima de relación: el emisor debe aportar información relevante de acuerdo con la situación comunicativa y las exigencias del contexto, así como la organización temática y la secuencia lineal del discurso o texto.</p> <p>IV) Máxima de manera: el emisor debe ser claro, conciso y ordenado, y debe evitar expresarse de manera confusa, ambigua y vaga.</p>
Factores de éxito comunicativo involucrados
<p>a) el cumplimiento de normas y convenciones formales y de significado del sistema de la lengua que se use</p> <p>c) la pertinente selección, presentación o sugerencia de conocimientos y referentes relevantes y compartidos</p>
Justificación
<p>Las máximas de relación y manera no se cumplen debido a la falta de concordancia entre el sujeto del enunciado y los referentes que pueden servir de sujetos para las opciones de respuesta A y C. Aunque el sujeto del enunciado es “la justicia penal para adolescentes infractores”, la frase verbal presentada en la opción A requiere de un sujeto sobre el cual tenga sentido decir que puede asumir responsabilidades y ajustarse socialmente; y la frase verbal presentada en la opción C requiere un sujeto sobre el cual tenga sentido decir que puede recibir garantías de seguridad. Como se hace evidente, la <i>justicia penal para adolescentes infractores</i> no puede ser el sujeto correspondiente a esas frases verbales en tanto que no hace</p>

parte de una categoría semántica de sujetos que puedan cumplir con lo que estas requieren. Por lo tanto, las opciones A y C son confusas, y no se puede determinar su relación con el enunciado.

Por demás, no existe una relación lógica de implicación entre el enunciado y su contexto; dicho de otro modo, no se puede seguir una línea de relación directa entre lo mencionado en el contexto y los atributos de la justicia penal para adolescentes, dado que no se menciona explícitamente.

Tabla 14. Análisis lingüístico de ítem 117

## 5.2. Valoración de la adecuación de ítems seleccionados a criterios de validez basada en contenido

Ítem 17
Contexto
<b>CASO:</b> Una Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ha recibido un informe que contiene una alerta, donde se presume la amenaza y/o vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes y sus familias por grupos armados organizados al margen de la ley, ubicadas alrededor de la cabecera de un municipio cercano.
Enunciado
La Oficina de Gestión Regional direcciona la alerta temprana originada desde la Defensoría del Pueblo con firma del Defensor, y la envía a su Dirección Regional que tiene en su cobertura el municipio del caso. Usted como profesional de esta Regional ha sido elegido dentro del equipo para enviar contestación, por lo cual debe
Opciones de respuesta
A. analizar la información de la alerta temprana, identificar competencia del Instituto, definir acciones para mitigar los riesgos advertidos y atender a las recomendaciones emitidas, dando respuesta directa a la Defensoría del Pueblo. B. solicitar asesoría a la unidad regional de apoyo, identificar el riesgo en la alerta, reconocer competencia por parte del Instituto, ver términos de respuesta y contestar directamente a la Oficina de Gestión Regional del ICBF. C. solicitar asesoría al profesional de alertas tempranas de la Subdirección, analizar la petición, ver competencia y términos de respuesta, y enviar contestación a la Subdirección General con copia a la Oficina de Gestión Regional.
Criterios incumplidos
3. Procure que todas las opciones sean aproximadamente de la misma extensión, que sean gramaticalmente correctas y apropiadas en relación con el contexto y enunciado del ítem. Sin embargo, no deje que el tronco revele la opción correcta por medio de asociaciones verbales u otras señales.

4. Asegúrese de que todas las opciones sean plausibles para los examinados que no conocen la respuesta correcta, pero que solo una opción sea correcta o “la mejor”. Los errores populares son buenos distractores.
<b>Justificación</b>
El criterio 3 se incumple debido a que no es posible, para el evaluado, determinar la relación entre la opción C y el contexto o el enunciado. En efecto, esta opción introduce información nueva que no se había presentado ni en el contexto ni en enunciado. En estos, solamente se mencionan la Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Oficina de Gestión Regional, la Defensoría del Pueblo, y la Dirección Regional. En cambio, en la opción C, se habla de la Subdirección General.
Dada la imposibilidad de determinar la relación entre la opción C y el contexto o el enunciado, el criterio 4 se incumple en tanto que la opción C no parece plausible. Esta situación genera que esta opción destaque como incorrecta a partir de pistas verbales.

*Tabla 15. Análisis psicométrico del ítem 17*

<b>Ítem 18</b>
<b>Contexto</b>
<b>CASO:</b> Una Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ha recibido un informe que contiene una alerta, donde se presume la amenaza y/o vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes y sus familias por grupos armados organizados al margen de la ley, ubicadas alrededor de la cabecera de un municipio cercano.
<b>Enunciado</b>
18. La unidad regional de apoyo inicia la búsqueda en el municipio, identificando que dentro de las familias víctimas de desplazamiento, se encuentran unas de origen étnico, ante lo cual se elaboran un plan de trabajo con un acompañamiento psicosocial. Usted como encargado de prestar asistencia técnica, solicita realizar un ajuste a este plan debido a que en
<b>Opciones de respuesta</b>
<p>los grupos étnicos, la valoración y acompañamiento psicosocial que se realiza a las familias con niños, niñas y adolescentes, se debe efectuar con la presencia de un promotor comunitario.</p> <p>los niños, niñas y adolescentes, no se tiene en cuenta la variable de reclutamiento ilícito y se evidencia que se está centrando en una modalidad de atención en ambientes normales.</p> <p>las familias con niños, niñas y adolescentes víctimas de desplazamiento por el conflicto armado, no se quiere informar la presencia con el cacique mayor para la ejecución de las labores de intervención.</p>

Criterios incumplidos
<p>1. Incluya la mayor parte de la información en el contexto y el enunciado del ítem. Es ineficiente repetir las mismas palabras en cada opción y a los examinados les resulta menos difícil revisar opciones más cortas.</p> <p>4. Asegúrese de que todas las opciones sean plausibles para los examinados que no conocen la respuesta correcta, pero que solo una opción sea correcta o “la mejor”. Los errores populares son buenos distractores.</p>
Justificación
<p>El criterio 1 se incumple ya que la mayor parte de la información específica que completa el contexto de la situación se encuentra en las opciones de respuesta. Ni en el contexto ni en el enunciado se hace descripción alguna de un “plan de trabajo de acompañamiento psicosocial” y sólo se menciona éste en el enunciado del ítem. Posteriormente, sólo con mencionarlo en el enunciado, se solicita, al evaluado, que considere hacer un ajuste en el plan debido a tres situaciones que se describen en las opciones. Bajo el supuesto de que los planes de acompañamiento sean estándares, la situación particular descrita en el contexto y el enunciado (niñas, niños y adolescentes en medio del conflicto armado y el componente étnico) supondría algunas particularidades en el diseño del plan. Por esta razón, la falta de información podría hacer que cualquier particularidad en las opciones de respuesta la convirtiera en opción correcta.</p> <p>El criterio 4 se incumple debido a que las opciones de respuestas se muestran poco plausibles en vista de que cualquiera de ellas agrega elementos nuevos al contexto, los cuales no se habían considerado antes; y a que estos elementos son demasiado particulares para determinar su relevancia. Por ejemplo, en la opción C, se menciona un detalle de relevancia dudosa (la presencia de un “cacique”); esta situación hace que se destaque (la opción C) como respuesta incorrecta.</p>

*Tabla 16. Análisis psicométrico de ítem 18*

Ítem 91
Contexto
<p><b>CASO:</b> Usted como funcionario del ICBF tiene como función garantizar el restablecimiento de derechos de menores de quienes se sospeche amenaza de los mismos. Para ello existe un protocolo de actividades, las cuales son en su orden: 1. Conocer la presunta amenaza o vulneración de derechos, 2. Crear el beneficiario en el SIM, 3. Identificar si se requiere diligencia de allanamiento y rescate, 4. Realizar diligencia de allanamiento y rescate, que incluya a) Número del acto administrativo que lo ordenó, b) Fecha y lugar, c), Nombre de la Autoridad Administrativa, d) Nombre de las personas que habitan el lugar, e) Situación encontrada, 5. Ordenar la verificación de la garantía de los derechos, 6. Verificación de garantía de derechos mediante entrevista, 7. Realizar informe del estado de la garantía de derechos. 8. Emitir concepto de estado de cumplimiento de derechos.</p>

