

Señor
JUEZ CONSTITUCIONAL DE TUTELA (REPARTO)
E. S. D.

Raymundo Bersal Barrios, mayor de edad y vecino de la ciudad de Cartagena, identificado con cédula de ciudadanía No. 73108037 expedida Cartagena, obrando en nombre propio, respetuosamente promuevo ante usted acción de tutela para conseguir la protección de mis derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al ejercicio de cargos públicos, los cuales están siendo vulnerados, desconocidos y amenazados como consecuencia de las inconsistencias presentadas en la conformación y aplicación de preguntas funcionales correspondientes a la prueba escrita del procesos de selección No. 771 de 2018, que se llevaron a cabo el 907 de febrero del presente, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC), representada legalmente por Jorge Alirio Ortega Cerón y la Universidad Libre, representada legalmente por Jorge Orlando Alarcón Niño, Ministerio de tránsito y Transporte, por los hechos vulneratorios que a continuación se describen.

I.HECHOS

1. Conforme lo certifica la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Cartagena, me encuentro nombrado como Técnico operativo de Tránsito (ver anexos) del distrito de Cartagena.

2. La CNSC realizó convocatoria mediante "Proceso de selección No. 771 del 2018 convocatoria Territorial Norte" – Alcaldía Mayor de Cartagena, resultante del acuerdo CNSC 20181000006476 del 16/10/2018.

3. Conforme a las reglas establecidas por el Proceso de Selección me inscribí como participante en la OPEC (oferta pública de empleo) No. 78272 para el cargo de Técnico Operativo de tránsito cuyas funciones de acuerdo con la oferta publicada son: (ver anexos)

1. Velar por el cumplimiento de las normas de tránsito y del transporte por parte de conductores y peatones en las vías públicas, mediante el monitoreo de las vías, verificación de los documentos del vehículo y demás requisitos determinados en la Ley, con el propósito de contribuir a la mejor movilidad del Distrito.
2. Ejercer funciones de policía Judicial, de acuerdo al código de procedimiento Penal y Código Nacional de Tránsito, garantizando el desarrollo de los procesos.
3. Orientar a la comunidad sobre el cumplimiento de las normas de tránsito y del transporte, teniendo en cuenta los procedimientos establecidos, con el fin de fomentar la cultura vial que garantice el bienestar de la comunidad.
4. Realizar informes técnicos de los diferentes tipos de accidente de tránsito de acuerdo con los lineamientos establecidos, e informarlos a las dependencias responsables del proceso o a las autoridades competentes en los términos que contempla la ley.
5. Diligenciar órdenes de comparendo y demás informes y por violaciones a las normas de tránsito y transporte que tenga conocimiento ya sea por medio de cámaras o en forma presencial, con el fin de establecer sanciones a las personas que infrinjan la Ley y así mejorar la cultura vial de la ciudad.
6. Remitir los vehículos retenidos por violación a las normas de transporte y al Código Nacional de Tránsito a los lugares autorizados, con el fin de dar cumplimiento a las órdenes emitidas por las autoridades competentes y demás disposiciones legales.

7. Revisar los documentos relacionados con el cumplimiento de las normas ambientales de tránsito y transportes, propendiendo por el mejoramiento de la calidad del aire y disminución de los niveles de contaminación ambiental.
8. Ejercer el autocontrol en las funciones asignadas.
9. Aplicar las normas del sistema de gestión de calidad
10. Las demás que le asigne la autoridad competente, acordes con la naturaleza del cargo y el área de desempeño.

4. En desarrollo del mencionado proceso de selección la CNSC a través de su delegada Universidad Libre, se han venido presentando múltiples errores que bien podrían haber dado lugar a la suspensión del concurso dada su magnitud, a saber (ver anexos):

- Se calificaron erradamente 11.142 cuadernillos de 16.748 por inadecuada aplicación de fórmula matemática. En consecuencia, tuvieron que corregirse estos puntajes cambiando la valoración cuantitativa a cerca 67% de los participantes.

“al realizar el cargue de los resultados incurrió en un error consistente en que en la fórmula que se utilizó para calcular la calificación para 11.142 aspirantes se hizo sobre un número total de 80 preguntas y para 5.606 aspirantes sobre un número total de 50 preguntas, siendo esta última la correcta. La Universidad tomó el archivo equivocado, que contenía el error descrito anteriormente, por lo que para 11.142 aspirantes los resultados no correspondían al número total de preguntas que contenía la prueba.”

