

Santa Marta, 17 de agosto de 2023

Señores

JUECES DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA (Reparto)

Ciudad

Referencia: **ACCIÓN DE TUTELA – COMO MECANISMO TRANSITORIO – CON SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR.**

Demandante: **GANIBETH MERCEDES MOLINA CACERES.**

Demandado: **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO.**

GANIBETH MERCEDES MOLINA CACERES, con cedula de ciudadanía No. 36.551.596 de Santa Marta, Magdalena, obrando en mi propio nombre, por el presente escrito respetuosamente ocurro ante ese Despacho judicial a solicitar el amparo constitucional establecido en el art. 86 de la Carta de Derechos denominado ACCION DE TUTELA en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**¹ y la **INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA POLITÉCNICO GRANCOLOMBIANO**², entidades representadas legalmente por su Presidente, Doctor **Mauricio Liévano Bernal**, por el Rector **JUAN FERNANDO MONTAÑEZ**, y/o por quienes hagan sus veces al momento de la notificación del auto admisorio, a fin de que se **conceda la protección de mis derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, al acceso a la información, al trabajo, al debido proceso, a la confianza legítima, a la libre concurrencia e igualdad en el ingreso a los cargos públicos**, , según el cual todos los ciudadanos que acrediten los requisitos señalados en el **Proceso de selección No. 2418 de 2022 –Territorial 8** puedan participar en dicho concursos sin discriminación alguna, asegurando la transparencia en la gestión de los procesos de selección, la garantía de imparcialidad de los órganos encargados de gestionar y llevar a cabo los procedimientos de selección, la confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos públicos de carrera en la Planta de Personal de la Gobernación del Magdalena, así como la eficiencia y la eficacia, principios que garantizan que el proceso de selección cumpla con las garantías para los participantes, los cuales me han sido vulnerados por los aquí demandados.

La presente solicitud de tutela tiene su origen en los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: Me encuentro vinculada con la Gobernación del Magdalena desde el 4 de octubre 1.990, Inscrita en Carrera administrativa en el empleo Profesional Universitario, código 219, grado 03, encargada el 27 de abril de 2018, posesionada el 30 de los mismos, en el cargo de Profesional Especializado. Código 222, Grado 05, Dependiente de la Secretaría de Desarrollo Económico, hasta cuando el empleo sea provisto mediante concurso, por lo que tengo más de 30 años de servicios vinculada a la administración y de estos, más de 5 años encargada como Profesional especializado, siendo altamente efectiva en el cumplimiento de mis funciones.

SEGUNDO. La CNSC viene adelantado el **Proceso de Selección No. 2418 de 2022 –Territorial 8**, contratando al **POLITÉCNICO GRANCOLOMBIANO** como Operador para que llevar a cabo dicho concurso de mérito.

TERCERO. El día 7 noviembre de 2022 inició la fase de comunicación y divulgación, sin haber publicado en su oportunidad el acuerdo correspondiente al Proceso de la Gobernación del Magdalena, sin embargo, el día 23 de enero de 2023 inicio el proceso de inscripción del concurso de méritos.

¹ En adelante la CNSC.

² En adelante el POLITECNICO GRANCOLOMBIANO, es una universidad privada de Colombia, con personería jurídica otorgada por el Ministerio de Educación Nacional el 4 de noviembre de 1980.

CUARTO. Dentro de la debida oportunidad me inscribí en el citado concurso de mérito en los empleos convocados bajo la modalidad de concurso ABIERTO.

QUINTO. Me postule al cargo que vengo ocupando en encargo, al cual le fue asignada la OPEC No.190243.

SEXTO. La GUIA DE ORIENTACIÓN AL ASPIRANTE PARA LA PRUEBA ESCRITA, se fijó un tiempo de realización de la misma de 4 horas y 30 minutos.

SEPTIMO. La prueba escrita de competencias funcionales y comportamentales fue realizada el día 25 de junio de 2023 y se realizó con el tiempo mínimo de horas fijadas para su realización de 4 horas y 30 minutos.

OCTAVO. El resultado de la prueba fue publicado y al encontrarme inconforme con el resultado, presente Reclamación ante la CNSC, asignándole a ésta el Radicado No. 686776076 de fecha 02/08/2023 – RECLAMO CONTRA LA PRUEBA ESCRITA SOBRE COMPETENCIAS COMPORTAMENTALES y Radicado No. 686775247 de fecha 02/08/2023 – RECLAMO CONTRA LA PRUEBA ESCRITA SOBRE COMPETENCIAS FUNCIONALES.

NOVENO. Con el reclamo se solicitó el acceso a la prueba escrita con el fin de sustentar las inconsistencias advertidas al momento de realizar la prueba y precisar cuáles respuestas se tomaron como válidas y no válidas y determinar el puntaje final.

DÉCIMO. Dentro de las inconsistencias advertidas durante la aplicación de la prueba se encontraron preguntas que no correspondían con los ejes temáticos definidos dentro del proceso de selección para mi cargo, incorporación de ejes temáticos diferentes a las funciones del empleo definidas en el manual aprobado mediante decreto 537 de 2017, preguntas indebidamente formuladas o confusas, entre otras, de modo que la sustentación de la reclamación se hará de manera ampliada y complementaria después de tener acceso a la exhibición del material de la prueba escrita.

UNDÉCIMO. La CNSC Publicó en su sitio web oficial (www.cnsc.gov.co), la **GUÍA DE ORIENTACIÓN AL ASPIRANTE PARA ACCESO AL MATERIAL DE PRUEBAS ESCRITAS** la cual impone las siguientes condiciones:

- El inicio de la sesión será a partir de las 8:00a.m. **y durará dos (2) horas.**
- *"...no se permitirá la transcripción total o parcial de las preguntas o las claves de respuesta..."*
- El tiempo otorgado para el acceso al material de pruebas escritas **NO** será extendido por ninguna circunstancia (...). (negrillas fuera de texto).

DUODÉCIMO. El tiempo para la revisión de la prueba y las restricciones impuestas para la toma de notas sobre prueba, según lo que aparece detallado en la guía de orientación para acceso al material de pruebas escritas, resulta insuficiente, cercenador y restrictivo de los derechos fundamentales para ejercer el derecho de contradicción que consagra el artículo 29 de la Constitución Política, más si se tiene en cuenta que los aspirantes estamos sujetos a la no divulgación de la información y a la suscripción de un acuerdo de confidencialidad.

DECIMOTERCERO. El tiempo asignado para la revisión de la prueba, se torna insuficiente, pues no se está concediendo el mismo tiempo que se asignó a la prueba de 120 preguntas.

