



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

74

Bogotá D.C.,

13 MAY 2018

SENTENCIA DE TUTELA No. 71.

Accionada: CNSC Y FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA
Accionante: OSCAR DARÍO LOZANO ROJAS
Derechos Invocados: Debido proceso, mérito e igualdad
Radicado: 110013335-017-2018-00164-00
Actuación: Sentencia de Tutela de Primera Instancia

Procede el Despacho a decidir la Acción de Tutela incoada por el señor OSCAR DARÍO LOZANO ROJAS, en nombre propio, contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC y la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales de: debido proceso, mérito e igualdad; no encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar Sentencia De Primera Instancia así:

I. ANTECEDENTES

LA ACCIÓN. Refiere el señor OSCAR DARÍO LOZANO ROJAS que es participe de la Convocatoria 434 de 2016, adelantada por las entidades accionadas, para la provisión de 315 vacantes que pertenecen al sistema general de carrera administrativa y dentro del proceso se han llevado a cabo la mayoría de las etapas como son la verificación de requisitos mínimos, pruebas escritas básicas, funciones (sic) y comportamentales.

Presentó el examen el 14 de enero de 2018, el 12 de febrero de 2018 fueron publicados los resultados de las pruebas básicas y el 22 de marzo los de las pruebas funcionales y comportamentales, en la página web de la CNSC, últimos contra los cuales presentó impugnación a través de la plataforma SIMO y producto de esto fue citado para el día 14 de abril de 2018 y tuvo acceso a la revisión de las pruebas.

Refirió que la citación a la prueba fue por el SIMO en la dirección Carrera 5 No. 12B – 49 bloque IC salón IC 105 el 14 de enero de 2018, pero una vez llegado el día un delegado de la Fundación Universitaria del Área Andina comenta que cometieron un error en el lugar de la citación y que debemos desplazarnos a otra sede de la universidad ubicada en la Calle 42 A 8 -10, lo que además del daño causado sobre los tiempos de traslado, desconcentración, incertidumbre, duda e inseguridad que se presenta con el cambio de sede.

Respecto de los conocimientos básicos, señaló que de acuerdo al cargo para el cual concursa “PROFESIONAL ESPECIALIZADO Grado: 21 Código 2028 Número OPEC 17757” la descripción de funciones esenciales, conocimientos básicos esenciales entre otras, no obedecieron a los ejes temáticos para la prueba de competencias funcionales del empleo elaborado por la Fundación Universitaria del Área Andina.

Añadió que cuando tuvo la oportunidad de revisar las preguntas del examen, en la etapa de impugnación, comentó con otros compañeros de trabajo, aspirantes a distintos cargos de diferentes áreas de la entidad y de diferentes profesiones, similitudes en las preguntas del componente funcional, hecho que vulnera el principio del mérito pues no se evaluó la especialidad de cada cargo.

II. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA.

Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud ocurrieron en la ciudad de Bogotá y la misma se encuentra dirigida contra una entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA.

En cuanto a la legitimación por activa, el solicitante es persona natural que actúa a nombre propio (art. 10 del D. 2591 de 1991); y por pasiva la acción se interpuso frente a la actuación de una entidad pública, esto es la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC (art. 13 del D. 2591 de 1991).

ANÁLISIS DEL DESPACHO.

Procedibilidad de la acción de tutela.

INMEDIATEZ

El artículo 86 de la Constitución Política, consagra la acción de tutela como un procedimiento preferente y sumario, para la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción o por la omisión de autoridades públicas o de los particulares que señala dicho precepto superior.