- En el cuadernillo de la prueba para agentes de tránsito y técnicos operativos en el componente de preguntas funcionales, se cruzaron preguntas de un cuadernillo para cargo de salud. Frente a esto la Comisión Nacional del Servicio inició un proceso que dio lugar a que mediante la resolución 8431 se declara

“la existencia de una irregularidad en la aplicación de la Prueba de Competencias Funcionales TEC001, aplicada para los empleos identificados con los códigos OPEC 20616, 70330, 72678, 78272 y 78273, de los Procesos de Selección No. 752, 758, 768 y 771 de 2018, de la Convocatoria Territorial Norte”.

Además de esto se resuelve dejar sin efectos la Prueba de Competencias Funcionales TEC001, aplicada el 1 de diciembre de 2019, en diferentes ciudades del territorio nacional, y se ordena a la Universidad Libre diseñar, construir y aplicar una nueva Prueba de Competencias Funcionales.

5. A pesar de estos excesivos errores, el concurso continuó sin que se establecieran responsables o alguna autoridad se pusiera al frente de la investigación acerca de la adecuada ejecución de dicho contrato estatal. Esto es una vergüenza para el mérito, siendo acusadamente violatorio del debido proceso y por supuesto de las nociones básicas del estado social de derecho.

6. El día 07 de febrero de 2021 conforme citación realizada por la CNSC presenté a pruebas escritas de competencias funcionales, no obstante, durante el desarrollo de las pruebas me percaté que algunas de las preguntas se enfocaron en temas no relacionados ni con las “funciones” publicadas en la OPEC, ni con las funciones por mi desarrolladas en el tiempo que llevo vinculado con la Alcaldía de Cartagena.

7. De acuerdo con los tiempos establecidos en el concurso de méritos procedí a realizar la respectiva reclamación, donde expuse la evidente inadecuación de las preguntas funcionales por la accionada, a continuación, describo:

Se presentó un pregunta que se relaciona con la **necesidad de renovación de la señalización**: No es competencia del agente de tránsito, ni se encuentra descrita en normativa alguna deber relacionado con temáticas de señalización. Tales funciones competen a entes diferentes al DATT, esta pregunta podría ser únicamente formulada en las de competencia básicas (según respuesta de la entidad es la pregunta 4).

- La pregunta que se relaciona con la **necesidad de suscribir contrato para el control del tránsito en las vías**: No es competencia del agente de tránsito, ni se encuentra descrita en normativa alguna, deber relacionado con suscripción de contratos. Tales funciones son responsabilidad de la parte administrativa del DATT (según respuesta de la entidad es la pregunta 5).

- La pregunta que se relaciona con el **caso que da lugar a la pregunta de juicio situacional en el que indica que, en el desarrollo de labores de apoyo técnico, llega a la entidad una solicitud de revocatoria de un comparendo**: No es función de los agentes de tránsito resolver derechos de petición. Estas funciones las resuelven dependencias específicas del DATT. Si bien, todo funcionario debería tener la competencia de reconocer procedimientos básicos frente a derechos de petición, esta pregunta es más del tipo de las preguntas de competencias básicas, que de las competencias funcionales las cuales están claramente descritas en el Manual de funciones y competencias laborales (MFCL) y en la Oferta pública de empleo de Carrera (OPEC), no se encuentra mención de tales funciones. Huelga decir que estos documentos reposan en su archivo de datos, de manera que no se precisa anexarlos al presente escrito en virtud de lo previsto en el Estatuto Antitrámites, esta pregunta podría ser únicamente formulada en las de competencia básicas (según respuesta de la entidad es la pregunta 6).

- La pregunta que se relaciona con el **caso de un vehículo particular cuyos pasajeros están fumando cigarrillo**: esta pregunta es imprecisa pues hace referencia a “pasajeros de vehículo particular” y conforme establece la ley 769 de 2002 en su artículo 2, se entiende por pasajero a la “Persona distinta del conductor que se transporta en un vehículo público.” En consecuencia, la pregunta no se ajusta a los postulados normativos que le subyacen por lo cual sería inválida (según respuesta la entidad es la pregunta 15).

- La pregunta que se relaciona con el **caso en el cual un agente cambia intencionalmente el número de cédula de un infractor que es su amigo para exonerarlo de un comparendo**: Los agentes de tránsito no cumplimos funciones de captura, aprehensión ni judicialización y menos en el caso descrito en la pregunta frente a un documento adulterado. Esta son funciones de otro tipo de funcionario público (según respuesta de la entidad es la pregunta 26).

- La pregunta que se relaciona con **el mismo caso anterior en el que adicionalmente un conductor lesiona a un agente de tránsito con su vehículo**: Los agentes de tránsito no cumplimos funciones de captura, aprehensión ni judicialización. Esta son funciones de otro tipo de funcionario público. Por otra parte, el código penal en su artículo 24 habla de “conducta preterintencional” pero en ninguna parte de “lesiones preterintencionales” (según respuesta de la entidad es la pregunta 28).

