



Rama Judicial  
República de Colombia

Santiago de Cali, cuatro (4) de marzo de dos mil veinte (2.020).

**Radicación:** 76-001-33-33-013-2020 – 00014 - 01

**Acción:** Acción de tutela. (Segunda instancia)

**Demandante:** Hugues Othon Olivella Saurith

**Demandado:** Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC y otro

**Magistrado Ponente:** Víctor Adolfo Hernández Díaz.

**SENTENCIA No. 14**

## **1. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Conoce la Sala la impugnación formulada por la parte accionante contra la sentencia N° 007 del 30 de enero de 2020 proferida por el Juzgado Trece (13) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Santiago de Cali en la que se declaró improcedente la presente solicitud de amparo Constitucional.

## **2. ANTECEDENTES**

### **2.1 LA DEMANDA.**

#### **2.1.1 Pretensiones**

El señor Hugues Othón Olivella Saurith pretende se tutelen los derechos fundamentales al trabajo, igualdad y debido proceso, en consecuencia de lo anterior, se ordene a las entidades accionadas corrijan los resultados de la prueba básica, funcional y comportamental y por ende los resultados ponderados.

### 2.1.2 HECHOS RELEVANTES

1. Refirió ser concursante activo de la convocatoria N° 437 del Valle del Cauca para el cargo de Inspector Urbano de Policía Categoría Especial OPEC # 54044, número de inscripción de aspirante 152256493.
2. Una vez presentó las pruebas respectivas, la Universidad Francisco de Paula Santander - UFPS realizó la respectiva calificación obteniendo como resultados en la prueba básica: 76.00, prueba funcional: 72.34 y en la comportamental: 66.66.
3. Consideró que el resultado obtenido no es acorde al cuestionario que respondió, pues debió obtener un mayor puntaje; en ese sentido señaló que el día de la exhibición de documentos constató que de la pregunta 56 a la 61 no correspondían al cargo ofertado y no fueron establecidas en los eje temáticos para dicho cargo, por tanto, solicitó a la UFPS la no contabilización de las seis preguntas que no correspondían al cargo ofertado; así mismo la respuesta brindada en la pregunta 82 era válida siendo incorrecta la sugerida por la universidad.
4. Indicó que la UFPS a través de la coordinadora de pruebas de proceso de selección 437 de 2017 dio respuesta a la reclamación el día 20 de noviembre de 2019, pero no respondió de fondo lo referente a la exclusión en la calificación de las preguntas 56 a la 61 y el yerro cometido en la pregunta 82.
5. Manifestó que en la respuesta brindada la universidad reconoció yerros presentados en las preguntas 13 y 28 por lo que fueron eliminadas, así mismo 11 preguntas y respuestas de la prueba funcional y dos más en la prueba comportamentales, por tanto, la calificación se había realizado con las preguntas que se consideraron validas luego del riguroso estudio de validación.
6. Afirmó que la Universidad, conforme el acuerdo N° CNSC – 20171000000256, no tenía facultades para anular ningún porcentaje las preguntas y respuestas de los ítems de las pruebas, vulnerando el debido proceso conforme lo establece la SU 913 de 2009.



## **2.2 CONTESTACIÓN DE LA TUTELA.**

### **2.2.1 MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI<sup>1</sup>.**

Se opuso a la acción de tutela en el sentido de que el ente territorial no ha vulnerado derecho fundamental alguno del accionante pues es la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC quien está facultada para adelantar los procesos de selección de los concursos de méritos.

Indicó que en el asunto se evidencia una falta de legitimación en la causa por pasiva.

### **2.2.2 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC<sup>2</sup>**

Indicó que la presente acción se torna improcedente como quiera que el accionante cuenta con otros mecanismos con el fin de controvertir los acuerdos reglamentarios del concurso previstos en la Ley 1437 de 2011; aunado a lo anterior, el accionante no demuestra inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama.

En virtud de licitación pública N° 007 de 2018, el proceso de selección N° 437 de 2017 fue adjudicado mediante resolución N° 20181000176965 del 18 de diciembre de 2018 a la Universidad Francisco de Paula Santander – UFPS, por tal motivo, entre la CNSC y la UFPS se celebró el contrato N° 652 de 2018 con el fin de desarrollar el proceso de selección N° 437 de 2017.

