

Centro de Servicios Administrativos
de Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
Neiva - Huila

URGENTE
ACCIÓN DE TUTELA

Neiva, Julio treinta y uno (31) de dos mil dieciocho (2018)
Oficio 7445

Doctora:
DIRECTORA GENERAL
INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF
Avenida Carrera 68 No. 64 C - 75
Bogotá, D.C.

Asunto: NOTIFICACIÓN FALLO DE TUTELA
Accionante: JORGE ALEXANDER CERQUERA ROJAS, 7690177
Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR,
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA,
UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
Ref.: No. Interno Ubicación: 10444
No. único de radicación: 410013187002201800054
ACCIÓN DE TUTELA

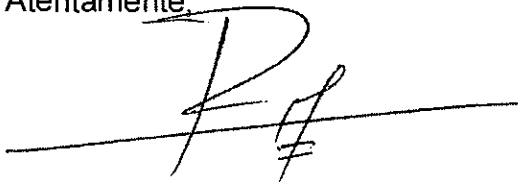
Cordial Saludo;

En cumplimiento de lo ordenado en el artículo 16 del decreto 2591 de 1991, para efectos de su notificación, comedidamente me permito remitir copia de la providencia calendada el 30 DE JULIO DE 2018, proferida por el Juzgado 002 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Neiva, dentro de la Acción Constitucional de la referencia.

Nuevamente se le solicita al ICBF, para que a través de la página web que maneja el respectivo concurso publique la presente decisión, igualmente se solicita al DAFP remita a las direcciones de los correos electronicos suministrados por cada uno de los participantes. Del cumplimiento de lo aquí ordenado, deberá remitir certificación o constancia del trámite realizado.

Consta lo enunciado de 6 folios con vuelto.

Atentamente,



LUIS FERNANDO RAMIREZ MEDINA
Escribiente

7 Folios

Acción de Tutela: 410013187002201800054, NI 10444
Accionante: JORGE ALEXANDER CERQUERA ROJAS
Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF–, UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA y
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA
DDFF DEBIDO PROCESO, IGUALDAD
Sentencia N°. 064



REPÚBLICA DE COLOMBIA
**JUZGADO 2° DE EJECUCIÓN DE PENAS
Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE NEIVA**

Neiva, Lunes, 30 de julio de 2018.

ASUNTO:

Se resuelve la Acción de Tutela promovida por JORGE ALEXANDER CERQUERA ROJAS, CC N° 7.690.177, contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF–, La UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA, por la presunta violación de sus derechos fundamentales *al debido proceso, y a la igualdad*.

1. HECHOS

JORGE ALEXANDER CERQUERA ROJAS, promovió acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–, la Universidad Nacional de Colombia y el Departamento Administrativo de la Función Pública, exponiendo como hechos fundantes los siguientes:

1.1.1. Se encuentra inscrito a la convocatoria BF/17-009 para proveer el cargo de Director Regional, Código 0042 Grado 18 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–, en la Regional Huila.

1.1.2. Las pruebas de conocimiento las presentó el 13ABR2018, momento en el que realizó la observación respecto de la pregunta N° 67 del cuestionario resuelto. En tanto considera que no luce respuesta válida.

1.1.3. El 15MAY2018 publicaron los resultados de las pruebas de conocimiento en la página Web del ICBF.

1.1.4. La reclamación frente a la inconformidad por el puntaje obtenido fue presentada el 16MAYO2018, a la dirección de correo electrónico concursoicb@funcionpublica.gov.co, con fundamento en las inconsistencias reportadas en las preguntas 24 y 67, del cuestionario resuelto.

1.1.5. La citación para la prueba de competencia se publicó el 22MAY2018, sin dar respuesta a la reclamación presentada. La fecha señalada se fijó para el 03AGO2018.

1.1.6. Vía correo electrónico el día 23MAY2018 recibió respuesta a la reclamación presentada, en esta le indican que frente a la pregunta N° 24 por el error en digitación detectado con anterioridad, fue tenida como correcta, de la pregunta N° 67 le contestaron que la misma contaba con respuesta válida.

1.1.7. Contra los resultados publicados dentro de la convocatoria BF/17-009, no procede recurso alguno, que suspenda la vulneración de los derechos fundamentales de los participantes. La respuesta a la reclamación presentada respecto de la pregunta N° 67 es genérica y sus efectos trascienden en los participantes de la Convocatoria.