- La pregunta que se relaciona con el **caso donde se ordena la verificación de un accidente de tránsito en el que un peatón fallece, encontrándose su cuerpo en la mitad de la calzada**: Esta pregunta no tiene solución valedera para las funciones

de agente de tránsito puesto que no cumplimos funciones de judicialización o de conducción del agresor. La respuesta acertada sería ponerse en contacto y solicitar apoyo de la policía (según respuesta de la entidad es la pregunta 31).

- La pregunta que se relaciona con el **caso de la detención de un vehículo de servicio especial que transporta 14 niños**: la respuesta más cercana es la C, que habla de comparendo dado que no el conductor no porta con los respectivos de documentos para prestar su servicio; no obstante, **es inexacta** toda vez que a los vehículos de servicio especial no se les hace comparendo sino “informe” dirigido a la superintendencia de tránsito y transporte que es la encargada de sancionar a las empresas, conforme lo señala la resolución 0012379 de 2012 (según respuesta de la entidad es la pregunta 36).

- La pregunta que se relaciona con **el mismo caso anterior y la licencia de tránsito de una volqueta**: la CNSC o su delegado la Universidad libre señalan que la respuesta correcta es la opción A en la que se le conceden un máximo de 60 minutos para presentar dicha licencia; no obstante esta repuesta es errada pues el procedimiento correcto es la inmovilización del vehículo, ya que de acuerdo con artículo 34 de la ley 769 de 2002 ningún vehículo puede transitar por las vías sin llevar la tarjeta de propiedad. Sólo se da tiempo cuando se trata de la “licencia de conducir”. Por tanto, solicito en esta pregunta se realice la corrección de conformidad con la respuesta que marqué en mi hoja de respuesta, siendo correcta la opción B.

- La pregunta que se relaciona con el **caso de un conductor de un ciclomotor eléctrico que resulta lesionado**: La CNSC o su operador Universidad Libre señalan que la respuesta es la opción A, donde se indica que se debe omitir el comparendo. Esto es un claro error: en todo caso se debe realizar el comparendo de conformidad con lo señalado en el Artículo 94 de la ley 769 de 2002. De esta manera la respuesta correcta es la C pues de acuerdo con el señalado artículo “Deben transitar por la derecha de las vías a distancia no mayor de un (1) metro de la acera u orilla y nunca utilizar las vías exclusivas para servicio público colectivo.” (según respuesta de la entidad es la pregunta 41).

- La respuesta que se relaciona con el **caso de un accidente de tránsito entre un motociclista que no portaba licencia de conducción y un peatón que resultó lesionado y que no cruzó por la vía demarcada en el sector**: La CNSC o su delegado Universidad Libre indican que la repuesta a la pregunta 50 es la opción A, donde se habla de llevar al conductor a medicina legal, pero esta respuesta es errada ya que el conductor de la motocicleta no se encuentra herido (la persona herida es el peatón) por ello se le puede practicar en el lugar de los hechos la prueba de alcoholemia ya que el equipo PJ de tránsito se encarga de accidentes con herido contando con el equipo de alcohosensor por lo cual no se precisa el desplazamiento a medicina legal. En este orden de ideas la respuesta más asertiva es la opción C, aunque es más preciso indicar que en vez de tratarse de una prueba de embriaguez, es una prueba de nivel de alcoholemia (según respuesta de la entidad es la pregunta 50).

Como se observa, No se trata de simples errores en dos o tres preguntas sino múltiples errores en varias preguntas, por lo que se hace importante honorable Juez aclarar:

- i. La entidad accionada brindo respuesta estructurada al total de las preguntas y en otras se limitó a dar la respuesta que debía ir en el cuadernillo.

- ii. Las funciones de agente de tránsito se encuentran descritas en la ley 769 de 2002, la Ley 1310 de 2009.
- iii. La prueba que realicé es sobre **competencias funcionales** y por lo tanto las preguntas deben versar sobre funciones reales que realizo en cumplimiento de mi empleo, no se trata de preguntas básicas las cuales son más genéricas pudiendo tocar por ejemplo temáticas constitucionales o de recursos en vía administrativa. Por ello las preguntas en virtud del principio de la realidad sobre las formas y del principio de meritocracia, deben enmarcar en las reales funciones de agente de tránsito y no en asuntos de otras dependencias frente a las cuales no tenemos relación.