Enunciado

91. En una ocasión llegó un reporte de un Colegio de un Municipio en el que se informa que existe un presunto caso de maltrato infantil. AL realizar la diligencia de allanamiento uno de los compañeros que asiste a la diligencia realiza el reporte del siguiente modo

Acta N. 001

Fecha: 5 de agosto de 2021

Miembros del Hogar

Jairo Hernández C.C 00020000

Julieta Gil C.C. 00524000

Lucía Hernández T.I. 25000000

Funcionario:

\_\_\_\_\_

Instituto Colombiano de Bienestar familiar

Situación: Al ingresar al hogar se encuentra que la menor de aproximadamente 3 años de edad se encuentra sola en el interior del hogar, en la concina no se encuentran alimentos, la visita de verificación dura dos horas, tiempo en el que la menor está sola. Se evidencian hematomas en las manos de la menor y llanto por parte de la menor.

Usted observa que el acto administrativo

Opciones de respuesta

A. está incompleto pues falta información acerca de la autoridad administrativa y la fecha

B. contratar a la aspirante al cargo viviana Sánchez

C. está incompleto pues falta información acerca del número de acto administrativo y los miembros del hogar

Criterios incumplidos

4. Asegúrese de que todas las opciones sean plausibles para los examinados que no conocen la respuesta correcta, pero que solo una opción sea correcta o "la mejor". Los errores populares son buenos distractores.

6. No deben usarse contextos, enunciados de ítem y opciones ambiguos o capciosos.

Justificación

El criterio 4 se incumple en tanto que la opción B es claramente descartable porque no está relacionada, en lo absoluto, con ningún elemento o información presentada en el contexto o el enunciado del ítem. En efecto, antes de esa opción, no se menciona nunca a la señora Viviana Sánchez ni se habla de alguna contratación.

El criterio 6 se incumple, ya que hay un exceso de información presentada en el contexto y el enunciado que no está ordenada de forma clara. En efecto, los elementos del informe que se debe analizar para responder el ítem no están claramente diferenciados del final del enunciado en sí, pues hay un texto continuo que se encuentra repentinamente con las opciones de respuesta.

Tabla 16. Análisis psicométrico de ítem 91

Ítem 93
Contexto
<p><b>CASO:</b> Usted como funcionario del ICBF tiene como función garantizar el restablecimiento de derechos de menores de quienes se sospeche amenaza de los mismos. Para ello existe un protocolo de actividades, las cuales son en su orden: 1. Conocer la presunta amenaza o vulneración de derechos, 2. Crear el beneficiario en el SIM, 3. Identificar si se requiere diligencia de allanamiento y rescate, 4. Realizar diligencia de allanamiento y rescate, que incluya a) Número del acto administrativo que lo ordenó, b) Fecha y lugar, c), Nombre de la Autoridad Administrativa, d) Nombre de las personas que habitan el lugar, e) Situación encontrada, 5. Ordenar la verificación de la garantía de los derechos, 6. Verificación de garantía de derechos mediante entrevista, 7. Realizar informe del estado de la garantía de derechos. 8. Emitir concepto de estado de cumplimiento de derechos.</p>
Enunciado
<p>93. En el proceso de restablecimiento de derechos de su localidad ha observado que recurrente hacen reportes de maltrato infantil con fallos en los registros. Le entregan el siguiente resumen; “se ha observado que la mayoría de los reportes tienen el siguiente orden: 1. Conocer la presunta amenaza o vulneración de derechos, 2. Crear el beneficiario en el SIM, 3. Identificar si se requiere diligencia de allanamiento y rescate, 4. Realizar diligencia de allanamiento y rescate, que incluya a) Número del acto administrativo que lo ordenó, b) Fecha y lugar, c) Nombre de la Autoridad Administrativa, d) Nombre de las personas que habitan el lugar, e) Situación encontrada, 5. Ordenar la verificación de la garantía de derechos, 6. Realizar informe del estado de la garantía de derechos. Y 7. Emitir concepto de estado de cumplimiento de derechos”</p> <p>Usted identifica que la secuencia de pasos en los que recurrentemente se está presentado el inconveniente según lo reportado en el resumen es en cuanto a:</p>
Opciones de respuesta
<p>A. ordenar la verificación de la garantía de derechos            B. verificar la garantía de derechos mediante entrevista            C. Emitir concepto de estado de cumplimiento de derechos</p>

Criterios incumplidos
3. Procure que todas las opciones sean aproximadamente de la misma extensión, que sean gramaticalmente correctas y apropiadas en relación con el contexto y enunciado del ítem. Sin embargo, no deje que el tronco revele la opción correcta por medio de asociaciones verbales u otras señales.
Justificación
El criterio 3 se incumple debido a que una sencilla comparación de la información presentada en el contexto con la información presentada en el enunciado es suficiente para encontrar la respuesta correcta. Por esta razón, la clave ya está claramente indicada desde antes de la consideración de las opciones de respuesta. Evidentemente, de los elementos enumerados en el contexto, hace falta la verificación de la garantía de derechos mediante entrevista. Por tanto, de manera obvia, la única opción de respuesta plausible es B.

Tabla 16. Análisis psicométrico de ítem 93

## 6. Conclusiones

Los resultados de la valoración de la posibilidad de éxito lingüístico indican que, por lo menos en tres descripciones de contexto (de las que dependen nueve ítems) y en cinco ítems, no se cumple con al menos una de las máximas del *principio de cooperación* (PC) debido, principalmente, al no seguimiento de algunas convenciones formales y semánticas (de significado) del español. En siete de los ocho casos examinados, el incumplimiento del PC se relaciona con expresiones que no siguen las normas gramaticales y las convenciones semánticas del español. Por su parte, en dos de esos casos, la selección y presentación de conocimientos y referentes desconocidos o de dudosa relevancia fue la otra causa de incumplimiento. En cuanto a la violación de las máximas del PC, la más frecuente fue el no seguimiento de la máxima de manera (siete instancias), seguido por el de la máxima de relación (seis instancias).

De todo lo anterior, se sigue que, en la gran mayoría de los casos examinados, un uso poco cuidadoso de la lengua trajo como resultado expresiones no gramaticales en el nivel de la morfología, la sintaxis o la semántica. En esta medida, dichas expresiones resultaron poco claras, confusas, ambiguas y desconectadas. En consecuencia, esta situación constituye un impedimento para la comprensión de los contextos, los enunciados y las opciones de respuesta en la prueba. En este sentido, se puede afirmar que **sí existen ítems en la prueba cuyos rasgos gramaticales y referenciales representan un obstáculo para una correcta comprensión** por parte de los evaluados.

Por su parte, los resultados de la valoración de la adecuación de ítems seleccionados a criterios de validez basada en contenido indican que, por lo menos, el contenido de cuatro ítems no es adecuado para garantizar la validez de la prueba. En la mayoría de los casos examinados, la manera en la que están formuladas algunas de las

opciones de respuesta las hace destacar como confusas o inconexas. En este sentido, **se puede inducir a los evaluados a contestar no de acuerdo con el conocimiento o la competencia que se pretende medir con cada ítem, sino de acuerdo con la forma como les son presentadas las opciones de respuesta.** En al menos un caso, esto representa un obstáculo para determinar la plausibilidad y corrección de las opciones de respuesta, mientras que, en al menos un caso, esto facilita el descarte de opciones no plausibles.