DECIMOCUARTO. La exhibición del material para ampliar la reclamación implica como mínimo las siguientes acciones:

- a. Revisión del material
- b. Lectura del cuadernillo de preguntas

- c. Realizar análisis comparativo entre las respuestas del aspirante y del Operador y/o CNSC, teniendo en cuenta cuales fueron tomadas válidas y no válidas
- d. Análisis de preguntas anuladas, si es del caso
- e. Revisión de preguntas no contenidas en mis ejes temáticos
- f. Reconocimiento de las preguntas que no corresponden a las funciones del empleo al cual me encuentro aspirando.
- g. Contabilizar cuantas preguntas se tomaron como acertadas y cuantas como desacertadas
- h. Tomar apunte de cada una de las situaciones encontradas
- i. Examinar si el puntaje asignado en la prueba corresponde a la prueba presentada.

La reducción del tiempo que duró la prueba de 4 horas y 30 minutos, se ve reducida para análisis del material en 2 horas, resultando una restricción violatoria de mis derechos fundamentales de acceso a la información, a la defensa, al debido proceso, al trabajo y demás concordantes.

DECIMOQUINTO. La exhibición del material exige al menos el mismo que duró la prueba. Incluso, es tan restrictivo que ni siquiera es proporcional a la mitad del tiempo que duró la prueba, que evidentemente dicha mitad resulta de suyo absurdamente insuficiente y resulta un atropello para los participantes y muestras que no se quiere dar la oportunidad de realmente plantear los cuestionamientos a la prueba.

DECIMOSEXTO. De otra parte, de manera simultánea al reclamo contra la prueba escrita, cuya etapa que venció el 3 de agosto de 2023, presenté derecho de petición para que antes de la exhibición del material se brindara **información de la metodología y operaciones aritméticas para asignación de puntajes a cada pregunta** del examen competencias comportamentales y funcionales, indispensable para el proceso de reclamación complementar.

DECIMOSEPTIMO. La información antes solicitada, se encuentra en poder tanto de la CNSC y el operador del concurso desde la fase de planeación, pues antes de realización de la prueba escrita, se debía tener certeza sobre la forma en que se valoraría cada pregunta, por lo que sólo era entregar un insumo con el que ya contaba, sin embargo, se citó a la exhibición de la prueba sin entregar la información requerida.

DECIMOCTAVO. Sospechosamente no se suministra una información con la que ya cuenta la CNSC y que de manera celerosa ha podido suministrar antes de fijar fecha para exhibición del material para que el participante tenga claridad, independientemente que se encuentre dentro del término legal para responder la petición. Contrario a la omisión de remitir la información de manera previa, apura la exhibición de la prueba, que implica todo un aparato logístico, encontrando que dentro de los 5 días hábiles siguientes a que venció la etapa de reclamación inicial, publicó que a partir del día 14 de agosto de 2023 se notificaría el lugar donde se haría la exhibición de la prueba y fijó como fecha el lunes festivo 21 de agosto de 2023.

DECIMONOVENO. Omite la CNSC y el operador del concurso el suministro de información previa a la exhibición del material de la prueba escrita, debiendo responder la petición relacionada con las operaciones matemáticas con antelación, y si era su decisión tomarse el término legal para responder, debió tener en cuenta dicho término o el que deseaba tomarse para brindar la información, de manera que sólo con posterioridad a ello fijase fecha para exhibición del material, lo contrario sólo son subterfugios para evitar la claridad necesaria que exige un concurso de mérito.

VIGESIMO. Resulta dudosa la actuación que en tal sentido han desplegado las accionadas, violando el derecho al debido proceso y derecho de contradicción para conocer previamente la forma como fue calificada la prueba, cuando se advierte que han debido desplegar todo un aparato logístico de consecución de los lugares donde se realizará la exhibición, organización de los nombres de los

reclamantes, elaboración de listados, control de asistencia, organización de los cuadernillos, hojas de respuesta, hojas de clave válida de respuesta, organización de salones, contratación de personal para supervisión, control de salones y demás actividades de preparación de la exhibición de la prueba escrita, sin embargo, **NO DA RESPUESTA CON ANTELACIÓN A DICHO PROCESO DE UNA INFORMACIÓN QUE CUENTA DESDE LA FASE DE PLANEACIÓN** del concurso y que implicaba menos gestión administrativa

VIGESIMO PRIMERO. La no respuesta a la petición sobre las fórmulas utilizadas para calificar el examen, en forma previa a la citación para exhibición del examen el 21 de agosto de 2023, es violatoria de derechos fundamentales, pues revisando la plataforma SIMO, no hay claridad sobre la forma en que fue ponderado el examen y que exige conocer información, teniendo en cuenta que fueron 120 las preguntas evaluadas, así:

Prueba	Cantidad	Valoración sobre 100	Valor en SIMO	Observación
Preguntas Funcionales y Comportamentales	120	0,8333	No corresponde	No corresponde a ningún criterio
Ponderado	Se desconoce forma de ponderación	Se desconoce forma de ponderación	Se desconoce forma de ponderación	No hay fuente de información para establecer ponderación

VIGESIMO SEGUNDO. También resulta violatorio a mis derechos fundamentales las restricciones impuesta para la toma de notas, pues si bien es cierto que no es viable la transcripción total, también se niega la posibilidad de la transcripción parcial de las preguntas y agrava la situación la restricción a transcribir las claves de respuesta.

VIGESIMOTERCERO. Tales restricciones a la toma parcial de notas o para fraseo de la información contenida en las preguntas, hace negatorio el derecho de contradicción que está inmerso en el debido proceso contenido en el artículo 29 de la Constitución, y más grave aún, cuando la CNSC y el Operador no brindan ningún tipo de alternativas para que el aspirante pueda válidamente cuestionar la forma en que se elaboraron preguntas indebidamente formuladas, o que permita justificar por qué no corresponden a los ejes temáticos, más si se tiene en cuenta que el participante, firma un acuerdo de confidencialidad y las notas que se toman a las preguntas del examen sólo tiene como finalidad complementar la reclamación.