8. En el mes de marzo de 2021 Recibí respuesta por parte de la CNSC donde desafortunadamente pese a que se cuenta con evidencia del error, no se reconocieron las fallas señaladas. El problema estriba en que la universidad es juez de su propia causa, y en el histórico reciente, a pesar de las inmensas fallas que ha demostrado en el desarrollo del concurso de méritos Territorial Norte, se mantiene en su posición, aunque es claro al sentido común la diferencia entre preguntas funcionales y comportamentales. Así las cosas, se me pone en situación de desventaja porque se presenta la situación que la entidad ante quien se presenta la reclamación por error o falla en su proceder es a la vez la encargada de emitir respuesta.

Es importante señor Juez se tenga en cuenta que en el proceso la Convocatoria Territorial Norte frente al cual versa el presente libelo demandatorio, se han evidenciado diversos errores, entre estos:

- i. Mediante comunicado de prensa con fecha 07 febrero 2020 (ver anexos), la CNSC reconoció:

“al realizar el cargue de los resultados incurrió en un error consistente en que en la fórmula que se utilizó para calcular la calificación para 11.142 aspirantes se hizo sobre un número total de 80 preguntas y para 5.606 aspirantes sobre un número total de 50 preguntas, siendo esta última la correcta.

(...)

La Universidad tomó el archivo equivocado, que contenía el error descrito anteriormente, por lo que para 11.142 aspirantes los resultados no correspondían al número total de preguntas que contenía la prueba comportamental.”

- ii. Luego que 77 aspirantes presentaran reclamación frente a la prueba TEC001 por inadecuación de preguntas funcionales para Técnico operativo y Agentes de tránsito donde veinticinco (25) preguntas diseñadas para el sector salud fueron aplicadas en la prueba escrita de competencias funcionales para agentes de tránsito, mediante Resolución 8431 de 2020 declaró la “irregularidad en la aplicación de la Prueba de Competencias Funcionales TEC001” procediendo en consecuencia a:

“dejar sin efectos la Prueba de Competencias Funcionales aplicada el 1 de diciembre de 2019, en los Procesos de Selección No. 752, 758, 768 y 771 de 2018, de la Convocatoria Territorial Norte, en relación con los empleos identificados con el código OPEC 20616, ofertado por la Alcaldía de Turbaco, OPEC 70330, ofertado por la Alcaldía de Barranquilla, OPEC 72678, ofertado por la Alcaldía de Puerto Colombia y OPEC 78272 y 78273, ofertados por la Alcaldía de Barranquilla, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente Acto Administrativo. ARTÍCULO SEGUNDO. Suspender los Procesos de Selección No. 752, 758, 768 y 771 de 2018, de la Convocatoria Territorial Norte, para los empleos identificados

con los códigos OPEC No. 20616, 70330, 72678, 78272 y 78273, hasta tanto se concluya la presente actuación administrativa”.

iii. Mediante auto de la Universidad Libre a través de la Coordinadora General de la Convocatoria Territorial Norte, María Victoria Delgado Ramos, Auto No. 027 con fecha 13 de julio de 2020, se dio inicio a “una actuación administrativa tendiente a decidir la procedencia de dejar sin efectos la calificación asignada al aspirante ALEJANDRO ELIAS BRUGES LAFAURIE, en las pruebas escritas, en el Proceso de selección No.772 de 2018 - Convocatoria Territorial Norte”. Tal situación es el resultado de la revisión de la consolidación del Banco de ítems encontró que “El registro 192610125 con OPEC 68453 tienen como prueba PROF001 cuando en la base de datos los otros participantes de la OPEC 68453 tienen asignada la prueba PROF032.”

Hallando la ocurrencia del error señalado, el mismo ente mediante resolución 032 con fecha 31 de agosto de 2020 resolvió

“(…) Dejar sin efectos la calificación de las pruebas básicas y funcionales, asignada al aspirante (...) dentro del Proceso de Selección 772 de 2018 – Territorial Norte - GOBERNACIÓN DE BOLIVAR (...)

Efectuar la recalificación de las pruebas de competencias básicas y funcionales presentadas por el [aspirante] de acuerdo con el escenario de calificación aplicado a todos los aspirantes inscritos y admitidos para el empleo de profesional especializado, código 222, grado 12, identificado en el concurso con el código OPEC No. 68453, en el cual se encuentra inscrito el aspirante, en el marco del Proceso de selección No. 772 de 2018 - Territorial Norte.”

9. Las fallas señaladas las he podido identificarlas en un acercamiento general a la página de la CNSC, lo cual me lleva a considerar que de realizarse una investigación exhaustiva podría recabar mayores evidencias en materia de los múltiples y gravosos errores en el desarrollo del proceso de selección que para mi caso concreto, al tenor de los principios que rigen los concursos de mérito, dan lugar a investigaciones de oficio por parte de las autoridades competentes.