En suma, los resultados de ambos análisis se complementan coherentemente. En últimas, los problemas lingüísticos podrían generar consecuencias psicométricas en todos los casos. Desde esta perspectiva, es posible sostener que, en la prueba, **sí existen ítems cuyo contenido no es adecuado como evidencia para la validez de la prueba en términos psicométricos,** ya que no es posible determinar inequívocamente la relación entre la contestación correcta o incorrecta de estos ítems y la medición de los conocimientos o competencias a evaluar.

Teniendo en cuenta que el puntaje final de la prueba depende de la totalidad de los ítems resueltos por los evaluados y que ese puntaje determina la evaluación de sus conocimientos y competencias, **estos hallazgos preliminares son una base razonable para dudar que los puntajes finales de las pruebas reflejen de manera completamente acertada los conocimientos y las competencias de los evaluados.** A su vez, dadas las consecuencias del uso de esta prueba como parte de un proceso de un concurso méritos para cargos públicos (consecuencias como la pérdida de oportunidades laborales o el uso inefectivo de recursos públicos), esa duda abre la puerta para considerar el cuestionamiento de, tanto los procedimientos mediante los cuales se diseñaron las pruebas, como las acciones tomadas sobre la base de los resultados que arrojaron las pruebas.

Con el propósito de solucionar esa duda razonable, se proyecta un dictamen pericial que, no sólo profundice y amplíe los hallazgos obtenidos hasta el momento, sino también tenga en cuenta, de manera comparativa y conjunta, más criterios y principios lingüísticos y psicométricos, en conjunción con **criterios técnicos que permitan valorar la corrección, actualidad y pertinencia de los contenidos, conocimientos y competencias evaluadas.** Además, este dictamen pericial proyectado también **partiría de un mayor número de ítems reconstruidos provenientes de cuestionarios para otros cargos.** Por supuesto, **el escenario más favorable sería uno en el que no sea necesario reconstruir los ítems, sino aquel en el que las entidades evaluadoras aporten los cuestionarios originales.**

## 7. Referencias

Aiken, L. (2003). Diseño y elaboración de los tests. En L. Aiken, *Test psicológicos y evaluación* (p. 18-42). Pearson Educación.

American Educational Research Association [AERA], American Psychological Association [APA] y National Council on Measurement in Education. (2014). *Standards for educational and psychological testing*. American Educational Research Association.

- Bernárdez, E. (1982). *Introducción a la lingüística del texto*. Espasa-Calpe.
- Dorantes, J., Hernández, J. y Tobón, S. (2016). Juicio de expertos para la validación de un instrumento de medición el síndrome de burnout en la docencia. *Ra Ximhai*, 12(6), 327-346. <https://www.redalyc.org/pdf/461/46148194023.pdf>
- Escobar, J. y Cuervo, A. (2008). Validez de contenido y juicio de expertos: una aproximación a su utilización. *Avances en Medición*, 6, 27-36. [https://www.researchgate.net/publication/302438451\\_Validez\\_de\\_contenido\\_y\\_juicio\\_de\\_expertos\\_Una\\_aproximacion\\_a\\_su\\_utilizacion](https://www.researchgate.net/publication/302438451_Validez_de_contenido_y_juicio_de_expertos_Una_aproximacion_a_su_utilizacion)
- Forrest, L., Hee Kim, M., Ming Pu, M. & Tomlin, R. (2000). Semántica del discurso. En T. A. van Dijk (Comp.), *El discurso como estructura y proceso* (pp. 107-170). Gedisa.
- Galicia, L., Balderrama, J. y Edel, R. (2017). Validez de contenido por juicio de expertos: propuesta de una herramienta virtual. *Apertura*, 9(2), 42-53. <http://www.udgvirtual.udg.mx/apertura/index.php/apertura/article/view/993/821>
- Grice, P. (1991). *Studies in the Way of Words*. Harvard University Press.
- Moreno, N. y Monroy, J. (2016). Validez de contenido por juicio de expertos del inventario de respuestas de afrontamiento CRI-A dirigido a víctimas del conflicto armado colombiano. *Cátedra Villareal Psicológica*, 1(2), 129-148. <https://revistas.unfv.edu.pe/CVFP/article/view/1378/1456>
- Pedrosa, I., Suárez-Álvarez, J. y García-Cueto, E. (2013). Evidencias sobre la validez de contenido: avances y métodos para su estimación. *Acción Psicológica*, 10(2), 3-18. <https://scielo.isciii.es/pdf/acp/v10n2/02monografico2.pdf>
- Ricoeur, P. (2006). *Teoría de la interpretación: Discurso y excedente de sentido*. Siglo Veintiuno.
- Rodríguez, A., Urías, M. y Valdés, A. (2020). Validez de contenido de una escala para medir mediación parental en el uso de tecnologías adolescentes. *Campus Virtuales*, 9(1), 9-16. <http://uajournals.com/ojs/index.php/campusvirtuales/article/view/505/391>
- Van Dijk, T. A. (1996). *La ciencia del texto*. Paidós.
- Zamora, M., Serrano, P. y Martínez, M. (2020). Validez de contenido del modelo didáctico P-VIRC (preguntar, ver, interpretar, correr, contar) mediante el juicio de expertos. *Formación Universitaria*, 13(3), 43-54. <https://www.scielo.cl/pdf/formuniv/v13n3/0718-5006-formuniv-13-03-43.pdf>

Bogotá, 29 de julio de 2022

Aspirante

**DIANA MARIA DEL CARMEN TRIANA LUNA**

ID Inscripción **442165514**

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.: **507044418**  
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*

*“Formando líderes para la construcción de un nuevo país en paz”*

*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 DIANA MARIA DEL CARMEN TRIANA LUNA, identificada con cédula de ciudadanía No. 27603317, mediante ID 442165514, se inscribió para concursar por el empleo de nivel Profesional, identificado con el código OPEC No. 166313, 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](http://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](http://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.

Respecto a lo solicitado en su escrito de reclamación donde indica que: “...solicito se me permita tener acceso a la prueba...” Es pertinente indicar que, el 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.

## **PRUEBA DE COMPETENCIA FUNCIONAL**

Ahora bien, en cuanto a lo solicitado sobre: “...se me indique el valor otorgado a las preguntas, la metodología de la evaluación y las fórmulas de ponderación aplicadas en esta etapa del proceso de selección...”, hay que decir que su puntaje se obtuvo por medio de puntuación directa, que es una transformación lineal de las respuestas acertadas por el 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.*

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

*T<sub>j</sub> = Total de ítems que 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.

Como puede observar, al ser esta una transformación lineal sencilla, no hace falta para el cálculo ningún otro valor como el promedio, la desviación estándar, mediana, rango o algún otro dato que resulte de la aplicación de un estadístico para su obtención. Solamente basta con el número de preguntas validadas y el puntaje bruto obtenido por el aspirante.

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

$$P = \frac{74}{120} \times 100 = 61,66$$

Conforme a lo anterior, aplicada la prueba escrita de competencias funcionales y la metodología de la calificación obtuvo un puntaje de **61,66** y por tanto No **Continua en curso**

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  $\Sigma A_j$  por 1.

Por consiguiente, es de aclararle a la aspirante que los resultados de la Prueba de Competencias Comportamentales, fueron publicados únicamente a quienes superaron el "PUNTAJE MÍNIMO APROBATORIO" en la Prueba de Competencias Funcionales, toda vez que, la misma es de carácter eliminatoria. Lo anterior según lo escrito en la página 34 de la guía de orientación de pruebas escritas.

Por otra parte, conforme a lo peticionado en el complemento a la reclamación presentada por la aspirante en la cual solicita "...Solicito por tanto se me aplique el precedente jurisprudencial a fin de que se cumpla con el derecho de defensa, debido proceso y se remita copia íntegra del cuadernillo de preguntas y de respuestas..." Es preciso aclararle que La Universidad de Pamplona como operador logístico del proceso en desarrollo, no puede acceder a su petición toda vez que la misma obedece al principio de registro de cadena de custodia de los documentos desarrollados

por el concurso consagrado en el párrafo 2 numeral 4.4 del Anexo de Convocatoria 2081 de 2021 el cual establece:

#### **4.4 Reclamaciones contra los resultados de las Pruebas Escritas**

(...)

