

**ENFOQUE DE LAS PRUEBAS EN CONCURSO DE MERITOS DE LA DIAN - En protección del debido proceso se ordena revisión por Comisión Nacional del Servicio Civil y adopción de medidas pertinentes**

Si bien es cierto en virtud del contrato de prestación de servicio N° 226 de 2011, celebrado entre la Comisión y la Universidad de San Buenaventura – Seccional Medellín., le corresponde a ésta .. atender todos los temas relacionados con las pruebas del referido proceso de selección, también lo es que de acuerdo a la cláusula décima octava del mismo contrato, la CNSC está al tanto de la labor de supervisión de las obligaciones a cargo de la mencionada universidad, y por consiguiente debe velar por el adecuado desarrollo del concurso de méritos, máxime cuando es la entidad encargada por la Constitución Política, de vigilar los sistemas específicos de carrera, obligación que es reiterada en los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004,.., que de ser necesario y como consecuencia de la evaluación de la pertinencia de las pruebas de competencias funcionales y de aptitud aplicadas a la accionante dentro de la Convocatoria No. 128 de 2009, la Comisión debe tomar las medidas pertinentes para garantizar la objetividad, imparcialidad, mérito y accesibilidad a la administración dentro del concurso.

**NOTA DE RELATORIA:** Ver Consejo de Estado, Sentencia de 25 de octubre de 2012, Exp: 25000-23-41-000-2012-00208-01(AC)

**DERECHO A LA DEFENSA EN CONCURSO DE MERITOS - Vulneración por no garantizar efectivamente el acceso a las pruebas practicadas, las respuestas del actor y la solución del cuestionario / ACCESO A PRUEBAS Y LAS RESPUESTAS DEL CUESTIONARIO EN CONCURSO DE MERITOS - Procedencia de la acción de tutela**

Frente a dicha situación se observa, que si bien es cierto en los fallos de tutela que ha proferido esta Sección frente a casos similares, se le ha ordenado a la parte accionada que le entregue a los concursantes el cuestionario y sus preguntas, sin que se indique expresamente que éstos tengan conocimiento de los aciertos y desaciertos que tuvieron, dichos pronunciamientos han sido totalmente claros en precisar que el sentido de la protección es que los participantes del concurso de méritos tengan la posibilidad de conocer cómo fueron calificados, a fin de que puedan presentar las reclamaciones que estimen pertinentes con los elementos de juicio necesarios. Por la anterior circunstancia, si la parte demandada no le suministra a los concursantes, y en el caso objeto de estudio a la señora Ruth Mabel Olivera Arce, la información necesaria para que la misma conozca las preguntas que en principio resolvió incorrectamente, la peticionaria no puede ejercer en debida forma su derecho a la defensa, en tanto se reitera, no se le está indicando cuáles fueron los errores que cometió, ni cuál de las opciones que podía seleccionar era la correcta frente a cada interrogante. ..En ese orden de ideas estima la Sala que la actitud de la parte accionada para dar cumplimiento al fallo de primera instancia es contraria al derecho a la defensa de la peticionaria, y aún más, desconoce las razones por las que se concedió el amparo solicitado, en tanto no puede alegar que le brindó a la accionante la oportunidad de conocer los documentos necesarios para que presentara la reclamación contra la calificación que le fue asignada, si no le indicó a la misma qué preguntas resolvió incorrectamente, y frente a las mismas cuál es la opción correcta, toda vez que sin esa información, la demandante no puede exponer las razones por las cuales no comparte el puntaje que obtuvo. En efecto, no se trata simplemente que a los concursantes se les garantice formalmente la oportunidad de apreciar las pruebas con las que están inconformes, sino que en ejercicio pleno del derecho a la defensa puedan analizar con detenimiento éstas, circunstancia que estima la Sala no se le garantizó a la demandante, a quien se le concedieron 2 horas para

analizar los referidos documentos, y al parecer se le impidió realizar sus anotaciones personales, a partir de las cuales se reitera, eventualmente puede sustentar su reclamación. **NOTA DE RELATORIA:** Ver, Consejo de Estado, sentencia de 31 de enero de 2013, exp: 19001-23-33-000-2012-00582-01(AC), C.P. Gerardo Arenas Monsalve

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE**

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil trece (2013).

**Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01114-01(AC)**

**Actor: RUTH MABEL OLIVERA ARCE**

**Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA**

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionada, en contra de la sentencia del 9 de abril de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, accedió parcialmente al amparo solicitado.

**ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, la señora Ruth Mabel Olivera Arce acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de solicitar la protección de los derechos y principios a la igualdad, acceso a cargos públicos, debido proceso, buena fe y confianza legítima, presuntamente vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC o Comisión) y la Universidad de San Buenaventura.

Solicita en amparo de los derechos invocados que se anulen las pruebas practicadas dentro de la Convocatoria 128 de 2009, mientras se adelantan las

gestiones pertinentes para corregir las irregularidades que se presentaron al interior del proceso de selección.

Subsidiariamente pretende que se ordene a las entidades accionadas *“la revisión manual de cada uno de los exámenes de los accionantes, aportando copia de los cuestionarios, hoja de respuesta de cada uno y plantilla guía o similar de respuestas correctas para cada cargo y rol en que concursamos, con la consecuente suspensión del concurso mientras se deciden las reclamaciones”*.

Lo anterior lo fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones (Fls. 1-19):

Señala que la CNSC fijó la Convocatoria N° 128 de 2009, con el fin de adelantar el proceso de selección para proveer 888 cargos de carrera administrativa de la DIAN, y que para tal efecto mediante la Resolución N° 4311 del 19 de octubre de 2011, adjudicó a la Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín, el diseño, construcción, ensamble, aplicación, validación, procesamiento y calificación de las pruebas de competencias funcionales y de aptitudes, dentro del referido concurso público.

Luego de realizar algunas consideraciones sobre el carácter vinculante de la convocatoria y las normas que la desarrollan, la CNSC mediante la Guía de Orientación y sus adendas, precisó respecto de los cargos ofertados los conocimientos específicos para desempeñar los mismos, a fin de que los concursantes prepararan las pruebas de los empleos por los cuales acudieron al proceso de selección.

Destaca que el 29 de abril de 2012 durante la aplicación de las pruebas del concurso de méritos, los participantes advirtieron que éstas no tenían relación alguna con los cargos por los cuales estaban concursando, por lo que estima se desconoció la Guía de Orientación y los ejes temáticos que fueron publicados en el proceso de selección frente a los empleos ofertados, y por consiguiente las funciones de los mismos.

Relata que por la anterior circunstancia se presentó un número significativo de reclamaciones, las cuales fueron resueltas de manera general por las entidades accionadas, indicando que las pruebas practicadas no tenían la intención de medir conocimientos específicos, lo cual afirma es totalmente contrario a la Guía de

Orientación y a los ejes temáticos que se dieron conocer al interior del concurso de méritos.

Considera que al realizarse preguntas sobre aspectos que no tienen relación con los cargos ofertados, se desconoció la Convocatoria, que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional contiene las reglas particulares a aplicar para los concursantes como para las entidades que desarrollan el proceso de selección.

Resalta que de acuerdo a la Guía de Orientación al Aspirante, la prueba de competencias funcionales consta de 60 preguntas, de las cuales 20 corresponden a un área transversal y 40 al área específica. Teniendo lo anterior indica que el componente transversal tiene un valor de 33.33% y el específico del 66.67%.

Reprocha que contrario a lo anterior, las entidades accionadas al resolver las reclamaciones presentadas, indicaron que a los ejes específicos les correspondía un 88% y al transversal un 12%.

De otro lado indica que a pesar que se contrató a la Universidad de San Buenaventura para que diseñara las pruebas correspondientes, la de aptitud fue obtenida de una página de internet cuya dirección indica.

Agrega que en la aplicación de los exámenes se presentaron varias irregularidades, entre ellas, que no se respetó el tiempo previsto para las pruebas, el orden de ejecución de las mismas, que las personas encargadas de aplicarlas no estaban preparadas, y que las instalaciones y medidas que se dispusieron para tal fin no fueron las adecuadas. Agrega que es probable que se haya empleado de manera errada la planilla o el lector óptico para evaluar cada una de las pruebas presentadas.

Sostiene que la parte accionada para cada empleo en la prueba eliminatorio sólo aprobó al 20% de los concursantes, lo que en su criterio *“evidencia que la Universidad San Buenaventura utilizó y ajustó un método de calificación totalmente excluyente, en el cual sólo podría aprobar el 20% de los aspirantes, y no aquellos que cumplían con las normas de la convocatoria, es decir, aquellos que tuvieron un mínimo aprobatorio de 60 puntos”*.