Los reseñados errores en las preguntas funcionales para la OPEC, me impiden demostrar adecuadamente las calidades académicas requeridas para el desempeño del empleo, generando una discriminación negativa tanto para mí, como para el grupo de personas que participamos por el cargo, transgrediendo con ello mi derecho fundamental a la igualdad pues frente a otras OPEC se aplicaron las reglas del acuerdo y la normativa correspondiente. Con esto viene quedando en entredicho 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, aspectos señalados en los principios orientadores que se describen en el Acuerdo que dio inicio a la convocatoria.

10. No hay duda que estas situaciones en virtud del principio de igualdad, justo como has sido el caso de agentes de tránsito y otros previamente referidos, deben ser objeto de revisión de la CNSC tratándose de un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público, amén de las funciones de vigilancia de la correcta aplicación de las normas de Carrera administrativa pudiendo como lo señalan los literales a, b y h del artículo 12 de la Ley 909 de 2004, 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; dejar sin efecto total o parcialmente los procesos de selección cuando se compruebe la ocurrencia de irregularidades; 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 lo anterior se concluye que mis derechos fundamentales están siendo vulnerados al no brindárseme las mismas garantías de otros concursantes en otras convocatorias para acceder a los empleos de carrera, de manera que no he recibido la misma protección y trato de las autoridades competentes, viendo impedido el goce de los mismos derechos que asistieron a otros, así como oportunidades, ya que se me impone una carga adicional y por tanto discriminatoria en la participación en el concurso de méritos.

Por lo anterior en virtud del principio de igualdad y ante el amplio número de fallas presentadas por el operador Universidad Libre es mi interés solicitar como medida provisional que se suspenda toda actuación administrativa frente al concurso de méritos Territorial Norte y se solicite el concepto del Ministerio de Transporte para que conceptualice si las preguntas fueron mal valoradas, lo anterior en tanto se busca ante el contencioso administrativo dejar sin efectos las pruebas funcionales correspondientes a la OPEC.

Es claro para mí que el juez natural de dicha acción es el tribunal administrativo; NO OBSTANTE, dado que el concurso avanza de manera significativa y está próximo a expedir lista de elegibles mientras el Contencioso Administrativo resuelve las medidas cautelares tendientes a suspender los términos saldrá la lista de elegibles posteriormente, frente a lo anterior no cuento con otro recurso por lo que debo recurrir a la acción de tutela en tanto medida subsidiaria y transitoria toda vez que los hechos lesivos avanzan, en vista que la CNSC no ha cesado en adelantar sus funciones y es bien sabido que avanza sin pausa en este y otros procesos de concurso de méritos, tanto en la conformación de la lista de elegibles como en la etapa de capacitación para funcionarios nuevos quienes se encuentran próximos a iniciar su periodo de prueba.

II.MEDIDAS PROVISIONALES

1. Ruego al señor Juez interrumpir o suspender provisionalmente los actos administrativos de la convocatoria Territorial Norte, proceso de selección 771 de 2018, específicamente en lo atinente a la valoración de preguntas funcionales recientemente aplicadas de forma repetida, por los errores señalados, y en consecuencia los actos administrativos subsiguientes tales como consolidación de resultados y conformación de lista de elegibles.

2. Solicitar concepto técnico del Ministerio de Tránsito y Transporte, u otro tercero idóneo, con el fin de contar con conceptualización acerca de las preguntas por las entidades accionadas.

3. Solicitar de oficio a la CNSC, procuraduría, y demás entes de control, iniciar una investigación a fin de determinar el adecuado desarrollo del contrato que se encuentra ejecutando la Universidad Libre en el marco del proceso de selección Territorial Norte, dadas las diversas inconsistencias e irregularidades en su desarrollo.

4. Se ordene, a los accionados, PUBLICAR EN SUS PÁGINAS WEB O POR CUALQUIER MEDIO EXPEDITO, la presente acción, para que la sociedad en General COADYUVE O RECHACE la misma y puedan aportar sus fundamentos en hechos y en derecho, que contribuyan al presente y para los fines pertinentes que así lo consideren.

III.PRETENSIONES

1. Solicito señor Juez amparar mis derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al acceso a cargos públicos, los cuales han sido vulnerado por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Libre.
2. Que en concordancia con lo previo se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Universidad Libre, desestimar las preguntas funcionales cuyo contenido sea de competencias básicas o cuyo contenido no verse sobre funciones reales que se realizan en el empleo ofertado, o en las que se aprecien errores conforme he buscado demostrar.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede ejercer la acción de tutela “mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre” para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, siempre que resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares. La acción de tutela resulta procedente cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de sus derechos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable. Los siguientes son los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela: (i) legitimación en la causa; (ii) procedencia; y (iv) subsidiariedad.