VIGESIMO CUARTO. La Ley 909 de 2004, le da a la CNSC amplias facultades para suspender las convocatorias, pudiendo adelantar acciones de verificación y control de la gestión de los procesos con el fin de observar su adecuación o no al principio de mérito, e incluso suspender cautelarmente el concurso de ser necesario, veamos:

"ARTÍCULO 12. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la vigilancia de la aplicación de las normas sobre carrera administrativa. La Comisión Nacional del Servicio Civil en ejercicio de las funciones de vigilancia cumplirá las siguientes atribuciones:

a) Una vez publicadas las convocatorias a concursos, la Comisión podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, adelantar acciones de verificación y control de la gestión de los procesos con el fin de observar su adecuación o no al principio de mérito; y, dado el caso, suspender cautelarmente el respectivo proceso, mediante resolución motivada;

b) Dejar sin efecto total o parcialmente los procesos de selección cuando se compruebe la ocurrencia de irregularidades, siempre y cuando no se hayan producido actos administrativos de contenido particular y concreto relacionados con los derechos de carrera, salvo que la irregularidad sea atribuible al seleccionado dentro del proceso de selección impugnado: (...).

h) Tomar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad en el ingreso y en el desarrollo de la carrera de los empleados públicos, de acuerdo a lo previsto en la presente ley, (...)".

INTERPOSICIÓN DE LA PRESENTE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO PARA EVITAR LA CONSUMACIÓN DE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE

En caso de que no se conceda la presente tutela como mecanismo principal conforme a la jurisprudencia en cita, comedidamente solicito al Sr. Juez Constitucional se sirva concederla como MECANISMO TRANSITORIO de acuerdo con los siguientes argumentos.

En primer lugar, no existe ninguna cuerda procesal o medio de control idóneo que permita durante el desarrollo del concurso controvertir las irregularidades o que impida se continúe con la vulneración de derechos fundamentales, pues sólo serían admisibles algunos medios de control una vez finalizado el concurso, por lo que la Acción Constitucional se erige como el único medio de que se dispone para tales fines.

Soy funcionario del departamento del Magdalena, al haber sido nombrado en la Planta de Personal de la Gobernación del Magdalena como Profesional Universitario, código 219, grado 03, **ENCARGADA y** Posesionando Como PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 222, Grado 05, de planta de cargos de la Secretaría de Desarrollo Económico del Departamento del Magdalena, en ejercicio de sus funciones.

Me inscribí en el **Proceso de selección No. 2418 de 2022 –Territorial 8**, para aspirar al mismo cargo que vengo desempeñando en **ENCARGO**, al cual se le asignó la OPEC No.190243.

La acción de tutela procede como medio transitorio cuando, frente a la existencia de mecanismos ordinarios disponibles, resulte imperioso evitar la consumación de un perjuicio irremediable, cuya configuración en el presente caso se demuestra con las irregularidades detectadas en la **GUÍA DE ORIENTACIÓN AL ASPIRANTE PARA ACCESO AL MATERIAL DE PRUEBAS ESCRITAS**, en la que ha incurrido el POLITECNICO GRANCOLOMBIANO, contratado por la CNSC como operador del concurso.

El perjuicio irremediable se encuentra configurado porque: (i) es muy prologada la duración de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho; y, (ii) al POLITECNICO GRANCOLOMBIANO incumplir con la obligación de elaborar la **GUÍA DE ORIENTACIÓN AL ASPIRANTE PARA ACCESO AL MATERIAL DE PRUEBAS ESCRITAS** congruente con los procesos que el aspirante debe ejecutar en el tiempo hoy asignado el que dificulta la formulación final de una buena reclamación .

Al cumplirse el criterio de la inminencia, es claro que también se supera el requisito de la urgencia, pues, como lo ha señalado la Corte Constitucional, acreditándose la primera condición es claro que la segunda se encuentra superada, comoquiera ésta se refiere a la adecuación de la medida judicial pronta (tutela) a las circunstancias que hacen evidente la proximidad del perjuicio³ que, en este caso, se hace evidente por la cercanía a la fecha de acceso a la información de la prueba escrita.

Frente a la gravedad, es claro que se encuentra cumplida esta condición, puesto que, al identificarse el hecho constitutivo del perjuicio con la situación ante el incumplimiento del Contrato 321 de 2022 por parte del POLITÉCNICO GRANCOLOMBIANO en cuanto a que la guía de orientación a la prueba cercenan un fácil acceso a la información, y con la complacencia de la CNSC, se está afectando el mérito, siendo de la esencia de este tipo de concursos públicos, volviéndose una suerte de lotería para quienes participamos en él.

Téngase presente que los aspirantes debemos contar con el tiempo y condiciones suficientes para revisar, analizar el número de preguntas y respuestas válidas y no válidas que conformaron la prueba circunstancia contraria a lo descrito en la GUÍA Finalmente, ante el requisito de impostergabilidad, existiendo inminencia, urgencia y gravedad, es evidente que se halla la necesidad de adoptar un fallo de fondo en sede de tutela, por la existencia de un riesgo en la generación del perjuicio irremediable enunciado ya que el acceso a la prueba escrita fue programado para el 21 de agosto de 2023.

Se presentó derecho de petición para que de manera previa a la exhibición del examen escrito se pudiese conocer **la metodología y operaciones aritméticas para asignación de puntajes a cada pregunta** del examen competencias comportamentales y funcionales,

MEDIDA PROVISIONAL

Respetuosamente le solicito al señor Juez de Tutela que de conformidad al artículo 7º Decreto 2591 de 1991, **COMO MEDIDA PROVISIONAL:**

SE DISPONGA LA SUSPENSIÓN DEL ACCESO A PRUEBA ESCRITA PROGRAMADA PARA EL 21 DE AGOSTO DE 2023, A FIN DE QUE EL POLITECNICO GRANCOLOMBIANO CUMPLA con la obligación de MODIFICAR la **GUÍA DE ORIENTACIÓN AL ASPIRANTE PARA ACCESO AL MATERIAL DE PRUEBAS ESCRITAS**, de tal manera que resulte congruente con los procesos que el aspirante debe ejecutar en un tiempo mayor al hoy asignado de dos (2) horas y se disponga como tiempo para revisión del examen, el mismo que se tuvo para la realización de la prueba escrita, esto es de cuatro (4) horas y treinta (30) minutos.

SE DISPONGA LA SUSPENSIÓN DEL ACCESO A PRUEBA ESCRITA PROGRAMADA PARA EL 21 DE AGOSTO DE 2023, A FIN DE QUE EL POLITECNICO GRANCOLOMBIANO CUMPLA con la obligación de RESPONDER el DERECHO DE PETICIÓN relacionado con **LA METODOLOGÍA Y OPERACIONES ARITMÉTICAS PARA ASIGNACIÓN DE PUNTAJES A CADA PREGUNTA**, que se solicitó se respondiera de manera previa a la fecha de exhibición de la prueba escrita y en tal razón se ordene responder en primer lugar la petición y fijar nueva fecha con posterioridad a dicha respuesta.

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política faculta a toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares, en los casos en que así se autoriza.