*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.*

(...)

Con relación a lo reclamado 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, el operador del proceso de selección ya tenía dispuesta de la logística requerida en cada uno de los sitios de las ciudades y/o municipios elegidos por cada aspirante al momento de su inscripción, por eso es inviable la petición que presenta, ya que la jornada de aplicación de las Pruebas Escritas se realizó el día 22 de mayo del 2022, en el horario de 8:00 a. m. a 1:00 pm, como lo estipula Guía de Orientación al Aspirante Pruebas De Competencias Funcionales y Comportamentales del Proceso de Selección No. 2149 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF – 2021.

Asimismo, es preciso señalar que el Acuerdo No. 2081 del 21-09-2021, "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", en su Capítulo V Pruebas a Aplicar en el Proceso de Selección, en su artículo 17. Pruebas Escritas, parágrafo, el cual cita:

*“De conformidad con las especificaciones del Anexo de este Acuerdo, la(s) fecha(s) y hora(s) de presentación de las Pruebas Escritas de que trata este artículo, no se reprogramaran por causa de situaciones particulares, casos fortuitos o de fuerza mayor que presenten los participantes, pues al tratarse de pruebas masivas que se aplican a todos los aspirantes en una misma jornada, se deben garantizar los principios de igualdad frente a todos los que participan en este proceso de selección, de prevalencia del interés general sobre el particular, de economía y de celeridad, principios esenciales en un Estado Social de Derechos y, particularmente, en estos concursos de méritos. Esta regla se entiende aceptada por los aspirantes con su inscripción a este proceso de selección”.*

Con relación 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.” De acuerdo a su solicitud de revisión del puntaje obtenido, nos permitimos aclararle que la calificación se llevó a cabo teniendo en cuenta los parámetros de confiabilidad y validez que supone todo instrumento de medición, procedimiento aprobado por organismos nacionales e internacionales expertos en la materia; la prueba se procesó y calificó bajo los mismos modelos matemáticos, garantizando así la igualdad entre los aspirantes y la transparencia del proceso.*

Las pruebas de competencias funcionales y comportamentales fueron pruebas escritas y bajo el modelo de Pruebas de Juicio Situacional, por consiguiente, los resultados de la misma se obtuvieron mediante una máquina de lectura óptica de resultados.

Sin embargo, 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 relectura manual de las hojas de respuesta, con lo cual se 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 de funcionales publicados en [www.cnsc.gov.co](http://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...*” No es dable acceder a su petición debido a 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 realiza el proceso de diseño, construcción, validación, aplicación, procesamiento de resultados y calificación, se tienen 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.

Aunado a lo anterior el Decreto 1083 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

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), estarán sujetas a los procedimientos de control de calidad, establecidos y recomendados por estas organizaciones, así como los elementos consignados por la CNSC, en el Anexo Técnico de la licitación que dio origen a la contratación de la Universidad de Pamplona, como operador del proceso concursal.

La universidad de pamplona se le adjudico el proceso de selección a través de la Licitación pública CN003 de 2021, que tiene por objeto:

*“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.”*

#### 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](http://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 al 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: Ana M. 

Aprobó: Orlando R. 

*“Formando líderes para la construcción de un nuevo país en paz”*

San José de Cúcuta, junio 27 de 2022.

**Señores**  
**UNIVERSIDAD DE PAMPLONA**  
**COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**  
**Ciudad Cúcuta.**

**Referencia:** Reclamación contra el resultado de la prueba escrita sobre competencias funcionales.

**Yo DIANA MARIA DEL CARMEN TRIANA LUNA**, mayor de edad, identificada con la **CC No 27.603.317, de Cúcuta**, actuando a nombre propio, de conformidad con lo establecido en el numeral 4.4 del Anexo Técnico de la convocatoria 2149 de 2021 y demás normas, que regulan el proceso de selección ICBF-CNSC, procedo a presentar dentro del término legal **RECLAMACIÓN CONTRA EL RESULTADO OBTENIDO EN LA PRUEBA ESCRITA SOBRE COMPETENCIAS FUNCIONALES**, obteniendo un puntaje de 61.66, correspondiente al empleo 2044, grado 7, código OPEC No 166313, PROFESIONAL NIVERSITARIO EN TRABAJO SOCIAL, modalidad abierta. publicados el día 22 de junio de 2022 en la plataforma SIMO de la CNSC.

### **OBJETO DE LA RECLAMACIÓN**

Presento esta reclamación con el fin de solicitar:

**Primero:** La revisión de la prueba escrita y la hoja de respuesta diligenciada por el suscrito, sobre las competencias funcionales respecto del empleo convocatoria 2149, grado 7, código 2044, OPEC No 166313, revisión que debe realizar el operador del proceso de selección 2149 de 2021 u otro operador calificado, que para tal caso debe señalar previamente la CNSC.

**Segundo:** Como consecuencia de la revisión, la asignación de un puntaje superior al publicado el día 22 de junio del año en curso. En el marco de la presente reclamación, debe estar por encima del mínimo puntaje aprobatorio, es decir por encima de 65.0.

**Tercero:** La publicación en la plataforma SIMO del nuevo resultado asignado e impartir la orden de continuar en el proceso de selección o concurso.

## **RAZONES EN LAS QUE SE FUNDAMENTA LA RECLAMACIÓN**

1- En la actualidad soy servidor público del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el empleo profesional universitario, en provisionalidad, asignado al Centro Zonal Cúcuta Dos de la Regional Norte de Santander, con 13 años y medio años de experiencia relacionada, de acuerdo con mi perfil de profesional universitario donde tengo 10 años como contratista y tres años y medio de provisionalidad.

2- Como lo expuse en el encabezado de esta reclamación, me inscribí para la convocatoria 2149 del año 2021, empleo 2044, grado 7, código 2044, OPEC No 166313, por contar con los requisitos mínimos para aspirar al mencionado empleo y con otros requisitos adicionales, que me permiten pretender con justas razones el cargo escogido en esta convocatoria.

3- Al momento de presentarme a la prueba escrita sobre competencias funcionales y comportamentales, observé que un número significativo de preguntas se encontraban mal formuladas o con error en su redacción, así conllevando al error al momento de responder esta pregunta

4- Así mismo, observé que otro número de preguntas inducían al error toda vez que el enunciado indicaba o planteaba un caso hipotético sobre situaciones que no tenían relación directa con el propósito del empleo y las opciones que se encontraban en las respuestas tampoco tenían relación directa ni indirecta con el enunciado.

5- Durante la ejecución de la prueba evidencio preguntas ambiguas, mal formuladas o con respuestas que no guardaban relación con el enunciado.

6- Al finalizar la prueba escrita sobre competencias funcionales y comportamentales, concluí que las preguntas formuladas no recogían o se ceñían en estricto sentido, a los ejes temáticos que en fecha anterior se habían publicado por la CNSC como fuente o temas en los cuales se cimentaría la prueba de saberes o funcional; por el contrario, las pruebas hacían referencia a ejes distintos a los socializados.

7- Que de acuerdo a la percepción de los hechos acontecidos durante el desarrollo de la prueba escrita sobre competencias funcionales y comportamentales, concluyo que a pesar de las presuntas irregularidades detectadas en la formulación de las preguntas y de la prueba en su conjunto, debió asignárseme un puntaje o calificación muy por encima o superior al puntaje atacado con esta reclamación, por lo que deduzco que estamos frente a un error en la puntuación, por irregularidad en la lectura óptica de la hoja de respuesta que debe ser descartado por peritos o personal especializado ajenos al operador del proceso de selección, en este caso ajenos a la Universidad de Pamplona.