a. Legitimación en la causa

Activa y pasiva La acción de tutela debe ser promovida por el titular de los derechos fundamentales que se estiman vulnerados o amenazados, sea directamente o por su representante, por quien actúa a su nombre en calidad de agente oficioso, por el Defensor del Pueblo o por el Personero Municipal. y, a su vez, esta acción debe ser ejercida en contra del sujeto responsable de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sea este una autoridad pública o un particular. En relación con la legitimación en la causa por activa en el presente caso, pretendo se reconozca la protección de mis derechos fundamenta. En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, la acción fue promovida en contra La Gobernación del Atlántico por ser la entidad involucrada en la vulneración de sus derechos fundamentales.

b. Procedencia

De conformidad con la Sentencia 00294 de 2016 del Consejo de Estado las decisiones que se dictan en el desarrollo de un concurso de méritos para la provisión de empleos generalmente **constituyen actos de trámite y contra estos no proceden los recursos de la vía gubernativa ni los medios de control que regula la Ley 1437 de 2011 –CPACA-**. Por tanto, en el evento de presentarse, en desarrollo del concurso la flagrante violación de un derecho fundamental, **la acción de tutela para el afectado resulta procedente ante la carencia de medios de defensa judiciales** para lograr la continuidad en el concurso.

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.

c. Subsidiariedad

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “*sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”. por ende, la procedibilidad de la acción constitucional estará sujeta a que el accionante quien considere sus derechos fundamentales vulnerados no cuente con otro medio de defensa judicial y que el medio existente no sea idóneo o eficaz para la defensa de los derechos cuyo amparo se pretende.

En consecuencia y 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, aún 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”

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 caso la modificación de los manuales de funciones, 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”. (Subrayado fuera de texto)

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.

Procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos que reglamentan un concurso de méritos:

Perjuicio Irremediable

En cuanto a la cualificación de los hechos que configuran la inminencia de un perjuicio irremediable, la sentencia Sentencia T-956/13 señala que este:

“(i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) sólo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables. El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que

está produciendo la inminencia. Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señal de la oportunidad de la urgencia. No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente. La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, esta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social. Hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.”

En el caso concreto se tiene que:

- i. El perjuicio ocasionado es inminente pues la lista de elegibles está pronta a adquirir firmeza a pesar de haberse aplicado un cuadernillo preguntas funcionales ajenas al propósito y funciones del cargo. Así las cosas, la inminencia del daño antijurídico se proyecta para los próximos días de abril, de acuerdo con las indicaciones de la CNSC de publicar para este día la lista de elegibles.
- ii. El perjuicio inminente requiere de medidas urgentes debiendo ser conjurado antes que la lista de elegibles adquiera firmeza pues de ser así corresponderá a los primeros de esta lista adquirir derechos de carrera, por lo cual se me apartará de esta posibilidad, con lo cual se me ocasionarán daños innecesarios, así como el deber de acudir a un largo proceso ante el contencioso administrativo para demostrar mis derechos, pudiendo conducir a una obligación indemnizatoria a los accionados por las fallas presentadas en los actos administrativos preparatorios conducentes a la conformación de la lista de elegibles.

En consideración a lo anterior se presenta una clara adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación, haciendo relación la primera a la prontitud del evento que está por realizarse, en tanto que la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud.

Dada la urgencia señalada, tanto la solicitud de suspensión provisional de la publicación y/o firmeza de la lista de elegibles correspondiente a la OPEC ya varias veces descrita, revisten precisión frente a la medida que se solicita ser ejecutada, ajustándose plenamente a las circunstancias particulares del caso en estudio que afecta los derechos mis derechos fundamentales los cuales he reseñado previamente.

iii. El perjuicio inminente al que me veo sometido es grave atendiendo a la intensidad del daño que se me puede originar apartándome injustamente del proceso de selección, con la consecuente pérdida del trabajo en el cual actualmente me desempeño, lo cual me genera grandes dificultades económicas en tiempos de pandemia y aún más estando a puertas de una recesión económica. Para el caso concreto se trata no sólo de un menoscabo material, sino también moral con afectación psicológica para el accionante pues no es menor cosa quedarse sin trabajo en tiempos de pandemia, presentando la ciudad una baja tasa de oferta de empleo, y aún más cuando se me afecta por un error ajeno a mi causa que no es mi deber soportar como resultado de la aplicación de preguntas de competencias funcionales ajenas al propósito del cargo correspondiente a la OPEC referida.

iv. Dado el perjuicio inminente señalado este sólo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables como es el caso de la medida cautelar de suspensión de la publicación lista de elegibles y/o la adquisición de firmeza de la lista de elegibles correspondiente a la OPEC, así como la corrección inmediata de la puntuación de la PVA y en consecuencia de la lista de elegibles.

c. Inmediatez

La presente acción de tutela se está presentando luego de un tiempo prudencial después de que se han resuelto las solicitudes de aclaración, corrección y modificación interpuestas ante las entidades competentes sin solución al caso que nos ocupa, de acuerdo a la sentencia T- 327 de 2015 de la Corte Constitucional, el requisito de inmediatez, exige que el ejercicio de la acción de tutela debe ser oportuno, es decir, dentro de un término y plazo razonable, pues la tutela, por su propia naturaleza constitucional, busca la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales y por ello la petición ha de ser presentada dentro de un marco temporal razonable respecto de la ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos fundamentales.

