



Barranquilla, noviembre doce (12) de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN: 08-001-31-09-004-2020-00062-00
ACCIONANTE: JULIO CÉSAR REYES OCHOA
DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS: DEBIDO PROCESO, LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, A LA IGUALDAD, A LA HONRA Y AL BUEN NOMBRE y ACCESO A CARGOS PÚBLICOS
ACCIONADO: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), la ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Se vinculó a los aspirantes a la Convocatoria contemplada por la Resolución N° SC – 1047 de 19 de agosto de 2020.

ASUNTO A DECIDIR:

Procede el Despacho a resolver la Acción de Tutela presentada por el señor JULIO CÉSAR REYES OCHOA, en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), la ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, por presunta violación de sus derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, A LA IGUALDAD, A LA HONRA Y AL BUEN NOMBRE y ACCESO A CARGOS PÚBLICOS. En esta actuación se vinculó a los aspirantes a la Convocatoria contemplada por la Resolución N° SC – 1047 de 19 de agosto de 2020.

I. ACCIONANTE:

- JULIO CÉSAR REYES OCHOA, identificado con cédula de ciudadanía 72.231.787 de Barranquilla, quien recibe notificaciones en el correo: j_cesars@hotmail.com.

II. ACCIONADAS:

- COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC, quien recibe notificaciones en el correo: notificacionesjudiciales@cncs.gov.co.
- ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, quien recibe notificaciones en el correo: notificaciones.judiciales@esap.gov.co.
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, quien recibe notificaciones en el correo: notificacionesjudiciales@funcionpublica.gov.co.

III. VINCULADOS:

- Aspirantes a la Convocatoria contemplada por la Resolución N° SC – 1047 de 19 de agosto de 2020.

IV. HECHOS:

El señor JULIO CÉSAR REYES OCHOA, presenta Acción de Tutela en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), la ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, por las siguientes razones:

- Que la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) mediante Resolución N° SC - 1047 de 19 de agosto de 2020 "Por medio de la cual se fija el cronograma del concurso público y abierto de méritos para la elección de un (1) Comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de conformidad con la Convocatoria N° 001 de 2020 del Departamento Administrativo de la Función Pública", le da apertura al proceso o concurso público basado en el mérito con el fin de proveer el cargo relacionado.
- Afirma que llevó a cabo la inscripción para ocupar el cargo de Comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil con el número de inscripción 15985422843458.



- Que en el artículo 6 de la Resolución N° SC - 1047 de 19 de agosto de 2020, expedida por la Escuela Superior de Administración Pública, se establecen las causales de exclusión del concurso de méritos de Comisionado, entre otras, las siguientes:
 - *... f. Realizar acciones para cometer fraude u otras irregularidades en el proceso de selección.
 - h. Conocer con anticipación las pruebas de aplicación... "
- Que el artículo 6 de la Resolución N° SC - 1047 de 19 de agosto de 2020, expedida por la Escuela Superior de Administración Pública, señala en el inciso final que las causales establecidas por ese artículo serán aplicables en cualquier momento de la convocatoria "..." cuando se compruebe su ocurrencia...", cosa que no ha sido demostrada por la Escuela Superior de Administración Pública.
- Que el artículo 20 de la Resolución N° SC - 1047 de 2020 de 19 de agosto de 2020, expedida por la Escuela Superior de Administración Pública, en lo relacionado con la prueba de conocimientos señala que la misma tiene el carácter de eliminatoria y que "..." el aspirante debe obtener un puntaje mínimo de setenta (70) puntos, sobre cien (100), posibles ...".
- Que el artículo 29 de la Resolución N° SC - 1047 de 2020 de 19 de agosto de 2020, expedida por la Escuela Superior de Administración Pública, señala en su primer inciso:
 - "... La Escuela Superior de Administración Pública - ESAP -, podrá adelantar actuaciones administrativas por posibles fraudes, por copia o intento de copia, sustracción de materiales de prueba o suplantación o intento de suplantación ...".
- Que el inciso segundo del artículo 29 de la Resolución N° SC -1047 de 19 de agosto de 2020, expedida por la Escuela Superior de Administración Pública, establece:
 - "... El resultado de las actuaciones administrativas puede llevar a la invalidación de las pruebas de los aspirantes que sean sujetos de dichas investigaciones. La decisión que exprese el resultado de cada actuación se adoptará mediante acto administrativo motivado, expedido por la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP -".
- Que el día 21 de agosto de 2020 la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) mediante Resolución N° SC 1055 "Por medio de la cual se modifica los artículos 17 y 23 de la Resolución N° SC-1047 del 19 de agosto de 2020", llevó a cabo una modificación de la Resolución N° SC - 1047 de 19 agosto de 2020.
- Que conforme a las reglas del concurso establecidas por parte de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), llevó a cabo la inscripción en la convocatoria conducente a proveer un cargo de Comisionado en la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), cuyo registro arrojó el código de inscripción 15985422843458.
- Que el día 14 de septiembre de 2020, la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) lleva a cabo la publicación de resultados preliminares de la verificación de requisitos mínimos, listado en el cual se puede verificar que resultó admitido para continuar con el proceso de selección conducente a la selección de un Comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el día 23 de septiembre, previo proceso de recepción y análisis de las reclamaciones interpuesta por parte de los participantes excluidos del proceso por verificación de requisitos mínimos, se llevó a cabo la publicación del listado de resultados definitivos de verificación de requisitos mínimos, en el cual se corroboró el cumplimiento de Julio César Reyes Ochoa de los requisitos establecidos en el acto administrativo denominado Resolución N° SC 1047 de 19 de agosto de 2020.
- Afirma que el día 10 de octubre viajó a la ciudad de Bogotá, desde Barranquilla, con el fin de presentar las pruebas establecidas en la Resolución N° SC 1047 de 19 de agosto de 2020, el domingo 11 de octubre, cumpliendo a cabalidad con las condiciones establecidas por la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP).
- Señala que en la primera sección de la jornada de la mañana del domingo 11 de octubre se habilitó la plataforma a las 8:00 am, resaltando que la prueba fue ejecutada en computadores y software suministrados y/o facilitados por parte de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), pero al proyectar y ser contestada la primera pregunta de



la prueba, el aplicativo utilizado no permitió continuar con la segunda y subsiguientes preguntas, hecho que solo fue superado a las 9:00 am, pero la primera pregunta no hizo parte de las "nuevas" 100 preguntas contestadas a partir de las 9:00 am., por lo que allí le surge la primera pregunta ¿La Escuela Superior de Administración Pública tenía en caso de una contingencia dos o más pruebas preparadas ante la situación presentada?