1.2. Aportó como pruebas relevantes:

1.2.1. Citación a Prueba de Competencias, publicado el 22MAY2018 –fol 9.

1.2.2. Respuesta de la solicitud de revisión cuestionario aplicado, de fecha 21MAY2018—fol. 10—.

1.2.3. Correo electrónico reclamación convocatoria Dirección Regional Huila de fecha 16MAY2018 —fol. 11—.

1.2.4. Resultado prueba de conocimiento específicos, del 15MAY2018 — fol. 12—.

2. PRETENSIONES

A través de esta acción, el demandante pretende el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, y a la igualdad, al considerarlo vulnerados por el ICBF, La Universidad Nacional de Colombia y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

3. TRÁMITE PROCESAL

3.1. Asignada por reparto la demanda el 30MAY2018, allegada la misma al Despacho el 31 siguiente, se admitió su trámite en esta misma última fecha, ordenando, la notificación y traslado de la admisión y de sus anexos a los accionados. En cumplimiento de lo anterior, se libraron los oficios:

OFICIO			ENTREGA		
FOL.	Nº	FECHA	DESTINATARIO	FECHA	FOL.
14	1421	31MAY2018	DIRECTORA GENERAL –ICBF–	31MAY2018	14
15	1422		DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA		15
16	1423		UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA		16

Mediante fallo del 15 de junio de dos mil dieciocho (2018), se negó la acción de tutela instaurada por JORGE ALEXANDER CERQUERA ROJAS, CC N° 7.690.177, contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF-, La UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA

La sala Segunda de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva – Huila, el 16 de Julio de 2018, al resolver la impugnación interpuesta por el accionante, declaro la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda de tutela, es decir el auto del 31 de mayo de 2018, para que se vincule y notifique a los todos los participantes en concurso de mérito convocatoria N° BF/17-009, a fin de permitirles el acceso a la actuación procesal y el pleno ejercicio del derecho de defensa y contradicción.

En obediencia a lo ordenado por la sala Segunda de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva – Huila, con auto del 17 de Julio de 2018, se admitió nuevamente la acción de tutela y se vinculó a todos los

participantes en la convocatoria al concurso de méritos N° BF/17-009, corriéndoles traslado del escrito de tutela, a través de la publicación en la página web del ICBF que maneja para el respectivo concurso, y con el envío a la dirección de correo electrónico a cada uno de los participantes en la convocatoria.

En atención al oficio del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, en el que manifiesta la imposibilidad de enviar vía correo electrónico el traslado de la tutela, por cuanto la entidad no cuenta con la base de datos de cada uno de los participantes en la convocatoria, por auto del 23 de Julio de 2018, se ordenó al Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, enviar a la dirección de correo electrónico de cada uno de participantes al concurso de méritos el auto admisorio de la tutela y el escrito de la demanda.

3.2. En cumplimiento de lo anterior, se libraron los oficios:

OFICIO				ENTREGA	
FOL.	N°	FECHA	DESTINATARIO	FECHA	FOL.
60	1744	17JUL2018	DIRECTORA GENERAL -ICBF-	23JUL2018	73
61	1745		DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA		72
62	1746		UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA		71
63	1747		JORGE ALEXANDER CERQUERA ROJAS		

Los escritos relacionados, fueron enviados a través de los correos notificacionesjudiciales@icbf.gov.co; tutelas@icbf.gov.co; notificacionesjudiciales@funcionpublica.gov.co; joralcer72@hotmail.com; notificaciones_juridica_nal@unal.edu.co —fol. 63—.

4. RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

4.1. DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

En escrito recibido el 05JUN2018, -fol. 22-, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, presenta la respuesta a la Acción de Tutela, manifestando lo siguiente:

4.1.1. Se pronuncia respecto de cada uno de los hechos relatados en el escrito de la demanda, precisando:

4.1.2. Frente a la garantía del debido proceso en la convocatoria a concurso de méritos B/F17-009, se encuentra normado en el Título 28 del decreto 1083 de 2015, y con el acompañamiento del Departamento Administrativo de la Función Pública, encargado de la valoración de los antecedentes de los aspirantes, actuación en la que no hay intervención de la entidad convocante.