³ Ver Sentencia T-583 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

El Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, establece que el juez constitucional cuando lo considere necesario y urgente para proteger un derecho fundamental "suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere" y, dicha suspensión puede ser ordenada de oficio o a petición de parte, para el efecto, el artículo 7° de la mencionada normatividad dispone:

"Artículo 7°. Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible. El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso. [...]". (Resaltado fuera de texto).

En este sentido, la Honorable Corte Constitucional ha señalado que las medidas provisionales pueden ser adoptadas en los siguientes casos: "(i) cuando resultan necesarias para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en una violación o; (ii) cuando habiéndose constatado la existencia de una violación, estas sean necesarias para precaver que la violación se torne más gravosa"⁴.

En el caso sub *judice*, señor Juez Constitucional, tenemos que los demandados me han puesto en una situación de indefinición, por demás de forma INJUSTIFICADA, por las INCONSISTENCIAS de la **GUÍA DE ORIENTACIÓN AL ASPIRANTE PARA ACCESO AL MATERIAL DE PRUEBAS ESCRITAS** frente a lo cual se hace necesario y urgente que se suspendan la citación al acceso al material de pruebas escritas programadas para el 21 de agosto de 2023.

Con los argumentos y pruebas aportadas con este escrito, los que comedidamente solicito al Juez de tutela sean analizados con tal detalle para efectos de decidir sobre la procedencia de la medida provisional solicitada, pues se encuentra más que demostrada la violación de los derechos fundamentales invocados.

Ahora bien, lo que se pretende a través del decreto de la medida provisional consagrada en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, es que como lo indica la H. Corte Constitucional se adopten las medidas pertinentes para evitar que la situación se torne aún más gravosa, lo que causaría un perjuicio irremediable, el que estamos todavía a tiempo de evitar.

En reiterada Jurisprudencia, la H. Corte Constitucional ha expresado a través de sus sentencias, que la aprobación de la medida provisional, no constituye un prejuzgamiento, por el contrario, se debe entender como el instrumento la Carta Política que le otorgó a sus asociados, para evitar un perjuicio irremediable.

Respecto de la prueba que justifica la necesidad de la medida provisional, es importante resaltar que no es otra que las copias de los documentos anexos que demuestran la vulneración de mis derechos fundamentales, por lo tanto, la medida

⁴ Al respecto, ver entre otros, los Autos A-040A de 2001 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), A-049 de 1995 (MP: Carlos Gaviria Díaz), A-041A de 1995 (MP: Alejandro Martínez Caballero) y A-031 de 1995 (MP: Carlos Gaviria Díaz).

requerida no es una simple manifestación por lo que RUEGO AL SR. JUEZ QUE IMPIDA SE CONTINUE CON LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y ORDENE LA MEDIDA PROVISIONAL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Artículo 86 de la Constitución Política, los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000, Ley 909 de 2004, Decreto 1083 de 2015, y, el artículo 9º del Decreto Ley 019 del 10 de enero de 2012. Igualmente, en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL MARCO DE CONCURSOS DE MÉRITOS PARA CARGOS PÚBLICOS DE CARRERA

El H. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, siendo Consejero Ponente el Dr. **ALBERTO YEPES BARREIRO**, el NUEVE (9) de junio de dos mil dieciséis (2016) al resolver una acción de tutela⁵ reiterando la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional consideró que la acción de tutela procede de forma excepcional contra actuaciones proferidas dentro de concursos públicos de méritos, siempre y cuando no se haya emitido lista de elegibles, veamos:

"2.4. Procedencia de la acción de tutela en el marco de concursos de méritos para cargos públicos de carrera

En el caso específico de los concursos públicos, esta Sala venía prohijando lo considerado por la Corte Constitucional sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se trata de atacar las decisiones y el trámite proferidos al interior del mismo, en el entendido de que los mecanismos establecidos por el ordenamiento jurídico no resultaban idóneos.

No obstante, la razón por la cual, hoy en día se acepta la procedencia de la acción de tutela contra los actos proferidos dentro de los concursos de méritos, radica, no en que dichos mecanismos no sean eficaces, pues para ello se cuenta con la posibilidad de solicitar el decreto de medidas cautelares, sino, porque esos actos, expedidos durante el trámite del concurso, si bien pueden definir la situación de ciertos aspirantes, **son actos preparatorios**, que no son enjuiciables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-617 de 2013, señaló:

"Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a los actos administrativos de trámite, es importante precisar con respecto a su definición que estos no expresan en conjunto la voluntad de la administración, pues simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias, que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo y, en la mayoría de los casos, no crean, definen, modifican o extinguen situaciones jurídicas.

(...)

⁵ **Radicación número:** 05001-23-31-000-2016-00891-0, **Accionante:** Julián

Duque Pérez, **Accionado:** Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa – Unidad de Administración de Carrera Judicial y otro.

Con el fin de garantizar la eficiencia y celeridad de las funciones que le competen a la administración, el artículo 75 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA, Ley 1437 de 2011) ha previsto que los actos de trámite no sean susceptibles, por regla general, de recursos en vía gubernativa, de forma que su control solamente es viable frente al acto definitivo, bien sea interponiendo los recursos procedentes contra él, o bien denotando alguna causal de anulación ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo”.

Pues bien, a partir de lo anterior, la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo para cuestionar dichos actos, por cuanto no se cuenta con otro medio de defensa judicial para hacerlo, y por ello, partiendo de la procedencia de la acción de tutela en estos casos, esta Sección fijó reglas claras sobre el tema, en el siguiente sentido⁶:

“(…) ésta Sala⁷ ha precisado que la tutela será procedente, en estos casos, solamente si no se ha configurado una lista definitiva de elegibles, dado que una vez la mencionada lista se encuentre en firme, se podría atentar contra los derechos subjetivos de sus integrantes, los cuales pueden tener situaciones jurídicas consolidadas, motivo por el cual ha considerado que no es pertinente la modificación y mucho menos la suspensión de la lista. (...)”.

En síntesis, esta Sala considera que la acción de tutela procede de forma excepcional contra actuaciones proferidas dentro de concursos públicos de méritos, siempre y cuando no se haya emitido lista de elegibles, caso contrario en el cual resulta improcedente el amparo, ante la existencia de situaciones consolidadas y derechos adquiridos por cada uno de los concursantes designados en cargos de carrera.

Los **CONCURSO DE MÉRITOS SE RIGEN POR LA LEY 909 DE 2004**, de la que traigo a colación los siguientes apartes:

“ARTÍCULO 2º. PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.