## **PETICIÓN ESPECIAL**

Con el fin de tener mayores elementos, que me permitan motivar de una manera más detallada las anteriores razones en que se sustenta esta reclamación, solicito se me permita tener acceso a la prueba, con el fin de ver, revisar y analizar el cuadernillo y la hoja de respuesta. Esta solicitud, la he realizado también marcando en el SIMO la casilla correspondiente.

Así mismo, agradezco se me indique el valor otorgado a las preguntas, la metodología de la evaluación y las fórmulas de ponderación aplicadas en esta etapa del proceso de selección.

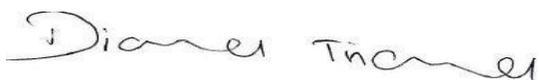
## **PRUEBAS**

Téngase como pruebas los documentos a los que hago mención en esta reclamación y que obran en la plataforma SIMO.

## **NOTIFICACIONES**

Solicito ser notificado a través de la plataforma SIMO.

Atentamente.



**DIANA MARIA DEL CARMEN TRIANA LUNA.**  
**CC. 27.603.317 de Cúcuta.**  
**Correo electrónico [D triana21@hotmail.com](mailto:D triana21@hotmail.com)**  
**(el mismo registrado en el SIMO)**

Señores

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC.

E. S D.

**REF: AMPLIACION RECLAMACION ADMINISTRATIVA**

**RECLAMANTE: DIANA MARIA DEL CARMEN TRIANA LUNA**

**DIANA MARIA DEL CARMEN TRIANA LUNA, identificada con cedula de ciudadanía 27.603.317 inscrita dentro de la convocatoria 2149 – ICBF 2021 (Modalidades Ascenso y Abierto), a un perfil profesional universitario OPEC: 166313, de conformidad con el artículo 4,4 del anexo acuerdo No. CNSC-2021202002816 de 2021 y 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 perfil profesional universitario, Numero de OPEC 166313, código: 2044. Correspondiéndome para la presentación del examen de Conocimiento en Universidad De Pamplona

**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
<b>TOTAL</b>	<b>201</b>	<b>974</b>

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
<b>TOTAL</b>	<b>45</b>	<b>2.818</b>

**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
<b>TOTAL</b>	<b>12</b>	<b>455</b>

**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 vulnerarios 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 más) 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 no pude dejar constancia de las irregularidades que en el escaso tiempo pude encontrar, por lo que me manifestaron que lo podía dejar aquí en la reclamación por el simo.*

**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 existían para el cargo de Profesional Universitario Grado 07 Código 2044 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: 2,12,15,25,26,27,32,46,47,48,55,56,57,59,72,73,74,75,78,81,88,89,90,91,106,103,104,105 están planteadas de manera repetitiva y confusa de mane 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.*
- *. LA PREGUNTA 2 es del eje temático de nutrición.*
- *LA PREGUNTA 12 caso un vecino denuncia que un niño de 12 años se encuentra en estado de abandono y es maltratado por el progenitor quien lo tiene desescolarizado desde hace tres años, así mismo indica que el niño debe trabajar por ser de escasos recurso, refiere el vecino que el padre es alcohólico y es el único familiar del niño. RESPUESTA: mi respuesta es la A ya que en prevista psicosocial iniciamos el proceso de PRD con la entrevista del niño. para la universidad la respuesta es la B. donde indica que para iniciar el proceso se entrevista primero al padre. en nuestros lineamientos de protección, la prioridad es lo manifestado por el niño quien es el que se encuentra con los derechos vulnerados.*
- *LA PREGUNTA 15 NO corresponde a mi eje temático.*
- *PREGUNTA 22 habla sobre una entidad pública en la formulación de proyectos, para mejor la calidad de vida de los niños de la zona. La respuesta de la universidad es B principio de la diversidad étnica y cultural para mi es la C es un proyecto inviable por que excluye a los demás niños de la zona que no pertenecen a la comunidad indígena*
- *LAS PREGUNTAS 25, 26 Y 27 de conocimientos específicos relacionados con registro y control de bienes, muebles e inmuebles, no guarda relación con el cargo, denominado profesional universitario grado 7, opec 16613 código 2044, se observa que No tiene conocimiento en los lineamientos del ICBF, Según la guía de gestión de bienes y procesos, servicios administrativos capítulo N. 1 inventarios en este módulo, se determinarían las instrucciones necesarias para el correcto seguimiento y control de los bienes muebles de la entidad en materia de inventario. como mínimo los almacenistas deberán realizar anualmente (1) toma física de los inventarios para los bienes en uso. para los bienes muebles en bodega, el coordinador administrativo o quien este delegue en compañía del almacenista realizara la toma física semestralmente, durante la vigencia. el inventario de los bienes inmuebles se realizará por lo menos un (1) vez al año, para lo cual se levantará un acta inspección ocular y será registrada en el módulo de inmuebles del sistema de información SEVEN ERP.*
- *LA PREGUNTA N. 32 y 33 es del eje temático de Nutrición.*
- *LAS PREGUNTAS 46, 47 Y 48 son preguntas confusas que inducen al error.*
- *LA PREGUNTA 59 CASO para trabajar con madres gestantes y orientación se debe sensibilizar en. Para mí la respuesta es la A referente al cuidado del embarazo. para la universidad es la B pautas de crianza. teniendo en cuenta que en el momento la madre está en su proceso de gestación y el ICBF cuenta con gran oferta en la primera infancia, dando prioridad en estos caso y así garantizar los derechos de las niñas y niños para potenciar el desarrollo integral de esta población desde la gestación hasta los 4 años, 11 meses y 29 días, privilegiando la atención en los 100 días de vida, etapa en la cual ocurren diferentes y significativos procesos de tipo biológico psicoafectivo, sociales y culturales, periodo que exige cuidados especiales de los adultos responsables. es por ello que la población objeto, de la modalidad familiar, es mujer gestante, madre lactante y niños, niñas menores de dos años a través de la modalidades DIMF ( desarrollo infantil en medio familiar) y FAMI (familia, mujer e infancia) atendiendo a dicha población con el fin de potenciar su desarrollo integral por medio de acciones e interacciones significativas , en su entorno cultural y el fortalecimiento de los vínculos desde la gestación, si bien es cierto, dentro de la atención a primera infancia en modalidad familiar se resalta el acompañamiento de las familias y sus cuidadores en los procesos de cuidado y crianza, lo es también el objetivo primordial de esta modalidad es la protección integral del bebe, por nacer por medio de las atenciones de la mujer gestante. véase Im5.pp-lineamiento técnico para la atención a la primera infancia*