4.1.3. Mediante convenio interadministrativo N° 060 suscrito el 27NOV2008 con el Departamento Administrativo de la Función Pública, el cual tiene por objeto el diseño y ejecución del proceso de selección de las ternas que escogerán los Directores Regionales del ICBF., en este entendido se convocó a concurso de méritos BF/17-009, para la selección del Director Regional ICBF Huila. La entidad seleccionada para la elaboración, practica y calificación de las pruebas de conocimiento fue la Universidad Nacional de Colombia, y sobre la cual el ICBF no tiene ningún tipo de injerencia.

Igualmente manifiesta que las respuestas brindadas por Universidad se refieren expresamente sobre las inconformidades del accionante, sin que este pueda alegar desconocimiento alguno de las reglas impuestas en la Convocatoria.

Solicitó declarar que el ICBF, no ha incurrido en la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso reclamados por el demandante. Como consecuencia se declare la Improcedencia de la Acción de Tutela.

Mediante comunicación sin fecha, recibida vía correo electrónico el 19JUL2018, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, contesto nuevamente la acción de tutela, reafirma lo manifestado en la respuesta del 05JUN2018, informando de la publicación del auto admisorio y del traslado de la tutela, realizado en la página Web de la convocatoria al concurso de méritos –fol. 64 al 68-.

4.2. DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

En escrito recibido el 05JUN2018, fol. 26, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de Sede de la Universidad, presenta la contestación a la Acción de Tutela, manifestando lo siguiente:

5.2.1. Con oficio N° B.DCE-226-18 del Decano de la Facultad de Ciencias Económicas, manifiesta que la publicación del puntaje ponderado del accionante fue 25,5 /40, La convocatoria fijo que el puntaje ponderado mínimo para continuar con el concurso es 26 puntos sobre 40, Esto no significa que al accionante le falte 0,5 para cumplir con el puntaje mínimo requerido, teniendo en cuenta que:

(...) i) El procedimiento de normalización se realiza sobre puntajes directos, es decir sobre el número de aciertos sobre el total de preguntas. En este caso el puntaje directo de 50/80, corresponde a un puntaje normalizado de 51 preguntas de 80. ii) el procedimiento de normalización se aplica de manera independiente para el grupo de concursantes evaluados en cada regional, en este caso la regional Huila. (...)

5.2.3. La respuesta a las reclamaciones presentadas por los aspirantes fueron resueltas por la Universidad el 21MAY2018, fecha en la que se enviaron al ICBF.

5.2.4. La universidad no es la responsable de la notificación de las decisiones frente a las reclamaciones presentadas. En cuanto a la inconformidad de la pregunta 67 indica:

"(...) se precisa, que esta pregunta queda compensada en el proceso de normalización. Cabe aclarar que, de no haberse aplicado el proceso de normalización, el puntaje directo usado para la ponderación hubiera sido menor.

En conclusión, el puntaje directo del accionante, sin normalización, es de 50 sobre 80; con normalización es de 51 sobre 80, lo que corresponde a un puntaje ponderado de 25.5 sobre 40, por lo que se resalta que el tutelante no cumple con el puntaje mínimo aprobatorio para seguir el concurso (...)

5.2.5. Frente a la violación del debido proceso del accionante, considera que no existe, en el entendido que la Universidad considero las potenciales peticiones por él realizadas y siempre le brindo las respuestas oportunamente, con lo anterior queda demostrado que al accionante no se le vulnero ningún derecho fundamental, teniendo en cuenta el reconocimiento del punto correspondiente a la pregunta N° 67 debido al proceso de normalización explicado.

Solicita declarar la improcedencia de la acción, teniendo en cuenta que el accionante no logro el puntaje mínimo requerido para ser incluido en listado de aspirantes que continúan en el proceso de selección. Igualmente manifiesta que la acción constitucional no es un mecanismo para subsanar las inexactitudes de los candidatos en las fases de pruebas escritas contempladas por la convocatoria.

Con oficio del 23JUL2018, recibido vía correo electrónico el 23JUL2018, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la sede Bogotá de la UNAL, contesto nuevamente la acción de tutela, remitiendo oficio N° B.DCE-3214-18 del Decano (e) de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNAL, mediante el cual reafirman lo manifestado en la respuesta del 05JUN2018, adicionando:

"(...) LISTADO DE CONCURSANTES EVALUADOS PRUEBA DE CONOCIMIENTOS CONVOCATORIA BR/17-009 REGIONAL HUILA

El equipo técnico informa que en poder de la Universidad sólo reposan los datos de nombres e identificación de los concursantes evaluados mediante prueba escrita de conocimientos de carácter eliminatorio, del concurso BF/17009 par a Director Regional Huila, relacionados en la tabla anexa, y a quienes a través del procedimiento de normalización estadístico aplicado en la calificación de puntajes, se les reconoció el punto correspondiente con la pregunta 67 como si hubiese sido bien respondida por todos los aspirantes. El cual corresponde al criterio técnico usual usado en este tipo de pruebas, para responder al principio de beneficencia con los aspirantes denominado duda razonable (...)" -fol. 79 al 84-

4.3. DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

En escrito del 01JUN2018 —fol. 19— con radicado N° 20186000135201, el Asesor del Despacho y Coordinador del Grupo de Defensa Judicial, contesto la demanda de tutela, en los siguientes términos:

4.3.1. Mediante convenio interadministrativo N° 060 del 27NOV2008, suscrito entre el ICBF y el Departamento Administrativo de la Función Pública, cuyo objeto era el diseño y ejecución de los procesos de selección por mérito, se llevó a cabo el proceso para la designación de Directores Regionales del ICBF que se encuentren vacantes.

4.3.2. En virtud de este convenio mediante convocaría N° BF/17-009 se invitó al proceso de selección para Director Regional del Huila

4.3.3. Para cada etapa de la convocatoria, previamente se establecen la competencias de cada una de las entidades que intervienen, en este caso la Universidad Nacional fue la encargado del proceso de elaboración y calificación del examen de conocimientos. Es así como el Departamento Administrativo no formo parte de los delegados para formular y calificar las pruebas de conocimiento, por tanto no posee el conocimiento ni la capacidad para referirse frente a las pretensiones del accionante.

4.3.4. Frente al objeto del convenio interadministrativo, la realización de cada una de las etapas de la convocatoria, es competencia del ICBF y a la Universidad Nacional, lo que permite exponer que el Departamento Administrativo de la Función Pública carece de legitimación en la causa por pasiva

Culminó solicitando la desvinculación de la presente acción, declarando la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento Administrativo de la Función Pública, por carecer de fundamentos facticos y jurídicos atendibles.

A través de oficio del 25JUL2018 con radicado N° 20186000173681, el Asesor del Despacho y Coordinador del Grupo de Defensa Judicial, informa el cumplimiento a lo ordenado en el oficio 1783, respecto del envío del auto admisorio y del traslado de la tutela, al correo electrónico de cada uno de los aspirantes a la convocatoria N° BF-17009, anexa constancia envió. —fol. 86 - 87—

5. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

5.1. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN LOS CONCURSOS DE MÉRITOS: LA CONVOCATORIA COMO LEY DEL CONCURSO REINTEGRACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA¹

"(...)En este orden de ideas, el concurso público es el mecanismo establecido por la Constitución para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público, a fin de 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 subjetivo.

4.3. Ahora bien, el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior)².

Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso³, así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles. Hacer caso omiso a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación.

Precisamente, sobre el tema la Sala Plena de esta Corporación al asumir el estudio de varias acciones de tutela formuladas contra el concurso público de méritos que se adelantó para proveer los cargos de notarios en el país, mediante sentencia SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), señaló 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

¹ Corte Constitucional Sentencia T-090/13

² En sentencia T-514 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), la Corte señaló que "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".

³ De acuerdo con la sentencia C-040 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz), reiterada en la sentencia SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), las etapas que en general deben surtirse 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". (Negritas del texto original).

violatorias de derechos fundamentales; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. En este punto, esta Sala de Revisión estima que si por factores exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por 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 administrativa⁴; y, (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido.

4.4. Entonces, a manera de síntesis, la Sala concluye que la resolución de convocatoria se convierte en la norma del concurso de méritos y, como tal, tanto la entidad organizadora como los participantes deben ceñirse a la misma. En caso de que la entidad organizadora incumpla las etapas y procedimientos consignados en la convocatoria, incurre en una violación del derecho fundamental al debido proceso que les asiste a los administrados partícipes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa.(...)"

5.2. DE LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, LA IGUALDAD, Y AL PRINCIPIO DE LA BUENA FE —SENTENCIA T-018 DE 2016

"(...) 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 fe⁵. 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 él⁶.

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 él so pena de trasgredir el orden jurídico imperante (...)"

En la sentencia T-386 de 2016 el alto Tribunal manifestó:

⁴ Frente a las reglas del concurso que se encuentra en trámite y su concatenación con los principios, la Corte Constitucional en sentencia C-1040 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), al referirse a las objeciones presidenciales formuladas por el Gobierno Nacional al proyecto de ley No. 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, (...)"

⁵ Sentencia T-502 de 2010.

⁶ Sentencia SU-913 de 2009. Reiterada en la Sentencia T-569 de 2011.

“(…) Al analizar en el sub examine los planteamientos formulados por el actor, se encuentra que este señala como vulneratorio de sus derechos fundamentales, y en especial de su derecho fundamental al debido proceso, la exclusión de 5 preguntas del componente común de la prueba de conocimientos generales. Al respecto, alega que dicha exclusión repercutió en una calificación que lo inhabilitó para acceder a la etapa de curso-concurso y por tanto le cercenaba sus posibilidades de seguir en el proceso de selección.

Pues bien, frente a la inconformidad expuesta por el actor, la Sala encuentra que esta no tiene la entidad para ser calificadas como irrazonables o desproporcionadas y por tanto hace improcedente el estudio de su demanda por vía de acción de tutela.

En primer lugar, frente al cuestionamiento en relación con las preguntas del examen, el planteamiento del actor es contradictorio pues desde la presentación de su demanda de tutela reconoce que al presentar la prueba de conocimientos, efectivamente encontró que se realizaron varias preguntas que correspondían a otras especialidades del derecho distintas a las que estaba participando, y que otras eran impertinentes o tenían problemas para su interpretación. Sin embargo, y pese a reconocer que las preguntas excluidas del examen tenían varios problemas en su formulación, el actor solicita que para el amparo de sus derechos fundamentales, las mismas sean incluidas en la valoración de su calificación para determinar si puede acceder a la etapa de curso-concurso para continuar en el proceso de selección en el que participa.

Frente a la petición del actor, la Sala encuentra que esta carece de toda razonabilidad y lógica en la medida en que no es posible que el actor solicite la inclusión en su calificación de un conjunto de preguntas que él mismo reconoce y censura porque estaban mal formuladas.

Contrario a lo planteado por el demandante, la actuación de las entidades accionadas es razonable y proporcionada pues al evidenciar que existían inconsistencias en las preguntas formuladas en la prueba de conocimientos presentada por los concursantes, era necesario retirar dichas preguntas para garantizar la idoneidad de la prueba en condiciones de igualdad a todos los concursantes (igualdad de trato). Mantener este tipo de preguntas –con fallas técnicas– contrariaría la finalidad del concurso de méritos pues la prueba no se fundamentaría en los conocimientos del concursante, sino en el azar de una respuesta sobre la que no existe certeza. Por lo tanto, la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso del accionante carece de fundamento. (...)

5.3. PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL DESARROLLO DE CONCURSO DE MÉRITOS. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.⁷

“(…) 3.3.2 Adicionalmente, la jurisprudencia ha precisado que si el mecanismo existe y es idóneo y eficaz, la tutela solo resultaría procedente si se evidencia la amenaza de ocurrencia de un perjuicio irremediable⁸. En este caso, la tutela se torna viable y el amparo se otorga transitoriamente hasta tanto la situación sea definida en la jurisdicción competente. Para ello, el demandante del amparo deberá instaurar las acciones ordinarias correspondientes dentro de un término máximo de 4 meses a partir del fallo, lapso que se suspende con la presentación de la demanda ordinaria.⁹

⁷ Corte Constitucional Sentencia T-386/16

⁸ Consultar sobre este tema las sentencias C-531 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-719 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-436 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-086 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁹ Decreto 2591 de 1991, artículo 8º: “La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...) En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. (...) Si no la instaura cesarán los efectos de éste. (...)”

En este caso, el término señalado es imperativo, y si el actor no cumple con la obligación señalada, el amparo pierde su vigencia.¹⁰ En estos términos, la persona que solicita el amparo, deberá demostrar de forma suficiente la necesidad de la medida para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.¹¹ En este tema la jurisprudencia constitucional ha decantado los elementos que deben concurrir en el acaecimiento de un perjuicio irremediable:

- “(i) que se esté ante un perjuicio **inminente** o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño;
- (ii) el perjuicio debe ser **grave**, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona;
- (iii) se requieran de medidas **urgentes** para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y
- (iv) las medidas de protección deben ser **impostergables**, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.”¹²

3.4 Ahora bien, en el caso de la procedibilidad de la acción de tutela en concursos de méritos esta Corte ha realizado algunas precisiones adicionales. En la sentencia SU-617 de 2013¹³, la Corte señaló que era necesario determinar si en el marco de un concurso la demanda radica sobre actos administrativos de trámite, pues estos simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias, que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo y, en la mayoría de los casos, no crean, definen, modifican o extinguen situaciones jurídicas.¹⁴

En ese mismo pronunciamiento, la Sala Plena precisó que el artículo 75 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA, Ley 1437 de 2011) determinó que por regla general los actos de trámite no son susceptibles de recursos en vía gubernativa, y que su control solamente es viable frente al acto definitivo, bien sea interponiendo los recursos procedentes contra él, o bien mediante alguna causal de anulación ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo. De manera que, contra la acción de tutela solo procedería de manera excepcional, cuando el citado acto tiene la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa y cuando además se demuestre que resulta en una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución.

3.5 Recientemente, en la sentencia SU-553 de 2015¹⁵, la Sala Plena de la Corte se refirió de manera especial a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos expedidos en el marco de un concurso de méritos relacionados con la provisión de cargos en la rama judicial. Al respecto, se explicó que por ejemplo la acción de tutela era procedente, cuando la persona que pretende acceder al cargo para el cual participó en un curso de méritos, se ve expuesta al riesgo de que el registro o la lista de elegibles pierda vigencia, pues como consecuencia de ello, no se le podría garantizar la protección de su derecho por las vías judiciales existentes, lo que generaría un perjuicio irremediable.

Igualmente, en la citada sentencia de unificación se reiteró que la Corte ha fijado (Sentencia T-090 de 2013¹⁶) dos subreglas para la procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de

¹⁰ Sentencias T-098 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-608 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería y T-1062 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹¹ Ver sentencias T-278 de 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara, T-1068 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-043 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹² Sentencias T-107 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-816 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-1309 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

¹³ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁴ Cfr. SU-617 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

¹⁵ M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁶ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

méritos: "(i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor."

3.6 En conclusión, por regla general la acción de tutela es improcedente contra actos administrativos que se profieran en marco de un concurso de méritos, no obstante, excepcionalmente, procede el amparo cuando (i) se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez concederá la protección transitoria mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto; o cuando (ii) a pesar de que existe un medio de defensa judicial, no resulta idóneo o eficaz para conjurar la violación del derecho fundamental invocado. Finalmente, es necesario recordar, que (iii) el acto que se demande en relación con el concurso de méritos no puede ser un mero acto de trámite, pues debe corresponder a una actuación que defina una situación sustancial para el afectado, y debe ser producto de una actuación irrazonable y desproporcionada por parte de la administración (...)"

6. CONSIDERACIONES

6.1. COMPETENCIA

Conforme al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, a prevención, este Juzgado es competente para resolver la presente Acción de Tutela, atendiendo además lo expuesto por la Corte Constitucional en auto N° 092 del 02MAR2016, emitido en el expediente ICC-2339.

6.2. LA MATERIA

La Constitución Política al consagrar la acción de tutela dispuso que toda persona puede solicitar la protección de sus derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares (artículo 86, C.P.).

Este mecanismo se circunscribe a la protección de los derechos constitucionales fundamentales.

6.3. PROBLEMA JURÍDICO

¿El ICBF, la Universidad Nacional de Colombia y el Departamento Administrativo de la Función Pública, le vulneró a JORGE ALEXANDER CERQUERA ROJAS los derechos fundamentales al Debido Proceso, y a la Igualdad, en tanto no le fue contabilizada como válida la respuesta de la pregunta N° 67 de la prueba de conocimiento en la convocatoria pública BF/17-009 para la selección de Director Regional Huila del ICBF?

¿Se configura el principio de subsidiariedad de la acción, no obstante contar el accionante con la jurisdicción administrativa para la resolución de la controversia planteada?