3. Esta ley se orienta al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio, de lo que derivan tres criterios básicos:

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro, providencia de febrero cuatro (4) de dos mil dieciséis (2016), radicación número: 25000-23-36-000-2015-02718-01(AC).

⁷ Entre otras en la sentencia de 9 de febrero de 2012, dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el proceso radicado No. 15001-23-15-000-2011-00407-01(AC) siendo accionante: EDWIN IGNACIO FONSECA SALAMANCA.

- a. La profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos;
- b. La flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, flexibilidad que ha de entenderse sin detrimento de la estabilidad de que trata el artículo 27 de la presente ley;
- c. La responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado, que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión;
- d. Capacitación para aumentar los niveles de eficacia.

ARTÍCULO 27. CARRERA ADMINISTRATIVA. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

ARTÍCULO 28. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN EL INGRESO Y EL ASCENSO A LOS EMPLEOS PÚBLICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

La ejecución de los procesos de selección para el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa se desarrollará de acuerdo con los siguientes principios:

- a. Mérito. Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos;
- b. Libre concurrencia e igualdad en el ingreso. Todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias podrán participar en los concursos sin discriminación de ninguna índole;
- c. Publicidad. Se entiende por esta la difusión efectiva de las convocatorias en condiciones que permitan ser conocidas por la totalidad de los candidatos potenciales;
- d. Transparencia en la gestión de los procesos de selección y en el escogimiento de los jurados y órganos técnicos encargados de la selección;
- e. Especialización de los órganos técnicos encargados de ejecutar los procesos de selección;
- f. Garantía de imparcialidad de los órganos encargados de gestionar y llevar a cabo los procedimientos de selección y, en especial, de cada uno de los miembros responsables de ejecutarlos;
- 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.

El CONSEJO DE ESTADO CP: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO el 24 de febrero 2014 con radicado 08001233300020130035001, se manifestó respecto de la **Procedencia de la acción de tutela para controvertir decisiones adoptadas en el marco de un Concurso Público**, así:

“El artículo 86 de la Constitución Política de 1991, establece la posibilidad del ejercicio de la acción de tutela para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos fundamentales en los casos en que estos resultaren vulnerados o

amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública siempre y cuando el afectado, conforme lo establece el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que la referida acción se utilice como mecanismo transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable. En materia de concursos públicos, si bien en principio podría sostenerse que los afectados por una presunta vulneración de sus derechos fundamentales pueden controvertir las decisiones tomadas por la administración - las cuales están contenidas en actos administrativos de carácter general o de carácter particular -, mediante las acciones señaladas en el Código Contencioso Administrativo, se ha estimado que estas vías judiciales no son siempre idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados.

Al respecto, en la sentencia T-256/95 (MP Antonio Barrera Carbonen), decisión reiterada en numerosos fallos posteriores, sostuvo:

"La provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa. Por lo tanto, la oportuna provisión de los empleos, con arreglo al cumplimiento estricto de las reglas del concurso y el reconocimiento efectivo de las calidades y el mérito de los concursantes asegura el buen servicio administrativo y demanda, cuando se presenten controversias entre la administración y los participantes en el concurso, de decisiones rápidas que garanticen en forma oportuna la efectividad de sus derechos, más aún cuando se trata de amparar los que tienen e/ carácter de fundamentales".

De otro lado, el reiterado criterio de la Sala apunta a que tratándose de acciones de tutela en las que se invoque la vulneración de derechos fundamentales al interior de un concurso de méritos en desarrollo, su procedencia es viable a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, teniendo en cuenta la agilidad con que se desarrollan sus etapas, frente a las cuales el medio principal de protección dispuesto por el ordenamiento jurídico no garantiza la inmediatez de las medidas que llegaren a necesitarse para conjurar el eventual daño ocasionado a los intereses de quien acude en tutela, si llegare a demostrarse la violación de los derechos reclamados.

VIABILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CUANDO SE VIOLENTA EL MERITO COMO MODO PARA ACCEDER AL CARGO PUBLICO. En cuanto a la naturaleza de la acción que interpongo, ésta la consagra el artículo 86 de la carta Política como un mecanismo de defensa excepcional que tiene toda persona contra acciones u omisiones de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos establecidos en la ley que quebrante o amenace vulnerar derechos constitucionales fundamentales.

Respecto a la procedencia de la Acción de Tutela para la protección de los derechos fundamentales dentro de los concursos de mérito, la Corte Constitucional se ha manifestado en diversas oportunidades como en la sentencia T-604/13 IGUALDAD DE OPORTUNIDADES AL ACCESO AL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PUBLICA - procedencia de la Acción de tutela para la protección.

Esta corporación ha determinado que las acciones contencioso administrativas no protegen en igual grado que la tutela, los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de vinculación de servidores públicos, cuando ello se hará, por concurso de méritos, ya que la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo.

Concurso de méritos Potestad del juez de tutela cuando evidencia irregularidades y vulneración del Debido proceso en el trámite del concurso. Una de las

consecuencias que tiene la consagración expresa del Debido Proceso como un derecho de rango fundamental, es que todas las personas pueden acudir a la acción de tutela con el fin de que el juez constitucional conozca de la presunta vulneración, y de ser necesario ordene las medidas necesarias para garantizar su protección inmediata. Entre las prevenciones que debe adoptar el juez de tutela cuando evidencia la transgresión de una garantía constitucional, está la de dictar una sentencia en la cual se restablezca el derecho.

Por su parte la Sentencia T-569 de 2011 expresa: "*Es deber del juez de tutela examinar si la controversia puesta a su consideración (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no son suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración*".

VIOLACIÓN AL DERECHO ACCESO A CARGOS PÚBLICOS POR CONCURSO DE MÉRITOS. La idoneidad de la tutela cuando en el marco de un concurso de méritos, se busca proteger el derecho al acceso a cargos públicos, fue analizada en la sentencia T-112A de 2014:

"En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos, esa corporación ha reivindicado la pertenencia 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 algunas ocasiones los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos de carrera"

2.2 Derecho al Debido Proceso.

Este es una institución importantísima dentro del derecho moderno, ya que contiene las garantías necesarias para el derecho procesal. Se trata de un derecho fundamental reconocido en el derecho colombiano y en la mayoría de constituciones modernas.

En la Constitución el artículo 29 enuncia la institución del debido proceso que reza dentro de sus líneas lo siguiente:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa. El derecho a obtener acceso a la justicia. Derecho a la independencia del Juez. Derecho a la igualdad entre las partes intervinientes en el proceso. Derecho a un Juez imparcial. Derecho a un Juez predeterminado por la ley. La favorabilidad en la pena. Derecho a la defensa. Derecho a presentar pruebas.