Es así que el juez de tutela debe examinar los requisitos propios de esta acción constitucional para poder declarar su procedencia; entre ellos se encuentra el requisito de inmediatez, identificado como el término razonable en el que se debe presentar la acción de tutela en búsqueda de su fin. Sobre el particular, en sentencia T-288/11 la H. Corte Constitucional señaló:

“Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. Conforme con lo anterior, el juez es quien debe determinar si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte derechos fundamentales, o que desnaturalice la acción. Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción. Dicho razonamiento conlleva necesariamente a la conclusión de que no existe una definición de antemano, con vocación general, de la razonabilidad y proporcionalidad para el tiempo de

presentación de la acción de tutela contra providencias judiciales. Así, es deber del juez constitucional analizar, en cada caso particular, si la solicitud de amparo fue presentada dentro de un término que revista dichas características" (Resaltado por el Despacho).

En cuanto al tiempo dentro del cual se debe solicitar la acción de tutela, el máximo órgano constitucional ha establecido algunos factores que determinan la razonabilidad o no del tiempo transcurrido entre la presunta afectación del derecho fundamental y la presentación de la solicitud de amparo. En sentencia T-743 de 2008 precisó lo siguiente:

"La Corte Constitucional ha establecido algunos de los factores que deben ser tenidos en cuenta para determinar la razonabilidad del lapso: (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado; (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición".

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido que en determinados casos no es necesario que concorra el requisito de inmediatez. Un ejemplo de ello es la sentencia T-172/13, en la cual determinó los casos en los cuales es posible la ausencia del requisito de inmediatez, al respecto señaló:

"El juez de tutela puede hallar la proporcionalidad entre el medio judicial utilizado por el accionante y el fin perseguido, para de esta manera determinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental reclamado. Además de lo anterior, la jurisprudencia también ha destacado que puede resultar admisible que transcurra un extenso espacio de tiempo entre el hecho que generó la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias claramente identificables: la primera de ellas, cuando se demuestra que la afectación es permanente en el tiempo y, en segundo lugar, cuando se pueda establecer que "... la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros"(Resaltado por el Despacho).

De la jurisprudencia constitucional transcrita en líneas precedentes, se podría inferir que la ocurrencia del requisito de inmediatez no debe ser aplicado en estricto sentido, lo admisible es que el juez de tutela debe observar cada caso en concreto y determinar si la afectación de los derechos es permanente en el tiempo o por el contrario, ante la no concurrencia de éste, debe aplicarse en estricto sentido el requisito de inmediatez, por lo cual debe ser declarada la improcedencia de la acción de tutela.

Para el caso concreto, la Fundación Universitaria del Área Andina, dio respuesta a la impugnación presentada por el accionante, el 23 de abril de 2018 y el actor presentó la acción de tutela el 7 de mayo de 2018, evidenciándose cumplido el requisito de inmediatez.

- **SUBSIDIARIEDAD**

El Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela, establece en el artículo 6º las causales de improcedencia y en el numeral 1º señala que no procederá “Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquellos se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

De otro lado, la Corte ha considerado que el agotamiento de los recursos ordinarios de defensa judicial responde al principio de subsidiariedad, lo cual pretende asegurar que la acción de tutela no se convierta en una instancia más dentro del trámite jurisdiccional.

En tratándose de acción de tutela contra actos administrativos la Honorable Corte Constitucional ha “predicado por regla general su improcedencia a no ser que se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Ello, por cuanto el interesado puede ejercer las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, como medida preventiva solicitar dentro de ésta, la suspensión del acto que causa la transgresión”¹.

Sin embargo, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos la Corte Constitucional ha reiterado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, por cuanto este mecanismo no ofrece la “suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos”², así:

En sentencia T-315 de 1998, señaló:

‘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’

(...).

En los mismos términos, en la Sentencia SU-913 de 2009, la Corte Constitucional concluyó 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

¹T.- 094/2013

² T-319 de 2014

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.”

En la sentencia en cita, la Corte concluyó que si bien pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para tener la entidad de excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, esto es, acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata, razones por las cuales a juicio de este Despacho la presente tutela resulta procedente, máxime cuando de acuerdo con la convocatoria la OPEC 17757 para la cual aspira el accionante, únicamente posee una vacante, “**Dependencia:** GRUPO INTERNO DE TRABAJO ACTIVIDAD FISICA, **Municipio:** Bogotá, D.C. - Bogotá D.C, **Cantidad:** 1”³. Razones por las cuales se hará un estudio sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales que se invocan por el accionante.