Por las circunstancias hasta aquí descritas estima que las pruebas aplicadas deben anularse.

Como prueba de las presuntas irregularidades, señala que el Director de la DIAN mediante oficio del 9 de mayo de 2012 dirigido a la CNSC, solicitó la revisión de las pruebas aplicadas, en especial en cuanto a su pertinencia teniendo en cuenta los ejes temáticos previamente definidos para los empleos ofertados. Agrega que las situaciones aquí expuestas también fueron advertidas por la Veedora Ciudadana Adelana Salcedo Hernández.

Destaca que frente a un caso similar al de autos el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, mediante sentencia del 18 de septiembre de 2012<sup>1</sup>, accedió al amparo solicitado. A renglón seguido transcribe las consideraciones más relevantes de dicha decisión, en especial aquellas que hacen referencia a la manera inadecuada en que la parte accionada ha resuelto las reclamaciones que han presentados los concursantes, al derecho que tienen éstos de acceder a las pruebas aplicadas y a sus respuestas, y al papel activo que debe cumplir la CNSC respecto de las denuncias que se han realizado sobre el presunto desconocimiento de los ejes temáticos.

Aclara que hasta ahora acude a la acción constitucional en virtud del fallo de tutela antes señalado que garantizó los derechos fundamentales de algunos concursantes, respecto de los cuales estima se encuentra en la misma situación por lo que merece ser cobijado por las medidas de protección que se han concedido.

Subraya que frente a otro caso similar al que es objeto de estudio, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, en sentencia del 10 de diciembre de 2012<sup>2</sup>, dispuso *“proteger el derecho fundamental al debido proceso y en consecuencia se ordena a la Comisión Nacional del Servicio Civil, excluir de los cuestionarios, con el fin de no sean tenidas en cuenta para la calificación, las preguntas que no guardan relación con las funciones y perfiles de los cargos: Código del empleo: 201187. Denominación: Sustanciador de Registro Aduanero. En el cual se suprimen las siguientes preguntas (...)”*.

---

<sup>1</sup> Expediente 08001-23-31-000-2012-00491-01 Actor: Arístides Ojeda Martínez y otros. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>2</sup> Accionante: Korina Mejía Castañeda y otros.

Sobre la procedibilidad de la acción de tutela frente a la vulneración de derechos fundamentales en el transcurso de un proceso de selección, transcribe algunas consideraciones de las sentencias T-315 de 1998, SU-133 de 1998, T-425 de 2001, SU-613 de 2002 y SU-446 de 2011 de la Corte Constitucional.

En virtud del requerimiento realizado a la accionante por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, mediante el auto del 21 de marzo de 2013, consistente en precisar el cargo al que se inscribió en la Convocatoria N° 128 de 2009 y los resultados obtenidos en las pruebas presentadas (Fls. 23-24), la peticionaria indicó que concursó por el empleo 201187, denominación Sustanciador de Registro Aduanero, Código Gestor 1 301, Grado 1; que obtuvo 57.75 puntos en la prueba funcional; que no conoce los resultados de la prueba de actitud, en tanto no se publicaron los resultados de quienes no obtuvieron un puntaje mayor al 60% en la prueba funcional; y que contra la calificación que le fue asignada presentó la reclamación correspondiente (Fl. 47 ).

### **INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS**

- La **Universidad de San Buenaventura –Seccional Medellín**, se opuso al amparo invocado por las siguientes razones (Fls. 32-46):

Afirma la CNSC revisó la pertinencia de las pruebas aplicadas en la Convocatoria 128 de 2009, y concluyó que las mismas fueron correctamente diseñadas, contrario a lo que sostiene la accionante.

Se opone a los argumentos expuestos la demandante, frente a los presuntos errores que se cometieron con los temas de las pruebas aplicadas para el cargo de su interés, precisando que éstas no tenían la finalidad de evaluar factores o temas específicos del cargo, sino apreciar las capacidades argumentativa, propositiva e interpretativa de los aspirantes, por lo que considera que con el cuestionario aplicado no se vulneraron los derechos fundamentales invocados, ni se modificaron las reglas de la convocatoria.

Aclara que para la elaboración de las pruebas se construyeron unas matrices que contenían ejes temáticos, pero con el propósito de evaluar las competencias requeridas para los cargos a ocupar.

Sostiene que si la peticionaria *“pretendía que se evaluara únicamente lo relacionado con las funciones que tiene asignado cada uno de los empleos ofertados, es tanto como admitir que las mencionadas pruebas sólo pueden ser superadas por las personas que los desempeñan, violentando de esta manera los artículos 13 y 125 de la Constitución Política, dado que tal proceder daría al traste con el mecanismo de los procesos de selección por mérito al tiempo que generaría una desigualdad entre quienes pretenden acceder a los empleos ofertado por la UAE-DIAN”*.

Estima que la demandante no acredita ninguna de las presuntas irregularidades que se presentaron en la aplicación y evaluación de las referidas pruebas, y que contrario a lo indicado en el escrito de tutela, ha resuelto de manera clara y oportuna las reclamaciones que han presentado los concursantes.

Frente al proceso de evaluación de las pruebas presentadas, realiza algunas consideraciones con el fin de describir los aspectos que se tienen en cuenta, y en todo caso resaltar que sí respetaron los parámetros metodológicos.

Respecto a la comunicación del Director de la DIAN dirigida a la CNSC, que se relaciona en la demanda, precisa que la misma no contiene denuncias frente al proceso de selección, sino inquietudes respecto al mismo, las cuales fueron oportunamente resueltas. Agrega que frente al referido concurso de méritos no se han presentado investigaciones disciplinarias o penales.

Finalmente, considera que la solicitud de la accionante no cumple los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, toda vez que éste tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, entre ellos, el recurso de insistencia para acceder a la información que requiere, y el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para exponer sus motivos de inconformidad.

- La **CNSC**, se opuso a las pretensiones contenidas en el escrito de la demanda, por las razones que a continuación se resumen (Fls. 53-69):

En primer lugar, expuso el carácter excepcional y subsidiario de la acción de tutela, para luego afirmar que al tenor de lo preceptuado en el artículo 6°, numeral 5°, del Decreto 2591 de 1991, no es esta acción la vía para resolver las inconformidades planteadas.

Lo anterior, porque estima que la accionante pretende atacar por este medio las actuaciones adelantadas en desarrollo de la Convocatoria 128 de 2009, actos administrativos de carácter particular cuya legalidad debe ser verificada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Argumenta que se desconoció el principio de la inmediatez al interponerse la acción de tutela más de 11 meses después de que la accionante el 29 de abril de 2012 presentara las pruebas que controvierte en esta oportunidad, sin que haya demostrado las razones de hecho y derecho por las cuales no acudió oportunamente ante la Jurisdicción.

Añade que la peticionaria tampoco acreditó que se encuentra en una situación de perjuicio irremediable que requiera la intervención urgente del juez de tutela.

Indica que dentro de la Convocatoria 128 de 2009, se establecieron para cada uno de empleos ofertados los ejes temáticos, los cuales se socializaron mediante varios documentos, en los cuales se destacan las guías de orientación y sus adendas.

Afirma que con base en la anterior información se elaboraron las pruebas de competencias funcionales y de aptitud, razón por la cual la construcción de cada pregunta se centró en la evaluación de competencias para cada empleo. Frente a dichas competencias precisa que son la argumentativa, propositiva e interpretativa.

Sostiene que *“el concurso y consecuentemente las pruebas se diseñaron con base en un concurso de méritos abierto, buscando que el aspirante acreditara el cumplimiento de competencias más no del contenido específico de cada cargo, ya que ello sólo podría ser acreditado por el funcionario que desempeña cada cargo en particular, lo que generaría una desigualdad frente a los demás aspirantes, contrariando el principio del mérito y el derecho de cada ciudadano a ejercer cargos públicos”*.

Informa que *“las pruebas aplicadas incluyeron cuatro núcleos temáticos transversales que fueron incluidos en todas las pruebas y para cada una se construyó una matriz donde se definían los ítems a incluir por cada eje temático, por cada competencia objeto de evaluación (interpretativa, argumentativa y propositiva) y por nivel de dificultad (bajo, medio y alto) teniendo en cuenta los aspectos mencionados (...) En ese orden de ideas, la ponderación de los ejes resultaba variable según la prueba aplicable para cada empleo. Se mantuvo como constante que en la calificación, la suma de los ejes específicos tenían un peso del 88% y la suma de los ejes transversales un peso del 12%, tal como se especificó en la guía de aplicación de las pruebas”*.