El debido proceso además es considerado un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez.

De esta forma, el Debido Proceso es el pilar fundamental del Derecho Procesal y se expresa en la exigencia de unos procedimientos en los que deberespetarse un marco normativo mínimo en pro de la búsqueda de justicia social.

El derecho al debido proceso entraña el servicio del Estado a través de su administración, remitiendo adicionalmente al artículo 229 de la misma Carta Política donde describe que cuando un funcionario omite o extralimita sus poderes dentro de un trámite administrativo, no sólo quebranta los elementos esenciales del proceso, sino que igualmente comporta una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares todas las personas naturales y jurídicas, que en calidad de administrados.

Es importante que se respete el procedimiento requerido para la aplicación del acto administrativo, permitiendo un equilibrio en las relaciones que se establecen entre la administración y los particulares, en aras de garantizar decisiones de conformidad con el ordenamiento jurídico por parte de la administración.

El debido proceso debe velar por un procedimiento en el que se dé continuamente el derecho de defensa y de contradicción de todas aquellas personas que puedan resultar afectadas con la decisión administrativa. De esta forma, el debido proceso en materia administrativa busca en su realización obtener una actuación administrativa justa sin lesionar a determinado particular.

Se busca también un equilibrio permanente en las relaciones surgidas del proceso y procedimiento administrativo, frente al derecho substancial y a los derechos fundamentales de las personas y la comunidad en general.

Es así como la reiterada jurisprudencia trata sobre el tema: "La garantía del debido proceso, plasmada en la Constitución colombiana como derecho fundamental de aplicación inmediata (artículo 85) y consignada, entre otras, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 10 y 11), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo año (artículo XXVI) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, Artículos 8 y 9), no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, como parece entenderlo el juzgado de primera instancia, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal; el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características"

"El derecho al debido proceso es el conjunto de garantías que buscan asegurar a los interesados que han acudido a la administración pública o ante los jueces, una recta y cumplida decisión sobre sus derechos. El incumplimiento de las normas legales que rigen cada proceso administrativo o judicial genera una violación y un desconocimiento del mismo." (C-339 de 1996).

"El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda - legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales."

"El debido proceso comprende un conjunto de principios, tales como el de legalidad, el del juez natural, el de favorabilidad en materia penal, el de presunción de inocencia y el derecho de defensa, los cuales constituyen verdaderos derechos fundamentales".

"El debido proceso constituye un derecho fundamental de obligatorio cumplimiento para las actuaciones tanto judiciales como administrativas, para la defensa de los derechos de los ciudadanos, razón por la cual deben ser respetadas las formas propias del respectivo proceso. Lo anterior garantiza la transparencia de las actuaciones de las autoridades públicas y el agotamiento de las etapas previamente determinadas por el ordenamiento jurídico. Por ello los ciudadanos sin distinción alguna, deben gozar del máximo de garantías jurídicas en relación con las actuaciones administrativas y judiciales encaminadas a la observancia del debido proceso." (T- 078 de 1998).

"La importancia del debido proceso se liga a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento y así lo insinuó Lhering. Con este método se estaría dentro del proceso legal pero lo protegible mediante tutela es más que eso, es el proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba, y, lo más importante: el derecho mismo. El debido proceso que se ampara con la tutela está ligado a las normas básicas constitucionales tendientes al orden justo (para ello nada más necesario que el respeto a los derechos fundamentales); ello implica asegurar que los poderes públicos constituidos sujeten sus actos (sentencias, actos administrativos) no solamente a las normas orgánicas constitucionales sino a los valores, principios y derechos y este sería el objeto de la jurisdicción constitucional en tratándose de la tutela". (T- 280 de 1998).

1.3. Igualdad.

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

1.4. Principio de legalidad administrativa.

Sentencia C-710/01. El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas.

Sentencia C-412/15. El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma -lex scripta- con anterioridad a los hechos materia de la investigación-lex previa. En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una doble garantía, a saber: material, que se refiere a la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones; y, formal, relacionada con la exigencia de que estas deben estar contenidas en una norma con rango de ley, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2º del artículo 29 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad, al disponer que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)", es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación, ya sea por acción u omisión.

Sentencia 00128 de 2016 Consejo de Estado. Uno de los elementos definitorios del Estado moderno es la sujeción de sus autoridades al principio de legalidad. La idea de que el ejercicio del poder no puede corresponder a la voluntad particular de una persona, sino que debe obedecer al cumplimiento de normas previamente dictadas por los órganos de representación popular, es un componente axiológico de la Constitución Política de 1991, en la cual se define expresamente a Colombia como un Estado social de derecho (artículo 1) basado en el respeto de las libertades públicas y la defensa del interés general (artículo 2). Esta declaración de principios a favor del respeto por la legalidad se refleja directamente en varias otras disposiciones constitucionales según las cuales (i)

los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación de funciones (artículo 6); (ii) ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley (artículo 121); y (iii) no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento. (...) De este modo, el principio constitucional de legalidad exige que la actuación de las diferentes autoridades públicas tenga una cobertura normativa suficiente o, lo que es lo mismo, esté basada en una norma habilitante de competencia, que confiera el poder suficiente para adoptar una determinada decisión. Como señala García de Enterría, en virtud del principio de legalidad el ordenamiento jurídico "otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites", de modo que "habilita a la Administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos". (...) Precisamente, al no ser la competencia un elemento accidental o superfluo de los actos administrativos, su inobservancia afecta la validez de la decisión y en ese sentido constituye causal de nulidad de los actos administrativos (artículo 137 CPACA). Por tanto, para resolver el asunto consultado será necesario tener en cuenta que la competencia administrativa debe ser expresa y suficiente en sus diferentes componentes -funcional, territorial y temporal-, que las autoridades no pueden auto-atribuírsela y que tampoco les será lícito asumir aquella que corresponda a otra entidad. Como se ha visto, una decisión adoptada sin competencia atenta directamente contra el principio constitucional de legalidad y permite activar los mecanismos existentes para su expulsión del ordenamiento jurídico

1.5. Exceso ritual manifiesto.

Sentencia 00537 de 2018 Consejo de Estado. La Corte Constitucional ha definido el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto como aquel que se presenta cuando "un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia. (Sentencia T-024 del 17 de enero de 2017).

1.6. Prevalencia del derecho sustancial frente a lo formal.

Por su parte, el artículo 228 de la Constitución Política consagra el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, que propende porque las normas procesales sean el medio que permita concretar o efectivizar los derechos sustanciales de los ciudadanos.