- Alega que, en horas de la tarde, la jornada para llevar a cabo la prueba comportamental y la de integridad, solo se inició a las 2:30 pm y una vez más la aplicación volvió a generar inconvenientes a tal forma que sólo hasta las 2:45 pm se dio inicio oficial a la aplicación del examen.
- Manifiesta que quedó a la espera de publicación de los resultados, la cual estaba establecida para el día 14 de octubre de 2020 y ese día fue publicada la Resolución N° SC-1260 de fecha 14 de octubre de 2020 "Por medio de la cual se suspende el cronograma del concurso público y abierto de méritos para la elección de un (1) Comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de conformidad con la Convocatoria N° 001 de 2020 del Departamento Administrativo de la Función Pública", la cual, en su parte considerativa, señala que en atención a un "... estudio previo de la caracterización psicométrica de la prueba de conocimientos, la ESAP considera necesario efectuar un análisis detallado de las respuestas a los ítems, con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios que acompañan la selección del comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil".
- Que posteriormente la Escuela Superior de Administración Pública expidió la Resolución N° SC-1276 de 12 de noviembre de 2020 "Por medio de la cual se deja sin efecto alguno la prueba de conocimientos aplicada el 11 de octubre de 2020, en el marco del concurso público y abierto de méritos para la elección de un comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se modifica el artículo 7 de la Resolución N° SC - 1047 de 19 de agosto de 2020 y el artículo 1 de la Resolución N° SC-1055 de 21 de agosto de 2020".
- Considera que el sólo enunciado de la Resolución N° SC-1276 de 12 de noviembre de 2020 viola y contradice lo establecido en el artículo 29 de la Resolución No SC-1047 del 19 de agosto de 2020 en cuanto que como resultado de actuaciones administrativas llevarán a la "... invalidación de las pruebas de los aspirantes que sean sujetos de dichas investigaciones..." y que el resultado de dicha actuación administrativa "... se adoptará mediante acto administrativo motivado...".
- Que en la parte considerativa de la Resolución N° SC-1276 de 12 de noviembre de 2020, se establece en el punto 2.1 que "... uno de los aspirantes obtuvo un total de 97 ítems acertados sobre los 100 ítems aplicados " y seguidamente establece que dicha puntuación es "... considerada ... " como "... atípica ... " esgrimiendo como razón que "... el comportamiento del total de aciertos de los participantes se encuentra dentro de los valores que comúnmente se obtienen en este tipo de concursos, excepto en el caso en cuestión".
- Que, en un primer análisis, a pesar de exceptuar a un participante del comportamiento 'común' de la prueba decide anular la prueba a todos los aspirantes que realizaron la presentación de esta, lo cual lleva a generalizar la comisión de una de las causales de exclusión cuando la Escuela Superior de Administración Pública esgrime una deducción estadística, más no legal, de los resultados.
- Que la Escuela Superior de Administración Pública, por medio de su Resolución N° SC-1276 de 12 de noviembre de 2020, de manera curiosa en el segundo párrafo de la página 4, al llevar a cabo una definición de lo que representa un valor atípico, en cuanto al caso atípico que señala anteriormente, establece: "... valores atípicos (poco comunes pero que suelen aparecer) ... ", es decir, que la propia Escuela Superior de Administración Pública señala de manera clara que el puntaje obtenido de 97 puntos puede aparecer.
- Que la Escuela Superior de Administración Pública, en la Resolución N° SG 1276 de 12 de noviembre de 2020 manifiesta que "... es necesario tener claridad que el análisis y las interpretaciones se hacen teniendo en cuenta el grupo de referencia asociado a los datos (personas con el perfil que participan en el concurso y que se describió previamente) ... ".
- Asegura que su perfil es el siguiente:



- Comunicador Social-Periodista de la Universidad Autónoma del Caribe.
 - Abogado de la Universidad del Atlántico.
 - Administrador Público de la Escuela Superior de Administración Pública.
 - Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia.
 - Magister en Administración Pública de la Escuela Superior de Administración Pública.
 - Estudiante de segundo semestre de la especialización en Gestión Pública en la Escuela Superior de Administración Pública.
 - Estudiante del programa de Ciencia Política de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia.
 - Empleado en carrera administrativa desde el año 2010 (ganador por mérito en la convocatoria N° 001 de 2005).
 - Docente catedrático de la Escuela Superior de Administración Pública desde noviembre de 2016.
- Que teniendo en cuenta su perfil, se podría inferir, como lo lleva a cabo la Escuela Superior de Administración Pública, que el resultado en la prueba de conocimientos ¿podría estar en la normalidad del promedio (55,924 puntos) o en los 97 puntos?
 - Considera que fue el participante que obtuvo los 97 puntos en la prueba de conocimientos y que se le vulneran sus derechos fundamentales.
 - Que la Escuela Superior de Administración Pública manifiesta, en la Resolución N° SC 1276 de 12 de noviembre de 2020, haciendo alusión al análisis estadístico llevado a cabo, más no jurídico, que "En las puntuaciones obtenidas en la prueba de conocimientos, para cada aspirante a partir de su calificación, se podrá obtener un estimado sobre qué tan probable es encontrar tal puntuación", pero las palabras como "estimado" y "probable" solo dan muestras de posibilidades no de hechos ciertos, indiscutibles e irrefutables.
 - Que la Resolución N° SC 1276 de 12 de noviembre de 2020, señala en la parte considerativa que "... incluyó en la prueba de conocimientos tres (3) preguntas provenientes de una fuente diferente a las otras preguntas de la prueba para su posterior análisis ..." (página 7, párrafo 3), del análisis llevado a cabo por parte de la Escuela Superior de Administración Pública se desprende que el 91% de los aspirantes contestó, por lo menos, una pregunta y el restante 9% de los aspirantes ninguna de ellas; lo anterior lleva a la ESAP a la cuestionable interpretación que el aspirante que obtuvo los 97 ítems acertadamente, lo hizo teniendo conocimiento previo de esas 97 preguntas y no de las otras tres, pero en el análisis anteriormente efectuado, omite señalar que el 9% de los aspirantes, dentro del cual se encuentra como el aspirante que obtuvo 97 puntos, no contestaron ninguna de las tres preguntas supuestamente obtenidas de una fuente distinta, y por lo cual aduce que es un criterio para determinar la comisión de un fraude, obviando garantizar el derecho fundamental a la igual a todos los que se encuentran en ese 9%.
 - Que en la Resolución N° SC 1276 de 12 de noviembre de 2020, en su parte considerativa, señala que la Escuela Superior de Administración Pública es una "... entidad garante de los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad ...", pero a renglón seguido (página 9, párrafo 1), señala que "...estima procedente adelantar las investigaciones administrativas que se desprenden de la posible irregularidad identificada, según el análisis estadístico y psicométricos sobre la aplicación de la prueba de conocimientos aplicada el 11 de octubre de 2020", lo que considera, contradice lo relacionado con los principios señalados anteriormente.
 - Asevera que la Escuela Superior de Administración Pública, con la expedición de la Resolución N° SC 1276 de 12 de noviembre de 2020 está incurriendo en una violación al principio de la igualdad al considerar que a pesar de no haber contestado acertadamente tres (3) preguntas "obtenidas de otra fuente", comportamiento igual al de los otros participantes que caben en la cifra del 9% de los que no contestaron acertadamente ninguna de las preguntas referenciadas, no les es dado el mismo trato, sino que por el contrario, la administración se apoya en ese hecho controvertible para sustentar una irregularidad.