6.4. CASO CONCRETO

El señor JORGE ALEXANDER CERQUERA ROJAS, se inscribió en la convocatoria BF/17-009 para proveer el cargo de Director Regional Huila del ICBF, programada y organizada mediante la ejecución del convenio interadministrativo N° 060 del 27NOV2008, suscrito entre la entidad convocante y el Departamento Administrativo de la Función Pública, esta convocatoria fue publicada en la página

Acción de Tutela: 410013187002201800054, NI 10444
Accionante: JORGE ALEXANDER CERQUERA ROJAS
Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-, UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA y
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA
DFFF DEBIDO PROCESO, IGUALDAD
Sentencia N°. 064

Web del ICBF

La institución encargada de la elaboración, práctica y calificación de la prueba de conocimiento fue la Universidad Nacional de Colombia. Durante la aplicación de la prueba el 13ABR2018, en el acta de asistencia se registró la novedad "Pregunta 67 sin respuesta".

Los resultados de la prueba de conocimiento fueron publicados el 15MAY2018, al día siguiente a través del correo electrónico, medio indicado para la presentación de las reclamaciones, el accionante manifiesta la inconformidad con la opción de respuesta frente a 2 preguntas, una de ellas la N° 67, la cual solicita le sea tenida como válida.

El 21MAY2018 la Directora Técnica del Concurso Público de la Universidad, contestó la reclamación presentada por el aspirante, siendo esta remitida al ICBF para la respectiva notificación. A través del correo electrónico del accionante fue comunicada la respuesta el 23MAY2018.

Al descorrer el traslado de tutela, por cada una de las accionadas, se demostró que la competencia para la preparación, aplicación y calificación de la prueba de conocimiento es de la Universidad Nacional. En la contestación de la Universidad expone que:

"(...) se precisa, que esta pregunta queda compensada en el proceso de normalización. Cabe aclarar que, de no haberse aplicado el proceso de normalización, el puntaje directo usado para la ponderación hubiera sido menor.

En conclusión, el puntaje directo del accionante, sin normalización, es de 50 sobre 80; con normalización es de 51 sobre 80, lo que corresponde a un puntaje ponderado de 25.5 sobre 40, por lo que se resalta que el tutelante no cumple con el puntaje mínimo aprobatorio para seguir el concurso (...)"

Del nuevo traslado surtido, en atención a la nulidad decretada por La sala Segunda de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva – Huila, el 16 de Julio de 2018, la Universidad aportó la relación de aspirante a los cuales se les reconoció el punto correspondiente a la pregunta N° 67 como si hubiera sido contestada correctamente.

Conforme lo anterior para el despacho queda probado que al accionante no se le han vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, en tanto que al resultado obtenido por el aspirante le fue reconocido el punto correspondiente a la pregunta objeto de inconformidad, debido al proceso de normalización aplicado a los resultado de los participante en la convocatoria, y frente a las actuaciones adelantadas por la Universidad se considera que encuentran conforme a lo establecido en la Convocatoria B/F 17-009.

Frente a la presunta vulneración del derecho fundamental a la igualdad, de las actuaciones adelantadas por cada una de las entidades vinculadas al presente acción, no se evidencia trato preferencial ni discriminatorio frente a ninguno de los participantes en la convocatoria, en este entendido el despacho no encuentra vulneración alguna al derecho fundamental a la igualdad.

En consecuencia, de antaño se ha dilucidado que la tutela no es mecanismo alterno o subsidiario del procedimiento ordinario, el cual se advierte idóneo y eficaz para la resolución de la controversia surgida. Recuérdese, al juez que conoce de la actuación constitucional le está vedado inmiscuirse en los temas

o asuntos que tienen delimitada la competencia para la asunción de su conocimiento.

Corolario de lo expuesto, se denegará por improcedente el amparo deprecado.

7. DECISIÓN

Por lo expuesto, el JUZGADO 2° DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE NEIVA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUÉLVASE:

PRIMERO. NEGAR por improcedente, el amparo del derecho fundamental a la igualdad y el debido proceso reclamado a favor de JORGE ALEXANDER CERQUERA ROJAS, al no encontrarlo vulnerado por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, conforme a lo motivado.

SEGUNDO. Comunicar la decisión por el medio más expedito a las partes —artículo 30 del decreto 2591 de 1991—.

TERCERO. Ejecutoriado este fallo, de no ser impugnado, remitir el original de la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



AMANDA SOCORRO ORTIZ ORTIZ

Juez.