De lo anterior se tiene que la vulneración de los derechos permanente y continua, habida cuenta que las entidades accionadas no brindaron solución.

e. Derechos fundamentales vulnerados

Diversas sentencias emitidas por la honorable Corte Constitucional han sido enfáticas en precisar que “los concursos, cuya finalidad sea el acceso a la función pública, deben sujetarse estrictamente a los procedimientos y condiciones fijados de antemano y que las reglas que los rigen son obligatorias, no solo para los participantes sino también para la administración que, al observarlas, se ciñe a los postulados de la buena fe (C.P.art. 83), cumple los principios que según el artículo 209 superior guían el desempeño de la actividad administrativa y respeta el debido proceso (C.P.art. 29), así como los derechos a la igualdad (C.P.art. 13), y al trabajo (C.P.art. 25) de los concursantes. Una actitud contraria defrauda a las justas expectativas de los particulares y menoscaba la confianza que el proceder de la

administración está llamado a generar” (sentencia T-298 de 1995. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Derecho fundamental a la igualdad

El derecho fundamental a la igualdad, del que habla el Art. 13 Constitucional, está siendo vulnerado en primer lugar porque NO estoy recibiendo un trato igual ante la ley, toda vez que no pude ejercer mi derecho a la defensa ante el contencioso administrativo por la sabida suspensión de términos en tiempos de la pandemia sin embargo la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Libre SI continuaron con las fases del proceso dejándome en un limbo jurídico y sin a protección de mis derechos pues con la suspensión de términos no pude acceder al mecanismo pertinente y ahora que puedo acceder es demasiado tarde toda vez que mientras espero un fallo de fondo es plenamente seguro que salga la lista de elegibles dejándome sin la oportunidad de acceder realmente al concurso de méritos.

En segundo lugar, la violación del derecho a la igualdad se ve materializado al no brindárseme las mismas garantías de otros concursantes en otras convocatorias para acceder a los empleos de carrera, de manera que no he recibido la misma protección y trato de las autoridades, viendo impedido el goce de los mismos derechos que asistieron a otros, así como oportunidades, ya que se me impone una carga adicional y por tanto discriminatoria en la participación en el concurso de méritos.

El acceso a carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125), es una manifestación concreta del **derecho a la igualdad** (CP art. 13) y al desempeño de funciones y cargos públicos (CP art. 40-7). La libertad del legislador para regular el sistema de concurso de modo que se garantice la adecuada prestación del servicio público no puede desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes que se satisfacen mediante la participación igualitaria en los procedimientos legales de selección de los funcionarios del Estado.

Ahora bien, el derecho a la igualdad no significa que el aspirante que toma parte en un concurso adquiere sin más el derecho a ser designado en el cargo. La ley está facultada para señalar los requisitos y condiciones necesarios para ingresar a los cargos de carrera y para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125). El principio de igualdad, sin embargo, se opone a que la ley al regular el mecanismo de ingreso a la función pública establezca requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes teniendo en cuenta el cargo a proveer, que serían barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales. Para asegurar la igualdad, de otra parte, es indispensable que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca.

Cabe señalar que el derecho a la igualdad dentro del concurso de méritos es de fundamental importancia y la administración no debe ejercer discriminaciones injustificadas entre los administrados. Por tanto, debe garantizar el acceso a la administración y a sus funcionarios. Así, la igualdad hace alusión a la prohibición de tratos irracionales o discriminatorios que no tengan una justificación razonable; en el caso objeto de estudio es importante establecer que este derecho fundamental se vulnera cuando desde el inicio de la convocatoria no se cumplen con los parámetros

exigidos por la ley generando a falta del cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales una afrenta a los derechos fundamentales en contra de los ciudadanos que deciden participar en un concurso de méritos.

Debido proceso

Reviste urgente atención siendo su prevención inaplazable pues de no realizarse se puede consumir un daño antijurídico en forma irreparable como es la exclusión de la convocatoria No. 771 de 2018 Territorial Norte, con la consecuente violación a los derechos fundamentales a la igualdad, a escoger profesión y oficio, y el derecho al trabajo.

El artículo 29 de la Constitución Política dispone que el debido proceso debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. En este sentido, esta garantía constituye un control al poder del Estado en las actuaciones que se desarrollen contra los particulares. en Sentencia T-391 de 1997, se señaló que esta garantía involucra la observancia de las formas propias de cada juicio, cuyo alcance en materia administrativa se refiere a seguir lo dispuesto en la ley y en las normas especiales para agotar el respectivo trámite.

Ahora bien La Convocatoria constituye una norma que se convierte en obligatoria en el concurso, como resultado, cualquier incumplimiento de las etapas y procedimientos consignados en ella, vulnera el derecho fundamental del debido proceso que le asiste a los participantes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores externos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa.

El debido proceso se ve afectado cuando el funcionario se aparta del proceso legalmente establecido, ya sea porque sigue un proceso distinto al aplicable o porque omite una etapa sustancial del mismo. De acuerdo con la Sentencia SU-159 de 2002, este último evento se presenta cuando la ausencia de una etapa procesal o de alguna formalidad desconoce las garantías previstas en la ley para los sujetos procesales, de forma tal que, por ejemplo, se impide que: "(i.) puedan ejercer el derecho a una defensa técnica, que supone la posibilidad de contar con la asesoría de un abogado –en los eventos en los que sea necesario -, ejercer el derecho de contradicción y presentar y solicitar las pruebas que considere pertinentes para sustentar su posición; (ii.) se les comunique de la iniciación del proceso y se permita su participación en el mismo y (iii.) se les notifiquen todas las providencias proferidas por el juez, que de acuerdo con la ley, deben serles notificadas", entre otras.

Derecho fundamental al ejercicio de cargos públicos

Adicionalmente se AMENAZA EL DERECHO FUNDAMENTAL AL EJERCICIO DE CARGOS PÚBLICOS señalado en el Numeral 7 del Art. 40 Superior, de los titulares de los derechos, puesto que con la materialización de los actos administrativos descritos en los hechos del presente libelo, se le excluye de la opción de acceder por vía del mérito y en el marco del proceso de selección en cuestión al ejercicio de cargos públicos con ocasión de fallas no del administrado sino de la administración, generando una carga que no es su deber soportar.

Esta vulneración de no ser atendida me genera un perjuicio irremediable por su carácter cierto e inminente que no se funda en conjeturas o especulaciones sino a una apreciación razonable de los hechos descritos.

Se trata de un perjuicio grave ya que la aplicación errónea de las pruebas señaladas en los hechos del presente libelo pone en riesgo mi derecho fundamental al ejercicio de cargos públicos al dejarme como participante del concurso de méritos fuera del proceso de selección en comento, siendo ajena a mi voluntad la causa de este perjuicio ocasionado no por el administrado sino por quien le administra.

Reviste urgente atención puesto que su prevención es inaplazable ya que de no llevarse cabo puede consumar un daño antijurídico en forma irreparable como es el derecho fundamental al ejercicio de cargos públicos, viéndose excluidos del proceso en comento por la inaplicación de la administración de las normas, pautas y reglas subyacentes al proceso de selección por méritos.

En el ámbito constitucional, el entendimiento de la función pública en armonía con derechos fundamentales implica realizar una interpretación sistemática de la figura Estado Social de Derecho, del cual se desprende el derecho fundamental descrito en el Art. 40 -7 superior mediante el cual se establece: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, (...)”, evidenciándose la vinculación entre el sistema de carrera con la protección de derecho político a acceder a cargos y funciones públicas con igualdad de oportunidades. En este sentido, la necesidad de un concurso público de méritos permite a los ciudadanos que, conforme a un procedimiento abierto y democrático, y sin mediar ninguna diferencia adicional que aquella referente a los requisitos y calidades profesionales necesarias para ocupar el cargo correspondiente, se ponga en consideración de las autoridades del Estado la intención de conformar su estructura burocrática. Además, como se ha indicado, dicho mecanismo de selección debe responder a parámetros objetivos de evaluación, lo que impide tratamientos discriminatorios injustificados en el acceso al servicio público, obligado al estado a efectuar condiciones dignas para que los aspirantes una vez cumpliendo los requisitos establecidos desde el principio de la convocatoria puedan acceder y concursar por las vacantes propuestas cumpliendo con los requisitos mínimos exigidos.

COMPETENCIA

Es usted, Señor Juez, competente por lo establecido en la ley para conocer del presente asunto.

DECLARACIÓN JURADA

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que sobre los mismos hechos invocados en esta demanda no he interpuesto otra acción de tutela.

PRUEBAS

Pruebas