- Afirma que aunque la Escuela Superior de Administración Pública, por medio de la Resolución N° SC 1276 de 12 de noviembre de 2020, se autodenomina como garante del mérito, parte de la premisa controvertible que si lleva cabo una evaluación en el margen de una escala de cero (0) a cien (100), es poco probable que un participante se acerque al puntaje máximo y que por el contrario si se acerca es el resultado de un fraude, deduciendo que presuntamente existió una filtración de las preguntas formuladas.
- Alega que se hace un compendio de presunciones atreviéndose a sugerir que hubo un fraude, pero en ningún momento evidencia el debido proceso que lleve a cabo la exclusión del individuo que supuestamente cometió el fraude.
- Considera que la Escuela Superior de Administración Pública, NO ha llevado un debido proceso con el fin de evaluar, lo cual no le permite determinar de manera irrefutable la comisión de un fraude en el marco de la convocatoria realizada y en razón del proceso desacertado llevado a cabo ha propiciado por parte de las personas que conocen de su formación profesional y del estudio llevado a cabo por él durante muchos años en la temática relacionada con los concursos públicos de méritos y al estar informados de su participación en la convocatoria señalada, el señalamiento que el puntaje de 97 puntos pudo ser obtenido por él, por lo que su buen nombre queda en entredicho ante la ausencia de un debido proceso y una notificación del puntaje obtenido en la prueba mencionada.
- Insiste en que la Escuela Superior de Administración Pública, está violando de manera flagrante el principio de transparencia y el derecho fundamental al debido proceso y de igual forma el derecho al acceso de cargos públicos por cuanto en el peor de los casos, acudiendo al juego de las posibilidades que lleva a cabo la ESAP para fundamentar la Resolución SC-1276 de 12 de noviembre de 2020, y teniendo en cuenta la facilidad del examen; tiene la capacidad para obtener el puntaje mínimo (70 puntos) y unos participantes obtuvieron el puntaje mínimo requerido y por tanto, con ellos y excluyendo al que cometió el fraude se podría continuar con el proceso.

V. ELEMENTOS DE INFORMACIÓN:

- Memorial de solicitud de tutela y anexos.
- Recibida la solicitud de amparo mediante auto adiado 30 de octubre de 2020 este Despacho ordenó dar trámite correspondiente de acuerdo con el Decreto 2591 de 1991.
- COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), recorrió el traslado que se le hizo del escrito de tutela.
- ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, recorrió el traslado que se le hizo del escrito de tutela.
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, recorrió el traslado que se le hizo del escrito de tutela.

VI. RESPUESTAS DE LAS ACCIONADAS:

6.1. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)

El doctor JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SANCHEZ MURCIA, actuando en nombre y representación de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, en su condición de asesor jurídico, señala lo siguiente:

- Que la Comisión Nacional del Servicio Civil en los términos del artículo 130 de nuestra Carta Política, es un órgano autónomo e independiente del más alto nivel de la estructura del Estado Colombiano, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica; que no pertenece a ninguna de las ramas del poder público y funciona bajo las especiales competencias que desarrollan los distintos instrumentos legales y reglamentarios establecidos desde la vigencia de la Constitución Política en 1991, en específico, lo dispuesto en la Ley 909 de 2004.



- Que la entidad se encarga, entre otras cosas, de realizar los concursos para proveer empleos, adelantar todos los actos administrativos necesarios para su promulgación y desarrollo, conocer y resolver los problemas que se susciten en progreso de estos.
- Que así las cosas, según lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley 909 de 2004, la Comisión Nacional del Servicio Civil tiene por naturaleza *"la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Con el fin de garantizar la plena vigencia del principio de mérito en el empleo público de carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil actuará de acuerdo con los principios de objetividad, independencia e imparcialidad."*
- Que, de conformidad con las funciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por el artículo 11 de la Ley 909 de 2004, la Comisión Nacional del Servicio Civil se encarga:
 - a) *Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley; Ver el Acuerdo de la C.N.S.C. 04 de 2005*
 - b) *Acreditar a las entidades para la realización de procesos de selección de conformidad con lo dispuesto en el reglamento y establecer las tarifas para contratar los concursos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 30 de la presente ley;*
 - c) *Elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la presente ley y el reglamento;*
 - d) *Establecer los instrumentos necesarios para la aplicación de las normas sobre evaluación del desempeño de los empleados de carrera administrativa; Ver los Acuerdos de la C.N.S.C. 017 y 018 de 2008*
 - e) *Conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia;*
 - f) *Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior;*
 - g) *Administrar, organizar y actualizar el registro público de empleados inscritos en carrera administrativa y expedir las certificaciones correspondientes;*
 - h) *Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa;*
 - i) *Realizar los procesos de selección para el ingreso al empleo público a través de las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, que contrate para tal fin;*
 - j) *Elaborar y difundir estudios sobre aspectos generales o específicos de la gestión del empleo público en lo relacionado con el ingreso, el desarrollo de las carreras y la evaluación del desempeño;*
 - k) *Absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa.*

Parágrafo. El Banco Nacional de lista de elegibles a que hace alusión el presente artículo será departamentalizado y deberá ser agotado teniendo en cuenta primero la lista del departamento en donde se encuentre la vacante.
- Precisa que la presente acción constitucional no es de resorte de la CNSC, ya que no tiene participación alguna en el concurso para la selección de Comisionados, pues ese proceso de selección le corresponde adelantar al Departamento Administrativo de la Función Pública, a través de las entidades encargadas de adelantar el proceso de selección, ya sea la Universidad Nacional de Colombia o la Escuela Superior de Administración Pública como en el presente caso, toda vez que esa Comisión carece de competencia para administrar los sistemas de carrera de origen constitucional que tengan carácter especial.
- Considera que frente a la CNSC existe una ausencia de legitimación en la causa por pasiva, dado que no es esa la entidad llamada a resolver el problema jurídico planteado por el accionante y, en consecuencia, como quiera que se trata de un asunto ajeno a la CNSC, solicita abstenerse de adoptar decisión en contra de esa entidad, toda vez que se configura la ausencia de legitimación en la causa por pasiva.

6.2. ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:



El doctor CAMILO TAPIAS PERDIGÓN, en su condición de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP, Establecimiento Público del orden nacional adscrito al Departamento Administrativo de la Función Pública, señala lo siguiente:

- Que la decisión de declarar la existencia de una posible irregularidad y consecuencia de ello dejar sin efecto la aplicación de la prueba de conocimiento encuentra fundamento en el resultado del informe estadístico de psicometría que señala la imposibilidad de obtener un puntaje de 97 sobre 100 posibles por el análisis detallado y juicioso que se realiza respecto a las respuestas y su comportamiento anormal en comparación con los rangos de puntuación obtenidos por los demás aspirantes a Comisionado.
- Señala que la ESAP no tiene la competencia legal para determinar la responsabilidad penal de la presunta conducta punible descrita en el artículo 194 de la Ley 599 de 2000, concerniente al delito de divulgación y empleo de documentos reservados que para el efecto establece: "(...) el que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro divulgue o emplee el contenido de un documento que deba permanecer en reserva, incurrirá en multa, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor", por lo que, el día 26 de octubre de 2020, puso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, los hechos descritos en la Resolución N° SC-1276 de 12 de noviembre de 2020, junto con el análisis psicométrico que demuestra la irregularidad mencionada.
- Aclara que la ESAP declaró una presunta irregularidad que se originó en el informe estadístico y será el ente investigador el encargado de determinar responsabilidad penal por el presunto hecho irregular de la filtración de la prueba de conocimiento en el concurso público y abierto de méritos de Comisionado.
- Que la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP, de acuerdo a la facultad otorgada en el artículo 29 de la Resolución N° 1047 del 19 de agosto de 2020, señala que, la Entidad podrá adelantar actuaciones administrativas por posibles fraudes, por copia, sustracción de materiales de prueba o suplantación o intento de suplantación, entre otros casos, durante o después de la aplicación de las pruebas o encontrados durante la lectura de las hojas de respuestas o en desarrollo del procedimiento de determinación o verificación de resultados.
- Que con base en lo anterior, la ESAP expidió la Resolución N° SC-1276 del 12 de noviembre de 2020, ordenando en su artículo 7, remitir los soportes a la Fiscalía General de la Nación lo cual ocurrió mediante correo electrónico de fecha 26 de octubre de 2020, poniendo en conocimiento el hecho presuntamente irregular de la posible filtración de la prueba de conocimientos a partir del informe estadístico, situación que debe ser objeto de investigación, con el fin de establecer responsabilidad penal de quienes afectaron el desarrollo del concurso público y abierto de méritos de Comisionado.
- Afirma que en la aplicación de la prueba presencial -virtual la ESAP dispuso de equipos de cómputo para su presentación atendiendo los horarios informados a los aspirantes en los distintos documentos publicados y remitidos, y la jornada de la mañana inició a las 8:00 am, sin embargo, por situaciones técnicas suscitadas con la plataforma la prueba inició una hora después desarrollándose en completa normalidad, e igual pasó en la jornada de la tarde, pero la situación que se originó con la plataforma fue superada sin generarse perjuicio alguno a los aspirantes.
- Que respecto a la primera pregunta contenida en el cuestionario de la prueba de conocimiento que inició a las 8:00 am informa que la misma tuvo que ser sustituida en aras de preservar la integridad del instrumento de selección aplicado.
- Que lo anterior no significa que la ESAP hubiese diseñado dos instrumentos de prueba para su aplicación.
- Alega que del informe estadístico se desprende una presunta filtración de los ítems que conformaron la prueba de conocimiento con ocasión a la identificación de una puntuación atípica que desde el ámbito psicométrico resulta improbable su ocurrencia y con base en los resultados encontrados en el informe estadístico de la calificación de la prueba de conocimiento, la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP, emite la Resolución N° SC- 1276 de 12 de noviembre de 2020 "Por medio de la cual se deja sin efecto alguno



la prueba de conocimientos aplicada el 11 de octubre de 2020, en el marco del concurso público y abierto de méritos para la elección de un comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se modifica el artículo 7 de la Resolución N° SC-1047 de 19 de agosto de 2020 y el artículo 1 de la Resolución N° SC-1055 de 21 de agosto de 2020".

- Manifiesta que la presunta irregularidad tiene origen en el informe estadístico de calificación de la prueba de conocimiento el cual desarrollo argumentos contundentes desde la psicometría que permitieron concluir la presunta filtración del instrumento aplicado, basado en el puntaje improbable obtenido por uno de los aspirantes de Comisionado más aún cuando los aciertos de los demás aspirantes de Comisionado oscilaron entre 37 y 70, excepto el valor atípico con un número total de 97 aciertos.
- Asegura que la expedición de la Resolución N° SC-1276 del 12 de noviembre de 2020 en contraposición a lo expresado por el accionante, surge en garantía de los derechos fundamentales de los aspirantes que en igualdad de condiciones tienen la posibilidad de participar y acceder a un empleo público, previo proceso de selección que demuestre sus capacidades y que de ninguna forma puede obedecer a factores e intereses externos que desnaturalicen el propósito de la verdadera elección del empleo de Comisionado.
- Que dentro de las facultades otorgadas en el artículo 29 de la Resolución N° SC-1047 de 2020 se encuentra la posibilidad de adelantar actuaciones administrativas por posibles fraudes, por copia o intento de copia, sustracción de materiales de prueba o suplantación o intento de suplantación, entre otros casos, durante o después de la aplicación de las pruebas o encontrados durante la lectura de las hojas de respuestas o en desarrollo del procedimiento de determinación o verificación de resultados y la materialización de esta actuación administrativa se encuentra con la expedición de la Resolución N° SC-1276 de 12 de noviembre de 2020, que en su artículo 7 ordena el traslado del acto administrativo y soportes a la Fiscalía General de la Nación ante la falta de competencia de la ESAP para adelantar investigaciones por comisión de conductas punibles para el presente caso, delito de divulgación y empleo de documentos reservados de que trata el artículo 194 de la Ley 599 de 2000.
- Señala que el fundamento de la decisión lo constituye precisamente el informe estadístico del procedimiento de calificación de la prueba de conocimiento el cual esboza ampliamente los argumentos psicométricos que permiten establecer la conclusión de la filtración de la prueba de conocimiento en el concurso público y abierto de méritos de Comisionado situación que condujo a que la ESAP adoptara decisiones en beneficio de todos los aspirantes de Comisionado más aún cuando los resultados oscilaron entre 37 y 70, es decir por debajo del mínimo aprobatorio exigido en el artículo 20 de la Resolución N° SC- 1047 de 2020.
- Manifiesta que el tutelante hace una lectura parcial del segundo párrafo de la página 4, "... valores atípicos (*poco comunes pero que suelen aparecer*)...", con el propósito de hacer ver que hay una contradicción en la argumentación presentada por la ESAP, pero lo que se afirma en dicho párrafo es que un puntaje alto es probable, siempre y cuando, se cumpla otra condición relacionada con las calificaciones obtenidas por el resto del grupo de participantes, consistente en que, dada la característica de distribución normal de las calificaciones obtenidas por los demás participantes, los valores atípicos se pueden calcular mediante la diferencia entre los cuartiles de la distribución de puntajes y para este caso concreto, se considera valor atípico superior todo aquel que supere los 80 puntos y como se aprecia, los 97 puntos exceden por mucho dicho límite.
- Afirma que revisadas las puntuaciones obtenidas, se encontró que la calificación del accionante está dentro de la curva de distribución normal, en consecuencia, su puntaje no corresponde a un puntaje extremo, de 97 puntos, sino que encuentra ubicada dentro de la curva de distribución normal en el rango de 37 a 70 puntos.
- Que la ESAP concluyó que hay un posible fraude basado en criterios científicos de la teoría de la probabilidad aplicada a los datos obtenidos derivados de las respuestas dadas a las pruebas escritas de conocimientos y ante la duda razonable, como ente responsable de garantizar igualdad de oportunidades a todos los participantes en el concurso, ante una circunstancia de duda razonable basada en la teoría de la probabilidad, en que la conclusión indica un hecho poco probable, toma las medidas



administrativas para disipar dudas frente a la prueba de conocimientos, pero corresponde a las autoridades competentes y no a la ESAP investigar y recolectar las pruebas necesarias sobre el hallazgo.

- Que el informe es el resultado de un análisis que desarrolla métodos estadísticos los cuales permiten concluir que ocurrió una presunta filtración de los ítems que conformaron la prueba de conocimiento, por lo que el ejemplo con el que se pretende asociar a la teoría de la probabilidad es totalmente desacertado más aun cuando el informe responde a métodos utilizados en materia de medición por la comunidad científica.
- Señala que la ESAP protege los principios de mérito, igualdad, acceso a cargos público y selección objetiva, por lo cual no era posible que la Entidad fuera permisiva ante una situación de tal magnitud que podría afectar gravemente y sembrar un manto de duda en la elección al transgredir el principio de transparencia que debe regir el concurso público y abierto de méritos de Comisionado.

6.3. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA:

El doctor ARMANDO LÓPEZ CORTES, en su condición de Director Jurídico del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, señala lo siguiente:

- Que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la acción, por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos que permitan colegir o atribuir la violación de los derechos constitucionales fundamentales del señor JULIO CESAR REYES OCHOA, por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública, como quiera que el accionante funda sus pretensiones en unas apreciaciones que no cuentan con asidero legal alguno, por lo que la acción no estaría llamada a prosperar, máxime cuanto no se cuenta con prueba fehaciente alguna que permita dilucidar que se le vulneró algún derecho fundamental, pues militan las pruebas materiales que evidencian cual fue la intervención del DAFP, en este proceso.
- Que las gestiones adelantadas por la Secretaría General del Departamento Administrativo de la Función Pública, en virtud de la Resolución N° SC-1047 de 19 de agosto de 2020 "Por medio de la cual se fija el cronograma del concurso público y abierto de méritos para la elección de un (1) Comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil", estuvieron enmarcadas exclusivamente a la publicación del aviso de convocatoria en un diario de amplia circulación, de acuerdo con lo reglamentado en el artículo 1° del Decreto 3016 del 15 de agosto de 2008, que establece:

"ARTÍCULO 1°. El Gobierno Nacional a través del Departamento Administrativo de la Función Pública, convocará al concurso público y abierto para la selección de los Comisionados de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los términos previstos en el artículo 9° de la Ley 909 de 2004. La convocatoria deberá divulgarse por una sola vez en un medio de amplia circulación nacional y a través de las páginas web del Departamento Administrativo de la Función Pública, la Comisión Nacional del Servicio Civil y la entidad encargada de adelantar el proceso de selección, Universidad Nacional de Colombia o la Escuela Superior de Administración Pública.

En la convocatoria se informará la Universidad o la Institución de Educación Superior encargada de realizar el proceso de selección y la fecha en la que esta publicará el cronograma del concurso, en el cual deberá señalarse las bases del proceso de selección."

- Que la publicación se cumplió mediante el aviso de prensa del Diario el Nuevo Siglo, el 14 de agosto de 2020, página 11.
- Que sobre el concurso, el mismo se adelantó por la Escuela Superior de Administración Pública y que conforme al artículo 2 del Decreto 3016 de 2008, el cronograma elaborado por la ESAP se publicó dentro de los cinco días siguientes a la convocatoria en la página web del DAFP.
- Que el accionante cuenta con otros mecanismos de defensa para solicitar se deje sin efectos la Resolución N° RS-1276 de 12 de noviembre de 2020, que anula la prueba de conocimientos por la mera sospecha que hubo un fraude en razón que uno de los participantes obtuvo un puntaje de 97 puntos de 100 posibles, en consecuencia, la acción de tutela instaurada por el señor JULIO CESAR REYES OCHOA no cumple con el requisito de subsidiariedad, toda vez que no concurren los presupuestos para que



proceda esta acción, ni siquiera de forma excepcional pues no se vislumbra la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el cual, en este caso, gira en torno del derecho al mínimo vital, sobre lo cual el accionante no arrimó prueba sumaria al respecto.

VII. DERECHOS INVOCADOS:

El accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, A LA IGUALDAD, A LA HONRA Y AL BUEN NOMBRE y ACCESO A CARGOS PÚBLICOS.

VIII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

8.1. Competencia.

El artículo 86 de la Constitución Nacional establece la regla general de que la acción de tutela puede ser presentada ante cualquier juez, en todo momento y lugar, en busca de la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

Los Decretos 2591/91, 306/92, 1382/00, reglamentan la acción de tutela y señalan que ella sólo es procedente cuando no existen otros medios o mecanismos de defensa por su carácter residual y subsidiario que lo definen a la luz de lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Nacional; excepto cuando se utilice como mecanismo de transitorio para evitar un perjuicio irremediable o inminente.

Como consecuencia de lo anterior, y de lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, este Despacho es competente para conocer en primera instancia de la acción de tutela ejercida por el señor JULIO CÉSAR REYES OCHOA en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), la ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA por presunta violación de sus derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, A LA IGUALDAD, A LA HONRA Y AL BUEN NOMBRE y ACCESO A CARGOS PÚBLICOS.

8.2. De la acción de tutela

En el caso que nos ocupa, encontramos que se demandan los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, A LA IGUALDAD, A LA HONRA Y AL BUEN NOMBRE y ACCESO A CARGOS PÚBLICOS, presuntamente vulnerados por parte de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), la ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, al considerar el accionante que la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP – por medio de la Resolución N° SC-1276 del 12 de noviembre de 2020 anula la prueba de conocimiento por la mera sospecha que hubo un fraude en razón que uno de los participantes obtuvo un puntaje de 97 puntos de 100 posibles, acción sostenida únicamente bajo análisis estadísticos, pero sin llevar a cabo un debido proceso administrativo con el fin de determinar de manera irrefutable, desde el punto de vista jurídico, la comisión de un fraude en el marco de la convocatoria realizada, en razón que la ESAP no ha llevado a cabo siquiera la comunicación del puntaje de la prueba de conocimientos, asumiendo, acudiendo a los mismos supuestos de la entidad que es el participante que obtuvo los 97 puntos.

8.3. Asunto jurídico:

La sentencia T-623 de 2009, señala lo siguiente:

Segunda. Lo que se debate.

Corresponde a esta Sala decidir si en el caso sometido a revisión prospera la demanda de tutela, en cuanto el actor considera que la Universidad del Sinú y la Comisión Nacional del Servicio Civil vulneraron sus derechos fundamentales "a la igualdad, al trabajo y al debido proceso", al no tener en cuenta su título de bachiller pedagógico y excluirse de la lista de elegibles, en la convocatoria para la provisión de docentes y directivos docentes en el Departamento de Sucre.



Tercera. La existencia de otro mecanismo de defensa judicial eficaz hace improcedente la acción de tutela, salvo que exista un perjuicio irremediable. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte reiteradamente ha señalado que uno de los factores de procedencia de la acción de tutela está supeditado a la inexistencia o la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, cuando éste es idóneo para restablecer el derecho atacado, situación que podrá determinarse por el juez de tutela en el caso concreto, frente a los hechos y el material probatorio correspondiente¹¹.

El inciso 3° del artículo 86 de la Constitución somete la acción de tutela al presupuesto de subsidiariedad, esto es, que el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En desarrollo de la norma superior, en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 taxativamente se consagraron las causales de improcedencia de la acción de tutela (num. 1°).

Esa subsidiaridad guarda relación con el papel que también le corresponde al juez en sus actividades comunes, como guardián de los derechos fundamentales y de la Constitución que en todo proceso le corresponde ser¹². Así, deviene claramente que la acción de tutela, por su carácter excepcional, no es el mecanismo a utilizar per se para obtener el amparo de derechos fundamentales cuando exista otra vía de defensa judicial, salvo que se configure un perjuicio irremediable, el cual ha de estar probado y debe ser inminente y grave¹³.

Cabe repetir, de esta manera, que el carácter subsidiario y excepcional de la acción de tutela implica que ésta sólo pueda ser ejercida cuando no se disponga de otro mecanismo de defensa judicial, o en el evento en que aun existiendo resulte ineficaz, o que sea necesario el amparo, en forma transitoria, para evitar que se produzca un perjuicio irremediable.

Al respecto en sentencia T-128 de febrero 22 de 2007, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, esta corporación expuso:

"... dado que contra los actos administrativos que vulneran un derecho fundamental particular, procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y que al emplear dicha vía, el interesado puede solicitar la suspensión provisional del acto, la Corte ha considerado que 'no le es dable al juez de tutela entrar, mediante una decisión judicial, a revivir los términos para interponer recursos que en su momento no fueron utilizados, o revivir los términos de caducidad establecidos para ejercer las acciones judiciales procedentes, pues la acción de tutela no es un mecanismo judicial, alterno, supletivo, concomitante o una tercera instancia, a la cual se pueda acudir para remediar aquellas actuaciones judiciales dejadas de hacer por la negligencia o mera liberalidad del particular, como tampoco para reemplazar al juez ordinario al que eventualmente le corresponda dirimir determinado asunto en virtud del ejercicio de la acción judicial correspondiente.¹⁴

La Corte Constitucional ha señalado que en los eventos excepcionales en los que procede la tutela contra actos administrativos que vulneren derechos fundamentales, por regla general, ésta se concede como mecanismo transitorio. Así lo señaló en la sentencia T-514 de 2003¹⁵ en donde indicó al respecto lo siguiente:

'la Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo'.

No obstante, esta Corporación también ha admitido que en ciertos casos, cuando existe una vía de hecho en un acto administrativo y se observa la existencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela procederá no sólo como mecanismo transitorio, sino que excepcionalmente podrá concederse de forma definitiva¹⁶."

Por tanto, como regla general relacionada con lo anteriormente expuesto, la acción de tutela que pretenda atacar un acto administrativo es improcedente, pues en el ordenamiento jurídico está consagrada la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, medio de defensa judicial propio, específico y eficaz, que inclusive prevé la suspensión provisional, excluyendo la protección prevista en el artículo 86 de la Carta, salvo la existencia de un perjuicio irremediable.



De igual forma se refieren en la sentencia T-441 de 2017:

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

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 aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". En consecuencia, la procedibilidad de la tutela estará sujeta a que el actor no cuente con otro medio de defensa judicial; que el medio existente no sea idóneo o eficaz para la defensa de los derechos cuyo amparo se pretende,¹ o, finalmente que se busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela se concede de manera transitoria, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto por la vía judicial ordinaria.

Ahora bien, para establecer la idoneidad y eficacia de los mecanismos judiciales, el juez debe valorar los supuestos fácticos de cada caso concreto, analizando aspectos tales 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;² (ii) el tiempo que tarda en resolverse la controversia ante el juez natural; (iii) la vulneración del derecho fundamental durante el trámite;³ (iv) las circunstancias que impidieron que el accionante hubiese promovido los mecanismos judiciales ordinarios;⁴ (v) la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario, entre otras.

El numeral 5º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela no procede cuando se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto. En ese sentido, la Corte ha indicado que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial al que debe acudir para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos.⁵

Dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir en sede judicial un acto administrativo debe acudir a las acciones que para tales fines existen en la jurisdicción contencioso administrativa, como lo son la pretensión de simple nulidad o la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, que puede ser acompañada con la solicitud de suspensión provisional.

Así entonces, la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 Superior, ha sido establecida como un mecanismo de carácter excepcional, residual, encaminado a la protección directa, efectiva e inmediata de los derechos fundamentales de las personas frente a las violaciones o vulneraciones de que pueden ser objeto, bien por parte de las autoridades, o de los particulares, en los casos previstos en la ley.

De igual forma, la Corte ha sido clara en señalar que la acción de tutela resulta improcedente cuando quien la instaura dispone de otro medio de defensa judicial para la protección de su derecho, a menos de que se instaure como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Lo anterior quiere decir entonces, que es requisito indispensable para su procedencia la inexistencia de otro mecanismo idóneo de defensa judicial, a través del cual el interesado pueda reclamar válida y efectivamente la protección del derecho que considera conculcado o amenazado. Es en este sentido que, en varias oportunidades, la Corte ha resaltado el carácter subsidiario de esta acción constitucional, como uno de sus elementos esenciales.⁶

Igualmente, ha sostenido la Corte que el amparo no busca excluir a la jurisdicción ordinaria del conocimiento de los asuntos que le son propios. La tutela es un mecanismo que asegura en forma especial y excepcional la intangibilidad del núcleo esencial de los derechos fundamentales vulnerados, cuando no existan instrumentos ordinarios que permitan dicha

¹ La idoneidad del mecanismo judicial "hace referencia a la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo cual ocurre cuando existe una relación directa entre el medio de defensa y el contenido del derecho". Mientras que la eficacia "tiene que ver con que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera rápida y oportuna una protección al derecho amenazado o vulnerado". Sentencia T-798 de 2013.

² Ver sentencias T-414 de 1992, T-384 de 1998, T-822 de 2002, T-068 de 2006 y T-798 de 2013.

³ Ver sentencias T-778 de 2005, T-979 de 2006, T-864 y T-123 de 2007, y T-798 de 2013.

⁴ Ver, entre otras, las sentencias T-039 de 1996 y T-512 de 1999.

⁵ Ver entre otras sentencias SU-458 de 1993, donde la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela para controvertir los actos de ejecución del concurso de méritos de la rama judicial cuando el actor no había hecho uso de ellos; T-1198 de 2001, en esta oportunidad la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela para controvertir los actos administrativos dentro del proceso de selección en la Aeronáutica Civil, ni tampoco existía un perjuicio irremediable, pues los accionantes no cumplían con los requisitos mínimos exigidos para participar en el concurso.

⁶ Ver, entre otras, las sentencias T-568 de 1994, T-654 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-684 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.



protección. Por ello, la acción de tutela resulta improcedente, en virtud de su naturaleza subsidiaria y residual, cuando el actor tiene o tuvo a su disposición otros mecanismos judiciales de defensa.⁷

La Corte Constitucional en sentencia T-091 de 2018, reitera esta posición y dice que:

3.3. Subsidiariedad

44. *La acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial efectivo para la protección de sus derechos fundamentales o, en caso de existir tal recurso judicial, se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁸. El carácter subsidiario de esta acción "impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales (...) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional"⁹.*

45. *No obstante, la Corte ha advertido que el estudio de la subsidiariedad de la acción de tutela no consiste en una mera verificación formal de la existencia de otros mecanismos judiciales o administrativos¹⁰. Por el contrario, le corresponde al juez constitucional analizar la situación particular del accionante y los derechos cuya protección se solicita, con el fin de comprobar si aquellos resultan eficaces para la protección de los derechos fundamentales¹¹. Por ejemplo, en los asuntos que involucran derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, el análisis del cumplimiento del requisito de subsidiariedad es menos riguroso, debido al interés superior de los menores de edad, garantizado por el artículo 44 de la Constitución.*

46. *De manera reiterada, la Corte ha advertido que el juez constitucional debe determinar si los medios de defensa judicial disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien acude a la acción tutela¹². Si no es así, puede otorgar el amparo de dos maneras distintas: (i) como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria, y (ii) como mecanismo eficaz de protección de los derechos fundamentales. La primera posibilidad implica que si bien las acciones ordinarias pueden proveer un remedio integral, no son lo suficientemente expeditas para evitar un perjuicio irremediable. La segunda, que el medio de defensa ordinario no ofrece una solución integral para la protección de los derechos fundamentales comprometidos.*

47. *La existencia de las otras vías judiciales debe ser analizada en cada caso concreto, en cuanto a su eficacia. Si no permiten resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrecen una solución integral para el derecho comprometido, es procedente la acción de tutela como mecanismo de amparo definitivo de los derechos fundamentales invocados.*

La sentencia T-375 de 2018 nuevamente se pronuncia y dice que:

Subsidiariedad

1. *El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que "permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos"¹³. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.*

En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

2. *No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en*

⁷ T-669 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸ Constitución Política, artículo 86.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-037 de 2009.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-721 de 2012.

¹¹ Corte Constitucional, sentencias T-043 de 2014, T-402 de 2012 y T-235 de 2010.

¹² Ver, entre otras, las sentencias SU-961 de 1999, SU-1052 de 2000, T-747 de 2008, T-500 de 2002, T-179 de 2003, T-705 de 2012 y T-347 de 2016.

¹³ Sentencia T-603 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); Sentencia T-580 de 2006 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).



aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad¹⁴:

(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,

(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

3. En cuanto a la primera hipótesis, que se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que ésta no puede determinarse en abstracto sino que, por el contrario, la aptitud para la efectiva protección del derecho debe evaluarse en el contexto concreto. El análisis particular resulta necesario, pues en éste podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados.

4. Ahora bien, en cuanto a la segunda hipótesis, cabe anotar que su propósito no es otro que el de conjurar o evitar una afectación inminente y grave a un derecho fundamental. De este modo, la protección que puede ordenarse en este evento es temporal, tal y como lo dispone el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, el cual indica: “[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

Así mismo, dicha excepción al requisito de subsidiariedad exige que se verifique: (i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto del daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo¹⁵.

5. Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

Igualmente el asunto que nos atañe es ajeno al ámbito de la jurisdicción constitucional en sede de tutela, por la naturaleza puramente legal de sus pretensiones cuya definición cuenta con las instancias, medios y procedimientos administrativos y judiciales ordinarios correspondientes y en los eventos en que la función del juez sea prevenir una posible amenaza contra derechos fundamentales, no es posible ordenar un pronunciamiento declarativo de derechos de competencia de otras jurisdicciones, debido a que una decisión de esa naturaleza debe ser objeto de debate, acumularse suficiente material probatorio y elementos de juicio que permitan fundamentar una decisión de esa categoría. Lo que, en un procedimiento tan corto, como lo constituye la acción de tutela, no es dado emitirlo.

El reconocimiento de las pretensiones que desea obtener el accionante mediante la acción de tutela tiene reconocido en el ordenamiento jurídico un término procedente y unas instancias especiales, que, está en cabeza de las entidades pertinentes (COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), la ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA), encargadas de resolver el litigio que por dicho motivo se produzca. Cuenta entonces el accionante, con otros medios idóneos para reclamar la protección a los derechos invocados y no es, repetimos, en sede de tutela, dada la característica residual, subsidiaria y extraordinaria que tiene este mecanismo constitucional.

El accionante está en condiciones de ejercer ante las entidades correspondientes las pretensiones reclamadas por esta vía, las cuales, por razones legales, le corresponde dirimir a aquellas instancias, de conformidad a lo plasmado en la parte motiva de esta decisión.

¹⁴ Sentencia T-662 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

¹⁵ Sentencias: T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), entre otras.



No se puede decir que las acciones ante la jurisdicción contenciosa administrativa, no sea adecuado para resolver el asunto o que no sea efectivo, como tampoco podemos decir que el este sufriendo un perjuicio irremediable o que haya un daño irreversible en este caso que concrete la vulneración de sus derechos, toda vez que en el informativo no aparecen factores objetivos que demuestren circunstancias extraordinarias y apremiantes que ameriten la prevalencia del amparo constitucional sobre la vía legales correspondientes, por lo que no debe ser dilucidado por vía de tutela. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que:

"En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable."

En resumen, dos causales de improcedencia se presentan en este caso, siendo estas: (I) Para la protección de los derechos reclamados, el actor cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, que deben ejercitarse y, (II) En el presente caso no fue acreditada la existencia de un perjuicio irremediable que amerite la procedencia excepcional de la tutela

Se oficiará a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a fin de que notifique a través de su portal Web, a los aspirantes a la Convocatoria contemplada por la Resolución N° SC – 1047 de 19 de agosto de 2020, de la presente decisión.

En razón y mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BARRANQUILLA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad constitucional,

FALLA:

1.- DECLARAR IMPROCEDENTE la Acción de Tutela instaurada por el señor JULIO CÉSAR REYES OCHOA en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), la ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, por las razones anotadas en la parte motiva de este fallo.

2.- NOTIFICAR a las partes por el medio más eficaz.

3.- Oficiase a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a fin de que notifique a través de su portal Web, a los aspirantes a la Convocatoria contemplada por la Resolución N° SC – 1047 de 19 de agosto de 2020, de la presente decisión.

4.- Contra la presente decisión procede recurso de impugnación dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación, acorde con el artículo 31 del decreto 2591/91. En caso de no ser impugnada se remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Si no fuese seleccionada por la HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión, una vez recibida en el despacho, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GLORIA AMPARO GIRALDO RUIZ
JUEZ

* Sentencia T-1316 de 2001.