En ese sentido, una vez presentadas las pruebas respectivas por los participantes, el día 24 de octubre de 2019 fueron publicados los resultados, inconforme con los mismos el accionante interpuso reclamación, misma que fue resuelta el día 21 de noviembre de 2019 en los términos del artículo 34 de la acuerdo del proceso de selección; en virtud de lo anterior la entidad publicó los resultados definitivos de la prueba escrita la cual el accionante aprobó obteniendo en la prueba de

---

<sup>1</sup> Fls 54 al 57 del C.ú

<sup>2</sup> Fls 23 al 26 del C.ú



competencias básica 76.0, funcionales 72.34 y comportamentales 66.66, es decir, que continúa en el proceso de selección.

Puntualizó que el día 22 de noviembre de 2019 se publicaron los resultados de la valoración de antecedentes para los aspirantes que aprobaron las pruebas, los cuales se encuentran en firme.

Solicitó negar la presente acción de tutela.

### **2.2.3 UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER<sup>3</sup>**

Indicó que la presente acción se torna improcedente como quiera que no se enmarca en ninguna de las dos situaciones excepcionales establecidas por la H. Corte Constitucional.

Manifestó que el concurso de méritos se desarrolló conforme los lineamientos establecidos en el acuerdo de creación, garantizando desde la efectiva práctica y calificación de las pruebas básicas, funcionales y comportamentales hasta la interposición de reclamaciones, resolución de las mismas y exhibición de documentos, todo lo anterior conforme el cronograma establecido para tal fin.

De otro lado afirmó que el accionante conocía desde un inicio el acuerdo de creación del concurso de méritos en el cual se explicaba en detalle el eje temático de las pruebas escritas, también que las preguntas establecidas en las pruebas escritas fueron realizadas de manera rigurosa por profesionales en el tema quienes realizaron varios filtros y requirieron de varias ayudas para determinar los parámetros de calidad para la aceptación de cada uno de los ítems siguiendo las normas de la Real Academia Española de la Lengua – RAE.

Con relación a las preguntas eliminadas adujo que obedeció al resultado de los análisis psicométrico por parte de la universidad quien evidenció que los ítems eliminados no discriminaban ni cumplían con los criterios de dificultad y discriminación estipulados inicialmente, aclarando que tal circunstancia en nada varía el resultado obtenido por los participantes y es un procedimiento de calificación establecido en la guía de orientación al aspirante.

---

<sup>3</sup> Fls 33 al 53 C.Ú

Finalmente refirió que la respuesta emitida por la entidad a la petición formulada por el accionante, resolvió de fondo todos sus pedimentos.

Solicitó se negara la tutela en referencia.

## 2.3 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA<sup>4</sup>

El juzgado Trece (13) Administrativo del Circuito Judicial de Santiago de Cali profirió la sentencia N° 007 calendada el 30 de enero de 2020, mediante la cual rechazó por improcedente la presente acción de tutela, toda vez que consideró que el asunto objeto de estudio podía ventilarse ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a través de los medios de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho establecidos en la Ley 1437 de 2011.

Concluyó que no se observaba la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante.

## 2.4 IMPUGNACIÓN

### 2.4.1 Parte accionante<sup>5</sup>

Señaló que la sentencia de tutela de primera instancia debe ser revocada, toda vez que el asunto puesto a consideración de la autoridad judicial si es procedente.

Aclaró que el A – *quo* solo abordó parte del problema jurídico desconociendo la arbitrariedad en que incurrió la UFPS al anular respuestas y preguntas a su antojo sin notificar a los participantes de tal circunstancia y sin tener facultades para ello violando el debido proceso a todos los concursantes.

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia.

<sup>4</sup> Fls 55 al 59 C.ú

<sup>5</sup> Fls 69 al 74 C.ú

### **3. CONSIDERACIONES GENERALES**

#### **3.1. COMPETENCIA**

El Tribunal es competente para conocer de la impugnación de la sentencia proferida en primera instancia, según lo establecido por el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

#### **3.2. PROBLEMA JURÍDICO**

La controversia jurídica se contrae a resolver dos problemas jurídicos a saber:

¿Es procedente la acción de tutela cuando el mecanismo de defensa judicial ordinario se torna ineficaz para proteger el derecho fundamental conculcado?

¿Ha vulnerado las entidades accionadas los derechos fundamentales al trabajo, igualdad y debido proceso aducidos por el accionante al anular preguntas y respuestas del concurso sin estar facultados para hacerlo conforme el acuerdo de convocatoria?