- LA PREGUNTA 64, 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.
- LAS PREGUNTAS 72, 73, 74 y 75 no corresponde al componente funcional si no comportamental, generando confusión y afectación en la respuesta.
- LAS PREGUNTAS 78, 81, 88 Y 89 tiene en su análisis unos gráficos, los cuales se observan con dificultad en a visualización, dado que la letra es muy pequeña y el color impide la visualización, las imágenes se encuentran con distorsión impidiendo tener una buena visualización
- LA PREGUNTA 87 inducía al error.
- PREGUNTA 90. La pregunta 90 hace referencia a la población escolarizada en los años 2016 y 2017, de grado cero a grado once. Donde se muestra una gráfica con un comparativo entre la población escolarizada en estos dos años. Sin embargo, la pregunta 90 hace referencia a identificar en los niveles educativos expuestos en la gráfica cuales tuvieron un descenso al comparar el año 2016 y 2017. En este sentido al analizar la tabla en referencia se identifica que únicamente hay descenso en el grado de “primaria” de alrededor del 1% del 2016 al 2017. A su vez, al observar la tabla se evidencia que la población que se ubica en el nivel educativo “media” conserva su porcentaje de un año a otro, es decir, ni aumenta o disminuye del 2016 a 2017. No obstante, en el nivel educativo de secundaria y transición hubo es un aumento del porcentaje del año 2016 al 2017, pero no un descenso que sería una disminución. La universidad da la respuesta “C” que aporta la universidad es errada en tanto que no tiene una coherencia con el enunciado de la pregunta, dado que el verbo descenso pediría que el porcentaje que se reportaba en el gráfico presentara una disminución entre el año 2016 y 2017, y en la respuesta “C” no se evidencia algún cambio entre el porcentaje del 2016 y 2017 dónde la única que mostraba un descenso es en “primaria”, no habiendo esta opción en la respuesta “C”, dado que esta exponía que era secundaria y media las que tenían un descenso entre los dos años, pero como se argumentó en el párrafo anterior “secundaria” aumenta el porcentaje y en “media” se conserva. Por otro lado, la gráfica no permite discriminar los años con facilidad puesto que por la tonalidad de colores al ser tanto para 2016 como para 2017 los tonos de grises muy parecidos eran difíciles de identificar; lo cual causaba confusión a la hora de discriminar los datos. Ante los argumentos anteriores, esta pregunta causa confusión por las opciones de respuesta que no corresponden a la información que aporta la tabla frente a la pregunta. Por tanto, solicito corregirme el puntaje en esta pregunta ya que era evidente el error en esta pregunta y se pudo demostrar.
- PREGUNTA N. 91. 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 los ítems 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.  
Así mismo es de vital importancia resaltar que esta pregunta causa confusión por las opciones de respuesta que no corresponden a la información que aporta la tabla frente a la pregunta. ya que era evidente el error en esta pregunta y se pudo demostrar.
- LA PREGUNTA 99. La dependencia ahí la necesidad inmediata al grupo, elabore una propuesta de atención diferencial NNA y así garantizar la atención integral NNA, el equipo de trabajo considera que lo mejor para garantizar la atención integral es asumir el enfoque diferencial para llevar a cabo la atención integral, el jefe lo considera y pone en desarrollo la propuesta. para la universidad la respuesta correcta es la C conformar equipos para atender a las diferentes condiciones de manera urgente, para mí la respuesta correcta es la B  
B- la inclusión a programas de identidad a la población, ay unos niños en situación de vulnerabilidad para atender de manera diferencial, si ya el equipo interdisciplinario realiza la verificación de derechos y después de analizar su problemática, la finalidad del equipo después

de ese análisis, y como TS realizar vinculación y activación del SNBF y así poder ubicarlos en programas especializados.

- LAS PREGUNTAS 103,104 Y 105 son más de orden COMPORTAMENTALES y NO FUNCIONALES.
- LA PREGUNTA 111, En una pregunta confusa con opciones de respuesta con poca credibilidad ya que claramente la opción A es la más acertada, La opción C desconoce la finalidad del sistema penal para adolescentes la cual es pedagógica no sancionatoria y mucho menos la opción de penas privativas es la más acertada ya que se aplica la justicia restaurativa en la mayoría de los casos para resarcir el daño causado, Es claro que quien hizo esta pregunta y opciones de respuesta desconoce al sistema de responsabilidad penal para adolescentes
- PREGUNTA 113, conducía al error dado que las tres opciones de respuestas eran muy subjetivas.
- LA PREGUNTA 118, nos habla sobre La desnutrición, como problema, donde se afectan a 200 millones de niños en todo el mundo, que produce un deterioro en el desarrollo en cual genera trastornos del crecimiento, retraso motores y cognitivos, aumento en la morbilidad, encuestas nacionales han demostrado cifras entre 560 niños menores de cinco años que padecen desnutrición crónica y 15.600 la padecen aguda severa, esta es una pregunta donde el eje principal es del AREA DE NUTRICION.
- LA PREGUNTA 120. De acuerdo a la pregunta formulada con respecto al caso, se habla de fortalecer la relación interinstitucional y lograr un trabajo articulado entre profesiones para garantizar la atención eficiente y oportuna de la población infantil, por tanto, la respuesta más acertada es la B dado que identifican las necesidades de la infancia y aseguran la atención plena, que era el planteamiento inicial, Que es la que yo respondí, pero para la universidad la respuesta correcta es la A
- Reitero Que En Mi Caso No Fue Posible Realizar La Revisión De Todas Las 120 Preguntas Por El Escaso Tiempo Y Al Solicitar A La delegada De La Comisión Quien Se Encontraba En La Universidad De Pamplona Sede De Medicina Me Manifiesta Que Lo Haga Por Medio De La Reclamación En El Simo.

**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 el honorable consejo de estado estableció en sentencia 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, Indico: “ 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 contradicción<sup>25</sup>, 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 aspirantes, posición constitucional que comparte la Sala, pues garantiza la tutela judicial efectiva de cara a los derechos al debido proceso y de defensa”*

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”

Solicito por tanto se me aplique el precedente jurisprudencial a fin de que se cumpla con el derecho de defensa, debido proceso y se remita copia íntegra del cuadernillo de preguntas y de respuestas.

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.

### **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.

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 CN al, 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.*

*En este caso, no solo la CNSC sino también el operador Universidad de Pamplona violan el derecho fundamental 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, sometiéndome 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*

*De igual manera la sentencia 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.

El Consejo de Estado para decidir tuvo el siguiente argumento: 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

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 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

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, 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 y en las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen.

Artículo 3. Reactivación del periodo de prueba. A partir de la publicación del presente decreto las entidades podrán iniciar el periodo de prueba 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.

Artículo 4. Vigencia. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

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.

Ahora esta sentencia si bien fue sobre las pruebas saber pro del ICFES, en ella se concedió el amparo tutelar para acceder a una prueba fundamental y reina como lo es el cuadernillo de preguntas y respuestas para poder ser controvertidas vulnerando la CNSC el derecho al debido proceso, de defensa y contradicción y por ellos requerimos que este amparo tutelar se nos sea aplicado en razón que no se me otorgo copia autentica en físico del cuadernillo de preguntas y respuestas para ser controvertido en debida forma a pesar de haberse solicitado, razón de más para suspender la presente convocatoria hasta que se nos otorgue el acceso a dicho prueba.

sentencia 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, Indico: “ 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 contradicción<sup>25</sup>, 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 aspirantes, posición constitucional que comparte la Sala, pues garantiza la tutela judicial efectiva de cara a los derechos al debido proceso y de defensa”

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

Las negrillas son más.

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 contradicción<sup>25</sup>, 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 aspirantes<sup>26</sup>, 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.

## **SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Finalidad**

*El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.*

## **CONVOCATORIA A CONCURSO DE MERITOS-Importancia**

*La convocatoria se convierte en una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, de tal forma que incumplir las directrices allí estipuladas contraviene no solo los derechos de los aspirantes, sino aquel valor superior al cual está sujeto toda actuación pública. Dicho, en otros términos, el acto administrativo que la contenga funge como norma del concurso de méritos, por lo cual todos los intervinientes en el proceso deben someterse aquel so pena de trasgredir el orden jurídico imperante.*

*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”**

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (C.P.C.A.), las medidas cautelares se intentaron equiparar a las que se adoptan en las sentencias que definen las acciones de tutela, lo que condujo a que muchas autoridades judiciales que conocía de acciones de tutela advirtieran que a través de dichas medidas se podía conjurar la violación de derechos fundamentales, siendo ese medio de defensa el adecuado para tal fin y, en consecuencia, se declaraban improcedentes las solicitudes de amparo con el argumento del requisito de procedibilidad de la subsidiaridad. No obstante, respecto de las condiciones para solicitar medidas cautelares en los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-284 de 2014, en la que concluyó que existen diferencias entre éstas y la protección inmediata que acarrea la naturaleza de una acción de tutela. Ello, en la medida en que el procedimiento para que el juez decrete una medida cautelar es más largo que los **10 días establecidos para la resolución del amparo constitucional.**

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.

