

Referencia: Expediente T-4416069

Acción de tutela interpuesta por Zoraida Martínez Yepes contra la Comisión Nacional de Servicio Civil y la Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín.

Magistrado Ponente:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Martha Victoria Sáchica Méndez y los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela emitido en segunda instancia por la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Zoraida Martínez Yepes contra la Comisión Nacional de Servicio Civil y la Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

La señora Zoraida Martínez Yepes promovió acción de tutela en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante: CNSC) y la Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín (en adelante: USBSM), quienes a su juicio vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad, la información y el trabajo. La acción está sustentada en los siguientes hechos:

1.1. Narra que el 6 de noviembre de 2009 la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución 1245 *“por la cual se adopta la Convocatoria No. 128 de 2009 para proveer, por concurso abierto de méritos, los empleos de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, pertenecientes al sistema específico de carrera administrativa”*. Esta convocatoria sería reglamentada por la misma entidad a través de los Acuerdos 108 y 127 de 2009.

1.2. Explica que en virtud de la habilitación contenida en el artículo 30 de la Ley 909 de 2004 y previo proceso de selección abreviada, la CNSC celebró contrato de prestación de servicios con la USBSM para que diseñara y desarrollara la convocatoria para la provisión de empleos vacantes dentro de la carrera administrativa específica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

1.3. Relata que presentó las pruebas dentro del referido proceso de selección el 29 de abril de 2012.

1.4. Considera que los exámenes carecieron de idoneidad, debido a que con ellos se intentó medir potencialidades y conocimientos, y no las competencias funcionales.

1.5. Refiere que el día del examen se presentaron irregularidades relacionadas con: *i)* la identificación de los participantes; *ii)* la hora de inicio de las evaluaciones -la cual presuntamente no fue la misma en las distintas ciudades en las que fueron practicadas, con grave afectación del tiempo disponible para responder las preguntas-; *iii)* instrucciones sobre el uso de los celulares y otros aparatos electrónicos; *iv)* conocimiento público de algunas preguntas; *v)* falta de claridad en la orientación brindada por los coordinadores de salón y; *vi)* dificultades con el manejo de la documentación en que constaba la prueba.

1.6. Indica que las entidades demandadas dieron aplicación al artículo 5º del Decreto 4500 de 2005, con lo cual incurrieron en un grave error jurídico, puesto que esta normativa fue derogada tácitamente por la Ley 1033 de 2006, estatuto que, a su juicio, contiene las directrices apropiadas para la debida estructuración del concurso.

1.7. Señala que en vista de esas irregularidades, el Director General de la DIAN, el 9 de mayo de 2012, envió a la CNSC oficio en el cual expresó su preocupación por distintos aspectos de las pruebas practicadas que han generado inconformidad y reclamaciones.

1.8. Afirma que las entidades accionadas no han atendido en debida forma sus requerimientos, por cuanto tienen un modelo estandarizado de respuesta, que además contiene argumentos contradictorios y provenientes de la USBSM. Esta entidad, según su parecer, no tiene competencia para dar respuesta a las peticiones.

1.9. Formula reparos por no haber podido acceder a las hojas de respuesta de su prueba, toda vez que los demandados alegan el carácter reservado de estos documentos, circunstancia que, sostiene, afecta sus derechos al habeas data y de defensa.

1.10. Agrega que la USBSM no demostró su idoneidad para llevar a cabo el proceso contratado.

1.11. Con fundamento en lo expuesto, solicita que se ordene a las entidades accionadas rediseñar las pruebas del proceso de selección, repetirlas cumpliendo con los protocolos de seguridad, tiempos y logística, responder de fondo sus reclamaciones, ponerle en conocimiento la prueba y el informe de calificación, así como suspender la etapa de entrevistas de la Convocatoria núm. 128.

2. Trámite procesal

La Sección Segunda, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca avocó conocimiento de la solicitud de amparo el 23 de agosto de 2012 y, habiendo recibido las respectivas intervenciones de las entidades accionadas, el 4 de septiembre de esa anualidad declaró improcedente la acción. Dicho fallo fue impugnado oportunamente por la parte accionante.

Con posterioridad, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado mediante sentencia de 13 de diciembre de 2012 revocó la decisión de primera instancia, concedió la protección invocada y ordenó suspender el concurso.

Contra aquella determinación se presentaron múltiples solicitudes de nulidad. Con ocasión de su estudio, el 18 de julio de 2013 esa Corporación declaró la nulidad de lo actuado desde del auto admisorio de la demanda, ante la falta de vinculación de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- en el proceso.

Mediante Auto de 4 de septiembre de 2013 la Sección Segunda, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la acción de la referencia y vinculó a la DIAN.

3. Respuestas de las entidades demandadas

3.1. Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín

El 9 de septiembre de 2013, la institución educativa se opuso a las pretensiones de la acción constitucional. Indicó que las solicitudes de la actora siempre han sido atendidas y que las pruebas fueron debidamente aplicadas teniendo en cuenta que su práctica es integral, ya que con ellas se busca la evaluación de las competencias, las actitudes, las habilidades y el potencial de cada aspirante.

Señaló que el objetivo del examen no es obtener respuestas memorísticas y reseñó que la actuación de la Universidad se ha ceñido enteramente a las facultades y deberes que le corresponden de acuerdo con la legislación, a las estipulaciones contractuales con la CNSC y a las indicaciones que se le han impartido. Aclaró que los ejes temáticos centrales de los cuestionarios fueron concertados con la DIAN y la presentación de los exámenes se sujetó a unos

protocolos predefinidos, con respeto de los principios que orientan el ingreso a la carrera administrativa.

3.2. *Comisión Nacional del Servicio Civil*

Mediante escrito de la misma fecha, la entidad se opuso a la protección solicitada por la accionante. Indicó que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y excepcional, que no procede para dirimir la controversia planteada, más propia del juez contencioso que del constitucional. Puso de presente que la Ley 1030 de 2006 no es aplicable a la Convocatoria 128 de 2009, ya que sus disposiciones están orientadas a regular la carrera administrativa para el sector defensa.

Adicionalmente, explicó que el numeral 3° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 no ha sido derogado y, por tanto, el Decreto 4500 de 2005 tampoco ha perdido validez. Advirtió que el diseño de las pruebas se fundamentó en los ejes temáticos definidos por la DIAN e informó que las reglas de la convocatoria eran conocidas por todos los participantes.

Citó la sentencia C-1230 de 2005 de la cual señaló que *“las funciones asignadas a la Comisión Nacional de Servicio Civil para administrar y vigilar las carreras se constituye en un imperativo constitucional de carácter indivisible, en el sentido que tales atribuciones no pueden compartirse con otros órganos ni ser separadas o disgregadas a instancia del legislador, de modo que la administración y vigilancia corresponden a dos funciones que se deben ejercer de forma conjunta, inseparable y privativa por la Comisión Nacional de Servicio Civil y no por otros órganos o entidades estatales”*.

Por último, argumentó que para este caso el empleo 201160 ya cuenta con lista de elegibles en firme, contenida en la Resolución 1943 del 29 de agosto de 2013 y ejecutoriada el 2 de septiembre de ese año, acto que declara situaciones jurídicas subjetivas que impiden al juez de tutela entrar a abordar el fondo de la demanda.

3.3. *Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-*

El 10 de septiembre de 2013, la DIAN solicitó que se declare la ausencia de legitimación por pasiva para ser juzgada en este caso. Citó la sentencia C-1230 de 2005 y dedujo que es imperativo entender que corresponde exclusivamente a la Comisión Nacional de Servicio Civil la preparación y ejecución de los concursos públicos abiertos de méritos. Concluyó que la DIAN no puede inmiscuirse en esta clase de asuntos, so pena de extralimitarse en sus funciones e invadir las facultades constitucionales de la CNSC.

4. **Coadyuvancias**

En el trámite de instancia fueron recibidos escritos remitidos por algunos integrantes de las listas de elegibles de la convocatoria en cuestión, quienes

coadyuvaron los argumentos expuestos por las entidades accionadas, solicitando la improcedencia del amparo en pro de los derechos adquiridos de 870 personas que ya se encontraban nombradas y posesionadas. Algunos intervinientes se relacionan a continuación:

| | | | |
|----|--------------------------------------|----|----------------------------------|
| 1 | Héctor Orlando Chaparro Bernal | 15 | Jessica Liliana Gutiérrez Ortega |
| 2 | Nelson Contreras Rincón | 16 | Luz Irene Valencia Núñez |
| 3 | Néstor Julio Escobar Borja | 17 | Martha Liliana Avilés López |
| 4 | Paula Andrea Rodríguez Lozano | 18 | Luis Arturo Pedraza Pérez |
| 5 | Marlene Mejía Mejía | 19 | Ricardo Medina Quesada |
| 6 | Jaime Cardoso Cáceres | 20 | Sonia Ivette Ríos Ferro |
| 7 | José Leal Hernández | 21 | Jorge Iván Gil Barrera |
| 8 | Carlos Julio Mancilla Hernández | 22 | Martha Alcira Pérez Moreno |
| 9 | Ana Polonia Cortes Rincón | 23 | Felipe Monroy Ochoa |
| 10 | Miriam Patricia Carbonell Piedrahita | 24 | Martha Cecilia Cáceres Rojas |
| 11 | Jhon Jairo Rizo Mejía | 25 | Fernando Beltrán Acosta |
| 12 | Martha Lucía Castro Valencia | 26 | Nubia Piñeros Santacoloma |
| 13 | Gilma Gonzalias Tenorio | 27 | Rosy Liliana Ascencio Pachón |
| 14 | Henry Hernán Cajas Daza | | |

5. Decisiones objeto de revisión constitucional

5.1. Primera instancia

El 23 de septiembre de 2013, la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió declarar improcedente la acción de tutela incoada por la ciudadana Martínez Yepes. Juzgó que no hay herramientas que permitan corroborar las irregularidades denunciadas por la demandante, las cuales estimó como simples apreciaciones subjetivas. Argumentó que en lo que se refiere a las irregularidades contractuales, existen otros mecanismos procesales idóneos para darles trámite. Reconoció que existen situaciones jurídicas consolidadas sobre algunas personas y argumentó que teniendo en cuenta que la tutela se presentó el 22 de agosto de 2012 y las pruebas se realizaron el 29 de abril de 2012, la acción de tutela carece de la inmediatez.

5.2. Impugnación

La actora consideró que no es acertado considerar que la acción de tutela no cumple con el requisito de inmediatez porque la acción “*fue oportuna y no ha perdido oportunidad*” y agregó “[n]o puede concebirse que derechos fundamentales que se han demostrado violados por el trámite irregular del

concurso de marras, deban ser olvidados, solo porque tecnicismos jurídicos ajenos a la demandante han retardado la acción". Finalmente planteó que el hecho de que el 1º de septiembre de 2013 la CNSC y la USBSM hubieran repetido las pruebas a las personas aspirantes a otro empleo ofertado, evidencia que la acción incoada todavía es plenamente oportuna.

5.3. Segunda instancia.

El 6 de febrero de 2014 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró la vulneración de los derechos al debido proceso, la defensa y el acceso a los documentos públicos de la ciudadana Martínez Yepes al mismo tiempo que estableció la existencia de un daño consumado.

En primer lugar, señaló que la tutela sí cumple con el principio de inmediatez atendiendo que la actora conoció los resultados de la prueba el 12 de junio de 2012, elevó reclamación a los organizadores y recibió respuesta el 23 de junio siguiente, e interpuso el amparo constitucional el 22 de agosto de ese año. Coligió que pese a lo anterior, en el caso se presenta un daño consumado debido a la existencia de una lista de elegibles que cobró firmeza, lo cual no impide la valoración del presunto desconocimiento de los derechos fundamentales pero sí imposibilita la adopción de medidas concretas de protección.

Sobre la vulneración de los derechos invocados, consideró la delegación a la USBSM sí es legítima y que en el contrato respectivo se facultó a esta institución para dar respuesta a las solicitudes presentadas por los participantes del proceso.

Estimó que no resultaba admisible concluir, a partir de la sentencia C-1230 de 2005, la existencia de una competencia integral y privativa en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil para la administración y vigilancia de la carrera administrativa.

Concluyó que nada obsta para que legítimamente otras entidades, diferentes a la Comisión, participen del concurso público. En esta medida, afirmó que sí existe un desconocimiento del debido proceso de la actora, en la medida en que su reclamación no se ajustó al procedimiento legalmente aplicable. Agregó que la CNSC no podía desentenderse de todas las reclamaciones elevadas por los participantes y por el propio Director General de la DIAN, so pena de lesionar el derecho de petición. No obstante, teniendo en cuenta que la petición de la actora fue respondida, consideró que la vulneración había sido superada.

Finalmente, sobre el derecho de acceso a documentos públicos, reconoció que el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 establece un límite al acceso a los elementos que integran el examen. Sin embargo, refirió que en esa misma norma se establece una excepción que cobija las reclamaciones de los

participantes en el concurso, con la finalidad de no hacer inocuo su derecho. Citó dos precedentes de la Sección Segunda del Consejo de Estado y dedujo que los examinados tienen derecho a conocer las preguntas y las respuestas que les fueron formuladas, al tiempo que aclaró que la reserva solo es aplicable a los terceros.

6. Pruebas

Las pruebas más relevantes que obran en el expediente se relacionan a continuación:

- Copia de la Resolución 1245 del 6 de noviembre de 2009, por medio la cual la CNSC adoptó la Convocatoria 128 de 2009 para proveer por concurso abierto de méritos los empleos de carrera de la DIAN (folio 28, cuaderno 11A).
- Copia del Acuerdo 108 del 6 de agosto de 2009 que reglamentó los procesos de selección para proveer empleos de carrera de la DIAN (folio 29, cuaderno 11A).
- Copia del Acuerdo 127 del 6 de noviembre de 2009 donde se modificó y se precisó el Acuerdo 108 del 6 de agosto de 2009 (folio 30, cuaderno 11A).
- Copia de la contestación de la reclamación presentada por el señor ROBINSON GUTIÉRREZ ALTAMAR ante la USBSM con ocasión de la Convocatoria 128 de 2009 (folio 31, cuaderno 11A).
- Copia de la contestación a la reclamación presentada por la señora GILMA MESA DE LEÓN ante la USBSM con ocasión de la Convocatoria 128 de 2009 (folios 32 a 33, cuaderno 11A).
- Copia del oficio de 9 de mayo de 2012, suscrito por el Director de la DIAN, dirigido a la CNSC (folios 34 al 36, cuaderno 11A).
- Copia del escrito de reclamación de 29 de abril de 2012, suscrito por varios aspirantes al cargo inspector I auditor especializado de la Convocatoria 128 de 2009 (folio 37, cuaderno 11A).
- Copia de la noticia “*Denuncian negocio en convocatoria de la DIAN*” de 20 de junio de 2011, publicada por el diario SOY Periodista.com (folio 38, cuaderno 11A).
- Copia del escrito de contestación al comentario presentado por la señora Martínez Yepes ante la USBSM, fechado del 22 de mayo de 2012 (folios 39 a 42, cuaderno 11A).
- Copia del escrito de petición presentado el 3 de mayo de 2012 por la señora Martínez Yepes ante la CNSC (folios 43 a 46, cuaderno 11A).

- Copia del escrito de respuesta de 16 de junio de 2012 por la USBSM, al derecho de petición presentado el 3 de mayo de 2012 (folios 47 a 51, cuaderno 11A).
- Copia del escrito de petición presentado por la señora Martínez Yepes ante la CNSC por la calificación obtenida en la prueba de competencias funcionales (folios 52 y 53, cuaderno 11A).
- Copia del escrito de 23 de junio de 2012 por medio del cual se dio respuesta a la reclamación presentada por la accionante ante la CNSC, emitida por la USBSM respecto de la calificación de la prueba de competencias funcionales, Convocatoria 128 de 2009 (folios 54 a 56, cuaderno 11A).
- Copia del escrito mediante el cual la CNSC dio respuesta a la petición del 3 de mayo de 2012, presentada por la señora Zorayda Martínez (folios 118 a 127, cuaderno 11A).
- Acta 215 del 8 de noviembre de 2012, suscrita por la firma Thomas Greg and Sons de Colombia, por medio de la cual se dejó constancia de la entrega al Consejo de Estado de una tula con sello de seguridad No. 267042, la cual contenía dos cuadernillos y dos hojas de respuesta correspondientes a la prueba de la DIAN aplicada el 29 de abril de 2012 (folio 181, cuaderno 11A).
- Copia del registro de cadena de custodia versión 2, Resolución F.G.N. 02770/30/06/2005. Código Único de Caso 250002342000201200492-01 de 8 de noviembre de 2012 (folio 182, cuaderno 11A).
- Copia de la Resolución 0101 de 1 de febrero de 2013, mediante el cual se resolvió una solicitud de exclusión del elegible César Andrés Santillana Cala de la lista conformada para el empleo 201112 (folios 244 a 257, cuaderno 11A).
- Copia de la Resolución 0107 de 1 de febrero de 2013, a través de la cual se resolvió una solicitud de exclusión de la elegible Diana Marcela Manchola Varón de la lista conformada para el empleo 201136 (folio 258, cuaderno 11A).
- Copia de la Resolución 081 de 8 de mayo de 2013, por la cual se efectuaron unos nombramientos en periodo de prueba, se declaran unas vacancias temporales y se revocan unas designaciones (folios 669 a 675, cuaderno 11A).
- Copia de la Resolución 1943 de 29 de agosto de 2013, por la cual se proveyeron 52 vacantes del empleo 201160 (folios 449 a 461, cuaderno 11A).
- Copia del escrito de 29 de agosto de 2013, por medio del cual la CNSC informó que la Resolución 1940 de 28 de agosto de 2013 había cobrado firmeza a partir del 29 de agosto de 2013 (folios 478 y 479, cuaderno 11A).

- Copia del escrito de 2 de septiembre de 2013, por medio del cual la CNSC informó que la Resolución 1943 del 29 de agosto de 2013 había cobrado firmeza a partir del 2 de septiembre de 2013 (folios 577 y 578, cuaderno 11A).
- Copia del resultado de la Audiencia Virtual del empleo 201160, fechado 9 de septiembre de 2013 (folios 569 a 576, cuaderno 11A).
- Copia de la constancia emitida por la CNSC, del 9 de septiembre de 2013, por medio de la cual se informó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección “A” que la señora Martínez Yepes se encontraba inscrita en el empleo 211160 y que había obtenido en la prueba de competencias funcionales una calificación de 52.50 puntos, puntaje no aprobatorio (folio 463, cuaderno 11A).
- Copia de la Convocatoria 003 de 2006 de la DIAN (folios 511 a 517, cuaderno 11A).
- Copia de la Resolución 1795 de 9 de agosto de 2013, por medio la cual se dejó sin efecto la aplicación de la prueba de competencias funcionales correspondiente al empleo 211180 realizada el 29 de abril de 2012 y se ordenó repetir su aplicación dentro de la Convocatoria 128 de 2009 (folios 730 a 741, cuaderno 11B).
- Copia de la Resolución 3279 del 27 de septiembre de 2012, a través de la que se conformó la lista de elegibles para el empleo denominado auditor tributario fondo casos especiales, código gestor IV 304, grado 4, de la Convocatoria 128 de 2009 (folios 124 a 142, cuaderno 11C).
- Copia de la certificación expedida el 15 de abril de 2013 por el Seguro Social en liquidación, en el cual se relacionan las funciones ejecutadas por la contratista Ana Polonia Cortés Rincón (folios 241 a 244, cuaderno 11C).
- Copia de la Resolución 1748 de 1º de agosto de 2013, donde se modificó la lista de elegibles conformada para 20 vacantes del empleo 201140 (folios 269 a 277, cuaderno 11C).
- Copia de la Resolución 3258 de 27 de septiembre de 2012, mediante la que se conformó la lista de elegibles para el empleo denominado experto en contratación pública, código inspector IV 308, grado 8, ofertado en la Convocatoria 128 de 2009 (folios 354 a 355, cuaderno 11C).
- Copia de la Resolución 1867 de 16 de agosto de 2013, por medio de la cual se modificó la lista de elegibles conformada para 3 vacantes del empleo 201137, en cumplimiento a la declaratoria de nulidad proferida por el Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Korina Mejía Castañeda y otros (folios 356 a 360, cuaderno 11C).

- Copia de la Resolución 176 de 4 de septiembre de 2013, en la cual se efectuaron unos nombramientos en periodo de prueba (folio 361, cuaderno 11C).
- Copia del escrito de 2 de agosto de 2013 presentado por la CNSC ante la USBSM, por medio del cual se examinó la pertinencia de la prueba funcional diseñada y aplicada al empleo 201180, en el marco del contrato 226 de 2011 (folios 25 a 26, cuaderno de revisión).
- Copia de la respuesta de 2 de agosto de 2013 suscrita por la USBSM ante el requerimiento acerca de la prueba funcional aplicada al empleo 201180 radicado por la CNSC (folio 27, cuaderno de revisión).
- Copia del Acta 181-2013 de 15 de agosto de 2013, por medio de la cual se dejó constancia de la verificación y aprobación de originales por parte de la USBSM de la prueba núm. 41, la cual aplicaría el 1 de septiembre de 2013 (folio 35, cuaderno de revisión).
- Copia de la comunicación de 20 de agosto de 2013 enviada por la USBSM, con el listado de las llamadas realizadas para confirmar el recibo de los correos de citación a la prueba de 1 de septiembre de 2013 (folio 36, cuaderno de revisión).
- Copia de la comunicación de 22 de agosto de 2013 enviada por la USBSM, con la verificación de la citación de los aspirantes a la aplicación de la prueba del 1 de septiembre de 2013 (folios 37 y 38, cuaderno de revisión).
- Copia de la comunicación de 23 de agosto de 2013 enviada por la USBSM, por medio de la cual se informó sobre las condiciones de la aplicación de la prueba para el empleo 201180 y el cumplimiento de la Resolución 1795 de 9 de agosto de 2013 (folios 39 al 47, cuaderno de revisión).
- Copia de la comunicación de 28 de agosto de 2013 enviada por la USBSM, por medio de la cual se relacionaron los recibos de la citación a la prueba (folio 50, cuaderno de revisión).
- Copia de la comunicación de 28 de agosto de 2013 enviada por la USBSM, por medio de la cual se informó la cancelación a la citación de la prueba funcional (folio 51, cuaderno de revisión).
- Copia de la comunicación del 30 de agosto de 2013 enviada por la USBSM, por medio de la cual se informó la suspensión de la aplicación de la prueba del 1 de septiembre de 2013 (folios 52 a 56, cuaderno de revisión).
- Copia de la comunicación de 2 de septiembre de 2013 enviada por la USBSM, por medio de la cual se presentó el listado de los aspirantes que asistieron a la prueba del 1 de septiembre de 2013 (folios 57 y 58, cuaderno de revisión).

- Copia de la comunicación de 6 de septiembre de 2013 enviada por la USBSM, por medio de la cual se remitió información anexa sobre la publicación de resultados de la prueba realizada el 1 de septiembre de 2013 (folio 59, cuaderno de revisión).
- Copia de la comunicación de 6 de septiembre de 2013 enviada por la USBSM, por medio de la cual se comunicó el listado con los puntajes finales de la prueba 201180 (folios 60 y 61, cuaderno de revisión).
- Copia de la comunicación de 15 de septiembre de 2013 enviada por la USBSM, por medio de la cual se dio respuesta a la reclamación presentada con ocasión de la aplicación de la prueba del 1 de septiembre de 2013 (folios 62 a 65, cuaderno de revisión).
- Copia de la comunicación de 15 de septiembre de 2013 enviada por la USBSM, por medio de la cual se dio respuesta a la reclamación presentada con ocasión de la aplicación de la prueba del 1 de septiembre de 2013 (folios 66 a 69, cuaderno de revisión).
- Copia de la comunicación de 15 de septiembre de 2013 enviada por la USBSM, por medio de la cual se dio respuesta a la reclamación presentada con ocasión de la aplicación de la prueba del 1 de septiembre de 2013 (folios 70 a 74, cuaderno de revisión).
- Copia de la comunicación de 16 de septiembre de 2013 enviada por la USBSM, por medio de la cual se envió el informe psicométrico de la prueba No. 41, empleo 201180 (folios 75 a 78, cuaderno de revisión).
- Copia de la comunicación de 24 de septiembre de 2013 enviada por la USBSM, por medio de la cual se envió el informe sobre la construcción y posterior aplicación de la prueba funcional y la prueba de análisis de antecedentes para el empleo 201180, de igual manera, la etapa de atención a reclamaciones en ambas pruebas (folios 79 a 89, cuaderno de revisión).
- Copia de la Resolución 3294 de 27 de septiembre de 2012, mediante la cual se conformó la lista de elegibles para el empleo denominado investigador de valores y competencias laborales, código gestor iv 304, grado 4, ofertado a través de la Convocatoria 128 de 2009. (folios 90 y 91, cuaderno de revisión).
- Copia de la Resolución 2132 del 30 de septiembre de 2013, por la cual se modificó la lista de elegibles del empleo investigador de valores y competencias laborales, código gestor iv 304, grado 4, ofertado a través de la Convocatoria 128 de 2009 bajo el núm. 201180. (folios 92 a 94, cuaderno de revisión).

- Caja cerrada con REGISTRO DE CADENA DE CUSTODIA Versión 2-Resolución F.G.N. 02770/30/06/2005. Código Único de Caso 250002342000201200492-01, del 8 de noviembre de 2012.

II. ACTUACIÓN EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante auto del 23 de octubre de 2014 este Tribunal procedió a decretar pruebas tendientes a obtener elementos de juicio suficientes para la decisión a adoptar, específicamente se dispuso:

i) Solicitar a la CNSC allegar la caja que contenía el material documental remitido por esa entidad al Consejo de Estado para dar trámite a la acción de tutela interpuesta por la ciudadana Zoraida Martínez Yepes.

ii) Ordenar a la CNSC y a la DIAN que relacionaran todas las actuaciones que se habían adelantado a raíz del fallo dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dentro de la suscrita acción.

iii) Solicitar a la CNSC que indicara y explicara todas las causas que fundamentaron la repetición de las pruebas que se efectuó sobre los aspirantes al empleo 201180 (dentro de la Convocatoria 128 de 2009 DIAN) y estableciera si la medida ha afectado a otros empleos del mismo concurso.

En relación con dichos requerimientos se recibieron las siguientes intervenciones:

1. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-

En escrito de 4 de noviembre de 2014, indicó que las órdenes de tutela en el proceso de la referencia no vincularon a la DIAN, por lo que no expidió ni adelantó ninguna actuación con ocasión a la decisión de instancia. Adicionalmente, relacionó algunos trámites surtidos con relación a otros fallos de tutela referidos a la Convocatoria 128 de 2009.

2. Comisión Nacional del Servicio Civil

En respuesta de la misma fecha, la CNSC señaló las actuaciones adelantadas a raíz de los fallos de tutela referidos a la Convocatoria 128 de 2009, entre los cuales reseñó la tutela presentada por la señora Martínez Yepes, indicando que se había dado respuesta de fondo a la reclamación presentada por ella contra el resultado de la prueba funcional, mediante oficio radicado núm. 34994 de 28 de agosto de 2012. Así mismo, refirió que no expidió ningún acto administrativo adicional a lo manifestado.

Respecto de las causas por las cuales se repitieron las pruebas del empleo 201180 de la mencionada convocatoria, adujo que ello tuvo lugar con ocasión de lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en fallo de 12 de abril de 2013. En dicha decisión se amparó el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes, se procedió a evaluar la pertinencia de las pruebas funcionales y de aptitudes aplicadas a los concursantes, debido a que solo el 38,33 % de la prueba aplicada al empleo en mención presentaba relación directa con los ejes temáticos definidos para el empleo y para el proceso.

Entonces, la CNSC identificó que al empleo 201180 le había sido aplicada la prueba diseñada para el cargo 201154, por lo tanto el examen no era pertinente para medir las competencias de cada uno de los aspirantes inscritos al mismo. En relación con esta anomalía, la USBSM reconoció que efectivamente había existido un error al momento de grabar los documentos que contenían las pruebas. Por lo anterior, procedió a adoptar las medidas necesarias orientadas a garantizar los principios de igualdad, mérito y oportunidad del proceso de selección¹.

Finalmente, la entidad remitió la caja con el material documental enviado al Consejo de Estado para dar trámite a la acción de tutela interpuesta por la ciudadana Zoraida Martínez Yepes (Registro Cadena de Custodia Versión 2-Resolución F.G.N. 02770/30/06/2005. Código Único de Caso 250002342000201200492-01).

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Conforme a lo expuesto, corresponde a esta Sala de Revisión resolver los siguientes problemas jurídicos:

- i. ¿Se transgreden los derechos fundamentales a la igualdad, la equidad, el trabajo y el debido proceso de una persona que se presentó a un concurso de méritos para acceder a un cargo de carrera administrativa específica, cuando sus reclamaciones hayan sido resueltas por la universidad ejecutora del concurso, sin que medie delegación de tal competencia a través de acto administrativo?

¹ Actuaciones relacionadas en los folios 24 al 95 del cuaderno de revisión.

ii. ¿Se vulneran los derechos de defensa y acceso a documentos públicos cuando la entidad responsable de la ejecución del concurso, se rehúsa a entregar el informe de calificación al aspirante, bajo el argumento de la reserva legal?

Para tal efecto, la Sala abordará: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos; (ii) la igualdad, la equidad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa; (iii) el acto de convocatoria como norma que regula el concurso de méritos; (iv) el alcance de la delegación en los concursos de méritos; (v) el derecho fundamental de petición y; finalmente se resolverá el asunto *sub examine* en el (vi) caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos

El artículo 86 constitucional consagró la acción de tutela como un mecanismo residual para la protección de derechos, dado que su procedencia está supeditada a que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial², salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable³.

El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios para la protección de sus derechos fundamentales. Este imperativo constitucional pone de relieve que para solicitar el amparo de un derecho fundamental, el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia de la acción de tutela.

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe analizar, en cada caso concreto, si los otros mecanismos judiciales disponibles permiten

² En Sentencia T-507 de 2012 se reiteró: “El alcance de esta disposición constitucional fue precisado por el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, precepto que al regular la procedencia de la acción de tutela consagra en su numeral primero que ésta no procederá ‘cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante’.”

³ En Sentencia T-753 de 2006, este Tribunal señaló que “la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de provisiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental. De allí que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

ejercer la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logrando su protección efectiva e integral⁴.

Ahora bien, en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces⁵ para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes⁶ y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo⁷.

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009 se determinó que: *“en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado 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”*.

Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo.

La Corte ha resaltado que la provisión de empleos a través de concurso busca la satisfacción de los fines del Estado y garantiza el derecho fundamental de acceso a la función pública. Por ello, la elección oportuna del concursante que reúne las calidades y el mérito asegura el buen servicio administrativo y

⁴ Respecto de la idoneidad y eficacia del instrumento judicial ordinario, en Sentencia T-569 de 2011 se indicó que: *“es deber del juez de tutela examinar si la controversia puesta a su consideración (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración. (...) no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de **brindar inmediata y plena protección** a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que **esperar por varios años** mientras sus derechos fundamentales están siendo violados”*.

⁵ En la Sentencia T-507 de 2012 se indicó al respecto: *“Para la Corporación es claro que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo, debido proceso y, al acceso y participación en cargos públicos, que se presenta cuando las autoridades públicas desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos, no se resarce por medio del mecanismo ordinario, puesto que éste implica unos trámites dispendiosos y demorados frente a una situación que requiere una solución inmediata, para la efectiva protección del principio de carrera consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política. (...) En conclusión, (...) la tutela es procedente aunque exista otro mecanismo de defensa. Dicha procedencia excepciona la subsidiariedad de la tutela, dado que, al realizar un estudio del medio de defensa principal ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se encuentra que el mismo no es eficaz ni idóneo para la protección inmediata de los derechos y para garantizar la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución Política”*.

⁶ Sentencia SU-961 de 1999.

⁷ Sentencia T-556 de 2010.

requiere de decisiones rápidas respecto de las controversias que surjan entre los participantes y la entidad⁸.

Así las cosas, este Tribunal ha entendido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.

4. La igualdad, la equidad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa. Reiteración de jurisprudencia⁹

El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el *clientelismo*, el *nepotismo* o el *amiguismo* sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.¹⁰

Para esta Corporación, ese sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: (i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.¹¹

Resulta vulneratorio del principio de igualdad de oportunidades cualquier práctica que discrimine a los aspirantes a un empleo público en razón de su raza, sexo, convicciones religiosas o políticas. Asimismo, es contrario al mencionado principio toda conducta que – sin justificación alguna – rompa el equilibrio entre los participantes de un concurso. De igual manera, resultan inconstitucionales por desconocer el principio de igualdad de oportunidades, aquellos concursos públicos que carezcan de medidas efectivas para garantizar condiciones más favorables a personas pertenecientes a ciertas poblaciones cuyas posibilidades de acceso al empleo público haya sido tradicionalmente negado.¹²

De otra parte, a partir del mandato contenido en el artículo 125 de la Carta y en virtud del derecho al debido proceso¹³, la jurisprudencia ha derivado un

⁸ Sentencia T-333 de 1998.

⁹ La Sala reitera los fundamentos de la sentencia T-569 de 2011.

¹⁰ Sentencia C-319 de 2010

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*

¹³ El derecho al debido proceso ha sido definido por la Corte como “*el respeto a las formas previamente definidas, en punto de las actuaciones que se surtan en el ámbito administrativo y judicial, salvaguardando*

conjunto de reglas orientadoras del sistema de ingreso, ascenso y retiro del servicio público. Así, este Tribunal ha señalado que: (i) el empleo público es, por regla general, de carrera; (ii) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán escogidos por concurso público; (iii) el ingreso a la carrera administrativa y los ascensos serán por méritos; y (iv) el retiro se dará únicamente por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario “y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”.¹⁴

La Sala Plena de este Tribunal, en sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas que, por regla general, conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera¹⁵. En dicha oportunidad esta Corporación explicó que la escogencia del servidor público de carrera debe estar precedida de las fases de (i) convocatoria, (ii) reclutamiento, (iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de lista de elegibles, enfatizando en que aquellas deben adelantarse con apego al principio de buena fe y los derechos a la igualdad y debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, cuando la administración – luego de agotadas las diversas fases del concurso – clasifica a los diversos concursantes mediante la conformación de una lista de elegibles, está expidiendo un acto administrativo de contenido particular, “que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman.”¹⁶

Esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado¹⁷; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales.

Así las cosas, cuando la administración designa en un cargo ofertado mediante concurso público a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desconoce los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo de aquellos aspirantes que la anteceden por haber obtenido mejor puntaje. En idéntica forma, se vulneran los derechos fundamentales de

en todas sus etapas los principios de contradicción e imparcialidad.” Para esta Corporación, el debido proceso es de especial importancia para el cabal desenvolvimiento de las diversas etapas del concurso, ya que solo a través de aquel es posible “brindar a los administrados seguridad jurídica y garantizar su defensa, así como el correcto funcionamiento de la administración y la certeza de la validez de sus actuaciones.” En consecuencia, se desconoce el derecho fundamental al debido proceso de una persona “cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe.”

¹⁴ Ver las sentencias C-901 de 2008, C-315 y C-211 de 2007, C-1122 de 2005 y C-349 de 2004, entre otras.

¹⁵ Reiterado en la sentencia SU-913 de 2009.

¹⁶ Sentencia SU-913 de 2009.

¹⁷ Sentencias C-147 de 1997, C-155 de 2007, C-926 de 2000, C-624 de 2008, T-494 de 2008, entre otras.

quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles, cuando aquellas se reconstituyen sin existir razones válidas que lo ameriten.¹⁸

5. El acto de convocatoria como norma que regula el concurso de méritos

El principio del mérito en el acceso a la función pública se encuentra instituido en el artículo 125¹⁹ superior, a fin de garantizar que en todos los órganos y entidades del Estado se vinculen las personas que ostenten las mejores capacidades. Como lo ha sostenido la Corte *“todos los empleos públicos tienen como objetivo común el mejor desempeño de sus funciones para la consecución de los fines del Estado”*²⁰. Para tal efecto, el Legislador cuenta con la autonomía necesaria para determinar los requisitos y condiciones del aspirante, sin entrar en contradicción con las normas constitucionales²¹.

El concurso público ha sido el mecanismo establecido por la Carta Política para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva²², haga prevalecer al mérito como el criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público. Su finalidad es que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo²³.

Dicha actuación debe estar investida con todas las ritualidades propias del debido proceso²⁴, lo que implica que se convoque formalmente mediante acto que contenga tanto de los requisitos exigidos para todos los cargos ofertados,

¹⁸ Sentencia T-556 de 2010.

¹⁹ *“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.”*

²⁰ Cfr. Sentencia SU-086 de 1999: *“La Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla (art. 125 C.P.), tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es, para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales.”*

²¹ Así se estableció en la sentencia C-901 de 2008, donde concretamente se dijo: *“En suma, el mérito, como fundamento del ingreso, ascenso y retiro de la carrera administrativa, no solo se ajusta a los principios y valores constitucionales, sino que al encaminarse al logro de los fines consagrados en el artículo 209 Superior, propende por la supresión de los factores subjetivos en la designación de servidores públicos y la eliminación de prácticas anti-modernas como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo.”* (Ver al respecto las sentencias C-071 de 1993; C-195 de 1994; C-563 de 2000; C-1230 de 2005; C-315 de 2007, entre otras.)

²² Cfr. Sentencia SU-133 de 1998: *“La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado”.*

²³ Cfr. Sentencia T-556 de 2010.

²⁴ Cfr. Sentencia T-514 de 2001: *“el debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician con el objeto de cumplir una obligación o de ejercer un derecho ante la administración, como es el caso del acceso a los cargos públicos”.*

como de las reglas específicas de las diversas etapas del concurso (la evaluación y la conformación de la lista de elegibles) a las que se verán sometidos los aspirantes y la propia entidad estatal²⁵. Sobre el particular, este Tribunal señaló en la Sentencia SU-913 de 2009 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 los derechos fundamentales.
- (ii) A través de las normas 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 infringe 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. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por las 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 administrativa²⁶.
- (iv) Cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que

²⁵ Cfr. Sentencia T-090 de 2013. En esa providencia se refirió que de acuerdo con la Sentencia C-040 de 1995, reiterada en la Sentencia SU-913 de 2009, las etapas que en general deben surtir para acceder a cualquier cargo de carrera y que, por consiguiente, deben estar consignadas en el acto administrativo de convocatoria, son: “(i) **La convocatoria:** Fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) **Reclutamiento:** En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) **Aplicación de pruebas e instrumentos de selección:** a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. y (iv) **elaboración de lista de elegibles:** En esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido”. (Negrillas del texto original).

²⁶ Sobre las reglas del concurso que se encuentra en trámite y su concatenación con los principios, la Corte Constitucional en sentencia C-1040 de 2007, al referirse a las objeciones presidenciales formuladas por el Gobierno Nacional al proyecto de ley núm. 105/06 Senado y 176/06 Cámara, “por el cual se dictan algunas disposiciones sobre el concurso público de acceso a la carrera de notarios y se hacen algunas modificaciones a la ley 588 de 2000”, manifestó que “la regulación legal debe respetar las reglas del concurso que se encuentra en trámite. El fundamento constitucional de dicha conclusión es múltiple: el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad (art. 209 C.P.) se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (idem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar; (...)”.

ocupa en ella el primer lugar, detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior que no puede ser desconocido.

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas – deberán realizarse con estricta sujeción *(i)* al derecho al debido proceso; *(ii)* al derecho a la igualdad y *(iii)* al principio de la buena fe²⁷. Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen “*ley para las partes*” que intervienen en él²⁸.

Así las cosas, la convocatoria se convierte en una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, de tal forma que incumplir las directrices allí estipuladas contraviene no solo los derechos de los aspirantes, sino aquel valor superior al cual está sujeto toda actuación pública. Dicho en otros términos, el acto administrativo que la contenga funge como norma del concurso de méritos, por lo cual todos los intervinientes en el proceso deben someterse a aquel so pena de trasgredir el orden jurídico imperante.

6. El alcance de la delegación en los concursos de méritos

El constituyente creó la Comisión Nacional del Servicio Civil y le encomendó la administración y vigilancia del régimen de carrera administrativa de los servidores públicos²⁹. Aunado a ello el legislador le encomendó la exclusiva supervisión de los sistemas de carrera específica³⁰, lo cual a juicio de este Tribunal también incluye su direccionamiento³¹.

En ejercicio de dicha competencia, le corresponde elaborar las convocatorias para concurso de méritos y adelantar el proceso de selección de los empleos adscritos a tal condición, entre otras funciones³². En el Decreto Ley 760 de 2005 se estableció el procedimiento para desarrollar dichas labores y se consagró la posibilidad de que la Comisión delegue el conocimiento y la decisión de las reclamaciones presentadas con ocasión del trámite de escogencia³³.

Al respecto, en la Sentencia C-1175 de 2005 se reconoció que la escasa estructura organizacional creada legalmente para la Comisión Nacional del

²⁷ Sentencia T-502 de 2010.

²⁸ Sentencia SU-913 de 2009. Reiterada en la Sentencia T-569 de 2011.

²⁹ Constitución Política, artículo 130.

³⁰ Ley 909 de 2004, artículo 4, numeral 3.

³¹ Sentencia C-1230 de 2005: “*En los términos expuestos, para los efectos de remediar la omisión legislativa detectada en esta causa, la Corte acudirá a la figura de la sentencia integradora aditiva y, bajo ese criterio, condicionará la exequibilidad del numeral 3° del artículo 4° de la Ley 909 de 2004, a que se entienda que la función de la Comisión Nacional del Servicio Civil comprende, además de la vigilancia de los sistemas específicos de carrera, también la administración de tales sistemas.*”

³² Ley 909 de 2004, artículo 11.

³³ Decreto Ley 760 de 2005, artículo 2.

Servicio Civil, dificultaba que llevara a cabo directamente todos los procesos de selección. Por tal motivo, el propio legislador autorizó delegar su realización en entidades educativas, debido a que por su carácter académico no comprometen la independencia constitucional de la CNSC. Además, esta Corporación consideró que el traslado de la función concerniente al conocimiento y decisión de las reclamaciones presentadas durante el desarrollo del concurso debía estipularse explícitamente en el acto de delegación de la ejecución del proceso.

Aunado a lo anterior, advirtió que *“una cosa son las simples reclamaciones que surgen en alguna de las etapas delegadas de los procesos de selección, que no afectan el concurso en sí mismo, porque se trata de asuntos individuales o particulares, y, otra, muy distinta, cuando la reclamación tiene la connotación de denuncias o reclamos por irregularidades en el proceso, denuncias que al adquirir connotaciones de trascendencia, sí pueden afectar la integridad del proceso”*³⁴.

La Sentencia C-1175 de 2005 distinguió que en el primer caso referido a reclamaciones sobre actos particulares que no afectan los ejes del proceso de selección, *“cuando el aspirante no es admitido a un concurso o proceso o cuando el participante está en desacuerdo con las pruebas aplicadas en los procesos de selección, y que por tales hechos presentan las reclamaciones respectivas (arts. 12 y 13 del Decreto 760 de 2005)”*³⁵, la Comisión puede delegar su conocimiento y solución en la entidad que desarrolle el proceso, sin perjuicio de lo cual, puede avocar dicha función en cualquier momento³⁶.

Respecto del segundo evento, consideró que por tratarse de asuntos intrínsecamente ligados al proceso de selección en sí mismo, como *“las quejas sobre la existencia de errores ostensibles en la valoración de las pruebas, o filtración del contenido de las mismas, o sospechas de corrupción en el proceso o en sus resultados, desconocimiento de los lineamientos o instrucciones dados por la Comisión Nacional del Servicio Civil a la entidad delegada para el desarrollo del concurso”*³⁷, estos hacen parte de la responsabilidad de administración y vigilancia del sistema de carrera en cabeza de la CNSC, que por su entidad es indelegable³⁸.

³⁴ Sentencia C-1175 de 2005.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ En Sentencia C-1175 de 2005, la Corte consideró sobre el particular: *“no obstante que la persona interesada puede elevar su reclamo bien sea ante la Comisión Nacional del Servicio Civil o ante la entidad delegada, la Comisión, a su vez, puede resolver si delega o no el conocimiento y la decisión pertinente en la entidad que realizó el proceso. Además, la Comisión siempre puede reasumir el conocimiento de lo reclamado, o avocar en segunda instancia el asunto, tal como lo establece el artículo 12, literales c) y d) de la Ley 909 de 2004”*.

³⁷ Sentencia C-1175 de 2005.

³⁸ Al respecto, se indicó en la Sentencia C-1175 de 2005: *“En cambio, cuando la reclamación o queja adquiere una entidad superior, por contener denuncias de irregularidades, en las que se ponen en entredicho no situaciones individuales o particulares, sino el proceso en sí mismo, el conocimiento y la decisión correspondiente no sólo no pueden ser delegados, sino que únicamente la Comisión Nacional del Servicio Civil es la competente para conocer y decidir al respecto, adoptando las medidas pertinentes que la situación amerite, como suspender el proceso, iniciar investigaciones, denunciar ante las autoridades penales o de control los hechos correspondientes, etc.”*.

Al tenor de lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, la delegación del conocimiento y decisión de las reclamaciones presentadas en un proceso de selección, se puede surtir únicamente con las instituciones de educación superior a quienes se encargue la ejecución del proceso de selección, siempre que se trate de solicitudes particulares que no afecten el concurso en general.

Si bien el sistema específico de carrera de la DIAN está regulado expresamente en el Decreto Ley 765 de 2005, cuyo artículo 38³⁹ dispone las autoridades encargadas de la resolución de las reclamaciones presentadas, la aplicación de dicha disposición deberá efectuarse en concordancia con lo señalado por este Tribunal en la Sentencia C-1175 de 2005, en la cual se analizó la constitucionalidad de la facultad de delegación de funciones de la CNSC.

Ello implica que cuando se trate de peticiones generales que afecten el desarrollo del concurso en general, sin perjuicio de lo dispuesto en la referida norma, la CNSC es la única entidad competente para resolverlas puesto que esa labor es indelegable por derivarse directamente de la responsabilidad de administración y vigilancia del régimen de carrera que le corresponde, incluso en los sistemas específicos, de conformidad con lo dispuesto en la Sentencia C-1230 de 2005.

7. El derecho fundamental de petición. Reiteración jurisprudencial

La Constitución Política de 1991 en su artículo 23, consagró el derecho que tiene toda persona a presentar peticiones respetuosas ante las autoridades públicas, sea por razones de interés general o de interés particular; estableciendo además, que dichos escritos deberán gozar de una respuesta oportuna.

Recientemente en Sentencia C-951 de 2014, esta Corporación analizó en sede de control abstracto de constitucionalidad, el proyecto de ley estatutaria 65 de 2012 (Senado) y 227 de 2013 (Cámara) por medio del cual se reguló el derecho de petición.

En esa decisión, la Corte manifestó que esta atribución fundamental cumple una función valiosa para las personas, ya que por su conducto se garantizan otros derechos y se puede tener acceso a información y documentación que reposa en las entidades sobre situaciones de interés general o particular, siempre y cuando se atienda lo dispuesto en el artículo 74 de la

³⁹ Decreto Ley 765 de 2005, artículo 38 *“RECLAMACIONES POR IRREGULARIDADES EN LOS CONCURSOS. Las reclamaciones por presuntas irregularidades en los concursos podrán ser presentadas por los aspirantes dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la ocurrencia del hecho o acto que se presuma irregular, ante la Comisión del Sistema Específico de Carrera.*

Cuando se trate de reclamaciones por inconformidad en los puntajes obtenidos en las pruebas, será competente para resolverlas en primera instancia, el empleado que se desempeñe en la jefatura de la dependencia que ejerza la función de Gestión Humana. La segunda instancia será ejercida por la Comisión del Sistema Específico de Carrera.”

Constitución, esto es que no se trate de información que por ley tenga el carácter de reservada.

Se reiteró que tiene un nexo directo con el derecho de acceso a la información (artículo 74 CP), en la medida que los ciudadanos en ejercicio de la petición, tienen la potestad de conocer la información sobre el proceder de las autoridades y/o particulares, de acuerdo a los parámetros establecidos por el legislador. Por ello, la Corte ha indicado que *“el derecho de petición es el género y el derecho a acceder a la información pública es una manifestación específica del mismo”*⁴⁰.

Asimismo, a juicio de este Tribunal, tiene relación con el artículo 209 de la Carta Política, que regula los principios de la función pública, como quiera que las solicitudes de las personas configuran por excelencia, la forma con la cual se inician las actuaciones de las autoridades, las cuales deben ceñirse a tales valores superiores. En el procedimiento del derecho de petición, las entidades estatales y particulares deben actuar guiadas por la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad. Resaltó el nexo del derecho de petición con la función pública, al advertir que esa garantía implica el *“establecimiento de una comunicación efectiva entre la Administración y los Ciudadanos, cuya fluidez y eficacia constituye una exigencia impostergable para los ordenamientos organizados bajo la insignia del Estado Democrático de Derecho”*⁴¹.

Respecto de su núcleo esencial, la jurisprudencia constitucional ha concluido que la petición incluye⁴²:

“1. La posibilidad cierta y efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas.

2. La obtención de una respuesta que tenga las siguientes características:

(i) Que sea oportuna;

(ii) Que resuelva de fondo, en forma clara y precisa lo solicitado lo cual supone que la autoridad competente se pronuncie sobre la materia propia de la solicitud de manera completa, sin evasivas respecto a todos y cada uno de los asuntos planteados.

*(iii) Que la respuesta sea puesta en conocimiento del peticionario.*⁴³”

⁴⁰ Sentencia C-274 de 2013

⁴¹ Sentencia T-534 de 2007.

⁴² Ver, entre otras, las sentencias T-944 de 1999, T-377 de 2000, T-447 de 2003, T-734 de 2004, C-510 de 2004, T-915 de 2004, T-855 de 2004, T-737 de 2005, T-236 de 2005, T-718 de 2005, T-627 de 2005, T-439 de 2005, T-275 de 2005, T-725 de 2012.

⁴³ Sentencias T-1089 de 2001, T-219 de 2001, T-249 de 2001, T-377 de 2000.

En relación con la obligatoriedad de brindar una contestación de fondo, esta Corporación ha manifestado que *“la respuesta de la Administración debe resolver el asunto, no admitiéndose en consecuencia respuestas evasivas, o la simple afirmación de que el asunto se encuentra en revisión o en trámite”*⁴⁴.

Finalmente, este Tribunal ha considerado que la oportunidad en la resolución de la solicitud, refiere específicamente a las normas vigentes del Estatuto Procedimental Administrativo, que para el caso sería de 15 días por tratarse de una petición en interés particular⁴⁵; siempre y cuando no se requiera un mayor lapso atendiendo las condiciones específicas de cada escrito, lo cual no es óbice para que en ese mismo término, la autoridad pública informe al peticionario en cuánto tiempo dará respuesta⁴⁶.

8. Caso concreto

8.1 La señora Zoraida Martínez Yepes solicitó el amparo constitucional de sus derechos al debido proceso, la igualdad y al trabajo, presuntamente conculcados por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad San Buenaventura Seccional Medellín.

La actora comentó que se inscribió en el proceso de selección de un empleo en el concurso de carrera administrativa específica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, el cual fue desarrollado por la referida institución de educación superior, previo contrato celebrado con la CNSC. Manifestó que las entidades accionadas aplicaron normas derogadas para la ejecución del concurso y que la USBSM no demostró su idoneidad para llevar a cabo el proceso contratado.

Indicó que la prueba académica que le correspondió resolver estaba dirigida a temáticas y aptitudes diferentes a las propias del cargo al que ella aplicó. Además, expuso que durante la realización del examen de conocimientos hubo algunas irregularidades relacionadas con la identificación de los participantes, la hora de inicio distinta en varias ciudades, las instrucciones sobre el uso de los celulares y otros aparatos electrónicos, el conocimiento público de algunas preguntas, la falta de claridad en la orientación brindada por los coordinadores de salón y las dificultades con el manejo de la documentación en que constaba la prueba.

La accionante señaló que no fueron absueltas en debida forma las reclamaciones presentadas por ella, debido a que se le resolvieron en contestaciones formato suscritas por la universidad que, además, carece de competencia para ello.

⁴⁴ Sentencias T-106 de 2010, T-046 de 2007, T-377 de 2000 y T-897 de 2007.

⁴⁵ Según el término dispuesto en el art. 6° del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo. Dicho artículo cobró vigencia a partir del 1° de enero de 2015, con ocasión de lo dispuesto en la Sentencia C-818 de 2011 mediante la cual se declaró inexecutable el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con efectos diferidos hasta el 31 de diciembre de 2014.

⁴⁶ Sentencia T-1160A de 2001.

Afirmó que la negativa de las entidades accionadas a entregarle las hojas de respuesta de su prueba, por tener carácter de reservado, trasgrede sus derechos al habeas data y de defensa.

Por lo anterior, requirió que se ordenara a las entidades accionadas rediseñar las pruebas del proceso de selección, repetirlas cumpliendo con los protocolos de seguridad, tiempos y logística, responder de fondo sus reclamaciones, ponerle en conocimiento la prueba y el informe de calificación, así como suspender la etapa de entrevistas de la Convocatoria núm. 128.

8.2 Las entidades accionadas se opusieron al amparo pretendido por la parte actora, con fundamento en que todos sus requerimientos habían sido absueltos oportunamente. Destacaron la inexistencia de irregularidades en la prueba de conocimientos y explicaron que los ejes conceptuales de las preguntas fueron concertados con la DIAN.

Refirieron que el empleo al que se postuló la señora Martínez cuenta con lista de elegibles en firme, como consta en la Resolución 1943 de 29 de agosto de 2013 ejecutoriada el 2 de septiembre de ese año. Aclararon que con ello, se consolidaron situaciones jurídicas subjetivas que impiden al juez de tutela decidir sobre el fondo de la acción.

8.3 El juez de primera instancia declaró la improcedencia de la solicitud de amparo por incumplimiento del requisito de inmediatez. Adicionalmente, consideró que las irregularidades denunciadas por la accionante se limitaban a simples apreciaciones subjetivas.

Por su parte, la decisión de segunda instancia encontró conculcados los derechos al debido proceso, la defensa y el acceso a los documentos públicos de la actora, pero se abstuvo de impartir órdenes específicas ante la ocurrencia de un daño consumado.

Concluyó que ante la delegación de algunas funciones a la universidad ejecutante del proceso, la Comisión no podía desentenderse de todas las reclamaciones elevadas por los participantes, so pena de lesionar el derecho de petición. Sin embargo, atendiendo a que la petición de la demandante fue resuelta, consideró que la vulneración había sido superada.

Respecto del derecho de acceso a documentos públicos, señaló que pese a la reserva legal que cobija el acceso a los elementos que integran la prueba, los examinados tienen derecho a conocer las preguntas y las respuestas que les fueron formuladas, por lo que la reserva solo se debe aplicar a terceros.

8.4 Inicialmente, se aclara que la Corte no se referirá a las anomalías mencionadas por la accionante, referidas a la identificación de los participantes, los tiempos de duración, así como la pertinencia y el origen de las preguntas, debido a que las mismas no fueron probadas, por lo que

cualquier discusión que surja en relación con ello debería debatirse ante el juez ordinario.

8.5 Subsidiariedad: La Corte ha considerado que la tutela es el mecanismo idóneo para lograr la protección de los derechos fundamentales pese a la existencia de otros medios ordinarios para efectuar dichas reclamaciones, siempre que estos no resulten adecuados ni eficaces, entre otros motivos, porque los trámites dispendiosos y la demora en su resolución podrían hacer inocua la orden judicial impartida, ante la imperiosa necesidad de brindar una solución inmediata al afectado y para garantizar la protección del principio de carrera contenido en el artículo 125 Superior.

8.6 Inmediatez: La Sala estima cumplido este requisito toda vez que la acción fue promovida el 22 de agosto de 2012⁴⁷, esto es, 2 meses y 10 días después del momento en que la actora tuvo conocimiento de los resultados de la prueba de conocimientos (12 de junio de 2012⁴⁸).

En tal sentido, la solicitud de amparo fue presentada en un término razonable desde que la señora Martínez se enteró del puntaje obtenido, ya que tal como lo manifestó la decisión de segunda instancia *“la fecha de la presentación de los exámenes [no] resulta (por regla general) relevante, [porque] exigirle a la parte demandante el recurso a este mecanismo de protección de los derechos fundamentales antes de conocer los resultados finales de su valoración resultaría infundado e irrazonable: sería tanto como obligarle a presumir una vulneración de la Constitución”*.⁴⁹

8.7 En esa medida, esta Sala de Revisión evaluará si se conculcaron los derechos fundamentales de la accionante, al haber sido la USBSM, en lugar de la CNSC, quien dio respuesta a las reclamaciones elevadas por ella.

⁴⁷ Folio 26, Cuaderno 1.

⁴⁸ Folio 53 del Cuaderno 1.

⁴⁹ En Sentencia SU-961 de 1999, la Corte consideró en relación con ese principio: *“La posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo significa que no tiene término de caducidad. La consecuencia de ello es que el juez no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo. (...) Teniendo en cuenta el 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. De acuerdo con los hechos, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros. 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 los derechos fundamentales de terceros, 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. (...) Si la inactividad del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que se conceda la acción de tutela, del mismo modo, es necesario aceptar que la inactividad para interponer esta última acción durante un término prudencial, debe llevar a que no se conceda. En el caso en que sea la tutela y no otro medio de defensa el que se ha dejado de interponer a tiempo, también es aplicable el principio establecido en la Sentencia (C-543/92), según el cual la falta de ejercicio oportuno de los medios que la ley ofrece para el reconocimiento de sus derechos no puede alegarse para beneficio propio, máxime en los casos en que existen derechos de terceros involucrados en la decisión”*.

De conformidad con lo anterior, en el expediente se observa que la Señora Martínez presentó las siguientes solicitudes:

8.7.1 El 29 de abril de 2012⁵⁰ manifestó su inconformidad sobre la temática planteada en las pruebas aplicadas con ocasión de la Convocatoria 128 de 2009, ya que a su juicio, las preguntas número 29 a la 44 no correspondían al cargo de gestor IV, al que se había presentado, en cuanto concernían al área de aduanas mientras que ella había aplicado para un empleo *“netamente de impuestos”*.

En respuesta, con fecha de recibido de 25 de mayo de esa anualidad⁵¹, la USBSM indicó que el diseño y la construcción de las pruebas fue realizado bajo criterios técnicos y metodológicos en cumplimiento del enfoque de competencias establecido en la ley, buscando apreciar de manera general las capacidades de interpretación, argumentación y proposición del aspirante y su posible adecuación al cargo al que se estaba presentando.

8.7.2 El 3 de mayo de 2012⁵², solicitó ante la CNSC: *i)* la revisión de los exámenes realizados en el proceso de selección, *ii)* la anulación de las preguntas o la repetición del test de conocimientos en caso de encontrar inconsistencias o irregularidades en el trámite, *iii)* la declaración del incumplimiento del objeto del contrato de prestación de servicios celebrado entre la CNSC y la USBSM y, *iv)* la suspensión del concurso hasta tanto no fuera resuelta dicha petición.

Fundamentó su solicitud en que la prueba de competencias funcionales presentada el 29 de abril de 2012, contenía 16 preguntas relacionadas directamente con legislación aduanera y cambiaria, las cuales no correspondían a los ejes temáticos del cargo al que se ella se había inscrito. Agregó que *“en las pruebas de aptitud se encontraron preguntas copiadas de manera textual, en algunos casos sin que ni siquiera fuesen adaptadas, cuya autoría corresponde a AMAT ABREU, MAURICIO, al cual pudieron tener acceso los admitidos a través del link (...) <http://www.ingenieria.upiita.ipn.mx/index.php/component/attachments/download/47>, poniendo en desventaja a quienes no estudiaron dicho documento”*⁵³.

Indicó que en la prueba de rapidez y precisión perceptual, se incluyeron 5 interrogantes que no podían ser resueltos en el tiempo estipulado para tal fin.

8.7.2.1 El 16 de junio de 2012, en respuesta a esa petición⁵⁴, la USBSM afirmó que las pruebas de competencias funcionales buscaban apreciar la capacidad, la idoneidad y la adecuación de los aspirantes al perfil de los diferentes empleos que habrían de proveerse, de tal modo que no se trataba de

⁵⁰ Constancia de ello obra en el folio 39 del cuaderno 11A.

⁵¹ Folios 39 al 42 del cuaderno 11A.

⁵² Folios 43 al 46 del cuaderno 11A.

⁵³ Folio 43 del cuaderno 11A.

⁵⁴ Folios 47 al 51 del cuaderno 11A.

evaluar conocimientos específicos sino la capacidad de interpretación, argumentación y proposición sobre un texto.

También precisó que todas las pruebas presentaron antes y después de su aplicación diferentes procesos de validación con el fin de garantizar que el contenido y el contexto de las preguntas correspondieran al funcionamiento de la organización (DIAN).

Coligió que no era procedente la anulación de las preguntas o la repetición del examen e informó que la USBSM había cumplido con todas las formalidades en el desarrollo y ejecución del objeto del contrato de prestación de servicios, siendo respetuosa de los derechos de autor, razón por la cual no había lugar a la declaratoria de incumplimiento contractual ni a la suspensión del proceso de selección.

8.7.2.2 Por su parte, la CNSC resolvió la misma solicitud el 28 de agosto de 2012⁵⁵, indicando que el derecho de petición enviado por la señora Martínez Yepes había sido remitido a la USBSM, toda vez que en ejecución del contrato 226 de 2011 dicha institución debía dar respuesta a todas las reclamaciones que se presentaran con ocasión de las pruebas del proceso de selección.

Expresó que la queja presentada en torno a la publicación de los resultados de las pruebas de competencias funcionales, fue atendida por la universidad mediante escrito de 3 de julio de 2012.

Manifestó que posterior a la reclamación presentada el 15 de junio de 2012, no había recibido ninguna comunicación objetando las respuestas emitidas por la universidad.

En relación con la **primera** pretensión afirmó que para la elaboración de las pruebas la USBSM tuvo en cuenta las competencias funcionales y de aptitudes que el aspirante debía demostrar, tomando en consideración los diferentes ejes temáticos, el manual de funciones y el perfil del empleo, orientando las preguntas a evaluar de acuerdo a las competencias requeridas por los cargos a ocupar.

Adujo que las preguntas de las pruebas funcionales y de aptitud fueron las mismas para todos los cargos, debido a que con ellas se buscaba identificar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes al perfil de los diferentes empleos ofertados. Así mismo precisó que todas las pruebas fueron objeto de diversos procesos de validación.

Respecto de la **segunda** y la **tercera** pretensión, afirmó que en el proceso de diseño de las pruebas, la universidad podía acudir a cualquier medio de consulta complementario y alternativo para elaborar las preguntas siempre que

⁵⁵ Constancia de ello obra en los folios 118 al 128 del cuaderno 11A.

estuviera enmarcado en la evaluación de competencias para el desempeño de cada empleo; del mismo modo, los aspirantes del concurso podían acudir a cualquier fuente de información para documentarse y prepararse para la presentación de las evaluaciones.

En cuanto al presunto incumplimiento del contrato de prestación de servicios, una vez revisados los pliegos de condiciones y las cláusulas del contrato, encontró que ninguna estipulaba que las preguntas debían ser de construcción original; con base en el numeral 34 de la cláusula segunda del contrato, en donde se exigía la cesión de derechos de autor de las pruebas diseñadas por la institución educativa, se excluía el concepto de originalidad que se pretendía extender a toda la prueba. Advirtió que este aspecto estaba llamado a cobrar relevancia una vez que la USBSM cediera los derechos de autor a la CNSC situación que se verificaría cuando fuere culminado el contrato.

En torno a la **cuarta** pretensión, no se encontró sustento jurídico alguno para suspender el proceso de selección de la Convocatoria 128.

Finalmente, sobre la afirmación de que en la prueba de rapidez y precisión perceptual se incluyeron 5 preguntas que no podían ser resueltas en el tiempo estipulado, se le informó que los lapsos otorgados para dichas respuestas fueron calculados de acuerdo a la realidad de procesamiento de las personas en Colombia y que para cada prueba se determinaron términos específicos.

Concluyó que no era factible que su pliego fuera evaluado manualmente por cuanto el puntaje obtenido por cada aspirante respondía a una calificación estandarizada para lo cual era necesario procesarla con los resultados de los demás aspirantes. Respecto de la solicitud de copia de las respuestas correctas y del cuestionario indicó que no le podían ser suministrados en razón a que estos documentos son reservados.

8.7.3 Con posterioridad, la actora presentó una reclamación en el portal web que la CNSC habilitó para la Convocatoria 128⁵⁶, documento cuya fecha no se registra en el expediente. Allí solicitó que le informaran la calificación obtenida por ella en la prueba de competencias funcionales, el comportamiento estadístico de respuesta a las preguntas 29 a 44 por los aspirantes a la convocatoria en mención, el porcentaje de aquellos que contestaron de forma acertada y errada, su comportamiento de respuesta y la valoración de esas 16 preguntas en el total de su puntaje.

Reiteró que los cuestionamientos no correspondían al eje temático de la convocatoria ni a los conocimientos básicos para el empleo al cual se había inscrito. En el mismo sentido pidió la revisión de su hoja de respuestas y la corrección del puntaje obtenido en el examen.

⁵⁶ Folios 52 y 53 del cuaderno 11A.

En respuesta al requerimiento elevado por la accionante⁵⁷, el 23 de junio de 2012 la USBSM arguyó que para las pruebas de competencias funcionales, elaboradas para cada uno de los cargos a evaluar, fue hecha una matriz donde se definían los ítems por cada eje temático, por cada competencia y por nivel de dificultad.

Indicó que no puede revelar el número de respuestas acertadas y erradas que tuvo la señora Zorayda Martínez, ya que se trata de un puntaje estandarizado respecto del grupo poblacional que se presentó.

Precisó que tampoco existían resultados por áreas sino por aspirante, en razón a que a esa fecha aún no se habían aplicado todas las pruebas y que los resultados consolidados de los exámenes funcionales no se podían dar a conocer hasta tanto culminara la etapa de reclamaciones.

También afirmó que no le era factible decir las preguntas que componían cada eje temático por cuanto las mismas contaban con carácter reservado; en el mismo sentido comunicó que no le era posible darle a conocer ningún elemento de evaluación. Le informó que al revisar su calificación, no se encontró error en los cálculos por lo cual se reiteró el puntaje obtenido.

8.8 La Sala considera se deben diferenciar las solicitudes elevadas por la actora a fin de determinar si su respuesta podía ser delegada en la institución educativa que ejecutó el proceso de selección.

Así las cosas, se advierte que la primera (considerando 8.7.1.) y la tercera (considerando 8.7.3.) se circunscriben a actos particulares que no afectan los ejes del concurso, sino que se refieren específicamente a las inconformidades de la aspirante respecto de la prueba aplicada, de tal forma que la CNSC estaba habilitada para delegar tal función y que, en consecuencia, la USBSM estaba plenamente legitimada para dar respuesta, como efectivamente ocurrió.

La segunda petición (considerando 8.7.2.) contemplaba aspectos y denuncias que habrían podido afectar el desarrollo de todo el concurso, como quiera que contenía pretensiones como la revisión de todos los exámenes, la anulación de las preguntas, la repetición del test de conocimientos, la declaración del incumplimiento del convenio suscrito entre la CNSC y la USBSM, e incluso, la suspensión del proceso.

Para la Corte es claro, a la luz de la Sentencia C-1175 de 2005, que la delegación de la solución genérica de las reclamaciones autorizada por la Constitución, la ley y la jurisprudencia, que a su vez fue materializada en el contrato, excedía su alcance al tratarse de una petición ligada al proceso de selección en sí mismo, cuyo conocimiento exclusivo y privativo corresponde a la CNSC. Por consiguiente, la institución universitaria no tenía competencia para resolver dicha solicitud.

⁵⁷ Folios 54 al 56 del cuaderno 11A.

Sin embargo, si bien en el expediente obra la respuesta proferida por la USBSM, también se encuentra el pronunciamiento efectuado por la Comisión que, aunque tardíamente⁵⁸, absolvió de fondo todos los cuestionamientos y reclamos formulados por la accionante.

Así las cosas, la Corte no advierte que se hayan trasgredido los derechos fundamentales de petición, al debido proceso y al trabajo de la señora Martínez por parte de las entidades accionadas, específicamente por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en tanto fueron resueltas materialmente todas las solicitudes presentadas por ella.

8.9 Ahora bien, en lo que respecta al acceso a los documentos públicos de la prueba por parte de la peticionaria, en el expediente consta que la solicitud para que le permitieran conocer el examen y sus calificaciones fue denegada por parte de la USBSM con fundamento en la reserva de dichos documentos.

Tal limitación se halla consagrada en el artículo 31⁵⁹ de la Ley 909 de 2004 y en el artículo 34.4⁶⁰ del Decreto Ley 765 de 2005, al tenor de los cuales las pruebas son reservadas por regla general a excepción de las personas autorizadas por la CNSC en curso del trámite de reclamación.

Esa restricción a la publicidad tiene como fundamento la protección del derecho fundamental a la intimidad, así como la independencia y la autonomía que se debe prever en virtud del principio de mérito. Sobre el particular, este Tribunal ha manifestado que *“las pruebas que se aportan durante el proceso de selección son reservadas y sólo pueden ser conocidas por los empleados responsables del proceso. Cosa distinta es que los resultados pueden ser conocidos por todos los aspirantes. (...) se trata de una medida universalmente aceptada en los procesos de selección, y la reserva es apenas un mínimo razonable de autonomía necesaria para la independencia de los seleccionadores y una protección, también, a la intimidad de los aspirantes”*⁶¹.

De ahí que para este Tribunal la excepción a la citada reserva deba aplicar para el participante que presentó las pruebas y que se encuentra en curso de una reclamación, aun sin mediar autorización de la CNSC u otra entidad competente.

⁵⁸ La solicitud está fechada el 3 de mayo de 2012 y la respuesta de la CNSC fue remitida vía correo electrónico el 28 de agosto de ese año, esto es 3 meses y 25 días después.

⁵⁹ Ley 909 de 2004, artículo 31.3: *“(...) Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación”*.

⁶⁰ Decreto Ley 765 de 2005, artículo 34.4: *“(...) Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indiquen la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Comisión del Sistema Específico de Carrera en desarrollo de los procesos de reclamación y de acuerdo con las competencias de cada una”*.

⁶¹ Sentencia C-108 de 1995.

Es evidente que con ello se garantiza el derecho de contradicción y defensa contenido en el artículo 29 Superior, como lo refirió el juez de segunda instancia: *“no permitírsele a la reclamante conocer la evaluación y sus respuestas, equivale a impedirle controvertir las pruebas con las cuales fundamenta su descontento a la calificación, y en consecuencia la transgresión el debido proceso, pues no puede olvidarse que este último es de rango Constitucional, y dicha prohibición establecida en un decreto no puede vulnerarlo, pues de acuerdo con el artículo 4º de la Carta Constitucional se debe dar prevalencia a la primera⁶²”*.

La reticencia de los organizadores de un proceso de selección a permitir el conocimiento de las hojas de respuestas y las pruebas adelantadas por cualquier aspirante, claramente desconoce las mencionadas garantías superiores, como quiera que con ello se impide que pueda corroborar sus calificaciones a fin de efectuar las reclamaciones judiciales y extrajudiciales que considere necesarias.

En consecuencia, esta Corporación colige que las entidades accionadas transgredieron los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a los documentos públicos de la señora Zorayda Martínez Yepes al impedirle el conocimiento del examen presentado y su resultado. En esa medida, se confirmará el amparo concedido en la decisión de segunda instancia.

No obstante, se revocará el ordinal segundo⁶³ de esa providencia en el cual se declaró la existencia de un daño consumado, y en su lugar, se dispondrá que la CNSC permita que la señora Martínez conozca el contenido de los exámenes que presentó y los respectivos resultados, si es que aún no lo hubiere hecho, a fin de que pueda ejercer sus derechos a la defensa y de contradicción, conservando la reserva so pena de hacerse acreedora de las sanciones legales o administrativas correspondientes.

8.10 La Corte aclara que el acceso a los documentos referidos a los procesos de selección por parte del aspirante no debe ser absoluto en aras de conservar los pilares fundamentales del principio del mérito.

En esa medida, con la finalidad de maximizar la relevancia de la reserva documental establecida en los concursos de méritos, con respeto del derecho de contradicción y defensa de los postulantes, se adicionará el ordinal cuarto⁶⁴ de la sentencia objeto de revisión.

⁶² Sentencia de 13 de Septiembre de 2012. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C. P.: Alfonso Vargas Rincón. Rad. 2500-23-42-000-2012-00233-01.

⁶³ *“SEGUNDO: No obstante lo anterior, se DECLARA LA EXISTENCIA DE UN DAÑO CONSUMADO, que impide la adopción de medidas concretas dirigidas a garantizar el pleno goce de estos derechos por parte de la demandante.”*

⁶⁴ *“CUARTO: PREVENIR a la CNSC sobre el derecho que asiste a los participantes en los procesos de selección de personal que adelanta en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales para consultar, en los términos en que ella misma defina en virtud de lo dispuesto en el numeral anterior de esta providencia, las hojas de respuesta de las pruebas y los cuestionarios respectivos, de modo que no se repitan episodios como el ventilado en esta sentencia.”*

Para tal efecto, el mecanismo diseñado por la CNSC para garantizar que los inscritos en las convocatorias puedan conocer directamente el contenido de las pruebas que les hayan sido aplicadas y sus calificaciones, debe consagrar la posibilidad de que a través de otra institución pública que tenga presencia en el lugar de presentación del examen, el aspirante pueda consultar personalmente los documentos reseñados, ante un funcionario competente que garantice el registro de la cadena de custodia. En ningún caso se podrá autorizar su reproducción física y/o digital (fotocopia, fotografía, documento escaneado u otro similar) para conservar la reserva respecto de terceros.

En caso de que el participante requiera dichos documentos para tramitar la reclamación administrativa o judicial, deberá solicitar a la autoridad que conozca de la misma, que ordene el traslado de esos elementos probatorios bajo custodia del CNSC o la institución educativa autorizada. En este caso, dicho servidor público estará obligado a guardar la cadena de custodia y la reserva frente a terceros.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

Primero. LEVANTAR la suspensión de términos ordenada mediante auto de veintitrés (23) de octubre de dos mil catorce (2014).

Segundo. REVOCAR parcialmente la decisión adoptada el día seis (6) de febrero de dos mil catorce (2014) por la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Zoraida Martínez Yepes, en cuanto al ordinal segundo que declaró la existencia de un daño consumado y, en su lugar, ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil que permita a la señora Zorayda Martínez conocer el contenido de las pruebas presentadas por ella y los respectivos resultados, si es que aún no lo ha hecho.

Tercero. CONFIRMAR integralmente los demás ordinales de la sentencia de seis (6) de febrero de dos mil catorce (2014) proferida por la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Zoraida Martínez Yepes, de conformidad con los motivos expuestos en esta providencia.

Cuarto. ADICIONAR el ordinal cuarto del fallo de seis (6) de febrero de dos mil catorce (2014) proferida por la Sección Primera de la Sala Contencioso

Administrativa del Consejo de Estado, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Zoraida Martínez Yepes, para que el mecanismo creado por la CNSC observe los lineamientos impartidos en el numeral 5.9. de la parte motiva de esta providencia.

Quinto. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Magistrada (E)

ANDRÉS MUTIS VANEGAS
Secretario General (E)