1.7. Principio de transparencia en el concurso de méritos.

Sentencia C-878/08: "[...] el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad (art. 209 C.P.) se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (ídem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar; se vulnera el principio de la buena fe (art. 83 C.P.) si la autoridad irrespeta el pacto que suscribió con el particular al diseñar las condiciones en que habría de calificarlo; el orden justo, fin constitutivo del Estado (art. 22 C.P.), se vulnera si la autoridad desconoce el código de comportamiento implícito en las condiciones de participación del concurso, y, enfin, distintos principios de raigambre constitucional como la igualdad, la dignidad humana, el trabajo, etc., se ven comprometidos cuando la autoridad competente transforma las condiciones y requisitos de participación y calificación de un concurso de estas características. Adicionalmente, el derecho que todo ciudadano tiene al acceso a cargos públicos, consagrado en el artículo 40 constitucional, se ve vulnerado si durante el trámite de un concurso abierto,

en el que debe operar el principio de transparencia, se modifican las condiciones de acceso y evaluación..."

1.8 Del Acceso a La Información

En cuanto al derecho al acceso a la información pública, esta regulado en la Ley 1712 de 2014 "Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones", definiendo tal derecho en el artículo 4º, en el que dispuso, que:

"ARTÍCULO 4. Concepto del derecho. *En ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información, toda persona puede conocer sobre la existencia y acceder a la información pública en posesión o bajo control de los sujetos obligados. El acceso a la información solamente podrá ser restringido excepcionalmente. Las excepciones serán limitadas y proporcionales, deberán estar contempladas en la ley o en la Constitución y ser acordes con los principios de una sociedad democrática.*

El derecho de acceso a la información genera la obligación correlativa de divulgar proactivamente la información pública y responder de buena fe, de manera adecuada, veraz, oportuna y accesible a las solicitudes de acceso, lo que a su vez conlleva la obligación de producir o capturar la información pública. Para cumplir lo anterior los sujetos obligados deberán implementar procedimientos archivísticos que garanticen la disponibilidad en el tiempo de documentos electrónicos auténticos."

Conforme lo dispone la norma transcrita, toda persona tiene el derecho de acceder a la información, además que así lo contempla la norma superior.

CONCEPTO DE VULNERACIÓN

Del acervo probatorio tenemos que en el **Proceso de Selección No. 2418 de 2022 –Territorial 8** se viene adelantando en contravía del mérito, vulnerándoseme de contera el derecho a la IGUALDAD OPORTUNIDADES PARA EL ACCESO A LA FUNCION PÚBLICA⁸ el cual tiene directa conexidad con el derecho al trabajo y de contera al mínimo vital, pues, mediante este mecanismo los ciudadanos pueden acceder a un empleo cuando superan las etapas del concurso, además de cercenarme mi derecho a seguir laborando en provisionalidad, esto por manera que en que el **POLITECNICO GRANCOLOMBIANO** y la permisividad de la CNSC programan el acceso al material de la prueba escrita pese a las falencias e irregularidades violatorias de mis derechos presenta la **GUÍA DE ORIENTACIÓN AL ASPIRANTE PARA LA PRESENTACIÓN DE LAS PRUEBAS (ESCRITAS, DE EJECUCIÓN)**, a todas luces creó una barrera de acceso y participación en los concursos de méritos, que no ha sido removida, trasladándome las secuelas de las imprecisiones o errores de la administración, carga que no tendría el deber de tener que soportarla, afectando mi derecho a aspirar a ocupar un empleo público en propiedad.

Es más, el incumplimiento del **POLITÉCNICO GRANCOLOMBIANO del ANEXO 5.3.1**, es abiertamente contrario de la Ley 909 de 2004, la cual en el artículo 27 refiere que **"...el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna."**, lineamiento que se echa de menos en la **GUÍA DE ORIENTACIÓN AL ASPIRANTE PARA ACCESO AL MATERIAL DE PRUEBAS ESCRITAS**, la cual NO ES OBJETIVA.

En lo que tiene que ver con las controversias ius fundamentales que se suscitan en el marco de los concursos de méritos, el Consejo de Estado ha señalado que, a pesar de que pueden existir otros medios de defensa judicial, el ejercicio de la acción de tutela se torna procedente debido a la agilidad con que se desarrollan sus etapas, a diferencia de lo que ocurre con los mecanismos ordinarios, los cuales

⁸ Precepto del el H. Tribunal Administrativo de Boyacá, en la sentencia del 5 de noviembre de 2020, expediente 150001-33-33-006-2020-00123-01.

no garantizan la inmediatez con que deben adoptarse las medidas requeridas para conjurar el eventual daño ocasionado a los intereses de quien demanda, en el evento de demostrarse la violación de los derechos reclamados⁹.

De otro lado, el Máximo Órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ha señalado que a menos de que se trate de la lista de elegibles, los demás actos administrativos proferidos al interior de los concursos de méritos, son de trámite, y en ese orden, no son susceptibles de ser controlados ante la jurisdicción contenciosa por vía ordinaria, sino que por el contrario, lo procedente es acudir al dispositivo constitucional para dirimir el conflicto¹⁰.

En contraste, la Corte Constitucional tiene establecido que la acción de tutela procede de manera excepcional para proteger los derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos en materia de concursos de méritos, resaltando que el dispositivo constitucional tan solo resulta procedente en dos supuestos: (i) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental, lo que se traduce en un claro perjuicio para el actor; y (ii) cuando se ejerce la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹¹.

En el presente caso solicito la protección de mis derechos fundamentales ante la forma irregular como se viene adelantando por la **CNSC** y el **POLITECNICO GRANCOLOMBIANO** el concurso de méritos por las falencias en la **GUÍA DE ORIENTACIÓN AL ASPIRANTE PARA ACCESO AL MATERIAL DE PRUEBAS ESCRITAS**, a la luz de la tesis adoptada por el Consejo de Estado se trataría de un acto no demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, por no tratarse de la lista de elegibles, lo que implicaría la procedencia del presente dispositivo constitucional ante la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial. Incluso de considerarse que la GUÍA en mención constituye un acto definitivo, bajo los parámetros establecidos por la Corte Constitucional, la acción de tutela también sería procedente, al tratarse de un asunto que requiere atención inmediata con el fin de garantizar **mis derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, al acceso a la información, al trabajo, al debido proceso, a la confianza legítima, a la libre concurrencia e igualdad en el ingreso a los cargos públicos**¹², asegurando de contera la transparencia

⁹ C.E.2.A. 24 de febrero de dos mil catorce 2014, Luis Rafael Vergara Quintero R. No. 08001-23-33-000-2013-00350-01.