Problemas y temas jurídicos a tratar.

El tutelante manifiesta que la entidad accionada ha vulnerado sus derechos fundamentales de: **igualdad** al hacer un examen de pruebas funcionales valorando los mismos contenidos en áreas que no manejan las temáticas evaluadas para cargos totalmente diferentes; **debido proceso** al no ajustarse la prueba de competencias comportamentales a los parámetros de confiabilidad y validez exigidos por el artículo 28, literal g) de la Ley 909 de 2004 y de pruebas funcionales porque la observación de la pregunta 57 no fue tomada en cuenta pese a que se sustentó normativamente el por qué la respuesta que definió la Universidad no es la correcta; **buena fe, confianza legítima y respeto por el acto propio**, porque “tanto Rodrigo Moreno como yo estábamos convencidos de haber presentado un examen que evaluaba el mérito para cada uno de los cargos de la OPEC a la cual aplicamos, los cuales poseen funciones totalmente diferentes; sin embargo, es evidente que al contrastar las preguntas nos dimos cuenta de la gran similitud de las mismas, aunque participamos para cargos totalmente diferentes en áreas que no tienen similitud”.

Por su parte, las entidades accionadas afirman que la acción es improcedente al existir mecanismos ordinarios para atacar los actos administrativos, no obrar prueba de la vulneración de derechos alegada y por el contrario haber respetado todas las etapas del concurso de méritos, que son conocidas por los aspirantes al momento de inscribirse al concurso y dado correcta aplicación a las normas que lo rigen.

De acuerdo con la presentación de las tesis de las partes intervinientes, en este caso resulta imperioso revisar y atender el precedente jurisprudencial en relación con *i)* vulneración de los derechos fundamental de igualdad, debido proceso, buena fe, confianza legítima y respeto por el acto propio en concurso de méritos y *ii)* analizar el caso concreto para determinar si las entidades demandadas han vulnerado los derechos que se invocan.

i) Vulneración del derecho fundamental de igualdad. Respecto este derecho específicamente, no en pocos pronunciamientos la Corte Constitucional se ha referido sobre el papel de la igualdad como principio, como valor y como derecho, subrayando siempre su carácter relacional, en los siguientes términos:

³ Revisado en la página web www.cnsc.gov.co.

La igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental. Este múltiple carácter se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el preámbulo constitucional establece entre los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional la igualdad, mientras que por otra parte el artículo 13 de la Carta ha sido considerado como la fuente del principio fundamental de igualdad y del derecho fundamental de igualdad. Adicionalmente existen otros mandatos de igualdad dispersos en el texto constitucional, que en su caso actúan como normas especiales que concretan la igualdad en ciertos ámbitos definidos por el Constituyente. Otro aspecto de la igualdad que debe ser señalado en esta breve introducción es que carece de contenido material específico, es decir, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado. De la ausencia de un contenido material específico se desprende la característica más importante de la igualdad: su carácter relacional.

...

De ahí que a partir de la famosa formulación aristotélica de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad –al menos en su acepción de igualdad de trato- del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes.

Así las cosas, y atendiendo a su carácter relacional al alegar la vulneración del derecho de igualdad se debe denotar el tratamiento contrario frente a una igual situación de personas en iguales condiciones a las de quien alega la vulneración.

ii) Debido proceso, buena fe, confianza legítima y respeto por el acto propio en concurso de méritos

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Convocatoria al concurso de méritos se constituye en una norma de obligatorio cumplimiento y cualquier inobservancia vulnera los derechos fundamentales de debido proceso, igualdad y buena fe y solo la ocurrencia de factores exógenos hacen viable la variación de las etapas, pero con la debida publicidad a los participantes de la convocatoria.