Añade que no le es dable *“establecer procesos de selección en los que las pruebas soliciten dar cuenta de funciones específicas establecidas en el manual de funciones, ya que se estaría ante una violación del artículo 125 de la Constitucional y del principio de la igualdad que se le debe aplicar a los aspirantes, ya que sólo quienes desempeñen dichos empleos podrían acreditar los conocimientos requeridos”*.

En ese orden de ideas insiste en que es un error de la accionante predicar que las referidas pruebas deben estar directamente relacionadas con las funciones específicas de los empleos ofertados, en tanto aquéllas lo que deben determinar es si un concursante tiene las competencias para desempeñar un empleo.

Destaca que las reglas para la calificación de las pruebas de competencias funcionales y de aptitud fueron dadas a conocer a los concursantes a través de la Guía de Orientación, por lo que éstos conocían con antelación lo referente a la ponderación de los ejes específicos y transversales y las diferencia de los pesos porcentuales.

Precisa que *“las ponderaciones del nivel de dificultad de cada uno de los ítems, están dadas matemáticamente por el número de ítems que se formula de acuerdo con el nivel de habilidad y no con la multiplicación porcentual del pesos de los mismos en el puntaje total. En este sentido, las ponderaciones de ejes temáticos no obedecen a criterios arbitrarios sino al análisis de la relevancia de los diferentes temas para desempeñar el cargo. Circunstancias que fueron aplicadas con objetividad a todos los aspirantes que concursaron por un mismo cargo, por lo*

*que, no es cierto lo afirmado por la accionante en cuanto a que el desempeño personal obtenido en las pruebas funcionales debería ser sometido a comparación frente a los resultados obtenidos por el total de la población que se presentó para el cargo”.*

Por las anteriores razones sostiene que las mencionadas pruebas están acordes a las reglas de la convocatoria y al ordenamiento jurídico, y que la demandante con aseveraciones temerarias y sesgadas pretende poner en entredicho el concurso de méritos, *“atendiendo a apreciaciones de carácter personal carentes de fundamento alguno”.*

De otro lado afirma que *“frente a la comunicación radicada por el Director de la DIAN mediante el oficio N° 100000202-000807 del 9 de mayo de 2012, se precisa al H. Despacho que la Comisión Nacional del Servicio Civil de conformidad con lo establecido en el numeral 21 de la cláusula 2 del Contrato 226 de 2011, suscrito con la Universidad de San Buenaventura de Medellín, en concordancia con lo previsto en el artículo 33 del C.C.A., remitió a dicha Universidad el escrito para que ésta, en consonancia con las obligaciones contractuales, procediera a emitir la correspondiente respuesta a la reclamación presentada por la DIAN, por lo que no resulta cierto que la CNSC haya guardado silencio frente a este tópico”.*

Respecto a la existencia de otras sentencias frente a hechos similares a los expuestos en esta oportunidad, destaca que los efectos de los fallos de tutela son inter partes, y precisa que las sentencias que se han proferido dentro del proceso N° 2012-00492, demandante Zoraida Martínez Yepes y otros, no se encuentran en firme, en tanto dentro de dicho proceso está por resolverse por parte del Consejo de Estado una petición de aclaración que elevó, y un significativo número de solicitudes de nulidad de terceros interesados.

Destaca que de accederse al amparo solicitado tendrían que modificarse las listas de elegibles que se encuentran en firme al interior del concurso de méritos, afectando de esa manera a los concursantes que tienen derechos adquiridos, en especial a quienes deben ser nombrados en los empleos por los cuales concursaron.

Aclara que dentro de la referida convocatoria es la Universidad de San Buenaventura la responsable de resolver las reclamaciones presentadas, de

conformidad con el contrato N° 226 de 2011, el cual suscribió con la mencionada universidad, después de que la misma obtuvo el mejor puntaje en el proceso de contratación.

Finalmente precisa que la accionante participó por el empleo 201187, denominación Sustanciador de Registro Aduanero, Código Gestor I 301; que la misma obtuvo en la prueba de competencias funcionales una calificación de 57.75 puntos; y que frente a dicho empleo se encuentra ejecutando la Resolución N° 0484 del 22 de febrero de 2013, *“por la cual se resuelve una solicitud de exclusión presentada por el Director General de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuesto y Aduanas Nacional – DIAN respecto de la elegible ADRIANA CAROLINA MALLAMA MALAGÓN de la lista conformada mediante el artículo primero de la Resolución N° 3340 del 5 de octubre de 2012, para el empleo N° 201187 en conclusión de la actuación administrativa iniciada mediante Auto 0769 del 05 de diciembre de 2012”*.

#### **LA PROVIDENCIA IMPUGNADA**

Mediante sentencia del 9 de abril 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C dispuso lo siguiente:

1. Tuteló los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a cargos públicos de la señora Ruth Mabel Olivera Arce.
2. En consecuencia le ordenó a la CNSC, que de manera inmediata *“ejerza la obligación de supervisión dispuesta en la cláusula octava del contrato de prestación de servicios N° 226 de 2011 suscrito entre la Universidad San Buenaventura – Seccional Medellín y la Comisión Nacional del Servicio Civil: “CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA – SUPERVISIÓN: La supervisión técnica, tecnológica, jurídica y financiera del presente contrato estará a cargo de las personas que para tal efecto designe la Presidencia de la Comisión, que en ejercicio de la supervisión asignada evaluará los servicios prestados y expedirá cuando así proceda, las certificaciones de cumplido a satisfacción y autorizará el pago respectivo. Sin embargo, en cualquier momento y sin que se requiera de modificación de este contrato, la Presidencia de la Comisión podrá cambiar la supervisión del mismo, mediante comunicación escrita. Copia de esta comunicación se remitirá a la oficina jurídica. El supervisor deberá ejercer el*

*control y seguimiento de la ejecución contractual, conforme a la funciones y deberes estipulados en el Capítulo 4 del Manual de Contratación y Supervisión de la CNSC, (...)*"; para que se evalúe la pertinencia de las pruebas de competencias funcionales y pruebas de aptitudes aplicadas a la señora Ruth Mabel Olivera Arce dentro de la convocatoria N° 128 de 2009, previo a continuar el trámite subsiguiente, cuyos resultados técnicos permitan tomar las decisiones futuras".

3. Le ordenó a la Comisión que en el término de 48 horas, le permita a la peticionaria *"acceder a los cuadernillos que contienen las preguntas que le realizaron en las pruebas que presentó el 29 de abril de 2012, y sus respuestas, para que con fundamento en ello, formule dentro de los dos días siguientes, la reclamación a la calificación y obtenga una respuesta precisa y concreta a su caso particular"*.

4. Negó las demás pretensiones de la demanda.

Lo anterior por las razones que a continuación se sintetizan (Fls. 90-113):

Luego de realizar algunas consideraciones sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a actuaciones acaecidas en un concurso de méritos, la provisión de los cargos de carrera mediante los proceso de selección, y mencionar las etapas en que está dividida la Convocatoria 128 de 2009 de la CNSC, destaca que la Comisión suscribió el Contrato Interadministrativo 266 de 2011 con la Universidad de San Buenaventura, para que ésta diseñara, realizara y evaluara las pruebas de la convocatoria antes señalada, así como para que resolviera las reclamaciones que se presentaran con ocasión a aquéllas.

Subraya que conformidad con la cláusula décima octava del contrato antes señalado, la Comisión debe ejercer la supervisión de la labor ejecutada por la Universidad de San Buenaventura.

A renglón seguido transcribe los artículos 5 del Decreto 4500 de 2005, 34.4 del Decreto 765 de 2005, 2 del Acuerdo 127 de 2009 y 7 de la Resolución N° 1245 de 2009 de la CNSC, a fin de resaltar que las pruebas dentro del referido concurso de méritos tienen la finalidad de apreciar la capacidad, idoneidad y potencialidad de los aspirantes para ocupar los cargos ofertados, y para precisar el porcentaje que

tiene cada una de las pruebas aplicadas en el proceso de selección al que acudió la accionante, y si las mismas son de carácter eliminatorio o clasificatorio.

Afirma que dentro del mencionado proceso de selección la demandante fue citada el 29 de abril de 2012 a presentar las pruebas escritas y de competencias, y que la misma inconforme con el resultado que obtuvo en virtud del cual fue excluida del concurso de méritos, presentó las reclamaciones correspondientes que no prosperaron.

Indica que la DIAN mediante escrito del 9 de mayo de 2012, le solicitó a la CNSC la revisión de las pruebas aplicadas al interior de la referida Convocatoria, en especial respecto a su pertinencia teniendo en cuenta los ejes temáticos previamente definidos para los empleos ofertados.

Sobre el particular sostiene que al igual que ocurrió en el caso que resolvió mediante providencia del 4 de agosto de 2012, que fue confirmada por el Consejo de Estado el 13 de septiembre de 2012<sup>3</sup>, en esta oportunidad *“no se encuentra acreditado que la Comisión Nacional del Servicio Civil hubiere realizado la revisión de pertinencia a las pruebas de competencias funcionales y de aptitudes que permitan obtener certeza respecto del correcto diseño y aplicación de las pruebas realizadas dentro de la Convocatoria 128 de 2009, ya que el hecho de no contar con un estudio comparativo entre los ejes temáticos sugeridos por la DIAN para cada empleo y los cuadernillos de preguntas de cada prueba diseñados por la Universidad San Buenaventura, impiden a esta Sala pronunciarse en relación con la pertinencia de los cuestionarios frente a las competencias requeridas para cada empleo. Máxime si se tiene en cuenta que el juez constitucional no posee la idoneidad técnica para determinar la pertinencia de las pruebas para el cargo ofertado, función que sólo puede ser ejecutada por el personal en la materia”*.

Por la anterior circunstancia estima que ante la evidente preocupación de la DIAN frente a las presuntas irregularidades que se presentaron en los exámenes practicados, se le ordenará a la CNSC que adelante la labor de supervisión que está prevista en la cláusula décimo octava del contrato interadministrativo N° 226 de 2011 que suscribió con la Universidad de San Buenaventura – Seccional Medellín.

---

<sup>3</sup> Expediente 2012-00233. Accionante: Diana Patricia Cardona de Gómez. C.P. Alfonso Vargas Rincón.

De otro lado sostiene que al igual que en el caso resuelto mediante las decisiones antes señaladas, se evidencia que el derecho al debido proceso de la accionante se ha vulnerado, al no brindársele la oportunidad de tener en cuenta el cuestionario que realizó y sus respuestas, para presentar con todos los elementos de juicio la reclamación respectiva.

En ese orden de ideas estima que debe garantizársele a la peticionaria el acceso a los cuadernillos de preguntas de las pruebas realizadas el 29 de abril de 2012, y sus respuestas, para que con fundamento en ello dentro de los 2 días siguientes presente la reclamación correspondiente y obtenga una respuesta precisa y concreta frente a su caso particular.

Finalmente asevera que no es de recibo la solicitud de la accionante consistente en que se decida su caso al igual que se hizo respecto de las demandas presentadas por Arístides Ojeda Martínez y otros, y Korina Mejía Castañeda y otros, en consideración a los efectos inter partes de los fallos de tutela, y en atención a que la acción constitucional no es el mecanismo idóneo para revisar la idoneidad de las pruebas que se aplicaron en la Convocatoria 128 de 2009, pues ello implicaría asumir funciones que son propias de la CNSC de acuerdo al contrato que suscribió con la Universidad de San Buenaventura.

#### **RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN**

Mediante escrito del 15 de abril de 2013, la CNSC impugnó la sentencia antes descrita por las siguientes razones (Fls. 122-126):

En síntesis argumenta que el juez de primera instancia desconoció que frente a la discusión existente alrededor del carácter reservado de las pruebas aplicadas dentro de la Convocatoria 128 de 2009, previsto en el numeral 3° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el numeral 34.4 del artículo 34 del Decreto 765 de 2005, existe un mecanismo especializado y expedito de defensa, el recurso de insistencia, consagrado en el artículo 26 de la Ley 1437 de 2011.

Afirma que la solicitud presentada por la accionante consistente en tener acceso a las referidas pruebas, fue resuelta de fondo indicándole que los documentos solicitados tienen carácter reservado, motivo por el cual si la peticionaria estima

que puede tener acceso aquéllos, debió hacer uso del recurso de insistencia, que debe ser resuelto en un término no mayor a 10 días.

Sobre el particular, hace referencia a las sentencias T-473 de 1992 y T-881 de 2004 de la Corte Constitucional, en las que se declaró improcedente la acción de tutela ante la existencia del recurso de insistencia, frente a una controversia sobre el carácter reservado de unos documentos, como estima ocurre en el caso de autos.

### **INTERVENCIÓN DE LA ACCIONANTE EN SEGUNDA INSTANCIA**

La peticionaria acredita que en cumplimiento del fallo de primera instancia, fue citada para el 12 de abril de 2013 a las 10:00 a.m., a fin de que revisara el cuadernillo de preguntas y sus respuestas.

En tal sentido aporta la citación que se le realizó, en la cual se indica que para revisar dichos documentos no podía llevar esferos, lápices, borradores, ni hojas, que estaba prohibida la manipulación de material distinto al objeto de consulta, que contaba con 2 horas para realizar dicha revisión, y que una vez se terminara la diligencia tenía 2 días hábiles para presentar la reclamación respectiva (Fls. 132-133).

Manifiesta frente a la citación antes señalada, que sólo se le permitió tener acceso al cuadernillo de preguntas y a sus respuestas, pero no se le indicó frente a cada interrogante si los resolvió correcta o incorrectamente, razón por la cual considera que no se ha cumplido el propósito por el cual interpuso la acción de tutela y se accedió al amparo solicitado, esto es, que pudiera determinar las razones por las cuales la parte accionada consideró que no superó las pruebas que le fueron aplicadas.

Por la anterior circunstancia solicita que se le informe cuáles son las respuestas correctas a los interrogantes formulados con su correspondiente justificación.

De otro lado estima que el tiempo que se le brindó para analizar el cuadernillo de preguntas fue muy corto, por lo que sólo alcanzó a revisar la mitad de la prueba de competencias funcionales, y no tuvo la oportunidad de examinar la prueba de

actitudes. En ese orden de ideas solicita que se le otorgue más tiempo para analizar integralmente las mencionadas pruebas.

También solicita que se le informe el método que se empleó para calificar las pruebas practicadas, en tanto insiste que se presentaron irregularidades en dicha etapa del concurso público. Sobre el particular realiza el siguiente razonamiento:

“Si una persona tiene las 60 preguntas correctas tendrá una calificación de 100, mi calificación fue de 57.75, haciendo una regla de tres simple directa, me da que respondí correctamente 34.65 preguntas. Yo me pregunto cómo obtuve 0.65 pregunta buena?, no debería ser número enteros el número de preguntas buenas?”

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Al analizar los motivos de inconformidad de la accionante frente a las pruebas que fueron aplicadas dentro de la Convocatoria 128 de 2009, se destaca el consistente en que aquéllas se aplicaron sin tener en cuenta los ejes temáticos y las Guías de Orientación, lo que en su criterio constituye una violación de los derechos fundamentales invocados. Sobre dicho reproche se observa que esta Sección en casos similares al de autos, ha establecido que le corresponde a la CNSC adelantar la investigación correspondiente frente a las irregularidades denunciadas y tomar las medidas pertinentes para corregir las mismas en el evento de presentarse.

Sobre el particular, se estima necesario traer a colación algunos apartes de las sentencias del 25 de octubre y 15 de noviembre de 2012, proferidas por esta Subsección, frente a casos similares al de autos, en los que algunos participantes de la convocatoria antes señalada solicitaron (como lo hace la demandante en esta oportunidad) la corrección o repetición de las referidas pruebas, argumentando que se evaluaron aspectos que no tienen relación alguna con los cargos por los cuales concursaron:

- Sentencia del 25 de octubre de 2012<sup>4</sup>:

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Expediente 2012-00208-01. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

“3.1. Las pretensiones relacionadas con la elaboración de unas nuevas pruebas y la aplicación de las mismas no son viables a través de este mecanismo de tutela, en la medida en que ello implicaría el análisis profundo del contenido sustancial presente en cada una de ellas para determinar si se desconocieron los ejes temáticos establecidos en los diferentes instrumentos normativos proferidos dentro de la convocatoria, como son la Guía de Orientación pruebas de competencias funcionales – Unidad No. 1, publicada 01/06/2010; la Guía de Orientación pruebas de competencias funcionales – Unidad No. 2, publicada 09/06/2010; la Adenda No. 1, Guía de Orientación, publicada el 09/08/2010; la Adenda No. 02, Guía de orientación, publicada el 01/10/2010; la Adenda 3 PAM 018 de 2011, publicada el 09/03/2010; y, la Guía para la presentación de pruebas.

Dicha actividad escapa a la órbita de la competencia del juez de tutela, a quien le está vedado, en principio, asumir el análisis de actos generales y afectar, por tanto, situaciones ajenas a aquella de carácter individual invocada por el interesado.

3.2. Bajo similares argumentos, es improcedente la pretensión de suspender la etapa de entrevistas, pues una decisión en tal sentido, además de que afectaría a todo el conjunto de intervinientes dentro del concurso, exige la comprobación de irregularidades en las pruebas practicadas por parte de las autoridades del concurso, situación que *prima facie* no puede advertirse. Por lo expuesto, toda medida que afecte directamente el concurso de manera general a través de la inaplicación de normas generales está vedada en esta instancia.

3.3. No obstante, en razón a que es claro dentro del expediente que incluso la DIAN advirtió a la Comisión de algunas presuntas inconsistencias en la especificidad de las pruebas, en cuanto a la oportunidad de los cuestionamientos para determinar la capacidad y la aptitud del participante para acceder a un cargo, considera oportuno la Sala acoger la medida que en un asunto con contornos fácticos y jurídicos similares avaló, en impugnación, la Subsección A – Sección Segunda de Consejo de Estado, consistente en la intervención de la Comisión en el caso del señor Lugo Salgado, como encargada constitucionalmente de la administración de la carrera especial de la DIAN, con el ánimo de que verifique la sujeción del procedimiento que se ha adelantado, especialmente del contenido de la o las pruebas aplicadas al interesado, con miras a la implementación de la carrera como principio y eje definitorio de la Constitución Política. Al respecto, en providencia de 13 de septiembre de 2012, C.P. doctor Alfonso Vargas Rincón, radicado No. 2012-233-01, expresó:

*“Para la Sala, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 130 de la Constitución Nacional y 4º de la Ley 909 de 2004, corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil la vigilancia de los sistemas específicos de carrera, entre otros, el que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales “DIAN”.*

*Dentro de las funciones que los artículos 11 y 12 Ibídem, le atribuyen a la Comisión, están las siguientes:*

*[...]*

*De acuerdo a lo anterior para la Sala no resultan acertadas las argumentaciones que expuso la Comisión Nacional del Servicio Civil para relevarse de sus funciones Constitucionales y Legales, para no intervenir en el proceso de selección materia de la presente acción de tutela aduciendo que su intervención solamente se limita al desarrollo del objeto contractual, pues los señalamientos de las irregularidades denunciados por el Director de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales en relación con las pruebas que se practicaron el 29 de abril de 2009, revisten hechos graves, que debió investigar con el fin de garantizar el cumplimiento de las normas de carrera y ejercer el control de gestión del proceso con el fin de observar su adecuación o no al principio del mérito, estableciendo para el efecto que la pertinencia y condiciones en la ejecución de las pruebas se ajustara a los principios que rigen la carrera administrativa. Lo propio se pudo predicar de las irregularidades que*

*le puso en conocimiento la actora mediante la petición de 30 de abril de 2012, cuya situación se dio por solucionada con la respuesta que la Universidad hizo de forma genérica.*

*En consecuencia se confirmará la sentencia del Tribunal Administrativo en cuanto amparó el derecho fundamental al debido proceso y en virtud de los principios de objetividad, imparcialidad, mérito y acceso a la administración pública, ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil evaluar la pertinencia de las pruebas de competencias funcionales y de aptitud aplicadas a la actora, previamente a continuar con el trámite subsiguiente, con la aclaración que en el evento que determine la falta de pertinencia de la prueba, se deberá repetir teniendo en cuenta que esta debe corresponder al perfil del cargo al que aspira, con observancia de los ejes temáticos que fueron previamente establecidos y publicados.”.*

Por lo anterior, atendiendo a que el accionante manifestó en su escrito que su prueba no obedeció a los parámetros de la Convocatoria y a la normativa que, en términos generales, le es aplicable a las pruebas para el acceso a cargos de carrera por el mérito, situación que -de comprobarse- lesionaría gravemente el derecho al debido proceso, se revocará parcialmente la providencia impugnada con el objeto de que la Comisión evalúe la pertinencia de la prueba funcional aplicada al accionante, con la aclaración que en el evento en que se concluya que no se ajusta a los parámetros constitucionales y legales se proceda a repetirla, teniendo en cuenta el cargo al que aspira y los ejes temáticos que hicieron parte de las normas generales de la convocatoria, ley para las partes.”

- Sentencia del 15 de noviembre de 2012<sup>5</sup>:

“Según expone el demandante, la CNSC y la Universidad San Buenaventura Seccional Medellín vulneraron sus derechos fundamentales al interior del concurso de méritos para acceder a cargos de carrera administrativa de la DIAN, toda vez que en la prueba de competencias funcionales, aplicada el 29 de abril de 2012, no se respetaron las normas del concurso, referentes a los ejes conceptuales incluidos en las Adendas efectuadas por la Comisión, que implantó ejes temáticos de conformidad con los roles de los empleos, y que el método utilizado para evaluar las pruebas fue diferente al publicado.

Para el actor, las adendas contenían los ejes temáticos que incluían los cargos en concurso, es decir, todas las materias para determinado cargo, no obstante, al momento del examen, las preguntas correspondían a materias que no se habían señalado, y por tanto, frente a las cuales no se habían preparado, modificándose entonces, las bases del concurso.

Al respecto, sea lo primero señalar, que la CNSC es entidad encargada directamente por la Constitución Política, de vigilar los sistemas específicos de carrera, tal obligación es reiterada en los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004, cuyo tenor literal es el siguiente:

“**Artículo 11.-** En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

a) Establecer de acuerdo con la Ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley;  
(...)

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Expediente 2012-00492-01. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

c) Elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la presente ley y el reglamento;

(...)

i) Realizar los procesos de selección para el ingreso al empleo público a través de las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, que contrate para tal fin;

(...)

**Artículo 12.-** La Comisión Nacional del Servicio Civil en ejercicio de las funciones de vigilancia cumplirá las siguientes atribuciones:

a) Una vez publicadas las convocatorias a concursos, la Comisión podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, adelantar acciones de verificación y control de la gestión de los procesos con el fin de observar su adecuación o no al principio de mérito; y, dado el caso, suspender cautelarmente el respectivo proceso, mediante resolución motivada;

b) Dejar sin efecto total o parcialmente los procesos de selección cuando se compruebe la ocurrencia de irregularidades, siempre y cuando no se hayan producido actos administrativos de contenido particular y concreto relacionados con los derechos de carrera, salvo que la irregularidad sea atribuida al seleccionado dentro del proceso de selección impugnado;

c) Recibir las quejas, reclamos y peticiones escritas, presentadas a través de medios autorizados por la Ley y, en virtud de ellas u oficiosamente, realizar las investigaciones por violación de las normas de carrera que estime necesarias y resolverlas observando los principios de celeridad, eficiencia, economía e imparcialidad. Toda resolución de la Comisión será motivada y contra las mismas procederá el recurso de reposición;

(...)

g) Poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos constitutivos de violación de las normas de carrera, para efectos de establecer las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales a que haya lugar;

h) Tomar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios del mérito e igualdad en el ingreso y en el desarrollo de la carrera de los empleados públicos, de acuerdo a lo previsto en la presente Ley; (...)"

A pesar de lo preceptuado en las anteriores disposiciones, en el plenario no hay elementos que permitan establecer si la Comisión intervino en el proceso de selección, o si adelantó labores de verificación del cumplimiento de las obligaciones del tercero encargado de adelantar el concurso, esto es, la Universidad de San Buenaventura, a pesar de que la misma entidad que reportó los cargos vacantes objeto del concurso de méritos, es decir, la DIAN, presentó observaciones de trascendencia respecto del manejo del concurso, las cuales merecían ser evaluadas en la sede administrativa correspondiente.

La Sala pone de presente tal situación, porque las presuntas irregularidades advertidas por el Director de la DIAN eventualmente podrían generar escenarios contrarios a los principios de objetividad, imparcialidad, mérito y accesibilidad a la administración pública que deben inspirar todo proceso de selección de personal.

En similares términos se pronunció esta Sección en la sentencia de tutela del 13 de septiembre de 2012, referida con anterioridad en la parte motiva de esta providencia, que en sus apartes pertinentes expone lo siguiente:

"(...)para la Sala no resultan acertadas las argumentaciones que expuso la Comisión Nacional del Servicio Civil para relevarse de sus funciones Constitucionales y Legales, para no intervenir en el proceso de selección materia de la presente acción de tutela aduciendo que su intervención solamente se limita al desarrollo del objeto contractual, pues los señalamientos de las irregularidades denunciados por el Director de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales en relación con las pruebas que se practicaron el 29 de abril de 2009, revisten hechos graves, que debió investigar con el fin de garantizar el cumplimiento

de las normas de carrera y ejercer el control de gestión del proceso con el fin de observar su adecuación o no al principio del mérito, estableciendo para el efecto que la pertinencia y condiciones en la ejecución de las pruebas se ajustara a los principios que rigen la carrera administrativa. Lo propio se puede predicar de las irregularidades que le puso en conocimiento la actora mediante la petición de 30 de abril de 2012, cuya situación se dio por solucionada con la respuesta que la Universidad hizo de forma genérica.”

La anterior posición también fue acogida por esta Subsección en la sentencia del 23 de octubre de 2012, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, en con caso con contornos jurídicos y fáctico similares al presente<sup>6</sup>.<sup>7</sup>

En los anteriores casos, en amparo del derecho al debido proceso se le ordenó a la CNSC, que en uso de sus funciones y atribuciones constitucionales y legales, ejerza la obligación de vigilancia prevista en los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004, y en la Cláusula Décima Octava del contrato de prestación de servicios No. 226 de 2011, suscrito con la Universidad San Buenaventura, para que se evalúe la pertinencia de las pruebas de competencias funcionales y de aptitud aplicadas al actor dentro de la Convocatoria No. 128 de 2009, previamente a continuar el trámite subsiguiente, y de ser necesario, tome las medidas pertinentes para garantizar la objetividad, imparcialidad, mérito y accesibilidad a la administración, dentro del concurso.

En esta oportunidad, al igual que en los casos antes descritos, la accionante sostiene que la CNSC y la Universidad de San Buenaventura - Seccional Medellín vulneraron sus derechos fundamentales al interior del concurso de méritos para acceder a cargos de carrera administrativa de la DIAN, toda vez que en la prueba de competencias funcionales, aplicada el 29 de abril de 2012, no se respetaron las normas del concurso, referentes a los ejes temáticos que debían orientar la elaboración y aplicación de las pruebas para el empleo de su interés (Sustanciador de Registro Aduanero de la DIAN), pues en su criterio se evaluaron aspectos que no tienen relación alguna con dicho cargo, y aún más, con los documentos publicados en el concurso de méritos respecto del mismo.

Asimismo, como en varios de los casos que han sido resueltos por esta Sección frente a la problemática antes señalada, en el presente trámite se advierte que la DIAN mediante escrito del 9 de mayo de 2012, dirigido a la CNSC, le manifestó a esta entidad su preocupación por las reclamaciones presentadas por los

---

<sup>6</sup> Expediente: 25000-23-41-000-2012-00140-01, Actor: MANUEL EDUARDO LAYTON ROJAS, Accionado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

<sup>7</sup> Sobre el particular también puede apreciarse la sentencia del 31 de enero de 2013, proferida por esta Subsección del dentro del proceso No. 19001-23-33-000-2012-00582-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

concurantes respecto de la pertinencia de las pruebas presentadas, sin que se advierta de lo probado en el proceso, que la Comisión como la entidad encargada de vigilar los sistemas específicos de carrera, haya adelantado las labores de verificación correspondientes, aunque las presuntas irregularidades podrían generar escenarios contrarios a los principios de objetividad, imparcialidad, mérito y accesibilidad a la administración pública que deben inspirar todo proceso de selección de personal.

En efecto, aunque la CNSC en el informe rendido en el presente trámite realiza algunas consideraciones a fin de defender la validez de las pruebas practicadas y el método de evaluación, no indica qué actuaciones ha adelantado para establecer si las presuntas irregularidades se han presentado o no. Es más, respecto al oficio que le fue dirigido el 9 de mayo de 2012 por la DIAN, se limita a señalar que lo remitió a la Universidad de San Buenaventura para que emitiera la respuesta correspondiente, por ser la encargada de conformidad con el contrato interadministrativo que suscribieron, de pronunciarse frente a dichos asuntos (Fl. 66).

Sobre el particular se estima que si bien es cierto en virtud del contrato de prestación de servicio N° 226 de 2011, celebrado entre la Comisión y la Universidad de San Buenaventura – Seccional Medellín (Fls. 76-87), le corresponde a ésta *“el diseño, construcción, ensamblaje, aplicación, validación, procesamiento y calificación de las pruebas de competencias funcionales y de aptitudes; diseño, aplicación y calificación de la prueba de entrevista; valoración de antecedentes; publicación de los resultados de las pruebas aplicadas y atención de las reclamaciones”* (cláusula primera), y por consiguiente atender todos los temas relacionados con las pruebas del referido proceso de selección, también lo es que de acuerdo a la cláusula décima octava del mismo contrato, la CNSC está al tanto de la labor de supervisión de las obligaciones a cargo de la mencionada universidad<sup>8</sup>, y por consiguiente debe velar por el adecuado desarrollo del concurso de méritos, máxime cuando es la entidad encargada por la Constitución Política, de vigilar los sistemas específicos de carrera, obligación que

---

<sup>8</sup> *CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA – SUPERVISIÓN: La supervisión técnica, tecnológica, jurídica y financiera del presente contrato estará a cargo de las personas que para tal efecto designe la Presidencia de la Comisión, que en ejercicio de la supervisión asignada evaluará los servicios prestados y expedirá cuando así proceda, las certificaciones de cumplido a satisfacción y autorizará el pago respectivo. Sin embargo, en cualquier momento y sin que se requiera de modificación de este contrato, la Presidencia de la Comisión podrá cambiar la supervisión del mismo, mediante comunicación escrita. Copia de esta comunicación se remitirá a la oficina jurídica. El supervisor deberá ejercer el control y seguimiento de la ejecución contractual, conforme a la funciones y deberes estipulado en el Capítulo 4 del Manual de Contratación y Supervisión de la CNSC, (...)*

es reiterada en los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004, y que ha sido subrayada una y otra vez por esta Sección en las sentencias de tutela que han resuelto casos con supuestos de hecho y derecho similares a los expuestos en esta oportunidad.

En ese orden de ideas, el *A quo* siguiendo el precedente trazado por esta Sección, acertadamente le ordenó a la CNSC, que de conformidad con sus atribuciones legales y lo dispuesto en cláusula décima octava del referido contrato, ejerza su labor de supervisión, respecto de la pertinencia de las pruebas aplicadas a la accionante dentro de la Convocatoria 128 de 2009.

No obstante lo anterior, se estima que el juez de primera instancia no es claro en precisar qué ocurre si se advierte por parte de la CNSC que las pruebas practicadas a la peticionaria presentan significativas deficiencias, en tanto simplemente dispone que se *“evalúe la pertinencia de las pruebas de competencias funcionales y pruebas de aptitudes aplicadas a la señora Ruth Mabel Olivera Arce dentro de la convocatoria N° 128 de 2009, **previo a continuar el trámite subsiguiente, cuyos resultados técnicos permitan tomar las decisiones futuras**”* (Subrayado fuera de texto).

En criterio de la Sala el aparte subrayado de la orden emitida por el *A quo* adolece de la claridad necesaria frente a las consecuencias que se puedan derivar de la labor de supervisión que ejerza la CNSC, motivo por el cual se aclarará dicha orden en el sentido de precisar (teniendo en cuenta la forma como han sido decididos por esta Sección casos similares al de autos), que de ser necesario y como consecuencia de la evaluación de la pertinencia de las pruebas de competencias funcionales y de aptitud aplicadas a la accionante dentro de la Convocatoria No. 128 de 2009, la Comisión debe tomar las medidas pertinentes para garantizar la objetividad, imparcialidad, mérito y accesibilidad a la administración dentro del concurso.

De otro lado se observa que entre las partes existe una discusión sobre la posibilidad que la accionante tenga acceso a los cuestionarios realizados y a sus preguntas, a fin de contar con los elementos de juicio suficientes para controvertir la calificación que le fue realizada. Lo anterior, en atención a que la parte accionada estima que dichos documentos tienen carácter reservado de conformidad con los artículos 31 de la Ley 909 de 2004 y 34 del Decreto 765 de 2005 (Fl. 123).

Sobre este aspecto de la controversia planteada se resalta, que no es la primera vez que la parte demandada invoca la existencia de una reserva legal para negar las peticiones de los concursantes de la Convocatoria 128 de 2009, consistentes en obtener copia del cuestionario aplicado y de sus respuestas, a fin de contar con los elementos de juicio necesarios para controvertir los resultados de las pruebas y por consiguiente las decisiones mediante las cuales fueron excluidos del proceso de selección.

En efecto, en otras oportunidades, como en los casos a los que se hizo referencia en las sentencias del 25 de octubre y 15 de noviembre de 2012, proferidas por esta Subsección, la parte accionada también expuso los anteriores argumentos, que fueron desestimados por esta Sala Decisión por las siguientes razones:

“En criterio de la Sala, con las respuestas antes descritas se resuelve de manera totalmente evasiva a la petición del accionante consistente en que se revise la validez una de las preguntas del cuestionario, pues simplemente se le informa que no es posible acceder a su solicitud porque las pruebas tienen carácter reservado, es decir, no le expuso como se esperaría de una respuesta de fondo y congruente con lo solicitado, las razones por las cuales dicho interrogante está o no correctamente formulado.

Se aclara que en garantía del derecho de petición no significa que la parte accionada debía acceder sin mayor análisis a la petición de rectificar una de las preguntas del cuestionario, pero sí pronunciarse de fondo frente a los presuntos errores que se cometieron, exponiendo las razones por las cuales acepta o rechaza los argumentos expuesto por el actor, y no simplemente manifestando que no puede resolver dicha petición, invocando una reserva legal frente a la cual esta Sección se ha pronunciado en anteriores oportunidades, considerado que no es oponible a los concursantes que presentan reclamaciones.

Aunado a lo anterior, y frente a la reserva establecida en los artículos 31 de la Ley 909 de 2004 y 34 del Decreto 765 de 2005, se reitera que la Subsección A de esta Sección, en la sentencia del 13 de septiembre de 2012, señaló que los concursantes tienen acceso a su propia prueba, más no respecto a las pruebas de los demás aspirantes, en otras palabras, que la reserva consagrada es oponible solamente a terceros.

En similares términos se pronunció esta Subsección en la sentencia del 23 de octubre de 2012, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, citada previamente:

“Para la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de San Buenaventura, el demandante no puede tener acceso a las pruebas practicadas, en atención a que los artículos 31 de la Ley 909 de 2004 y 34 del Decreto 760 de 2005, establecen que dichos documentos son reservados.

Sobre el particular, la Sala también acoge la interpretación establecida por la Subsección A de esta Sección, en la sentencia del 13 de septiembre de 2012, respecto a los artículos 31 de la Ley 909 de 2004 y 34 del Decreto 765 de 2005, en la que se señaló que los concursantes tienen acceso a su propia prueba, más no respecto a las pruebas de los demás aspirantes, en otras palabras, que la reserva consagrada es oponible a terceros.

De conformidad con la anterior providencia, las disposiciones en comento, cuando establecen que las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección sólo 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, hacen referencia a los aspirantes respecto a sus propias pruebas, y sólo cuando éstos pretenden reclamar frente a los resultados de las mismas.

Aunado a lo anterior, la Sala resalta que no autorizar el acceso de los concursantes a sus propias pruebas, cuestionarios y respuestas, bajo la interpretación esbozada por la CNSC y la Universidad de San Buenaventura, vulnera el derecho al debido proceso de los interesados, pues al no permitírsele al aspirante que reclama tener acceso a las preguntas y respuestas, se restringe considerablemente su derecho a controvertir las pruebas que son materia de su inconformismo"

En conclusión, por las razones expuestas se evidencia que la parte accionada al resolver la reclamación del accionante contra la decisión de excluirlo del proceso de selección, vulneró sus derechos de petición y al debido proceso, pues respondió de forma evasiva a sus solicitudes y motivos de inconformidad, y porque invocando el numeral 3° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, se negó a brindarle la oportunidad de conocer las pruebas aplicadas y sus respuestas para ejercer en debida forma su derecho a la defensa, aún cuando como lo ha establecido esta Sección, la norma antes señalada debe entenderse en el sentido de que cada participante tiene derecho acceder a su propia prueba, más no a la de los demás aspirantes."<sup>9</sup>

En consideración a que los concursantes que pretendían controvertir las decisiones en su contra le fueron negados los documentos necesarios para ejercer su defensa, que constituye un elemento esencial del derecho al debido proceso, esta Sección le ha ordenado a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Universidad San Buenaventura - Seccional Medellín, que le permitan a los interesados el acceso a sus pruebas así como a sus respectivas respuestas, para que con fundamento en ellas, formulen dentro de los dos días siguientes las reclamaciones respectivas.

Por lo tanto, en el caso de autos en garantía del derecho al debido proceso de la accionante, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en consonancia con el precedente establecido por esta Sección, correctamente le ordenó a las entidades demandadas que le hicieran entrega a la peticionaria de la referida documentación, para que con la misma tenga la posibilidad de presentar con todas las garantías la reclamación correspondiente.

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 15 de noviembre de 2012, expediente 2012-00492-01. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. En similar sentido también puede apreciarse la sentencia emitida por esta Subsección el 1° de noviembre de 2012, expediente 2012-00117-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

No obstante lo anterior, informa la demandante en esta instancia, que en ejecución de la orden antes señalada sólo se le permitió tener acceso al cuestionario realizado y a sus respuestas, pero no le suministró la información necesaria para establecer cuáles de las opciones que marcó fueron consideradas correctas y cuáles incorrectas, motivo por el cual seguía sin contar con los elementos de juicio necesarios para ejercer su derecho a la defensa.

Frente a dicha situación se observa, que si bien es cierto en los fallos de tutela que ha proferido esta Sección frente a casos similares, se le ha ordenado a la parte accionada que le entregue a los concursantes el cuestionario y sus preguntas, sin que se indique expresamente que éstos tengan conocimiento de los aciertos y desaciertos que tuvieron, dichos pronunciamientos han sido totalmente claros en precisar que el sentido de la protección es que los participantes del concurso de méritos tengan la posibilidad de conocer cómo fueron calificados, a fin de que puedan presentar las reclamaciones que estimen pertinentes con los elementos de juicio necesarios.

Por la anterior circunstancia, si la parte demandada no le suministra a los concursantes, y en el caso objeto de estudio a la señora Ruth Mabel Olivera Arce, la información necesaria para que la misma conozca las preguntas que en principio resolvió incorrectamente, la peticionaria no puede ejercer en debida forma su derecho a la defensa, en tanto se reitera, no se le está indicando cuáles fueron los errores que cometió, ni cuál de las opciones que podía seleccionar era la correcta frente a cada interrogante.

En ese orden de ideas estima la Sala que la actitud de la parte accionada para dar cumplimiento al fallo de primera instancia es contraria al derecho a la defensa de la peticionaria, y aún más, desconoce las razones por las que se concedió el amparo solicitado, en tanto no puede alegar que le brindó a la accionante la oportunidad de conocer los documentos necesarios para que presentara la reclamación contra la calificación que le fue asignada, si no le indicó a la misma qué preguntas resolvió incorrectamente, y frente a las mismas cuál es la opción correcta, toda vez que sin esa información, la demandante no puede exponer las razones por las cuales no comparte el puntaje que obtuvo.

Por lo tanto, en aras de garantizar que a la peticionaria se le brinde material y no sólo formalmente la oportunidad de controvertir los resultados que obtuvo, se

modificará la orden emitida por el *A quo*, relacionada con la oportunidad de permitirle acceder a las pruebas que presentó el 29 de abril de 2012 y a sus respuestas, en el sentido de adicionar que también debe permitírsele conocer los errores cometió y cuáles son en criterio de las entidades demandadas las opciones correctas. Lo anterior, para que después de que se le brinde dicha oportunidad, en el término de 2 días presente la reclamación que estime pertinente.

En relación con las condiciones en que la parte accionada en cumplimiento de la sentencia de primera instancia le permitió a la demandante la revisión de las pruebas presentadas, se observa de la citación que le hizo llegar a ésta, que se le prohibió ingresar o manipular elementos distintos a los de consulta (como lápices, esferos y hojas), por lo que se infiere que la peticionara no pudo tomar apuntes.

Frente a dicha situación estima la Sala, que si bien es razonable que la parte demandada adopte algunas medidas de seguridad para impedir que las pruebas aplicadas y sobre sus respuestas sean alteradas, también lo es que el concursante que pretende revisar la calificación que le fue asignada, debe tener la posibilidad de realizar las anotaciones personales que estime pertinentes, a fin de que posteriormente si lo estima necesario, presente de manera fundada, clara y precisa su reclamación, de lo contrario implicaría exigirle que debe memorizar las preguntas frente a las cuales estima que se cometió un error, sobre todo cuando para la revisión de dichos documentos se le concedió un tiempo limitado.

En efecto, no se trata simplemente que a los concursantes se les garantice formalmente la oportunidad de apreciar las pruebas con las que están inconformes, sino que en ejercicio pleno del derecho a la defensa puedan analizar con detenimiento éstas, circunstancia que estima la Sala no se le garantizó a la demandante, a quien se le concedieron 2 horas para analizar los referidos documentos, y al parecer se le impidió realizar sus anotaciones personales, a partir de las cuales se reitera, eventualmente puede sustentar su reclamación.

Por la anterior circunstancia, se le ordenará a las entidades accionadas, que al brindarle la oportunidad a la peticionaria de revisar las pruebas que se le aplicaron con sus correspondientes respuestas, así como las que ella seleccionó, se le permita realizar las anotaciones personales que estime pertinentes, adoptado las medidas de seguridad que consideren pertinentes.

Ahora bien, respecto a las órdenes relacionadas con el acceso a las pruebas que presentó la peticionaria, la CNSC en la impugnación presentada alega que aquélla para tal efecto contaba con el recurso de insistencia, motivo por el cual la acción de tutela en virtud de su naturaleza subsidiaria y residual es improcedente.

Sobre el anterior argumento se destaca que esta Sección en varias oportunidades frente a casos similares al de autos, ha dispuesto por vía de la acción de tutela que los concursantes tienen derecho a acceder a sus pruebas por las razones arriba expuestas, y en consideración a que en dichos casos no sólo se está discutiendo sobre el acceso a unos documentos respecto de los cuales se ha invocado una reserva de carácter legal, sino el derecho al debido proceso de los participantes de la Convocatoria 128 de 2009, particularmente a poder controvertir las calificaciones que les fueron realizadas y las decisiones mediante las cuales fueron excluidos del proceso de selección, aspectos que no son susceptibles de analizarse por vía del recurso de insistencia, en tanto en virtud del mismo en estricto sentido sólo se debate si la reserva invocada frente a un documento es válida o no.

Por lo tanto, en atención a que no solamente se está discutiendo sobre el acceso de documentos frente a los cuales se ha invocado el carácter de reservado, sino que la controversia planteada gira en torno a las garantías que debe brindarse a los participantes del proceso de selección, la acción de tutela constituye el mecanismo idóneo y sobre todo eficaz de defensa.

Ejemplo de la anterior situación consiste, en que no sólo se le ha garantizado a los concursantes el derecho de acceder a sus pruebas y demás documentos relacionados, sino a que una vez tengan la oportunidad de revisar los mismos, puedan presentar las reclamaciones correspondientes, en virtud de las cuales eventualmente puede cambiar su situación en el concurso de méritos, verbigracia, de ser excluidos del proceso de selección a continuar en el mismo.

De otro lado se observa, que la accionante solicita la anulación de las pruebas efectuadas y la suspensión del proceso de selección, porque además de considerar que las mismas no fueron diseñadas teniendo en cuenta los ejes temáticos y la Guía de Orientación, se presentaron otras irregularidades en el

momento que los concursantes presentaron dichas pruebas y en el trámite de evaluación de las mismas.

Frente a dicho motivo de inconformidad observa la Sala, que la accionante no aporta elemento de juicio alguno sobre las presuntas irregularidades en el momento que los concursantes presentaron la pruebas y en el trámite de evaluación de las mismas, ni se advierte de los documentos aportados al proceso elementos de juicio suficientes a partir de los cuales puedan verificarse las afirmaciones de la peticionaria sobre el particular, motivo por el cual no hay lugar a ordenar la anulación de las pruebas realizadas o la suspensión del concurso de méritos.

Finalmente, respecto a la presunta falta de inmediatez en la interposición de la acción de tutela, se observa que la Comisión tiene como referencia el día 29 de abril de 2012, fecha en la que la peticionaria presentó las referidas pruebas, sin advertir que con posterioridad a ese hecho se presentaron otras situaciones con fundamento en las cuales la peticionaria reclama la protección de sus derechos, como que el 14 de junio de 2012 presentó la reclamación contra los resultados que obtuvo (Fl. 49), que con posterioridad recibió una respuesta frente a aquella que considera insuficiente, y que la CNSC a pesar de las situaciones que se le han puesto de presente sobre la falta de pertinencia de las pruebas aplicadas, aún no ha adelantado de manera diligente su labor de supervisión.

### **III. De las órdenes a proferir**

Del análisis hasta aquí expuesto se tiene que el derecho comprometido por parte de las entidades demandada es el debido proceso, el cual fue amparado por el *A quo*, que también tuteló el derecho de acceso a cargos públicos, respecto del cual no se evidencia que haya expresado claramente las razones por las cuales se vulneró.

Adicionalmente en estricto sentido no puede hablarse de vulneración del derecho de acceso a cargos públicos, cuando de las pruebas aportadas al proceso no puede afirmarse que la accionante debe ser nombrada en el empleo por el cual concursó.

Por la anterior circunstancia se confirmará el numeral 1° de la parte resolutive de la sentencia impugnada, únicamente en cuanto amparó el debido proceso, más no respecto a la protección del derecho de acceso a cargos públicos.

En segundo lugar, se confirmará el numeral 2° de la parte resolutive de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual se le ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en cumplimiento de la obligación de supervisión prevista en Cláusula Décima Octava del contrato de prestación de servicios No. 226 de 2011, suscrito con la Universidad San Buenaventura, que evalúe la pertinencia de las pruebas de competencias funcionales y de aptitud aplicadas a la accionante dentro de la Convocatoria No. 128 de 2009, aclarando que de ser necesario y como consecuencia de la evaluación de las referidas pruebas, la Comisión debe tomar las medidas pertinentes para garantizar la objetividad, imparcialidad, mérito y accesibilidad a la administración dentro del concurso.

En tercer lugar, se modificará el numeral 3° de la parte resolutive de la sentencia controvertida, en el sentido de ordenarle a las entidades demandadas que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, permitan a la demandante el acceso a las pruebas a las que se sometió con sus respectivas respuestas, y a las que ella seleccionó, para que con fundamento en dicha información, formule dentro de los dos días siguientes a la puesta en conocimiento de dichos documentos, la reclamación a correspondiente.

Asimismo se precisará que las entidades accionadas, al brindarle la oportunidad a la peticionaria de revisar las pruebas que se le aplicaron con sus correspondientes respuestas, así como las que ella seleccionó, deben permitirle realizar las anotaciones personales que estime pertinentes, adoptado las medidas de seguridad que consideren pertinentes.

Finalmente, se confirmará el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia impugnada, a través del cual se negaron las demás pretensiones de la demanda, en tanto por las razones expuestas, no hay lugar a declarar la nulidad de las pruebas aplicadas dentro de la Convocatoria 128 de 2009, ni a suspender el concurso de méritos iniciado en virtud de ésta, con fundamento en los argumentos expuestos por la peticionaria.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** el numeral 1° de la parte resolutive de la sentencia del 9 de abril de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, únicamente en cuanto amparó el derecho al debido proceso.

**SEGUNDO: CONFÍRMASE** el numeral 2° de la parte resolutive de la sentencia antes señalada, mediante el cual se le ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en cumplimiento de la obligación de supervisión prevista en Cláusula Décima Octava del contrato de prestación de servicios No. 226 de 2011, suscrito con la Universidad San Buenaventura, que evalúe la pertinencia de las pruebas de competencias funcionales y de aptitud aplicadas a la accionante dentro de la Convocatoria No. 128 de 2009, aclarando que de ser necesario y como consecuencia de la evaluación de las referidas pruebas, la Comisión debe tomar las medidas pertinentes para garantizar la objetividad, imparcialidad, mérito y accesibilidad a la administración dentro del concurso.

**TERCERO: MODIFICÁSE** el numeral 3° de la parte resolutive de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, en el sentido de **ORDENAR** a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Universidad de San Buenaventura - Seccional Medellín, que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, permitan a la accionante, el acceso a las pruebas a las que se sometió con sus respectivas respuestas, y a las que ella seleccionó, para que con fundamento en dicha información, formule dentro de los dos días siguientes a la puesta en conocimiento de dichos documentos, la reclamación correspondiente.

Se precisa que las entidades accionadas, al brindarle la oportunidad a la peticionaria de revisar las pruebas que se le aplicaron con sus correspondientes

respuestas, así como las que ella seleccionó, deben permitirle realizar las anotaciones personales que estime pertinentes, adoptado las medidas de seguridad que consideren pertinentes.

**CUARTO: CONFÍRMASE** el numeral 4° de la parte resolutive de la sentencia antes señalada, mediante el cual se negaron las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal de origen

**CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE.** Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

**GERARDO ARENAS MONSALVE**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**