#### **3.3. EXAMEN DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

##### **3.3.1. Legitimación por activa**

Según el artículo 86 de la Constitución, toda persona, puede presentar acción de tutela para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados.

Respecto de la legitimidad para el ejercicio de la acción de tutela, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, esta puede ser ejercida (i) a nombre propio; (ii) a través de un representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv) mediante un agente oficioso.



100

En este caso, se acredita que el señor Hugues Othon Olivella Saurith interpuso la acción con el fin de obtener una mayor calificación de las pruebas practicadas en el marco de la convocatoria N° 437 de 2017, por lo anterior, se concluye que el requisito de legitimación por activa se encuentra superado.

### **3.3.2. Legitimación por pasiva**

La legitimación pasiva en sede de tutela se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando esta resulte demostrada.

Según los artículos 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares.

En el caso analizado, se advierte que las entidades accionadas de conformidad con lo estipulado en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, están legitimadas como parte pasiva dentro del proceso, toda vez que son las autoridades públicas a quien se le atribuye la vulneración de la prerrogativa constitucional.

### **3.3.3. Subsidiariedad**

La protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado a la acción de tutela. Con fundamento en la obligación que el artículo 2 de la Constitución impone a las autoridades de la República, de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades, los distintos mecanismos judiciales previstos en la ley han sido establecidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la Constitución defina la tutela como un mecanismo subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales son, entonces, los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos, tal como disponen el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución

Política, el numeral 1 del artículo 6 y el inciso 1° del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991.

Ahora bien, Ha dicho la Corte Constitucional:

*"La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional."*<sup>6</sup>

En ese sentido, considera esta Sala de decisión que la presente acción Constitucional es procedente para debatir y cuestionar dichos actos inicialmente, pues el trámite previsto por el ordenamiento jurídico se torna ineficaz en estos asuntos, sin embargo, se debe determinar en cada caso particular las circunstancias que rodean la presunta vulneración de los derechos fundamentales con el fin de clarificar si se adviertan circunstancias excepcionales que ameriten intervención en sede de tutela o si por el contrario el mecanismo ordinario es el idóneo.

### 3.3.4. Inmediatez

La definición acerca de cuál es el término "razonable" que debe mediar entre la fecha de ocurrencia de la presunta afectación de los derechos fundamentales y su cuestionamiento en sede de tutela, no ha sido pacífica en la jurisprudencia. Por tal razón, de manera abstracta y previa,

---

<sup>6</sup> Sentencia T-315 de 1998 de la Corte Constitucional





este solo puede catalogarse como *prima facie*, pues su valoración concreta está sujeta a las circunstancias específicas del caso, a las condiciones del tutelante (en especial a su situación concreta de vulnerabilidad), a los intereses jurídicos creados a favor de terceros por la actuación que se cuestiona y a la jurisprudencia constitucional en casos análogos. El término que *prima facie* se ha considerado como razonable para tal efecto es de seis meses. Sin embargo, según la jurisprudencia constitucional, por la razón antes mencionada, de conformidad con las circunstancias del caso, este término puede considerarse como *excesivo o insuficiente*<sup>7</sup>.

En el presente asunto, se tiene que las respuestas a través del cual se respondió las reclamaciones presentadas por el accionante datan del 20 de noviembre de 2019 y 18 de diciembre de 2019 y la solicitud de amparo Constitucional fue incoada el 16 de enero de 2020 concluyendo que la acción de tutela se interpuso en el plazo razonable establecido por la H. Corte Constitucional.

### 3.4. CASO CONCRETO

Conforme lo indicó en la impugnación la parte accionante, el acto generador de la vulneración de sus derechos fundamentales gravita en la anulación de preguntas y respuestas por parte de las entidades accionadas en la práctica del examen básico, funcional y comportamental realizadas en el marco de la convocatoria N° 437 de 2017 sin estar facultados por el acuerdo de creación del concurso para ello.

Conforme al material probatorio allegado tenemos que el accionante presentó:

- El día 7 de noviembre<sup>8</sup> de 2019 presentó desistimiento de la reclamación contra los resultados de la prueba básica.

<sup>7</sup> Con relación a esta última inferencia, Cfr. entre otras, las sentencias T-001 de 1992, C-543 de 1992, SU-961 de 1999, T-575 de 2002, T-526 de 2005, T-033 de 2010 y T-060 de 2016.