¹⁰ C.E.3.C. 5 de junio de 2019, Jaime Enrique Rodríguez Navas R: 76001-23-33-000-2019-00261-01(AC). C.E.5.7 de Marzo de 2019, Rocío Araújo Oñate R: 20001-23-33-000-2019-00018-01(AC). C.E.4. 4 de mayo de 2017, STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO R: 25000-23-41-000-2016-00788-01(AC). C.E.2.A.1. de Septiembre de 2014, Luis Rafael Vergara Quintero R: 05001-23-31-000-2008-01185-01(2271-10).

¹¹ T-958/2009; T -241/2018, SU-553/2015, T-423/2018 y T-160/2018,

¹² Este criterio ha sido acogido por el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, por ejemplo en sentencia de fecha 3 de julio de 2019, proferido por la Sala de Decisión No. 2 con ponencia del Doctor Luis Ernesto Arciniegas Triana, dentro del proceso 15001-33-33-006-2019-00057-01 , donde se indicó: *"Debe partirse de la consideración según la cual tratándose de la impugnación contra las actuaciones que se desarrollan en un concurso de méritos, el accionante podría acudir a los medios de control consagrados en la ley procesal administrativa, sin embargo, estos instrumentos no resultan eficaces en estos casos dada la brevedad de tales actuaciones."*

en la gestión del **Proceso de selección No. 2418 de 2022 –Territorial 8**, la garantía de imparcialidad de los órganos encargados de gestionar y llevar a cabo los procedimientos de selección, la confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos públicos de carrera en la Planta de Personal de la Gobernación del Magdalena, así como la eficiencia y la eficacia, principios vienen siendo desconocidos por las demandadas, sin que cuente con algún medio administrativo a mi alcance para enervar la amenaza, por lo que muy comedidamente solicito se concedan las siguientes:

PRETENSIONES

PRIMERO: CONCEDER el amparo de mis derechos constitucionales fundamentales **a la igualdad, al acceso a la información, al trabajo, al debido proceso, a la confianza legítima, a la libre concurrencia e igualdad en el ingreso a los cargos públicos.**

SEGUNDO: ORDENAR a la CNSC y al **POLITECNICO GRANCOLOMBIANO**, para que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir del momento de notificación de la providencia, proceda a reprogramar las citación **PARA ACCESO AL MATERIAL DE PRUEBAS ESCRITAS** agendadas dentro del **Proceso de Selección No. 2418 de 2022 –Territorial 8** para llevarse a cabo el próximo 21 agosto de 2023, a fin de que el **POLITECNICO GRANCOLOMBIANO** corrija las INCONSISTENCIAS de la **GUÍA DE ORIENTACIÓN AL ASPIRANTE PARA ACCESO AL MATERIAL DE PRUEBAS ESCRITAS** y que se adecúe la misma y se garanticen los derechos correspondientes para que podamos acceder a los empleos públicos de carrera en la Planta de Personal de la Gobernación del Magdalena, así como la eficiencia y la eficacia, con el propósito de que el proceso de selección me brinde las garantías plenas como participante de que el mérito sea el que se imponga como criterio de selección.

TERCERO: En caso de no decretarse la Medida Provisional y se profiera fallo habiéndose materializado el acceso al material de la prueba escritas esto es en un tiempo de 2 horas señaladas, se **ORDENE** a la CNSC y al **POLITECNICO GRANCOLOMBIANO**, para que, dentro del término de quince días (15), contado a partir del momento de notificación de la providencia, proceda a reprogramar nueva citación complementando el tiempo mínimo de acceso a las pruebas escritas, esto es 2 horas y 30 minutos, a fin de que el **POLITECNICO GRANCOLOMBIANO** corrija las INCONSISTENCIAS de la **GUÍA DE ORIENTACIÓN AL ASPIRANTE PARA ACCESO AL MATERIAL DE PRUEBAS ESCRITAS** y que se adecúe la misma y se garanticen los derechos correspondientes para que podamos acceder a los empleos públicos de carrera en la Planta de Personal de la Gobernación del Magdalena, así como la eficiencia y la eficacia, con el propósito de que el proceso de selección me brinde las garantías plenas como participante de que el mérito sea el que se imponga como criterio de selección, en secuencia SIMO debe habilitar por dos días hábiles para registrar la reclamación en forma completa.

PRUEBAS

Téngase como pruebas señor Juez las siguientes:

1. Fotocopia de mi cédula de ciudadanía.
2. OPEC 190243.
3. Copia de la reclamaciones presentadas ante la CNSC, con Radicado No. 686776076 de fecha 02/08/2023 – RECLAMO CONTRA LA PRUEBA ESCRITA SOBRE COMPETENCIAS COMPORTAMENTALES y Radicado No. 686775247 de fecha 02/08/2023 – RECLAMO CONTRA LA PRUEBA ESCRITA SOBRE COMPETENCIAS FUNCIONALES
4. Copia de la GUÍA DE ORIENTACIÓN AL ASPIRANTE PARA ACCESO AL MATERIAL DE LA PRUEBA ESCRITA.
5. pantallazo de consulta en la página de la CNSC.

6. Solicitud realizada por la representante de los trabajadores de la comisión de personal de la Gobernación del Magdalena ante la CNSC para que publicaran el acuerdo de convocatoria
7. Prueba: -Guías de orientaciones de otras pruebas como la de territorial de boyaca, magdalena, Protocolo de la Rama judicial, donde se observa el tiempo para acceso del material de la prueba con un mínimo de 4 horas 30 minutos.
8. Prueba: Referencia de Fallo de tutela favorable.

COMPETENCIA

En el presente caso, es competente el Sr. Juez del Circuito de Santa Marta, teniendo como sitio de vivienda dicha ciudad, **además** de poder dirigirse la demanda contra una entidad pública del orden NACIONAL, CNSC, con sede en la ciudad de Bogotá.

JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento me permito manifestar que por los mismos hechos y derechos no he presentado acción de tutela ante ningún otro despacho judicial.

NOTIFICACIONES

Para recibir notificaciones judiciales conforme al CPACA ART. 197, pongo a disposición la siguiente dirección electrónica: gamemolca@hotmail.com

El Presidente de la CNSC recibe notificaciones en el e-mail: notificacionesjudiciales@cns.gov.co

El **POLITECNICO GRANCOLOMBIANO** recibe notificaciones en el e-mail: archivo@poligran.edu.co

Del Sr. Juez Constitucional,

Atentamente,



GANIBETH MERCEDES MOLINA CACERES
C.C. 36.551.596