Así es, como en **SU 446 de 2011**, la Corte Constitucional se refirió a la obligatoriedad en el cumplimiento de la convocatoria, de la siguiente manera: “el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada”

Igualmente, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia **SU-913 de 2009** determinó que: “(i) las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. En

este punto, esta Sala de Revisión estima que si por factores exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por los partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa; y, (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido.

En el mismo sentido en sentencia T – 090 de 2013, la misma Corporación adujo que: “la Convocatoria constituye una norma que se convierte en obligatoria en el concurso, en consecuencia, 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 exógenos 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”.

Últimamente, en sentencia T-682 de 2016, la Corte señaló: “5.5.7. En resumen, la convocatoria en el concurso público de méritos es la norma que de manera fija, precisa y concreta reglamenta las condiciones y los procedimientos que deben cumplir y respetar tanto los participantes como la administración. Son reglas inmodificables, que tienen un carácter obligatorio, que imponen a la administración y a los aspirantes el cumplimiento de principios como la igualdad y la buena fe. Las reglas del concurso autovinculan y controlan a la administración, y se vulnera el derecho del debido proceso cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Solo en casos excepcionales, y por “factores exógenos”, como señala el precedente de la Corporación, cuando se varían las etapas o normas, dicha modificación debe ser publicitada a los participantes. Reglas que deben ser precisas y concretas, con el fin de que los aspirantes tengan un mínimo de certeza frente a las etapas del proceso de selección y la duración de las mismas, que no los someta a una espera indefinida y con dilaciones injustificadas”.⁴

iv) Caso concreto.

Debido proceso, buena fe, confianza legítima y respeto por el acto propio en concurso de méritos

De conformidad con la revisión efectuada en la página www.cnsc.gov.co, a través de Acuerdo No. CNSC -20161000001396 del 16-09-2016 se convocó “a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de las entidades Ministerio de Educación Nacional, Ministerio de Cultura y el Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo – COLDEPORTES, Convocatoria 434 de 2016, EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE”.

También en el mismo Acuerdo fueron ofertadas 310⁵ vacantes y se estableció la estructura del proceso y para la selección de aspirantes sería de acuerdo con las siguientes fases:

1. Convocatoria y divulgación.
2. Inscripciones.

⁴ T-682 de 2016.

⁵ Se ofertaron 315, pero mediante Acuerdo No. CNSC -20161000001496 del 12 de diciembre de 2006 se modificó el artículo 1º del Acuerdo No. CNSC – 20161000001396 de 2016, para ofertar 310

3. Verificación de requisitos mínimos.
4. Aplicación de pruebas.
 - 4.1. Pruebas sobre competencias básicas y funcionales.
 - 4.2. Pruebas sobre competencias comportamentales.
 - 4.3. Prueba de Entrevista
 - 4.4. Valoración de antecedentes.
5. Conformación de lista de elegibles.
6. Periodo de prueba.

Respecto de las pruebas, el artículo 26 estableció que la CNSC y/o la universidad o institución de educación que se contrate para el desarrollo del concurso, informarán a través de su página web, la fecha a partir de la cual los aspirantes admitidos en la Convocatoria, ..., deben ingresar su usuario y contraseña, al SIMO o su equivalente, para consultar la fecha, hora y lugar de presentación de las pruebas.

Se dispuso que una vez presentadas las pruebas, de acuerdo con los artículos 33, 34 y 35 se publicaran los resultados, se recibirán las reclamaciones y en caso de existir la necesidad de acceder a las pruebas se adelantará el proceso establecido en los reglamentos y protocolos expedidos por la CNSC para estos efectos y el aspirante solo podrá acceder a las pruebas a él aplicadas, sin que pueda acceder a las pruebas u hojas de respuestas de otros aspirantes.

De acuerdo con el artículo 36, para atender las reclamaciones, la universidad o institución de educación contratada, podrá utilizar la respuesta conjunta, única y masiva de conformidad con la Sentencia T-466 de 2004 proferida por la Honorable Corte Constitucional y lo previsto por el artículo 22 del Código Contencioso Administrativo sustituido por el artículo 22 de la Ley 1755 de 2015. Contra la decisión no procede ningún recurso.