En efecto, la naturaleza de las medidas cautelares implica que, de por medio, debe existir el ejercicio de una de las acciones previstas para iniciar un juicio ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, en ese orden de ideas, **(i)** es necesario seguir y ajustarse al procedimiento descrito en la norma y acudir mediante abogado debidamente acreditado, situación que no ocurre con la acción de tutela, como quiera que este es un instrumento que puede ser usado de manera personal por el titular de los derechos vulnerados, sin necesidad de seguir una forma preestablecida, **(ii)** por regla general, para que una medida cautelar sea decretada, es imperativo prestar caución para asegurar los posibles perjuicios que con ésta se puedan causar y, **(iii)** la suspensión de los actos que causen la vulneración de los derechos no es de carácter definitivo, puesto que estas herramientas son transitorias y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio, en contraposición con la protección que brinda el amparo constitucional, que en principio, es **inmediato y definitivo.**

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 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, sibien 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.**

#### **CONCEPTO Y ALCANCE DE LA CONFIANZA LEGITIMA**

*El principio de confianza legítima tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y se ha entendido que este impone límites a los cambios normativos provenientes de los órganos estatales productores de derecho, cuando afectan las expectativas legítimas de los particulares.*

*En este sentido, se trata de una garantía en favor de las personas, que restringe la posibilidad de que*

se emitan decisiones **abruptas y sorprendidas**, sin adoptar medidas de transición o que minimicen los efectos negativos que el cambio de regulación les implica. Es decir, que su alcance no es el de hacer intangibles o inmodificables las disposiciones jurídicas, sino el de reducir el impacto negativo que el cambio en ellas pueda producir.

Es importante resaltar la íntima relación que tiene este principio con los de buena fe, seguridad jurídica y respeto por el acto propio. Este último, conocido también por la locución latina «Venire contra factum proprium non valet», señala que un sujeto que ha emitido un acto, **que ha definido una situación jurídica particular y concreta, en favor de otro, está impedido para modificar unilateralmente su decisión, porque de hacerlo, estaría violando la confianza que se generó con la primera conducta desplegada.**

De acuerdo con lo anterior, para la configuración del principio de confianza legítima, la Corte Constitucional<sup>12</sup> fijó los siguientes presupuestos:

[...] (i) La necesidad de preservar de manera concreta un interés público, esto es, resulta indispensable para la administración generar un cambio en sus actuaciones en aras de proteger el interés general; (ii) la demostración de que el particular ha desplegado su conducta acorde con el principio de la buena fe; (iii) la desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; y (iv) la obligación de adoptar medidas por un periodo transitorio que adecúen la actual situación a la nueva realidad [...]” (Sentencia T-311 de 2016 de la Corte Constitucional)

En síntesis, el principio de confianza legítima se convierte en un deber jurídico de la administración frente a los administrados, que ha de atender en el ejercicio de la potestad de expedir actos que creen, modifiquen o extingan situaciones jurídicas, en detrimento de las ya consolidadas para ellos.

### **DEFRAUDACIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN ESTE CASO**

El principio de confianza legítima fue depositado por parte de quienes suscribimos esta tutela contra la CNSC y la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA y defraudado por éstas al imponer restricciones contenidas en la guía de orientación para revisar las preguntas del cuadernillo una vez se hizo la reclamación frente al puntaje obtenido en las pruebas escritas dentro del proceso de selección para la Convocatoria No. 2149 del ICBF 2021.

Las inconsistencias en el cuadernillo de preguntas **incidieron de manera determinante en el resultado de la prueba** y ahora para subsanar acceden a la revisión del cuadernillo, pero imponiendo unas restricciones que indiscutiblemente están destinadas a que no se realice un verdadero análisis del mismo y se obtenga la prueba conducente y pertinente para las acciones futuras en contra de quienes se encuentran administrando todo el proceso de selección 2149 del ICBF 2021.

Por tanto, como en la convocatoria se delinearán los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes.

### **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.

*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 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.*

*Sobre el particular, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente en la sentencia SU-913 de 2009:*

*“[...] (i) las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se auto vincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. En este punto, esta Sala de Revisión estima que si por factores exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por los partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa; y, (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido [...]” (negrillas fuera del texto original)*

### **VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO EN ESTE CASO.**

*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 AL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA**

#### **CONCEPTO Y ALCANCE PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA**

*Este principio alude a la claridad con que deben desarrollarse las actividades y procedimientos de la administración, así como la publicidad e imparcialidad que deben caracterizarles a efectos de que se garantice la realización del interés general, la moralidad administrativa, la igualdad y el derecho de contradicción de los asociados.*

*Se trata de un postulado que, al prevenir las actuaciones ocultas y arbitrarias de los servidores públicos, permite que el ejercicio del poder sea ajeno a subjetividades y, con ello, favorece el fortalecimiento de la institucionalidad. Así, este principio se erige como uno de los fundamentos esenciales del Estado social y democrático de derecho en la medida en que proporciona los insumos necesarios para propiciar la convivencia armónica y pacífica.*

*Sobre el particular, la Corte Constitucional Sala ha señalado lo siguiente:*

*“[...] Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, lo nebuloso, la bruma maligna que puede dar sustento al actuar arbitrario de la administración. Así, la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser ante todo cristalina [...]”*

### **VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN ESTE CASO**

*Para fines de este asunto, la decisión **inconsulta y sorpresiva** sobre las restricciones impuestas por los accionados para la revisión del cuadernillo de preguntas violenta este principio, además en el Acuerdo No. 2081 de 2021, proferido por la CNSC, no se estableció como regla dichas restricciones en caso de presentar reclamación contra el puntaje obtenido en las pruebas escritas.*

*El proceder descrito hasta este punto, en relación con las restricciones contenidas en la guía de orientación al aspirante para acceso a pruebas funcionales y comportamentales, vulneró además el derecho de **información y el principio de transparencia** (Sentencia Corte Constitucional MP Gerardo Monroy Cabra). Esto, al no permitir de forma libre conocer el contenido de las preguntas para su análisis posterior, en la medida que se limitó su acceso **al impedir el uso de herramientas tecnológicas con el argumento de la reserva legal, cuando el cuadernillo perdió esa naturaleza al ser exhibido de forma masiva el día 22 de mayo de 2022 día de la presentación de la prueba escrita.***

*Igualmente, **al prohibir la transcripción parcial y totalmente tanto de preguntas como de las claves de respuesta**, situación que no se indicó en el acuerdo de la convocatoria, lo que no nos permite, además establecer a cuántas efectivamente acertamos. En este sentido la metodología utilizada implicó insuficiencia en tiempo y modo para acceder al **derecho que tengo de conocer las hojas de respuestas y las claves de cada pregunta** establecidas por la Universidad de Pamplona como contratista del concurso, lo que no puede ampararse con el argumento de la reserva de la que gozan las pruebas aplicadas en los concursos, señalada en este caso en el artículo 17 del Acuerdo, dado que una situación es la prohibición de conocer las pruebas y, otra totalmente distinta, la de impedir el derecho que nos asiste de tener conocimiento de la forma de evaluación, de las preguntas formuladas, y de las respuestas a las mismas, esto adelantado de manera inadecuada, con violación del mencionado principio de transparencia y, a su vez, de legalidad. Todo lo anterior habilita la interposición de esta acción de tutela.*

### **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, Acuerdo 2081 de 2021,

### **CONSIDERACIONES PARTICULARES**

#### **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. 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 OTRO15. 7.Citación para acceso a material de pruebas escritas funcionales y comportamentales, del proceso de selección del Instituto Colombiano de Bienes Familiar – ICBF 2021.

2. 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.

### ANEXOS

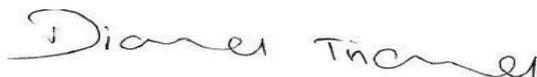
Copia la presente acción de tutela para los traslados y el archivo del Juzgado, y los documentos relacionados en el acápite de pruebas.