<sup>8</sup> FI 8 C.ú

- El día 7 de noviembre de 2019<sup>9</sup> presentó complementación de la reclamación de los resultados de la prueba funcional en la cual solicitó se excluyeran de la calificación las preguntas 56 al 61 *-pues consideraba que no aplicaban al cargo ofertado -* y se diera validez a la respuesta plasmada en la pregunta 82 por ser la correcta.
- El día 7 de noviembre de 2019<sup>10</sup> presentó complementación de la reclamación de los resultados de la prueba comportamental.
- El día 25 de noviembre de 2019 presentó reclamación contra los resultados de la prueba de valoración de antecedentes.

Por su parte la Comisión Nacional del Servicio CIVIL – CNSC:

- El día 20 de noviembre de 2019<sup>11</sup> respondió las peticiones del accionante en las cuales dio respuesta a cada petición plasmada en las reclamaciones presentadas el 7 de noviembre de 2019 reconociendo que fueron eliminadas 12 preguntas del examen inicial luego de un nuevo análisis psicométrico, aclarando que tal circunstancia no afectó el resultado de los concursantes.
- El día 18 de diciembre de 2019 respondió la reclamación efectuada por el accionante el día 25 de noviembre de 2019 explicando y confirmando la puntuación asignada por el componente de valoración de antecedentes.

En este contexto, en efecto se constata que la Comisión Nacional del Servicio Civil eliminó doce respuestas de las preguntas del examen, 11 correspondiente al componente funcional y una al componente comportamental, según refirió la entidad en la respuesta brindada al accionante y el informe allegado en el trámite Constitucional, precisamente para el actor tal situación es la causa de la vulneración pues

---

<sup>9</sup> Fls 9 al 12 C.Ú

<sup>10</sup> Fls 13 al 15 C.Ú

<sup>11</sup> Fls 16 al 30 C.Ú.



102

tal eliminación de preguntas y repuestas no estaba contemplado en el acuerdo N° CNSC – 20181000003606 del 7 de septiembre de 2018 el cual fue aportado por el accionante en el escrito de impugnación y obra a folios 25 al 90 del C.ú.

Revisado dicho acuerdo, para esta Sala de decisión contrario a lo manifestado por el accionante, la CNSC si estaba facultada contractualmente para realizar actuaciones administrativas establecidas en el artículo 45 del CPACA a solicitud de parte o de oficio cuando advirtiera errores formales (parágrafo artículo 12 del acuerdo), así mismo conforme lo dispuesto por el artículo 47 ibídem *"en virtud de lo establecido en los literales a) y h) del artículo 12 de la Ley 909 de 2004, la Comisión Nacional del Servicio Civil de oficio o a petición de parte, antes de quedar en firme la lista de elegibles podrá modificar el puntaje obtenido en las pruebas aplicadas a los participantes, cuando se compruebe que hubo error, caso en el cual iniciará la actuación administrativa correspondiente y se comunicará por escrito al interesado"*

En ese contexto, la afirmación realizada por el accionante en ese sentido pierde fundamento y escapa de la órbita de acción de este trámite constitucional determinar si dicha actuación realizada por la CNSC desbordó las facultades establecidas en el mismo acuerdo de creación, pues para ello se debe realizar un debate probatorio técnico propio de un proceso ordinario que no está llamado a pretermittir esta instancia, pues el sub examine conforme las precisiones establecidas previamente, no se enmarca en ninguna de las excepciones para dirimir este tipo de asuntos en sede de tutela, es decir, no se advierte que de no concederse el amparo deprecado se genere un perjuicio irremediable, al considerar que el accionante aprobó el examen básico y funcional que le permite seguir activo en las demás etapas del proceso y su intención finalmente es obtener un mayor puntaje; así mismo de las pruebas aportadas no se advierte que el accionante sea un sujeto de especial protección que amerite una intervención especial en este estadio procesal.



En ese sentido, para esta Sala de decisión la presente acción es torna improcedente, por tal motivo, confirmará la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA:

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia N° 007 del 30 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Trece (13) Administrativo del Circuito Judicial de Santiago de Cali - Valle, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO.- NOTIFICAR** a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO. -- REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

República de Colombia

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó en Acta de la fecha.

  
**ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES**  
Magistrada

  
**ZORANNY CASTILLO OTÁLORA**  
Magistrada

  
**VICTOR ADOLFO HERNÁNDEZ DÍAZ**  
Magistrado Ponente