Y los resultados definitivos de las pruebas básicas generales, funcionales y comportamentales se publicarán en la página web de la universidad o institución de educación superior que la CNSC contrate y en la página de la Comisión, www.cnsc.gov.co y/o enlace SIMO o su equivalente.

Así mismo se publicó una guía de orientación al aspirante para la presentación de las pruebas escritas y en esta se explicó la manera cómo iba a ser calificada cada prueba: "Se hará una calificación independiente de cada una de las pruebas. Se obtendrá una calificación numérica en escala de cero (0) a cien (100) puntos, compuesta por una parte entera y dos decimales y los resultados no serán promediados entre sí. Para obtener la calificación de cada una de las pruebas, sólo se incluirán los ítems que cumplen con los índices psicométricos adecuados derivados de la Teoría Clásica de los Test y de la Teoría de Respuesta al Ítem y que contribuyen a fiabilidad y validez de la prueba. Luego de eliminar aquellos ítems que no cumplan los índices psicométricos, se procederá a obtener la calificación o puntuación directa. Por ejemplo, si un aspirante respondió acertadamente a 40 ítems en la pruebas sobre competencias funcionales, su calificación se realiza sobre el número total de ítems válidos. Para saber el significado de este puntaje se realizará una transformación estandarizada. La transformación del puntaje directo a una calificación estandarizada se realizará para comparar cada evaluado con su grupo normativo, el cual se definirá de acuerdo con el empleo o el grupo al cual se aplica la prueba. Esta decisión se tomará a partir de los resultados empíricos e implicará definir la media y la desviación estándar a partir de la cual se generará la escala, ya sea a partir de la media y desviación teórica o la empírica obtenida para un grupo de empleos en general o un empleo específico. De esta manera, la calificación estandarizada permitirá identificar la competencia en relación con el grupo de pertenencia".

De acuerdo con lo anterior y descendiendo al caso en estudio, este Despacho evidenció que el actor se presentó a la Convocatoria 434 de 2016 para el cargo de **Profesional Especializado**

grado 21, código 2028, número OPEC 17757 (f. 1 vto.) y fue citado para las pruebas de competencias básicas, funcionales y comportamentales a la dirección: carrera 5 No. 12B-49 Bloque IC, Salón IC 105, el día 14 de enero de 2018 a las 8:00 a.m. (f. 12)

Tanto el actor como la Fundación Universitaria del Área Andina manifestaron que llegados el día y la hora fue cambiada la dirección de presentación de las pruebas para la Calle 42 A No. 8-10, lo cual sin duda alguna contraría lo establecido en el Acuerdo de la Convocatoria en el que se dispuso que la CNSC y/o la universidad o institución de educación que se contratara para el desarrollo del concurso, informarían a través de su página web, la fecha a partir de la cual los aspirantes admitidos en la Convocatoria, debían ingresar con su usuario y contraseña, al SIMO o su equivalente, para consultar la fecha, hora y lugar de presentación de las pruebas.

Sin embargo, el Despacho considera que dicho error no tiene la virtud de vulnerar el debido proceso, ni el derecho a la igualdad porque se pudo comprobar que dadas las circunstancias el actor dispuso del mismo tiempo que los demás aspirantes para resolver las pruebas programadas y así lo indica la Fundación Universitaria en el informe presentado al comunicar que el tiempo establecido era de 5 horas, desde las 8 a.m. hasta la 1:00 p.m., pero en el presente caso, en vista del cambio de sede, el horario se extendió, pudiendo ingresar los aspirantes hasta las 10:00 a.m. con un tiempo límite hasta las 2:00 p.m., sin que ninguno utilizara la totalidad del tiempo otorgado, además el actor no hace referencia a que el tiempo asignado no hubiera sido suficiente sino a la “desconcentración, incertidumbre, duda e inseguridad” que no se pueden evidenciar en esta instancia.