### NOTIFICACIONES

- *Accionante:*
- **DIANA MARIA DEL CARMEN TRIANA LUNA** Correo electrónico: [d triana21@hotmail.com](mailto:d triana21@hotmail.com)  
Teléfono o WhatsApp: 3102897181

- *Accionados:*

**COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC:** Carrera 16 No. 96 - 64, Piso 7  
- Bogotá D.C., Colombia – correo: [notificacionesjudiciales@cns.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@cns.gov.co)



**DIANA MARIA DEL CARMEN TRIANA LUNA**  
cédula de ciudadanía No. **27.603.317.**



**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 OTRO<sup>1</sup>

**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 demanda<sup>2</sup> 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 demanda<sup>3</sup>, ordenó citar al Departamento Administrativo de la Función Pública en calidad de demandado y se abstuvo de vincular al Departamento Administrativo de la

<sup>1</sup> Departamento Administrativo de la Función Pública.

<sup>2</sup> Ff. 4 a 14 del cuaderno principal, expediente físico.

<sup>3</sup> Índice 32, expediente electrónico.



Presidencia de la República. Admitida la demanda, en auto de la misma fecha<sup>4</sup>, se ordenó correr traslado de la solicitud de medida cautelar a las demandadas.

### 3. SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR<sup>5</sup>

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 2020<sup>6</sup>. En su criterio, dicha transgresión se concreta en los siguientes vicios de nulidad:

**Exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria<sup>7</sup>.** 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 Derecho<sup>8</sup>

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.

<sup>4</sup> Índice 33, expediente electrónico.

<sup>5</sup> Ff. 1 a 5, cuaderno de la medida cautelar.

<sup>6</sup> «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».

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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 Pública<sup>9</sup>**

Antes de centrarse en la defensa de la legalidad del acto acusado, llamó la atención sobre la existencia de un control automático de legalidad<sup>10</sup> y otro medio de nulidad simple<sup>11</sup> 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.

<sup>9</sup> Índice 45, *ibidem*.

<sup>10</sup> Radicado 11001031500020210466400.

<sup>11</sup> 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 CPACA<sup>12</sup>.

### 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 [...]».

<sup>12</sup> 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»<sup>13</sup>, 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 demanda<sup>14</sup>, 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 traslado<sup>15</sup>. *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

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

<sup>14</sup> 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).

<sup>15</sup> 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 cortes<sup>16</sup>, 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 jurisprudencia<sup>17</sup>.

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

<sup>17</sup> 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 pertinente<sup>18</sup>.

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»<sup>19</sup>.

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

---

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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 despacho<sup>19</sup>, e incluso por esta sala de sección<sup>19</sup>. [...]



juez, estas últimas derivadas, tal vez, de la inexperiencia o de la incomprensión 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»<sup>20</sup> (*Vorsorgeprinzip*) tiene gran relevancia cuando se trata de decidir asuntos de repercusiones ambientales (bióticos, físicos y sociales), desarrollado por primera vez en Alemania<sup>21</sup> 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»<sup>22</sup>. 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 general<sup>23</sup>, riesgos de nuevas tecnologías<sup>24</sup>, probables movimientos masivos de tierra, desbordamientos de ríos, etc.<sup>25</sup>, si se tiene conocimiento de indicios serios y graves que puedan ser causa o efecto de un posible daño.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> Aristóteles, ética a Nicómaco, libro ii, cap. 2.

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

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> 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 autorizaciones<sup>26</sup>.

## 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*<sup>27</sup> 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 excepciones<sup>28</sup> -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:

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

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

<sup>28</sup> 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 [...]»<sup>29</sup>.

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»<sup>30</sup>, 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

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

<sup>30</sup> 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 justo<sup>31</sup>. 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.[...]»<sup>32</sup>.

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.

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> 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 recae 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 Nacional<sup>33</sup> 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

<sup>33</sup> 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 [...]<sup>34</sup>

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 contiene<sup>35</sup>.

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

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

<sup>35</sup> 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 [...]»<sup>36</sup> (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 reglamentarios<sup>37</sup>. 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 Política<sup>38</sup>, así como a los fines del Estado Social de Derecho<sup>39</sup>, a los cuales no puede ser ajeno en el desarrollo de sus funciones.

➤ **Estudio del artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020<sup>40</sup>**

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

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> Artículo 6.º de la Constitución Política.

<sup>39</sup> Artículo 2.º *ibidem*.

<sup>40</sup> «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 legítima<sup>41</sup>, es adecuada para cumplir ese objetivo<sup>42</sup>, es necesaria<sup>43</sup> 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 [...]»<sup>44</sup>.

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

<sup>41</sup> «[...] 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 [...]».

<sup>42</sup> «[...] 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 [...]».

<sup>43</sup> «[...] 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 [...]».

<sup>44</sup> 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 [...]»<sup>45</sup>

No obstante la solicitud realizada en ese sentido por la CNSC, la Corte Constitucional decidió declarar la exequibilidad de la norma sin ningún condicionamiento<sup>46</sup>.

### ➤ **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 Nacional<sup>47</sup> en ejercicio de las atribuciones conferidas por el numeral

<sup>45</sup> Sentencia C-242 de 2020.

<sup>46</sup> 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».

<sup>47</sup> 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><b>[...] Artículo 14. Aplazamiento de los procesos de selección en curso.</b> <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><b>[...] Artículo 2. Reactivación de las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas de los procesos de selección.</b> 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><b>Artículo 3. Reactivación del periodo de prueba.</b> 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><b>Artículo 4. Vigencia.</b> 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)»<sup>48</sup>.

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 prolija<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Índice 44, expediente electrónico.

<sup>49</sup> 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 proceso<sup>50</sup>, 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

<sup>50</sup> 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.



**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 tutelada<sup>1</sup> y por el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES<sup>2</sup> en

---

<sup>1</sup> 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 [...]”.<sup>3</sup>

### 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

---

<sup>2</sup> Folios 242-250.

<sup>3</sup> 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 2019<sup>4</sup>, 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

---

<sup>4</sup> 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 – ICFES<sup>5</sup>**

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

---

<sup>5</sup> 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 B<sup>6</sup>**

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 2019<sup>7</sup> 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.

---

<sup>6</sup> Folio 196 al 201.

<sup>7</sup> 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.”<sup>8</sup>

## **6. Impugnaciones**

### **6.1 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B<sup>9</sup>**

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 ICFES<sup>10</sup>**

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.

---

<sup>8</sup> Folio 2017 al 228.

<sup>9</sup> Impugnación del 14 de enero de 2020, folio 236 al 238.

<sup>10</sup> 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 2015<sup>11</sup>, 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.

---

<sup>11</sup> “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 2012<sup>12</sup>, **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales<sup>13</sup>, 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.**”<sup>14</sup> (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 amplia<sup>15</sup> 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

---

<sup>12</sup> 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.

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

<sup>14</sup> Ídem.

<sup>15</sup> 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 negativa<sup>16</sup>. 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 [...]”<sup>17</sup>.

Luego, en los términos del artículo 74 de la Constitución Política<sup>18</sup> 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

---

<sup>16</sup> 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”.

<sup>17</sup> Sentencia T-487 de 2011.

<sup>18</sup> “[...] 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 derecho<sup>19</sup>.

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.

---

<sup>19</sup> 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 2014<sup>20</sup>, 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 [...].”**

---

<sup>20</sup> 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 había<sup>21</sup>, 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.

---

<sup>21</sup> 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 Pulido<sup>22</sup>, 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 Ayala<sup>23</sup>, como

---

<sup>22</sup> 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 Inspección 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).

<sup>23</sup> ii) En sentencia del 13 de diciembre de 2012 dentro del proceso 2012-00492-01, la Sección Primera del Consejo de Estado<sup>23</sup> 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 Segunda<sup>24</sup>. 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 contradicción<sup>25</sup>, 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 aspirantes<sup>26</sup>**, 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.

<sup>24</sup> 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).

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> 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