



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO
SANTA MARTA

Santa Marta, Magdalena
Trece (13) de febrero de dos mil Veinticuatro (2.024)

ACCIÓN DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
47.001.31.53.005.2024.00027.00

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede a pronunciarse el despacho sobre la admisión de la **ACCIÓN DE TUTELA** instaurada por el señor **JESÚS DAVID IGUARAN PINEDO** contra la **ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA –ESAP-** y el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-**.

II. CONSIDERACIONES

El señor **JESÚS DAVID IGUARAN PINEDO**, en ejercicio del mecanismo constitucional establecido en el artículo 86 de la Carta Política, interpuso acción de tutela en contra de la **ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA –ESAP-** y el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-**, a quienes acusa de haber transgredido sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad de oportunidades y acceso a cargos y funciones públicas.

Examinado el contenido de la presente demanda de amparo, se advierte que ésta colma los requisitos del artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, por lo que será estudiada bajo los derroteros de dicha disposición, así como los previstos en el Decreto 306 de 1992, reglamentarios del presente mecanismo constitucional.

Así mismo, y en aras de respetar el debido proceso y el derecho de contradicción, se dispondrá comunicar esta acción a todas las personas que se encuentran inscritas en el proceso de meritocrático convocado por el Director General del **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-** mediante Resolución No. 01-1555 del 10 de agosto de 2023, para la conformación de terna destinada a proveer los empleos de Gerencia Pública de esa entidad denominados Subdirector de Centro G02, plaza ubicada en el Centro de Logística y Promoción Ecoturística del Magdalena a la cual se postuló el impulsor de la presente salvaguarda, para que, si lo consideran, concurren a ejercer su derecho a la defensa en este

mecanismo.

Para tal fin, se ordenará a la **ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA –ESAP-** y el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-** para que, en el lapso concedido notifique por el medio más expedito el auto inaugural de esta acción constitucional a cada uno de los participantes del antedicho concurso, remitiéndoles el traslado respectivo para el ejercicio de su defensa dentro del presente trámite constitucional.

Igualmente, por secretaría procédase a la publicación del correspondiente aviso en el micrositio de la página web de la Rama Judicial en el que contenga el escrito tutelar junto con sus anexos y copia de este proveído

Por lo expuesto el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Santa Marta,

III. RESUELVE

1. **ADMITIR** la acción de tutela promovida por **JESÚS DAVID IGUARAN PINEDO** contra la **ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA –ESAP-** y el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA**, por las razones sucintamente expuestas en la parte motiva de este proveído.

2. **NOTIFICAR** el presente auto a la parte actora en tutela y a los entes accionados por el medio más expedito.

3. **SOLICITAR** a la **ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA –ESAP-** y el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA**, que una vez notificados del presente asunto, en el término de dos (2) días, rinda un informe detallado sobre los hechos y pretensiones expuestos en el libelo introductorio.

4. **COMUNICAR** esta acción a todas las personas que se encuentran inscritas en el proceso de meritocrático convocado por el Director General del **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-** mediante Resolución No. 01-1555 del 10 de agosto de 2023, para la conformación de terna destinada a proveer los empleos de Gerencia Pública de esa entidad denominados Subdirector de Centro G02, plaza ubicada en el Centro de Logística y Promoción Ecoturística del Magdalena a la cual se postuló el impulsor de la presente salvaguarda, para que, si lo consideran, concurren a ejercer su derecho a la defensa en este mecanismo. Para tal fin, se **ORDENA** a la **ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA –ESAP-** y el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA** para que, en el lapso concedido en el numeral anterior, notifique por el medio más expedito el auto inaugural de esta acción constitucional a cada uno de los participantes del antedicho concurso, remitiéndoles el traslado respectivo para el ejercicio de su defensa dentro del presente trámite constitucional.

Igualmente, por secretaría procédase a la publicación del correspondiente aviso en el micrositio de la página web de la Rama Judicial en el que contenga el escrito tutelar junto con sus anexos y copia de este proveído

5. Se informa al accionado que el informe solicitado en el presente proveído debe allegarse por el medio más expedito, incluso por vía electrónica, al correo electrónico j05ccsmta@cendoj.ramajudicial.gov.co.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIANA PATRICIA MARTÍNEZ CUDRIS
JUEZA

Señor:
JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO (REPARTO):
SANTA MARTA-MAGDALENA

Ref: Acción de Tutela de **JESÙS DAVID IGUARAN PINEDO** contra la **ESAP** y **EL SENA**.

JESÙS DAVID IGUARAN PINEDO, mayor de edad, residente en Santa Marta-Magdalena, identificado como aparezco al pie de mi respectiva firma, por medio del presente escrito acudo ante ustedes para impetrar **ACCIÓN DE TUTELA** en contra de la **ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA -ESAP-** y el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-**, representadas legalmente por los servidores públicos señalados en el ítem notificaciones de la presente acción constitucional, por haber vulnerado estas autoridades mis derechos constitucionales fundamentales del debido proceso, Igualdad de oportunidades y de acceso a los cargos y funciones públicas, por haberme calificado erróneamente los documentos contentivos de los estudios y la experiencia aportados para evaluación en la fase de valoración de antecedentes de proceso de selección meritocrático de conformación de terna para proveer los empleos de gerencia pública del SENA denominados Subdirector de Centro G02, para lo cual me permito exponer a continuación, la siguiente:

I. SITUACIÓN FÁCTICA

1. El DIRECTOR GENERAL DEL **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-**, mediante resolución No. 01-1555 del 10 de agosto de 2023 convocó el proceso meritocrático de conformación de terna para proveer los empleos de gerencia pública del SENA denominados **subdirector de Centro grado 02, entre estos, el que se encuentra ubicado en el Centro de Logística y Promoción Ecoturística del Magdalena, dignidad a la que me postulé.**

2. El anexo técnico del Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, adoptado por medio de Resolución No. 1458 del 30 de agosto de 2017, obrante a folios 1421 a 1423 del anexo, estipula que el propósito principal del empleo de Subdirector de Centro radica en *“Dirigir, organizar, ejecutar políticas y adoptar los planes y las estrategias, programas y proyectos, para contribuir con las metas, con el desarrollo social, económico, educativo y tecnológico del país, en cumplimiento de la Misión, Visión y Objetivos institucionales dentro de la región del Centro de Formación Profesional”*, para lo cual desarrolla su gestión atendiendo los siguientes ejes funcionales: 1) *Gestión Estratégica*, 2) *Relacionamiento con Grupos de Interés*, 3) *Gestión de la Formación Profesional Integral*, **4) Control de Gestión y Resultados**, 5) *Gestión Administrativa y del Talento Humano*, y 6) *otras, para lo cual remiten a las funciones del Decreto No. 249 de 2004 (art. 27)*¹.

3. De igual manera el mencionado reglamento exige acreditar para desempeñar el cargo de subdirector de Centro grado 02, los siguientes requisitos

¹ Entre las funciones se destacan las contempladas en los numerales 18, 21, 28, 29, 33 del art. 27.

21. Arbitrar y ejecutar los recursos que se generen por la venta de bienes y servicios producidos en el respectivo Centro, a través de una cuenta independiente, con una contabilidad que refleje los ingresos y egresos de la misma; 28. Administrar y ejecutar los procesos de contratación, provisión, manejo, mantenimiento, seguimiento y control del talento humano, de los recursos físicos, tecnológicos, pedagógicos, humanos, financieros y de información del Centro. 29. Responder por la ejecución presupuestal de los recursos del Centro de Formación. 33. Preparar y rendir informes requeridos por la Dirección Regional o Distrital, la Dirección General y entidades públicas y privadas.

de estudios y experiencia: i) Título Profesional Universitario y Título de posgrado en la modalidad de **Maestría** en áreas relacionadas con las funciones del empleo; y ii) **Cuarenta (40) meses de experiencia profesional relacionada.**

4. Por su parte, el numeral 8.3. del anexo de convocatoria denominado PROCESO DE SELECCIÓN MERITOCRÁTICO SUBDIRECTORES DE CENTRO SENA 2023, consagra las siguientes reglas para adjudicar en el factor educación la calificación de la formación académica adicional del aspirante que excede al requisito mínimo de estudio exigido por el empleo de subdirector de Centro:

EDUCACIÓN			Valor máximo de cada factor
			40
Educación Formal	Técnica profesional	5	25
	Tecnología	5	
	Título profesional	10	
	Especialización	10	
	Maestría	20	
	Doctorado	20	
Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano	5 o más	5	10
	4	4	
	3	3	
	2	2	
	1	1	
Educación informal	160 o más horas	5	5
	Entre 120 y 159 horas	4	
	Entre 80 y 119 horas	3	
	Entre 40 y 79 horas	2	
	Hasta 39 horas	1	

5. A su turno, el numeral 8.4 del mentado acuerdo señaló que la experiencia profesional relacionada adicional al requisito mínimo del cargo sería puntuada, así:

EXPERIENCIA		Valor máximo de cada factor
		60
Experiencia profesional relacionada en funciones de Relacionamiento con Grupos de Interés, Gestión estratégica y Gestión de la Formación Profesional Integral, obtenida en el departamento de la vacante	5 puntos por cada año de experiencia certificada	25
Experiencia profesional relacionada en funciones de Relacionamiento con Grupos de Interés, Gestión estratégica y Gestión de la Formación Profesional Integral, obtenida en otros departamentos	3 puntos por cada año de experiencia certificada	15
Experiencia profesional relacionada en funciones de Control de Gestión y Resultados, Gestión Administrativa y del Talento Humano y otras, obtenida en el departamento de la vacante	2 puntos por cada año de experiencia certificada	15
Experiencia profesional relacionada en funciones de Control de Gestión y Resultados, Gestión Administrativa y del Talento Humano y otras, obtenida en otros departamentos	1 puntos por cada año de experiencia certificada	5

Al postularme al concurso acredité el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos por el cargo en comento, al aportar entre otros documentos, el título universitario de Licenciado en Educación Básica con Énfasis en Informática y la maestría en Informática Educativa. El cual fue ratificado en la respuesta a reclamación contra resultados de Valoración de Antecedentes, dentro del proceso de selección directores regionales y subdirectores presentada el 3 de febrero de 2023.

Respecto al título de pregrado en LICENCIADO(A) EN EDUCACION BASICA CON ENFASIS EN INFORMATICA y el de Maestría en INFORMATICA EDUCATIVA, hay que aclarar que los documentos no generan puntuación, ya que se consideraron para cumplir el requisito mínimo de educación, por lo que los documentos válidos para obtener puntaje corresponden a los adicionales a lo exigido en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales.

Sin embargo, En cuanto al título de Normalista superior, no fue valorado en la valoración de antecedentes.

Es importante aclarar que el título de Normalista superior es considerado por la ley 115 en su artículo ARTICULO 116. Como un título exigido para ejercicio de la docencia. Para ejercer la docencia en el servicio educativo estatal se requiere título de licenciado en educación o de posgrado en educación, expedido por una universidad o por una institución de educación superior nacional o extranjera, o el título de normalista superior expedido por las normales reestructuradas, expresamente autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, y además estar

inscrito en el Escalafón Nacional Docente, salvo las excepciones contempladas en la presente Ley y en el Estatuto Docente. como un título profesional Ministerio de Educación como un

Razón por la cual se hace necesario establecer los 5 puntos correspondientes en la siguiente tabla a la valoración técnica profesional o Tecnología, toda vez que los normalistas superiores son considerados como profesionales de la educación por ejercer no solo funciones de docencia.

El decreto 1236 de 2020 señala lo siguiente:

Que los normalistas superiores son profesionales de la educación, según lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley 1278 de 2002, y atendiendo a lo consagrado en el artículo 10 ídem, el normalista superior puede ejercer el cargo de director de educación preescolar y básica primaria rural, previo cumplimiento de la experiencia profesional requerida.

A los estudiantes que finalicen y aprueben el programa de formación complementaria se les otorgará el título de normalista superior, que los habilitará para el ejercicio de la docencia en educación inicial, preescolar y básica primaria pública o privada o para el cargo de directivo docente -director rural en el sector público, previo cumplimiento de la experiencia de 4 años consagrada en el artículo 10 del Decreto Ley 1278 de 2002”.

EDUCACIÓN			Valor máximo de cada factor
			40
Educación Formal	Técnica profesional	5	25
	Tecnología	5	
	Título profesional	10	
	Especialización	10	
	Maestría	20	
	Doctorado	20	
Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano	5 o más	5	10
	4	4	
	3	3	
	2	2	
	1	1	
Educación informal	160 o más horas	5	5
	Entre 120 y 159 horas	4	
	Entre 80 y 119 horas	3	
	Entre 40 y 79 horas	2	
	Hasta 39 horas	1	

El día 02 de enero de 2024 la ESAP publicó los resultados preliminares obtenidos en la fase de valoración de antecedentes, en que se devela me atribuyó una calificación de treinta y ocho (25) puntos, donde treinta

(25) puntos fue asignado en el factor experiencia, sin especificar las razones que fundamentan la calificación asignada:

Código	Cod Cargo	Ed. Formal	ETDH	Ed. Informal	Total Edu.	Exp Tipo 1	Exp Tipo 2	Exp Tipo 3	Exp Tipo 4	Total Exp	Total VA
16938895111121	SC072	0	0	0	0	25	0	0	0	25	25

Contra la anterior actuación interpose el respectivo reclamo, aduciendo que para evaluar los antecedentes la ESAP debía replantear la evaluación en los factores de educación y experiencia en los siguientes hechos.

Evaluar el título de normalista superior con los 5 puntos no asignados.
Asignar 3 puntos de la valoración de educación informal

Basado en lo anterior, solo en el ítem educación se asignaron los 3 puntos correspondientes a la categoría educación informal. No asignado los 5 puntos del título profesional en educación Normalista Superior.

Código	Cod Cargo	Ed. Formal	ETDH	Ed. Informal	Total Edu.	Exp Tipo 1	Exp Tipo 2	Exp Tipo 3	Exp Tipo 4	Total Exp	Total VA
16938895111121	SC072	0	0	3	3	25	0	0	0	25	28

En cuanto a la experiencia la ESAP en comunicación recibida por medio del correo electrónico notifica los siguientes aspectos referentes al factor de experiencia:

Con relación a los periodos a continuación mencionados, es necesario aclarar que no generan puntuación ya que fueron tenidos en cuenta para dar cumplimiento al requisito mínimo de experiencia, por lo que los documentos que son válidos para obtener puntaje corresponden a los adicionales al tiempo exigido para el cargo al cual aplicó:

EMPRESA	CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL
CORPORACION INFANCIA Y DESARROLLO	COORDINADOR DEL MODELO CIRCULOS DE APRENDIZAJE- JORNADAS COMPLEMENTARIAS (1)	21/02/2013	30/11/2013
SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL MAGDALENA	DOCENTE TUTOR (1)	17/07/2015	6/02/2018

Los siguientes periodos, fueron tenidos como válidos para otorgar la puntuación del factor de experiencia Tipo 1, 2 y 3:

EMPRESA	CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	EXPERIENCIA
SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL MAGDALENA	DOCENTE TUTOR (1)	7/02/2018	11/01/2019	TIPO 1
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA	PROFESIONAL 04 (1)	12/01/2019	6/02/2023	TIPO 1
CORPORACION INFANCIA Y DESARROLLO	COORDINADOR DEL MODELO CIRCULOS DE APRENDIZAJE- JORNADAS COMPLEMENTARIAS (2)	20/02/2012	30/11/2012	TIPO 2
UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA	COORDINADOR ZONAL MODELOS	26/02/2008	30/01/2012	TIPO 2
	EDUCATIVOS FLEXIBLES			
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA	PROFESIONAL 04 (1)	7/02/2023	25/08/2023	TIPO 3

Con fundamento en lo anterior, se hace necesario modificar el puntaje obtenido en la fase de Valoración de Antecedentes, y que será publicado en la plataforma del proceso de selección <http://concurso2.esap.edu.co/directivos-sena2023/>

Con todo y lo anterior, el 2 de febrero de 2023, la ESAP sin mediar una adecuada motivación confirmó arbitrariamente los resultados preliminares de la valoración de antecedentes, asignado solo 3 puntos asociados al factor educación informal, no asignando los 5 puntos del título de Normalista Superior.

El error que se pone al descubierto tiene por causa tanto la omisión como la valoración inadecuada de las pruebas aportadas al proceso.

La ESAP solo relaciona los 25 puntos correspondientes en la tabla a la experiencia tipo 1, no asignando puntuación para la experiencia tipo 2 y 3 como se relaciona en la comunicación de la entidad.

Experiencia	Puntaje
Exp. Tipo 1	25
Exp. Tipo 2	0
Exp. Tipo 3	0
Exp. Tipo 4	0
Total	25

Se deja por omisión la asignación de los puntos como se relaciona en las siguientes imágenes tomadas de la comunicación de la ESAP.

Los siguientes periodos, fueron tenidos como válidos para otorgar la puntuación del factor de experiencia Tipo 1, 2 y 3:

EMPRESA	CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	EXPERIENCIA
SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL MAGDALENA	DOCENTE TUTOR (1)	7/02/2018	11/01/2019	TIPO 1
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA	PROFESIONAL 04 (1)	12/01/2019	6/02/2023	TIPO 1
CORPORACION INFANCIA Y DESARROLLO	COORDINADOR DEL MODELO CIRCULOS DE APRENDIZAJE- JORNADAS COMPLEMENTARIAS (2)	20/02/2012	30/11/2012	TIPO 2
UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA	COORDINADOR ZONAL MODELOS	26/02/2008	30/01/2012	TIPO 2

Administración Pública				
	EDUCATIVOS FLEXIBLES			
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA	PROFESIONAL 04 (1)	7/02/2023	25/08/2023	TIPO 3

Aunado a lo anterior, no se asignaron por omisión los puntos correspondientes a la experiencia tipo 2 y la experiencia tipo 3.

EXPERIENCIA		Valor máximo de cada factor
		60
Experiencia profesional relacionada en funciones de Relacionamiento con Grupos de Interés, Gestión estratégica y Gestión de la Formación Profesional Integral, obtenida en el departamento de la vacante	5 puntos por cada año de experiencia certificada	25
Experiencia profesional relacionada en funciones de Relacionamiento con Grupos de Interés, Gestión estratégica y Gestión de la Formación Profesional Integral, obtenida en otros departamentos	3 puntos por cada año de experiencia certificada	15
Experiencia profesional relacionada en funciones de Control de Gestión y Resultados, Gestión Administrativa y del Talento Humano y otras, obtenida en el departamento de la vacante	2 puntos por cada año de experiencia certificada	15
Experiencia profesional relacionada en funciones de Control de Gestión y Resultados, Gestión Administrativa y del Talento Humano y otras, obtenida en otros departamentos	1 puntos por cada año de experiencia certificada	5

Ilustración 1 Tabla de valoración de antecedentes

Experiencia pendiente por asignar puntos en la experiencia tipo 2 y 3

Experiencia tipo 1	25 puntos asignados	OK
Experiencia tipo 2	15 puntos no asignados	Pendiente por asignar
Experiencia tipo 3	2 puntos no asignados	Pendiente por asignar
Puntos pendientes por asignar	17 puntos correspondientes a la experiencia tipo 2 y 3	

II. PROCEDENCIA DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

Respetable Juez (a), de la situación fáctica expuesta precedentemente, se evidencia claramente que los entes accionados me han vulnerado los derechos fundamentales de Debido Proceso, Igualdad en conexidad con el acceso a los cargos y funciones públicas y el Mínimo Vital, respecto de los cuales no existe vía idónea para procurar el amparo en tiempo real. Se utiliza esta vía judicial como MECANISMO DEFINITIVO, a fin de evitar un perjuicio irremediable. El fin que persigue la figura del perjuicio irremediable es la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables, que conlleven inexorablemente unas medidas excepcionales. Según la Corte Constitucional (Sent. T-432 de 2002) se configura el perjuicio irremediable cuando se advierten los siguientes elementos: a.) La inminencia que exige medidas inmediatas, b.) La urgencia que tiene el sujeto para salir de ese perjuicio inminente, y c.) la gravedad de los hechos que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales². En el presente caso

concurrer los mencionados elementos, toda vez que se hace evidente la implementación inmediata de medidas provisionales que conlleven a conjurar la inadecuada valoración de las pruebas aportadas de cara a los reglamentos del concurso, para garantizar la igualdad, el debido proceso y el acceso al cargo.

a.) Inexistencia de otro medio de defensa judicial.

La honorable Corte Constitucional ha decantado en su jurisprudencia³ la procedencia de la acción de tutela contra los ACTOS PREPARATORIOS y/o de TRÁMITE, argumentando que **“ESTA CLASE DE ACTOS NO SON SUSCEPTIBLES DE ACCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA Y, EN TAL VIRTUD, NO EXISTE MEDIO ALTERNATIVO DE DEFENSA JUDICIAL QUE PUEDA SER UTILIZADO PARA AMPARAR LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES VULNERADOS O AMENAZADOS DE MANERA INMEDIATA”**. Al respecto en sentencia SU-201/94, expresó:

“Partiendo del supuesto de que el acto de trámite o preparatorio no contiene propiamente una decisión en la cual se expresa en concreto la voluntad administrativa y que su control jurisdiccional se realiza conjuntamente con el acto definitivo, podría pensarse que la acción de tutela sólo es de recibo en relación con este último, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (C.N., art. 86, inc. 3º y D. 2591/91, art. 8º).

² Corte Constitucional. Sentencia T- 225 de 1993. Estos elementos han sido reiterados de manera constante y uniforme en diferentes oportunidades por la Corte Constitucional. Ver, por ejemplo, las sentencias SU-250 de 1998 y T-301 y T-931 de 2001.

³Ver entre otras, sentencia T-420/1998 M.P. Antonio Barrera Carbonell

Corresponde al juez de tutela examinar en cada caso concreto y según las especiales circunstancias que lo rodeen, si un determinado acto de trámite o preparatorio tiene la virtud de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa, que de alguna manera se proyecte en la decisión principal y, por consiguiente, sea susceptible de ocasionar la vulneración o amenaza de violación de un derecho constitucional fundamental, en cuyo caso, la tutela es procedente como mecanismo definitivo destinado a proteger un derecho fundamental vulnerado o amenazado por la acción de la administración (...).

Adicionalmente, existen otras razones para avalar la procedencia de la tutela contra los actos de trámite o preparatorios. Ellas son:

— Esta clase de actos no son susceptibles de acción contenciosa administrativa y, en tal virtud, no existe medio alternativo de defensa judicial que pueda ser utilizado para amparar los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados de manera inmediata.

— Según el artículo 209 de la Constitución Nacional, “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...” y el artículo 29 de la Constitución Nacional, garantiza el debido proceso en las actuaciones administrativas. La tutela contra actos de trámite que definen una cuestión esencial dentro de la actuación administrativa, a la manera de una medida preventiva, como se explicó antes, persigue la finalidad de que las actuaciones administrativas adelantadas con anterioridad a la adopción de la decisión final se adecuen a los mencionados principios y aseguren el derecho de defensa de los administrados. De esta manera, se logra la efectividad de los derechos de los administrados en forma oportuna, se les evita el tener que acudir necesariamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para obtener su protección, a través de la impugnación del acto definitivo y, consecuentemente, se conjura la proliferación de los procesos ante dicha jurisdicción, lo cual indudablemente redundará en beneficio del interés público o social.

El Consejo de Estado en su jurisprudencia ha efectuado una distinción entre los actos preparatorios, de trámite y definitivos. A este respecto ha sostenido⁴ que el **acto preparatorio** «es aquel que contribuye a formar el juicio o criterio de la administración para decidir la actuación». El **acto de trámite** «es el que le da celeridad y movimiento requeridos a la actuación administrativa, es decir, impulsa el trámite propio de la decisión que ha de tomarse, e incluso con posterioridad a su expedición para darle publicidad y firmeza». El **acto definitivo** «es el que contiene la decisión ejecutoria o pone fin a la actuación administrativa, pues decide el fondo del asunto. No obstante, el acto de trámite se puede convertir en definitivo cuando hace imposible la continuación de la actuación».

Con relación al tema el Consejo de Estado ha señalado que el control jurisdiccional de la terna procede una vez se ha expedido el acto de elección o definitivo. En tal sentido, ha sostenido lo siguiente⁵:

[...] teniendo en cuenta que el control jurisdiccional de los actos de nombramiento o elección de servidores públicos está sometido a las reglas especiales del proceso electoral contenidas en los artículos 223 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, y que, como quedó establecido, en los procesos administrativos de elección o nombramiento de servidores públicos en los que se contempla la conformación de ternas, éstas son actos preparatorios o de trámite, **cuando se demanda el acto de elección por irregularidades ocurridas con ocasión de la formulación de dichas ternas debe estarse a lo dispuesto en el artículo 229 del citado Código, según el cual debe demandarse precisamente el acto de elección, aun cuando el vicio de nulidad afecte tales actos intermedios.**

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, auto del 19 de septiembre de 2023, radicado 11001-03-25-000-202200348-00 (2832-2022).

⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 22 de octubre de 2009, radicación No. 11001-03-28-000-2008-00026-00; 11001-03-28-000-2008-00027-00 (acumulados).

[...] **[E]s pues el acto final y no uno previo o intermedio el que debe impugnarse y de ahí que no pueda impetrarse la nulidad de tales actos administrativos electorales**, en forma autónoma sino impugnando directamente la nulidad de la declaratoria de elección, aunque los vicios de nulidad se prediquen de tales actos previos o de trámite electoral. [Resaltado fuera del texto].

Conforme al anterior criterio interpretativo, la terna para para elegir Subdirector de Centro del SENA es un acto preparatorio y, por lo tanto, no es susceptible de ser demandado de forma autónoma e independiente al acto definitivo que se constituye una vez se ha producido la designación. De igual modo, las actuaciones por medio de las cuales las entidades en desarrollo de las convocatorias o procesos de selección resuelven las reclamaciones presentadas por los aspirantes contra los resultados de las pruebas también son actos preparatorios respecto de los cuales no se puede efectuar el control de legalidad de forma autónoma, como tampoco frente a los actos de trámite con los cuales se publican los resultados.

La Corte Constitucional ha determinado que, en tanto los actos preparatorios o de trámite no son susceptibles de recursos en la vía administrativa ni de acciones judiciales ordinarias, pueden ser cuestionados mediante la acción de tutela, siempre que se acrediten los siguientes requisitos⁶:

- En primer lugar, el acto de trámite debe ser producto de una actuación arbitraria o desproporcionada que transgrede o amenaza los derechos fundamentales de una persona. En este sentido, se ha explicado que la finalidad de la acción de tutela en estos casos **es impedir que la administración concluya una actuación con desconocimiento de las garantías mínimas constitucionales de una persona**, de forma tal que el amparo se convierte en “una medida preventiva encaminada a que la autoridad encauce su actuación conforme a los preceptos constitucionales que amparan los derechos fundamentales, y a que el desarrollo de su actividad sea regular desde el punto de vista constitucional [...]”.
- En segundo lugar, **se requiere que el acto de trámite resuelva algún asunto que se proyecte en la decisión principal**. En efecto, aunque los actos preparatorios no envuelven decisiones definitivas, si se ha advertido que dicha actuación debe tener incidencia en la construcción de la decisión final [...].
- En tercer lugar, además de los anteriores requisitos, también es necesario que **la acción de tutela se presente antes de proferirse el acto definitivo**, por cuanto si ya existe una decisión de tal naturaleza, la actuación ya habrá concluido y lo que existirá es el deber de activar los medios de defensa judicial ante el juez contencioso. [...].

En virtud de lo anterior, se tiene en el presente asunto que la acción de tutela resulta procedente para censurar tanto el acto preparatorio dictado por la ESAP el 02 de febrero de 2024 bajo la radicación 12_530_375_20_0321, a través de la cual se confirma los resultados preliminares de la prueba de valoración de antecedentes publicados el 02 de enero de 2024, dentro del proceso de selección Directores Regionales y Subdirectores de Centro SENA 2023, como la actuación publicada el 2 de febrero de 2024, por medio de la cual se develó los resultados definitivos de la valoración de antecedentes de los concursantes, dado que tanto una es un acto preparatorio como la otra es un acto de trámite.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-405 de 2018.

La decisión que se adopta en las mencionadas actuaciones tiene que ver con los resultados de la prueba de valoración de antecedentes, los cuales influyen en la determinación del escaño de elegibilidad de los aspirantes en la terna a conformar para los cargos de Subdirector de Centro del Sena, con base en la cual se proyecta el acto definitivo de elección o nombramiento del ternado.

Es decir, los resultados de la valoración de antecedentes se transfieren a la terna que resulta necesaria para adoptar la decisión definitiva de elección a quien obtenga el puntaje final más alto de la terna en cada una de las vacantes ofertadas del empleo Subdirector de Centro.

El amparo se invoca con el fin de proteger los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, acceso a cargos públicos, dignidad humana;

Finalmente se observa que aún no se ha producido el acto definitivo de elección.

Así las cosas, la presente acción constitucional es procedente, por cuanto se interpone contra actos de trámite y preparatorio que tienen una marcada incidencia en la posición de elegibilidad del aspirante en la correspondiente terna a conformar para designar al aspirante con el puntaje definitivo mas alto en el empleo de Subdirector de Centro y frente a la cual no caben recursos.

b.) Ineficacia del medio de defensa judicial.

La Corte Constitucional en sentencia SU-067 de 2022, donde resolvió un caso de contornos similares al que aquí se analiza, consagró las condiciones que debe cumplir una acción de tutela para que sea procedente su estudio por vía de tutela, a saber: ***i) que la actuación administrativa de la cual hace parte el acto no haya concluido; ii) que el acto acusado defina una situación especial y sustancial que se proyecte en la decisión final; y iii) que ocasione la vulneración o amenaza real de un derecho constitucional fundamental.***

En cuanto a la exigencia del perjuicio irremediable, la Corte Constitucional en la aludida providencia sostuvo que en materia de concurso de méritos este fenómeno se configura dada la inculcable demora de los procesos ante la jurisdicción contencioso administrativa, puesto que para cuando se profiera el fallo que desate el litigio, habrá concluido el concurso de méritos. Veamos:

“116. Habida cuenta de lo anterior, corresponde a la Sala Plena establecer si la respuesta negativa que obtuvo dicha solicitud implica una violación de su derecho fundamental al acceso a los cargos públicos, tal como la accionante lo pretende. En principio, este asunto podría ser planteado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. **Sin embargo, en el caso concreto se configura el supuesto del perjuicio irremediable. Esto es así dado que, teniendo en cuenta la duración de los procesos ante la justicia administrativa, es altamente probable que la decisión de esta pretensión sea dictada una vez ya haya concluido el concurso de méritos.** En razón de lo anterior, la acción de tutela de la demandante será analizada bajo el supuesto de la necesidad de evitar un perjuicio irremediable.

En el sub júdece están debidamente probados los elementos que tornan procedente el estudio de fondo de la presente acción constitucional, por las siguientes razones que se pasan a develar:

- i) Tanto la actuación administrativa por medio de la cual el 2 de febrero de 2024 la entidad accionada otorgó respuesta negativa a las solicitudes del accionante, como aquella por medio de la cual en misma fecha se

publicaron los resultados definitivos de la valoración de antecedentes, no son actos definitivos, sino actos preparatorios y de trámite en su orden;

- ii) Los actos impugnados en sede de tutela determinan una situación especial y sustancial en la posición de elegibilidad del aspirante frente a los demás participantes que se proyecta en la terna de la cual se va elegir o nombrar al concursante que se consolide con el puntaje más alto dentro de la terna;
- iii) El perjuicio irremediable se encuentra acreditado, puesto que de acudir a la acción contencioso administrativa para solicitar la nulidad del acto administrativo contenido de la elección del ternado con el puntaje más alto en la convocatoria, tornaría en ilusorio e ineficaz el efecto de un eventual fallo a favor del accionante porque sería inoportuna la decisión que adoptaría la justicia administrativa, pues para cuando pudiera pronunciarse la autoridad probablemente estaría concluido el proceso de selección meritocrático, dado que ya se habría producido el nombramiento ordinario con quien haya ocupado el primer escaño de elegibilidad de la terna.

Además, según se infiere de los literales a), b) y h) del artículo 12 de la ley 909 de 2004⁷, los cuales son aplicables por analogía al caso concreto en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 de la referida Ley, la invalidación total o parcial de la convocatoria del SENA, enerva sus efectos antes de que se profieran los actos administrativos de contenido particular y concreto, pues una vez elaborada la terna y elegido el ternado, lo que procede es la exclusión de las personas que hubieren incurrido en la violación de las leyes y los reglamentos, o la revocatoria del nombramiento o cualquier otro acto administrativo relacionado con el presunto infractor.

Lo anterior implica, que una vez conformada la terna del empleo de Subdirector de Centro G02 y de haberse efectuado el respectivo nombramiento, no podría invalidarse el concurso para que se proveyera dicho cargo con el suscrito, debido a que no existe responsabilidad del aspirante en la irregularidad detectada, pues ella recae únicamente en la entidad que convocó a concurso, de lo cual surge la urgencia de adoptar las medidas necesarias por la vía de amparo constitucional deprecada a fin de conjurar oportunamente el perjuicio a mi patrimonio y a mi núcleo familiar.

⁷ Ley 909/2004 “Art. 12. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la vigilancia de la aplicación de las normas sobre carrera administrativa. 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 atribuible al seleccionado dentro del proceso de selección impugnado.

h.) Tomar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios de 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”.

Sobre este tópico, la Corte Constitucional de tiempo atrás, concretamente en la sentencia SU-086 de 1999, se ha referido sobre la procedencia de la acción de tutela para cuestionar los actos administrativos expedidos en el marco de los procesos de selección pese a existir otras vías judiciales, de la manera siguiente:

*“Para los propósitos de hacer efectivos los enunciados derechos fundamentales de manera oportuna y cierta, y para asegurar la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución, **no es la acción electoral -que puede intentarse ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo- el medio judicial idóneo con efectividad suficiente para desplazar a la acción de tutela.** Se trata, desde luego, de una acción pública que puede ser intentada por cualquier ciudadano, pero que no tiende a reparar de manera directa y con la oportunidad necesaria los derechos fundamentales de quienes han participado en el concurso.*

Tampoco es idónea la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo objeto difiere claramente del que arriba se expone.

Sobre el tema, la Sala Plena de la Corte reitera lo expuesto en ocasiones anteriores:

“El acto de la administración que establece la lista de elegibles constituye un acto administrativo, porque la administración, hace una evaluación fáctica y jurídica, emite un juicio y produce consecuentemente una decisión, la cual es generadora de derechos y creadora de una situación jurídica particular, en el sentido de que las personas incluidas en dicha lista tienen una expectativa real de ser nombradas en el correspondiente empleo. Indudablemente, **la elaboración de dicha lista constituye un acto preparatorio de otro, como es el nombramiento en período de prueba de la persona seleccionada,** pero ello no le resta a aquél su entidad jurídica propia e independiente de éste.

Con respecto a las personas no incluidas en la lista por no haber obtenido el puntaje correspondiente a juicio de la administración, según las bases del concurso, se genera igualmente una situación jurídica particular y concreta aunque negativa, en el sentido de que la determinación de la lista de elegibles conlleva la decisión desfavorable a ser tenidas en cuenta para la provisión del empleo; **a las personas que han sido ubicadas en dicha lista en un lugar que no corresponde, conforme a los resultados reales y atendidas las bases del concurso, también se les crea una situación jurídica de la misma índole, porque se les limita, restringe o se les anula la posibilidad de ser nombradas en el empleo que debe ser provisto.**

Desde un punto de vista meramente formal, es obvio que contra el acto en cuestión los afectados pueden intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; **pero a juicio de la Sala este medio alternativo de defensa judicial no es idóneo y eficaz, por las siguientes razones:**

- La no inclusión de una persona en la lista de elegibles **o la figuración de ésta en un lugar que no corresponde,** según las consideraciones precedentes, **puede implicar la violación de derechos fundamentales, entre otros, a la igualdad, al debido proceso y al trabajo.**

- **La acción contenciosa administrativa mencionada, en caso de prosperar, tendría como resultado la anulación del acto administrativo en referencia, esto es la lista de elegibles e igualmente el restablecimiento de derecho.**

Sin embargo, cabría preguntarse, en qué consistiría dicho restablecimiento?

Hipotéticamente podría pensarse que el restablecimiento del derecho lesionado se lograría de dos maneras: 1) reconociendo al afectado el pago de una presunta indemnización. 2) Emitiendo la orden a la administración para que rehaga la lista de elegibles e incluya a quien resultó favorecido con la acción dentro de dicha lista en el lugar que corresponda, según el puntaje real obtenido.

En cuanto al pago de la indemnización, estima la Sala que existen dificultades jurídicas y prácticas para tasarlas, pues los

perjuicios morales difícilmente podrían reconocerse, por no darse los supuestos jurídicos y fácticos que para ello se requiere; en cuanto a los perjuicios materiales, realmente no existirían unos parámetros ciertos con base en los cuales pudieran ser no sólo reconocidos, sino liquidados, pues cabría preguntarse, ¿en qué forma se evaluaría el perjuicio consistente en no ser incluido en una lista de elegibles, o en ser ubicado en ésta en un lugar que no corresponda al puntaje obtenido por el interesado?, si se tiene en cuenta que la colocación en dicha lista es apenas un acto preparatorio del nombramiento y, por lo tanto, tan sólo crea una expectativa para ser designado en el empleo.

Además, el reconocimiento de la indemnización, no puede actuar como un equivalente o compensación de la violación del derecho fundamental, pues lo que el ordenamiento constitucional postula es su vigencia, goce y efectividad en cabeza de su titular; dicho de otra manera, la indemnización que se reconocería no sería idónea para obtener la protección del derecho fundamental que ha sido conculcado por la actuación de la administración.

La orden a la administración para que reelabore la lista de elegibles, con la inclusión en ella del demandante en el proceso contencioso administrativo, carece de objeto y de un efecto práctico, porque dicha lista tiene como finalidad hacer posible la oportuna provisión del cargo o de los cargos correspondientes y para la época en que se dictaría la sentencia, ya la administración habría realizado los nombramientos y las personas designadas han adquirido la estabilidad en el cargo que da su escalafonamiento en la carrera administrativa, estabilidad que no se puede desconocer porque su nombramiento se realizó en forma legítima y con base en un acto que era válido -la lista de elegibles- para la época en que se hizo la designación, y obviamente el escalafonamiento en carrera luego de superado el período de prueba también es legítimo. Es decir, que el resultado del proceso contencioso administrativo no tiene por qué afectar las situaciones jurídicas válidas que quedaron consolidadas, con fundamento en el concurso, en favor de quienes fueron incluidos en la lista de elegibles y fueron designados para los respectivos cargos. **POR CONSIGUIENTE, QUIEN TRIUNFÓ EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NO OBTIENE CON SU ACCIÓN EL RESULTADO DESEADO, CUAL ES EL DE SER NOMBRADO EN EL CARGO CORRESPONDIENTE. Ello es así,** porque el restablecimiento del derecho, a juicio de la Sala, no puede ser ordenado en el sentido de que se nombre al citado en el empleo al cual aspira pues semejante obligación no se le puede imponer a la administración, ya que para ser nombrado, previamente debe estar incluido en la lista de elegibles.

ES MÁS, LA ORDEN DE REELABORAR LA LISTA NO TIENE UN SUSTENTO JURÍDICO SERIO, PUES A LA ADMINISTRACIÓN SE LE CONMINARÍA A QUE MODIFIQUE UN ACTO ADMINISTRATIVO QUE YA SE ENCUENTRA EXTINGUIDO POR EL AGOTAMIENTO DE SU CONTENIDO, LO CUAL, ADEMÁS, COMO SE DIJO ANTES NO TIENE UN EFECTO PRÁCTICO.

La provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa. Por lo tanto, la oportuna provisión de los empleos, con arreglo al cumplimiento estricto de las reglas del concurso y el reconocimiento efectivo de las calidades y el mérito de los concursantes asegura el buen servicio administrativo y demanda, cuando se presenten controversias entre la administración y los participantes en el concurso, de decisiones rápidas que garanticen en forma oportuna la efectividad de sus derechos, mas aún cuando se trata de amparar los que tienen el carácter de fundamentales".

(Cfr. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-256 del 6 de junio de 1995. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Por lo tanto, no se aceptan los argumentos expuestos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sobre una posible improcedencia de la acción de tutela, que, por el contrario, **SE ESTIMA EL ÚNICO MECANISMO IDÓNEO PARA RESTAURAR EFICAZ Y OPORTUNAMENTE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS.** (Resaltado extratexto)

De lo anteriormente expuesto se infiere que de escoger la acción contencioso administrativa para solicitar la nulidad del acto definitivo que declara elegido de la terna al aspirante con la mayor calificación definitiva en el empleo de de Subdirector de Centro Grado 02, tornaría en ilusorio el efecto de un eventual fallo a mi favor, ya que este carecería de objeto y de un efecto práctico, habida cuenta que dicha terna solo tiene como finalidad hacer posible la oportuna provisión del cargo y para la época en que se dictara la sentencia, dada la inocultable congestión que afecta el normal desarrollo de los procesos en la jurisdicción contencioso administrativa, ya la administración habría realizado el nombramiento ordinario en dicho empleo con otra persona en mi reemplazo, y lo que es peor aún la terna que se conforma exclusivamente para este propósito estaría extinguida por el agotamiento de su contenido, de tal suerte que al fin de cuentas sería inocua e ineficaz, una eventual sentencia que me sea favorable, pues no habrían parámetros sobre los cuales se pueda tasar una indemnización.

III. NORMAS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES VULNERADAS Y SENTIDO DE LA VIOLACIÓN.

1. **DEBIDO PROCESO.- Vulneración por valorar defectuosamente las pruebas aportadas y no dar aplicación al principio de favorabilidad laboral.**

La Constitución Nacional en su artículo 29, expresa que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (...) con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (...). Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”. El derecho al debido proceso, “comprende una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a reglas mínimas sustantivas y procedimentales, el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades en el ámbito judicial o administrativo, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas, pues es claro que el debido proceso constituye un límite material al posible ejercicio abusivo de las autoridades estatales”⁸. Sobre el particular, ha expresado la Corte Constitucional⁹:

“...el debido proceso es “el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho”. (...)

Como las demás funciones del Estado, la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: sólo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan positiva y negativamente a los servidores públicos. Estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista, y únicamente pueden actuar apoyándose en una previa atribución de competencia. El derecho al debido proceso es el que tiene toda persona a la recta administración de justicia”. Y se concluye que “Es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material”.

Del contenido expuesto del referido derecho, debe destacarse que el debido proceso configura una garantía de otros principios y derechos, toda vez que salvaguarda la primacía del principio

⁸ Sentencia T-416/98, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁹ Ver la Sentencia C-383/2000, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis.

de legalidad e igualdad, así como realiza efectivamente el derecho de acceso a la administración de justicia, sustento básico y esencial de una sociedad democrática.

La transgresión que pueda ocurrir de aquellas normas mínimas que la Constitución o la ley establecen para las actuaciones procesales, como formas propias de cada juicio (C.P., art. 29), atenta contra el debido proceso y desconoce la garantía de los derechos e intereses de las personas que intervienen en el mismo. De esta manera, logra ignorar el fin esencial del Estado social de derecho que pretende brindar a todas las personas la efectividad de los principios y derechos constitucionalmente consagrados, con el fin de alcanzar la convivencia pacífica ciudadana y la vigencia de un orden justo (C.P., art. 2o.).

Sin embargo, es de anotar que LA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO NO SÓLO PUEDE PREDICARSE DEL INCUMPLIMIENTO DE UNA DETERMINADA REGLA PROCESAL; TAMBIÉN OCURRE POR VIRTUD DE LA INEFICACIA DE LA MISMA PARA ALCANZAR EL PROPÓSITO PARA EL QUE FUE CONCEBIDA. Así, en la medida en que el derecho sustancial prevalece sobre las formas procesales (C.P., art. 288), como mandato que irradia todo el ordenamiento jurídico y, muy especialmente, las actuaciones destinadas a cumplir con la actividad judicial, es que las formas procesales que la rijan deben propender al cumplimiento de los propósitos de protección y realización del derecho material de las personas y a la verdadera garantía de acceso a la administración de justicia (C.P., art. 229).

Con ello no se quiere significar que las reglas de procedimiento, legalmente establecidas, puedan resultar inobservadas sin discriminación por los funcionarios encargados de conducir el respectivo proceso; por el contrario, éstas deben aplicarse con estricto rigor en la medida de su eficacia para realizar los derechos e intereses de la personas, so pena de convertir en ilegítimos los actos efectuados sin su reconocimiento.

Efectivamente, las reglas procesales se explican en función del fin estatal que persigue la administración de justicia; el deber de su observancia radica en que configuran instrumentos para realizar objetiva y oportunamente el derecho material¹⁰. (Resaltado extratexto)

De lo expuesto puede colegirse sin mayor elucubración que la observancia del principio de juridicidad significa no solamente que la administración pública en su conjunto está regulada por el derecho administrativo sino también que cada acción administrativa está condicionada por un principio jurídico que la admite (**El sentido del principio de legalidad consiste en que cada acción administrativa esta reglada por la ley formal**), por un estatuto de derecho positivo, del que resulta su licitud o necesidad jurídica. De tal manera que las funciones de la administración pública sólo pueden ser ejercidas dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan tanto positiva como negativamente a los servidores públicos. estos tienen prohibida cualquier acción que no legalmente prevista.

En sentido es resulta pertinente destacar que por ser un derecho constitucional fundamental el acceso a los empleos públicos (Art. 40 numeral 7 C.P.), los operadores del concurso de méritos detentan una competencia limitada y reglada para desarrollar sus funciones, puesto que sólo pueden ser ejercidas dentro de los términos establecidos en la Constitución y la Ley, lo cual implica que todas sus decisiones, en particular los acuerdos mediante los cuales se reglamentan las convocatorias a concurso de méritos y los actos administrativos en los que se inadmiten y/o excluyen a los aspirantes del proceso concursal, deben guardar correspondencia con la Constitución, la ley 909 de 2004¹¹ y los decretos reglamentarios que las desarrollen. (Decreto 1083 de 2015, entre otros).

¹⁰ Ver la Sentencia T-323/99, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

¹¹ Ley 909 de 2004, “**Art. 11. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la administración de la carrera administrativa.** (...) 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.**

“**Art. 12. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la vigilancia de la aplicación de las normas sobre carrera administrativa.** (...) h) **Tomar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad** en el ingreso y

Es por ello que al establecerse las reglas en las convocatorias a los procesos meritocráticos, los operadores logísticos que las desarrollan no solo están sojuzgadas a observar las disposiciones legales o reglamentarias que orientan el desarrollo del proceso de selección, sino también al efectuar su interpretación y aplicación a los casos concretos, habrán de tener en cuenta tanto las reglas de interpretación de ley y del precedente judicial de las Altas Cortes, como los principios y derechos constitucionales de los concursantes, entre estos, el del debido proceso, de igualdad, de confianza legítima, de acceso a los cargos públicos y de favorabilidad; por lo que en materia laboral la jurisprudencia de las altas Cortes ha dicho que en caso de incertidumbre en la interpretación o aplicación de las normas jurídicas debe elegirse la más favorable al trabajador.

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: "En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad"; se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del "in dubio pro operario", según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohiar la que resulte más favorable al trabajador.

La "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. Conforme a este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en un mismo código, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones o contempla diversos supuestos que su espectro abarca; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.¹²

Por otro lado, con fundamento en el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 1227 de 2005, compilado en el artículo 2.2.6.3 del Decreto 1083 de 2015, sostuvo dicha Corte en sentencia SU 446 de 2011, que la convocatoria es ***“la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”***, y como tal ***impone las reglas que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados- concursantes***. Por tanto, como en ella se delinear los parámetros que guían el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas

en el desarrollo de la carrera de los empleados públicos, ***de acuerdo a lo previsto en la presente ley.*** (Resaltado extratexto).

¹² Corte Constitucional sentencia C-168 de 1995

expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada.”

En sentencia T- 682 de 2016 expresó que “La Convocatoria constituye una norma que se convierte en obligatoria en el concurso, en consecuencia, cualquier incumplimiento de las etapas y procedimientos consignados en ella, vulnera el derecho fundamental del debido proceso que le asiste a los participantes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa.”

Lo anterior implica que, una vez establecidas por las autoridades competentes, las reglas que han de regir los albores y la clausura de las convocatorias a concurso de méritos, con la debida antelación a su apertura, deben observarse porque son de obligatoria aplicación tanto para la administración como respecto de las entidades contratantes y, por supuesto, por los aspirantes, durante la vigencia del proceso concursal, por lo cual su desconocimiento, sea de forma parcial o total, en cualquiera de las fases del proceso, apareja la transgresión del derecho al debido proceso y de defensa.

El derecho a la defensa en un estado social de derecho, como el nuestro, conlleva no solamente la eventualidad de que a los ciudadanos se les pueda conceder en la vía administrativa la oportunidad para ejercer los recursos contra las decisiones que los afectan, sino también la posibilidad real de ser escuchados, de hacer valer sus argumentos de defensa, de solicitar la práctica y evaluación de las pruebas aportadas y de controvertir u objetar las que obren en su contra. *Ello en razón a que la jurisprudencia de la Corte constitucional establece la noción del derecho a la defensa como la “oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como ejercitar los recursos que la ley otorga”.*¹³

Al respecto, la Corte Constitucional expresó que una de las modalidades que permite identificar la violación del debido proceso, es el contenido de la causal específica de procedibilidad por defecto sustancial, el cual ha sido explicado por esa Corporación en la sentencia SU-195 de 2012. En esa medida, en sentido amplio, ha dicho que se está en presencia del mismo cuando la autoridad judicial emplea una norma inaplicable al caso concreto, **deja de aplicar la norma adecuada** o interpreta las normas de tal manera que contraría la razonabilidad jurídica¹⁴. En estricto sentido, configuran este defecto los siguientes supuestos:

- El fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, por impertinente¹⁵ o porque ha sido derogada¹⁶, es

¹³ Ver entre otros fallos: las sentencias C-025 de 2009 y T- 018 de 2017 de la Corte Constitucional

¹⁴ Sentencias SU-159 de 2002, T-295 de 2005 y T-743 de 2008 todas con ponencia del Dr. Manuel José Cepeda Espinosa; T-043 de 2005 y T-657 de 2006 ambas con ponencia del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-686 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-033 de 2010 y T-792 de 2010 ambas con ponencia del Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁵ Sentencia T-189 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁶ Sentencia T-205 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

inexistente¹⁷, inexecutable¹⁸ o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislador¹⁹.

- **No se hace una interpretación razonable de la norma**²⁰.
- Cuando se aparta del alcance de la norma definido en sentencias con efectos erga omnes²¹.
- La disposición aplicada es regresiva²² o contraria a la Constitución²³.
- El ordenamiento otorga un poder al juez y éste lo utiliza para fines no previstos en la disposición²⁴.
- La decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma²⁵.
- **Se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su actuación**²⁶.

En particular, frente la interpretación no razonable de la ley que configura defecto sustantivo, la Corte Constitucional en sentencia SU 573 de 2017, señaló que,

“En cuanto a la indebida interpretación o aplicación de una norma, recientemente, en la Sentencia T-344 de 2015, reiterada en la SU050 de 2017, se precisó que este defecto se ha presentado cuando: (a) la interpretación o aplicación, prima facie, no se encuentra dentro del margen de razonabilidad o proporcionalidad; (b) es adaptada una disposición de forma contraevidente o contra legem; (c) **es evidentemente perjudicial para los intereses de una de las partes, a pesar de la legitimidad de que estos gocen**; (d) es manifiestamente errada y desatiende los parámetros de juridicidad y aceptabilidad; (e) resulta injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución; o (f) **cuando dejan de aplicarse normas constitucionales o legales pertinentes**.

Consecuente con lo anterior, ha considerado que la autoridad administrativa o judicial incurren en un defecto fáctico en su dimensión negativa cuando la falta de valoración de la prueba o la indebida o defectuosa valoración de ella apareja la violación del debido proceso. En tal sentido, en Sentencia T-117 de 2013 dijo que:

“El supuesto fáctico por indebida valoración probatoria se configura, entre otros, en los siguientes supuestos: (i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto

¹⁷ Sentencia T-800 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁸ Sentencia T-522 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁹ Sentencia SU-159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁰ Sentencias T-051 de 2009, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-1101 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²¹ Sentencias T-462 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-842 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis, y T-814 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²² Sentencia T-018 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²³ Sentencia T-086 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁴ Sentencia T-231 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁵ Sentencia T-807 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁶ Sentencias SU-195 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-086 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1285 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-114 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

En esa misma línea de pensamiento, en sentencia SU-448 de 2016, la Corte Constitucional ha sostenido sobre el defecto fáctico y sus dimensiones:

“El defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio allegado al proceso se presenta cuando **“el funcionario judicial al momento de valorar la prueba niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente.** Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez.

*Cuando en el defecto fáctico se habla, por un lado, de la dimensión positiva se pueden presentar dos hipótesis: (i) por aceptación de prueba ilícita por ilegal o por inconstitucional, y (ii) por dar como probados hechos sin que realmente exista prueba de los mismos; y por otro lado, la dimensión negativa puede dar lugar a tres circunstancias: (i) por omisión o negación del decreto o la práctica de pruebas determinantes, (ii) **por valoración defectuosa del material probatorio** y (iii) por omitir la valoración de la prueba y dar por no probado el hecho que emerge claramente de ella. (Subrayado por fuera del texto original”*

En consecuencia, procede entonces el amparo constitucional, cuando se acredita la violación del debido proceso por existencia de un defecto sustantivo o fáctico, en cualquiera de los supuestos que se han presentado anteriormente.

En el presente caso se configura la violación del debido proceso bien por acaecer un defecto sustantivo, bien sea porque en la valoración de antecedentes la accionada dejó de aplicar el segundo supuesto normativo de las equivalencias entre estudios y experiencia consagrado en el numeral 1.2. del artículo 9º de la Resolución No. 1458 del 30 de agosto de 2017 para dar por satisfecho el cumplimiento de los requisitos mínimos del cargo, referente a compensar el estudio de postgrado en la modalidad de maestría requerido para el cargo de Subdirector de Centro con el título profesional adicional al exigido en el requisito del empleo de Subdirector; o debido a que al calificar en la fase de valoración de antecedentes la formación académica y experiencia del accionante no atendió el principio de favorabilidad laboral, en cuanto dispuso a su arbitrio compensar los requisitos mínimos de estudios del cargo de Subdirector de Centro con la experiencia del concursante, pese a que éste expresamente le solicitó que homologara su título de abogado para tener acreditado el requisito de la Maestría.

O también por configurarse el tercer evento del defecto fáctico, esto es, la tesis de la incongruencia entre lo probado y lo resuelto por una valoración defectuosa del material probatorio, pues las entidades accionadas prefieren descontar del Patrimonio de experiencia condensado por el aspirante, la densidad de cuarenta (40) meses de experiencia profesional relacionada con el propósito de equiparlos con el estudio de postgrado en la modalidad de Maestría, siendo que el título de abogado, por ser una disciplina que se relaciona con las funciones del empleo convocado, sirve para este propósito y que esta decisión afecta sus intereses y aspiraciones para alcanzar una posición meritoria pues le merma veinte puntos, con los cuales lo pondría en la primera posición de elegibilidad de la terna a conformar y lo aleja de la posibilidad de obtener la puntuación más alta del grupo.

A efectos de demostrar la vulneración del debido proceso se hace necesario recurrir a las normas que regulan el proceso de selección, esto es, el Acuerdo Rector de la Convocatoria sus anexos y modificaciones, también explicar cuál es el supuesto normativo más favorable al trabajador que debe aplicarse para tener acreditado los requisitos mínimos del empleo de Subdirector, a efectos de que se adjudique una mayor calificación a la que se atribuyó al accionante en el factor experiencia y educación durante la valoración de antecedentes, como se precisará adelante.

Código Participante	Código Cargo	Edu. Formal	EDTH	Edu. Informal	Total, Edu.	Exp. Tipo 1	Exp. Tipo 2	Exp. Tipo 3	Exp. Tipo 4	Total, Exp	Total, VA
16938895111121	SC072	5	0	3	8	25	15	2	0	42	50

Por no estar conforme con los resultados en la fase de valoración de antecedentes, decidí presentar contra la anterior actuación el respectivo reclamo, por considerar que la ESAP debía asignar la puntuación como se evidencia en la comunicación presentada por la entidad, omitiendo los puntos en la experiencia tipo 2 y 3 y el título correspondiente a la categoría de educación formal.

Los criterios de evaluación de la experiencia se encuentran estipulados en el numeral 8.4 del anexo de la Convocatoria, donde se señaló que la experiencia profesional relacionada adicional al requisito mínimo sería puntuada, así:

EXPERIENCIA		Valor máximo de cada factor
		60
Experiencia profesional relacionada en funciones de Relacionamiento con Grupos de Interés, Gestión estratégica y Gestión de la Formación Profesional Integral, obtenida en el departamento de la vacante	5 puntos por cada año de experiencia certificada	25
Experiencia profesional relacionada en funciones de Relacionamiento con Grupos de Interés, Gestión estratégica y Gestión de la Formación Profesional Integral, obtenida en otros departamentos	3 puntos por cada año de experiencia certificada	15
Experiencia profesional relacionada en funciones de Control de Gestión y Resultados, Gestión Administrativa y del Talento Humano y otras, obtenida en el departamento de la vacante	2 puntos por cada año de experiencia certificada	15
Experiencia profesional relacionada en funciones de Control de Gestión y Resultados, Gestión Administrativa y del Talento Humano y otras, obtenida en otros departamentos	1 punto por cada año de experiencia certificada	5

Conforme a lo anterior la calificación de la prueba de valoración de antecedentes gira en torno a cuatro tipologías de experiencia, a saber:

- i) La experiencia ubicada en el primer nivel de la tabla de valoración descrita en el hecho número seis de esta demanda, que entiende el aspirante se denomina Tipo 1 por el operador logístico de la convocatoria, adjudica cinco (5) puntos por cada año adicional de experiencia a la del requisito mínimo del cargo, hasta un máximo de veinticinco (25) puntos. En esta especie están agrupadas las experiencias adquiridas por el aspirante en el Departamento de la vacante que se relacionen con los siguientes ejes misionales 1) *Gestión Estratégica*, 2) *Relacionamiento con Grupos de Interés*, 3) *Gestión de la Formación Profesional Integral*.
- ii) La experiencia Tipo 2, que está en el segundo nivel, atribuye tres (3) puntos por cada año de experiencia adicional a la del requisito mínimo del cargo hasta un máximo de quince (15) puntos. En este colectivo confluyen la experiencia adquirida por el aspirante en otros departamentos que gravita sobre los ejes misionales mencionados en la experiencia tipo 1.
- iii) La experiencia tipo 3, clasificada en el tercer nivel de la tabla, asigna dos (2) puntos por cada año de experiencia adicional a la mínima requerida por el empleo hasta un tope de dieciséis (16) puntos. En esta comunidad, convergen las experiencias adquiridas por el aspirante en el Departamento de la vacante que sean conexas a los siguientes ejes misionales: 4) *Control de Gestión y Resultados*, 5) *Gestión Administrativa y del Talento Humano* y 6) *otras*.
- iv) La experiencia tipo 4 otorga un (1) punto adicional por año hasta un máximo de cuatro (4) puntos. Este gremio está conformado por la experiencia adquirida por el aspirante en otros departamentos inherente a los ejes

misionales citados en la experiencia tipo 3. Para un total de sesenta (60) puntos en torno a este factor de valoración en la mencionada Convocatoria.

Con fundamento en todo lo expuesto, en el reclamo presentado el 2 de enero de 2024 ante la ESAP, el suscrito tutelante solicitó lo siguiente:

“PRIMERA. VALORAR nuevamente el certificado de estudio de Normalista Superior, asignado 5 puntos en educación formal.

SEGUNDA. Asignar los 15 puntos no asignados a la experiencia tipo 2 y los 2 puntos no asignados a la experiencia tipo 3. En consecuencia lógica de lo anterior, **MODIFIQUESE** la calificación del suscrito aspirante en el factor experiencia de la prueba y educación formal, como se relaciona en la siguiente tabla.

Código Participante	Código Cargo	Edu. Formal	EDT H	Edu. Informal	Total Edu.	Exp Tipo 1	Exp Tipo 2	Exp Tipo 3	Exp Tipo 4	Total , Exp	Total , VA
1693889511112 1	SC072	5	0	3	8	25	15	2	0	42	50

TERCERA. En forma subsidiaria, de no prosperar la anterior pretensión, sírvase **MODIFICAR** la calificación del suscrito aspirante en el factor experiencia de la prueba de valoración de antecedentes en cuantía de veinte (42) puntos, donde diez (25) puntos corresponde a experiencia tipo 1 y doce (12) puntos son experiencia tipo 2 y dos (2) puntos para la experiencia tipo 3, para un total de 42 puntos. Y 5 puntos de educación formal correspondientes al título de Normalista Superior.

Con base en lo anterior, es dable concluir que la violación del debido proceso en la fase de valoración de antecedentes deviene del cambio de criterio aplicado por la ESAP para tener cumplido los requisitos mínimos de la vacante de subdirector, lo cual condujo a la omisión de valoración de la experiencia tipo 2 y 3, adicional al título de educación formal denominado Normalista Superior.

2. DERECHO DE IGUALDAD Y DE ACCESO A LOS CARGOS PÚBLICOS.- Vulneración por ejercer un trato discriminatorio al valorar antecedentes.

El artículo 13 de la Constitución prevé que *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades (...)”*. Este derecho exige que, los casos similares deban ser tratados de igual manera, así como las situaciones diferentes deben recibir un trato desigual, por ende *“su evaluación debe darse desde un aspecto sustancial, de manera que, la evidencia de un trato desigual constitucionalmente reprochable deberá provenir de la demostración de la existencia de un criterio diferenciador carente de objetividad y razonabilidad, a través de la aplicación de una guía metodológica denominada “test de igualdad”²⁷.*

La Constitución Política de Colombia en el numeral 7 del artículo 40 determina que todos los ciudadanos tienen el derecho fundamental a participar en condiciones de igualdad en la conformación, ejercicio y control del poder político. Igualmente, se establece que para que este derecho sea efectivo se puede tener acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, conforme a las reglas del concurso público y a los méritos y calidades propias (C.P. art 125). Cabe resaltar que esta posibilidad deriva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en donde se reconoce la igualdad de los ciudadanos ante la ley y se declara que pueden acceder a todas las dignidades, puestos y empleos por su capacidad y sin distinción diferente que sus virtudes y talentos²⁸.

Por tal motivo ha indicado esta Corporación que el principio de igualdad es contrario a cualquier regulación que contenga requisitos diferentes al mérito y capacidad de los participantes, sin tener un fundamento objetivo o donde las pruebas no hayan sido valoradas razonablemente ni de manera acorde a su importancia, de conformidad al cargo que se va a otorgar, ya que con tales actuaciones se obstruye el derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones igualitarias²⁹.

Respecto al principio de igualdad de oportunidades, ha indicado la jurisprudencia constitucional³⁰ que se refiere a las ocasiones de las personas para compartir la misma posibilidad de tener un empleo, sin importar que con posterioridad y por motivos justos no se logren las mismas posiciones o el cargo que se pretendía. De esta manera, las opciones al acceso a empleos estatales dentro del régimen de carrera conllevan a que las expectativas de las personas sean concretadas en el reconocimiento de oportunidades iguales sin que se les permita a las autoridades generar tratos preferentes sin que medie una justificación objetiva³¹.

²⁷ Ver la Sentencia T-230/94, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

²⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁹ Sentencias de la Corte Constitucional C-211 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Ver además entre otras, las Sentencias C-555 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-507 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-245 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell; SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-741 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-153 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-155 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-647 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz; C-292 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-808 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-973 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-421 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-1040 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

³⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-023-1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

³¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-1381 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Ver también las Sentencias de la Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: Tratándose de la relación de la carrera administrativa con el derecho a la igualdad, la Corporación ha indicado que *“el acceso a la carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes es una manifestación concreta del derecho a la*

La jurisprudencia Constitucional dice que la igualdad en abstracto, implica una identidad en la oportunidad, al paso que en lo específico requiere un discernimiento, una diferencia y una proporcionalidad: se iguala lo diverso, no por homologación, sino por adecuación. Al respecto, ha expresado en varias ocasiones, concretamente en sentencia C-242 de 2009 la multiplicidad de significados que presenta la igualdad. En tal sentido, ha reseñado este órgano que:

“la igualdad como valor (preámbulo) implica la imposición de un componente fundamental del ordenamiento; la igualdad en la Ley y ante la Ley (artículo 13 inciso 1°, desarrollado en varias normas específicas) fija un límite para la actuación promocional de los poderes públicos; y la igualdad promocional (artículo 13 incisos 2° y 3°) señala un horizonte para la actuación de los poderes públicos”.

Bajo esa perspectiva, ha afirmado que la expresión del artículo 13 de la Constitución según la cual la ley debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas, constituye la primera dimensión del derecho a la igualdad plasmada en el artículo 13 Superior, cuyo desconocimiento se concreta cuando **“una ley se aplica de forma diferente a una o a varias personas con relación al resto de ellas”**, con lo cual, en palabras de la Corte, sobreviene una vulneración del derecho a la igualdad al reconocer consecuencias jurídicas diferentes a personas cuya conducta o estado se subsume en un mismo supuesto normativo.

Por otro lado, dicha judicatura ha enfatizado, que una de las principales garantías en los casos en que se produce un acto de discriminación, consiste precisamente en que se invierta la carga de la prueba, en especial cuando se trata de personas que alegan haber sido sometidas a tal trato, con base en una categoría sospechosa de discriminación. Sobre este asunto, se señaló reiteradamente que:

“Los actos discriminatorios suelen ser de difícil prueba. De ahí que sea apropiado que la carga de probar la inexistencia de discriminación recaiga en cabeza de la autoridad que expide o aplica una disposición jurídica, no así en quien alega la violación de su derecho a la igualdad, especialmente cuando la clasificación que se hace de una persona es sospechosa por tener relación con los elementos expresamente señalados como discriminatorios a la luz del derecho constitucional.” Corte Constitucional, sentencia T-098 de 1994 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).³²

También ha manifestado que la igualdad constituye uno de los objetivos de la administración de justicia, que no solo se nutre de la seguridad jurídica y el debido proceso, sino también de otros principios que los complementan tales como el de la buena fe, que obliga a las autoridades del Estado –entre ellas los jueces- a proceder de modo coherente y de abstenerse de defraudar la confianza que depositan en ellas los ciudadanos (art. 83 superior). Sobre estos principios, en la C-836 de 2001 se considera que:

“(…), en un Estado contemporáneo, establecido como social de derecho, en el cual la labor de creación del derecho es compartida, la estabilidad de la ley en el territorio del Estado y en el tiempo no son garantías

igualdad” que se opone al establecimiento de *“requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes”*, pues, en tal evento, se erigirían *“barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales”* y En este sentido, *“la posibilidad de acceso a los empleos estatales, bajo el régimen de carrera, permite que las expectativas que tienen (las personas) se concreten en el reconocimiento de iguales oportunidades, sin que les sea dado a las autoridades otorgar tratos preferentes”* o carentes de *“justificación objetiva”* e implica, por lo tanto, *“que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca”*

³² Corte Constitucional, sentencia T-098 de 1994 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

jurídicas suficientes. En nuestro Estado actual, es necesario que la estabilidad sea una garantía jurídica con la que puedan contar los administrados y que cobije también a la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Sólo así se puede asegurar la vigencia de un orden justo (C.P. art. 2º).

En sentencia T-691 de 2012, dijo que es necesario “...**hacer una distinción entre un trato diferente que se encuentra justificado de forma objetiva y razonable en la Constitución, y un trato diferente que tan sólo puede ser 'explicado'**. Así, la jurisprudencia constitucional indicó que el hecho de que un acto discriminatorio se pueda explicar no implica que se pueda justificar. Poder dar razones acerca de por qué se realizó un acto, no implica, necesariamente, que tales razones sean válidas a la luz del marco axiológico que impone la Constitución.”

Igualmente, ha dicho que este principio debe caracterizar toda la actividad estatal, máxime cuando se advierte que las situaciones comprometen los derechos de las personas, como el del derecho a la **igualdad de oportunidades para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas**. Para la Corte el sistema de concurso constituye, a no dudarlo, la expresión más acabada de este derecho, en la medida en que coloca a todas las personas en la posibilidad de participar en aquél, sin cortapisas excluyentes. (Negrillas extratexto).

Adicionalmente, ha develado que la observancia del mérito se relaciona con el cumplimiento de “*los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*” que, según el artículo 209 de la Carta, deben guiar el cumplimiento de la función administrativa³³, pues “independientemente de los efectos jurídicos de cada forma de vinculación al Estado -por carrera, libre nombramiento y remoción o concurso-, todos los empleos públicos buscan un objetivo común, cual es el mejor desempeño de sus funciones para la consecución de los fines estatales”³⁴.

En esa medida, estima que las materias relativas a la función pública que han sido confiadas a la configuración del legislador, tienen que ver con los derechos de los trabajadores consagrados en el artículo 53 superior y con el derecho de los ciudadanos de acceder “**al desempeño de funciones y cargos públicos**”, **establecido en el artículo 40-7 de la Constitución y que tratándose del derecho a la igualdad, previsto en el artículo 13 constitucional, su jurisprudencia ha destacado que el acceso al desempeño de cargos públicos compromete dos de sus dimensiones que son la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades**³⁵.

De valorarse adecuadamente las pruebas aportadas, el suscrito no se ubicaría en este momento antes de la prueba de la entrevista en el sexto (6) escaño de elegibilidad de la terna, sino en el tercer escalafón de ella.

Lo anterior atendiendo que en esta convocatoria se adjudica el cargo quien obtenga el puntaje más alto de los tres aspirantes que integren la terna que se conforme, según lo establece el parágrafo del artículo 1º de la Resolución 01-01555 del 10 de agosto de 2023, cuyo aparte normativo es del siguiente tenor:

Parágrafo. La terna será conformada por las personas que obtengan los tres (3) primeros puntajes, entre quienes el Director General nombrará a quien obtenga el puntaje final más alto, en cada uno de los mencionados cargos, salvo razones objetivas de acuerdo con el criterio señalado por la Corte Constitucional.

Así las cosas, se concluye que las autoridades accionadas vulneraron los derechos fundamentales invocados por el accionante, pues, desde el punto de vista de los derechos al debido proceso, igualdad, acceso a los cargos públicos y dignidad humana, la terna se debe conformar no solo con sujeción a las reglas del Acuerdo Rector de Convocatoria, anexos y modificaciones, sino también con respeto a los principios constitucionales de favorabilidad laboral y pro homine.

En virtud de lo antes expuesto, me permito formular las siguientes:

IV. PRETENSIONES:

4.1 PRIMERO. AMPARAR los derechos fundamentales del Debido Proceso, Igualdad y de acceso a cargos públicos del suscrito accionante, ordenándole a la ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA -ESAP- y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, conforme a sus competencias, que en el plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, **MODIFIQUEN** la calificación del suscrito aspirante en el factor experiencia y educación formal de la prueba de valoración de antecedentes del proceso meritocrático de conformación de terna para elegir el Subdirector del Centro de Logística y Promoción Ecoturística del Magdalena, en cuantía de ocho (8) puntos, correspondiente a el factor de educación y cuarenta y dos puntos (42) puntos, discriminados en experiencia tipo 1 (25) puntos, experiencia tipo 2 (15) puntos y experiencia tipo 3 (2) puntos, para un total de experiencia de 42 puntos, mas 8 del factor educación, lo cual determinaría un puntaje final de 50 puntos en la valoración de los antecedentes.

4.2. SEGUNDO. Se falle extra petita y ultra petita en caso de que el Honorable Juez al escrutar las pruebas advierta la vulneración o amenaza de otros derechos fundamentales no invocados en la demanda de tutela o se impartan las órdenes que estime necesarias para el cabal cumplimiento del fallo a proferir.

V. VINCULACIÓN DE TERCEROS

Para el efecto, solicito comedidamente al señor Juez (a), DISPONER, a través del auto que admita la presente acción, que dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la comunicación del trámite constitucional, la ESAP y el SENA procedan a notificar el contenido del auto admisorio de la demanda de tutela y de las demás providencias a los demás participantes del proceso meritocrático de selección de Subdirectores de Centro del SENA 2023, lo cual podrá hacerse por conducto de las accionadas que tienen sus correos electrónicos de contacto.

En tal virtud, podrá exigirles acreditar, en el término otorgado, el cumplimiento de lo ordenado, para lo cual deberán las accionadas allegar los soportes que demuestren el envío de las respectivas comunicaciones a las direcciones señaladas por cada uno de los aspirantes inscritos en el citado empleo, y demás terceros que puedan verse perjudicados con la decisión judicial.

VI. COMPETENCIA:

Corresponde la competencia en primera instancia, entre otros, a los Juzgados del Circuito con jurisdicción en donde ocurriere la violación o amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos, cuando se impetre la acción de tutela contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden Nacional (numeral 2, art. 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2.015, modificado por art. 1 Decreto 1983 de 2017). Auto 124/2009 de la Corte Constitucional. En este caso la violación o amenaza de los derechos fundamentales producen sus efectos en Ciénaga, que es el lugar de mi residencia.

VII. JURAMENTO

Manifiesto bajo la gravedad del juramento que no he presentado otra acción tutelar respecto de los mismos hechos y derechos.

VIII. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los artículos, 11,13, 23, 25, 29, 53, 74, 83, 86, y Ss. de la C.N.; 21-27 del Decreto 1227/2005, Decreto 760 de 2005, Leyes 1437/11 y 1712 del 06 de marzo de 2014, Acuerdo 465 de octubre 02 de 2013; y Decretos No. 2591/91, 306/92 y 1382/2000.

IX. PRUEBAS:

Solicito comedidamente se sirva decretar y practicar como pruebas las siguientes documentales en medio digital, para su correspondiente valoración:

1. Resolución No. 01-01555 del 10 de agosto de 2023, Por la cual se ordena la apertura del proceso de selección meritocrático, para la conformación de ternas con las cuales se proveerán los empleos de gerencia pública del SENA denominados subdirector de Centro G02.
2. Anexo de Convocatoria de los procesos de selección meritocrático de los cargos director y subdirector de Centro Sena 2023.
3. Ley general de Educación 115 de 1994
4. Título de Normalista Superior.
5. Reclamación formulada por el actor el 02 de enero de 2024 contra los resultados preliminares de la prueba de valoración de antecedentes.
6. Oficio del 02 de febrero de 2024 con radicado 12_530_375_20_0774 a través del cual la ESAP notifica la respuesta del reclamo elevado el 2 de enero de 2024, en la cual se ratifica el ajuste de los resultados definitivos obtenidos por el accionante en la prueba de valoración de antecedentes.
7. Acto de trámite contentivo de la publicación de los resultados definitivos obtenidos por los aspirantes en la prueba de valoración de antecedentes
8. Decreto 1236 de 2020 Nivel Nacional por el que se justifica el título de Normalista Superior.

X. NOTIFICACIONES

A la **ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA -ESAP-**, representada por el director nacional, el doctor JORGE IVAN BULA ESCOBAR, o por quien haga sus veces, recibe notificación en Sede Principal Calle 44 # 53 - 37 CAN, Bogotá D.C. y correo electrónico notificaciones.judiciales@esap.gov.co.

A la **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-**, representada por el director general, el Doctor JORGE EDUARDO LONDOÑO ULLOA o por quien haga sus veces, recibe notificación en la Calle 57 No. 8 - 69 Bogotá D.C. (Cundinamarca), Colombia y en los correos judicialdireccion@sena.edu.co y servicioalciudadano@sena.edu.co.

A los aspirantes inscritos en el cargo SC072 subdirector de Centro código 1050 grado 02 del Centro de Logística y Promoción Ecoturística del Magdalena, dispóngase la notificación del contenido de la presente actuación y del correspondiente auto admisorio de la demanda por conducto de las entidades accionadas, en atención a los principios del debido proceso, publicidad, transparencia, celeridad y economía procesal consagrados en la Carta Política.

El **Accionante** en la Secretaría de su honorable despacho o en la Carrera 35 # 34-35 edificio Tayrona Towers, torre 1, apartamento 614 de Santa Marta (Magd.) y en el correo electrónico jesusdavid264@gmail.com.

Del Honorable Juez (a),

JESUS DAVID IGUARAN PINEDO
C.C. # 1.082.839.897 de Santa Marta (Magd.)