Por otro lado, el actor tuvo la oportunidad de revisar las pruebas funcionales y comportamentales para presentar su reclamación el 17 de abril de 2018 (f. 18) y la Fundación Universitaria del Área Andina respondió de fondo sus inconformidades, inclusive lo relacionado con la pregunta 57, determinando eliminar el ítem y aclarando que teniendo en cuenta la metodología de la calificación no afecta la calificación obtenida por los aspirantes, tal y como consta a folios 22 a 26.

Respecto de las **pruebas comportamentales**, de manera general hizo referencia a la calificación de las pruebas indicando que “se siguen procedimientos psicométricos validados que permiten comparar el desempeño del aspirante en cada componente, según el grupo de pruebas aplicadas (...) los puntajes no son el resultado de un simple conteo de respuestas correctas sino que, partiendo de modelos estadísticos confiables, se obtiene numéricamente un valor de acuerdo con el desempeño que cada aspirante tiene en una prueba y con relación al promedio y la desviación estándar de la población que presentó la misma prueba”.

En esta instancia el actor citó el literal g del artículo 28 de la Ley 909 de 2004⁶ y refirió que la prueba realizada es eminentemente subjetiva basada en el criterio del formulador de las

⁶ **ARTÍCULO 28. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN EL INGRESO Y EL ASCENSO A LOS EMPLEOS PÚBLICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.** La ejecución de los procesos de selección para el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, se desarrollará de acuerdo con los siguientes principios:

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

preguntas y adolece de las dos estructuras fundamentales de la prueba sicométrica que son la confiabilidad y validez y de la existencia de un estándar o baremo elaborado previamente para que pudiera servir de referente para realizar la prueba comportamental.

Sin embargo, de lo hasta ahora aquí expuesto, lo que se evidencia es que, hasta el momento, en la Convocatoria 434 de 2016, por un lado y frente al caso en estudio, se ha observado la estructura del proceso de selección, sin que se avizore vulneración de los derechos fundamentales invocados y por otro, que respecto de la calificación de las pruebas comportamentales no existe por parte del accionante una carga argumentativa mínima que permita “anular la prueba practicada por violación de lo dispuesto en el artículo 28 literal g) de la Ley 909 y en los artículos 2.2.4.7 y 2.2.4.8 del Decreto 1083 de 2015” como lo solicita el accionante, en detrimento de los demás aspirantes que también se encuentran concursando en la citada Convocatoria, en tanto, además de citarse las normas presuntamente vulneradas, no se aportan más elementos de juicio.

Ahora bien, con arreglo al cuadro realizado por el accionante y los ejes temáticos aportados por la Fundación Universitaria del Área Andina, se evidencia que las OPEC relacionadas por el actor tienen profesiones similares y en algunos casos iguales y los ejes temáticos coinciden en su mayoría, así:

OPEC 16378	OPEC 16380	OPEC 16381	OPEC 17757	OPEC 36184	OPEC 36232	OPEC 36322
Requisitos Estudio: Título profesional en disciplina académica del núcleo básico de Conocimiento en: Educación Terapias Deportes, Educación Física y Recreación Administración. Título de posgrado en la modalidad de especialización en las áreas relacionadas con las funciones del empleo. Tarjeta profesional en los casos exigidos por la ley.	Requisitos Estudio: Título profesional en disciplina académica del núcleo básico de Conocimiento en: Educación Deportes, Educación Física y Recreación Administración. Título de posgrado en la modalidad de especialización en las áreas relacionadas con las funciones del empleo. Tarjeta Profesional en los casos exigidos por la ley.	Requisitos Estudio: Título profesional en disciplina académica del núcleo básico de Conocimiento en: Educación Deportes, Educación Física y Recreación Administración Contaduría Pública y afines. Título de posgrado en la modalidad de especialización en las áreas relacionadas con las funciones del empleo. Tarjeta Profesional en los casos exigidos por la ley.	Requisitos Estudio: Título profesional en disciplina académica del núcleo básico de Conocimiento en: Educación Ingeniería Electrónica, Telecomunicaciones y Afines Ingeniería Industrial y Afines Deportes, Educación Física y Recreación Administración. Título de posgrado en la modalidad de especialización en las áreas relacionadas con las funciones del empleo. Tarjeta profesional en los casos exigidos por la ley.	Requisitos Estudio: Título profesional en disciplina académica del núcleo básico de Conocimiento en: Educación Deportes, Educación Física y Recreación Economía Ingeniería Industrial y afines Derecho y afines Ciencia Política y Relaciones Internacionales Comunicación Social, Periodismo y afines Administración. Título de posgrado en la modalidad de especialización en las áreas relacionadas con las funciones del empleo. Tarjeta profesional en los casos exigidos por la ley.	Requisitos Estudio: Título profesional en disciplina académica del núcleo básico de Conocimiento en: Educación Deportes, Educación Física y Recreación Administración Comunicación Social, Periodismo y Afines. Título de postgrado en la modalidad de especialización en áreas relacionadas con las funciones del cargo. Tarjeta profesional en los casos exigidos por la ley.	Requisitos Estudio: Título profesional en disciplina académica del núcleo básico de Conocimiento en: Educación Deportes, Educación Física y Recreación Terapias Administración. Tarjeta profesional en los casos exigidos por la ley.

Ejes temáticos

- h) Eficacia en los procesos de selección para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil del empleo;
- i) Eficiencia en los procesos de selección, sin perjuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que han de rodear al proceso de selección. (Subrayas del Despacho).

OPEC 16378	OPEC 16380	OPEC 16381	OPEC 17757	OPEC 36184	OPEC 36232	OPEC 36322
Contratación estatal	Contratación estatal	Contratación estatal	Contratación estatal	Contratación estatal	Contratación estatal	Contratación estatal
Planeación estratégica institucional	Planeación estratégica institucional	Planeación estratégica institucional	Planeación estratégica institucional	Planeación estratégica institucional	Planeación estratégica institucional	Planeación estratégica institucional
Plan decenal del Deporte	Plan decenal del Deporte Sistema Nacional del Deporte	Plan decenal del Deporte Sistema Nacional del Deporte	Plan decenal del Deporte	Plan decenal del Deporte Sistema Nacional del Deporte	Actividad física Organización de eventos deportivos nacionales e internacionales	Plan decenal del Deporte

De tal manera que, la afirmación del actor según la cual “la descripción de funciones esenciales, conocimientos básicos esenciales entre otras, no obedecieron a los ejes temáticos para la prueba de competencias funcionales del empleo elaborado por la Fundación Universitaria del Área Andina” (f. 1 vto.) queda sin sustento, por cuanto revisado el cuadro a folios 2 a 4 se observa que las preguntas para las OPEC citadas corresponden a contratación estatal, planeación estratégica institucional, plan decenal del Deporte, Sistema Nacional del Deporte y actividad física, que son justamente los ejes temáticos sobre los cuales se debía evaluar a los aspirantes a dichas Ofertas Públicas de Empleos de Carrera – OPEC y que se propusieron en la Convocatoria 434 de 2016, siendo esta “la norma que de manera fija, precisa y concreta reglamenta las condiciones y los procedimientos que deben cumplir y respetar tanto los participantes como la administración”.

En conclusión y de acuerdo con las consideraciones hechas por este Despacho, no se evidencia vulneración alguna de los derechos fundamentales sobre los que se solicita protección, en razón a que, en el caso concreto, se ha dado cumplimiento a las directrices de la convocatoria que es la normativa que determina las condiciones para los aspirantes y quienes al momento de inscribirse las aceptan.

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NO TUTELAR los derechos fundamentales invocados por el señor OSCAR DARÍO LOZANO ROJAS, de conformidad con la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a las accionadas y al accionante, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- Si este fallo no fuere impugnado, envíese el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez