

CONCURSO DE MÉRITOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA / ENTREVISTA EN CONCURSO DE MÉRITOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA- Requisitos / ENTREVISTA EN CONCURSO DE MÉRITOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA – No puede tener carácter eliminatorio / ENTREVISTA EN CONCURSO DE MÉRITOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA- Antecedente jurisprudencial

Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la prueba de la entrevista se aviene a los principios, valores y derechos constitucionales, siempre que su diseño y realización cumpla con las siguientes reglas generales:**(i)** La realización de la entrevista no puede implicar la consideración subjetiva de las calidades de los entrevistados para inclinar la balanza del concurso a favor o en contra, según la simpatía o animadversión personal que generen los aspirantes, lo cual significa, en criterio de esta Sala, que la prueba de entrevista no puede tener carácter eliminatorio, sino clasificatorio, es decir, que los resultados de su realización, nunca pueden significar la exclusión de un concursante, aseveración que para esta Sección tiene el carácter de regla jurisprudencial;**(ii)** Previo a la realización de la entrevista, se deben publicar los parámetros y condiciones de su realización y evaluación;**(iii)** Las demás pruebas o instrumentos de selección no pueden ser desconocidos a costa de los resultados que arroje la entrevista, ni puede la administración sobrevalorar la calificación en ella obtenida de tal manera que se distorsione o desconozca la relevancia de las demás pruebas, es decir, que la entrevista es una prueba accesoria y secundaria, lo que a juicio de la Sala también implica que la prueba de entrevista no puede tener carácter eliminatorio, sino clasificatorio, porque lo contrario, implicaría desconocer los resultados de las demás pruebas a aplicar;**(iv)** No son admisibles preguntas sobre el ámbito personal del aspirante, porque atentan contra derechos como el de la intimidad;**(v)** Los entrevistadores deben dejar constancia por escrito y de manera motivada de las razones de la calificación de un aspirante;**(vi)** Previo a la realización de la entrevista se deben publicar mecanismos idóneos de verificación y control del papel de los entrevistadores, de manera tal que estos no desarrollen de manera arbitraria, subjetiva e imparcial su rol; y **(vii)** Los nombres de los jurados entrevistadores deberán publicarse varios días antes de la realización de la entrevista y pueden ser recusados si existen razones válidas, objetivas y probadas que pongan en duda su imparcialidad.(...) La forma como fue diseñada la prueba de entrevista en la Convocatoria 318 de 2014 desconoce los parámetros establecidos por la legislación y la jurisprudencia reseñadas, puesto que contrariando la reglas contenidas en las fuentes normativas analizadas y al criterio pacífico y reiterado de la Corte Constitucional al que se ha hecho referencia en líneas anteriores, la CNSC dispuso en el demandado Acuerdo 518 de 2014, que dicha prueba tendría carácter eliminatorio. Así las cosas, como los parámetros fijados por las normas y la jurisprudencia reseñadas, no fueron colmadas por las reglas de la Convocatoria No. 318 de 2014, en cuanto a la prueba de entrevista se refiere, las anteriores consideraciones son suficiente para ordenar, luego del análisis realizado, la nulidad de los apartados normativos del Acuerdo 518 de 2014, que disponen que la prueba de entrevista, tiene carácter eliminatorio, contenidos en los artículos 27, 32 y 36 de las reglas de la Convocatoria.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la entrevista en el concurso de méritos, ver: C-372 de 1999, SU-613 de 2002, T-385 de 2005, C -478 de 2005, C-105 de 2013

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 518 DE 2014-4 - ARTÍCULO 27 / ACUERDO 518 DE 2014 ARTÍCULO 32 / ACUERDO 518 DE 2014 -

ARTÍCULO 33 / ACUERDO 518 DE 2014 - ARTÍCULO 34 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL / ACUERDO 518 DE 2014 - ARTÍCULO 35 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL / ACUERDO 518 DE 2014 - ARTÍCULO 36 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL / CONVOCATORIA 318 DE 2014 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

FUENTE FORMAL : CONSTITUCIÓN POLÍTICA- ARTÍCULO 125 / LEY 909 DE 2004/ LEY 443 DE 1998/ DECRETO REGLAMENTARIO 1227 DE 2005/ DECRETO LEY 262 DE 2000 / DECRETO REGLAMENTARIO 765 DE 2005 / LEY 588 DE 2000/ LEY 528 DE 2000-ARTÍCULO 4 / DECRETO 3454 DE 20067 REGLAMENTARIO 765 DE 2005 / LEY 588 DE 2000

APLICACIÓN DE LAS PRUEBAS DE CONFIANZA EN LOS CONCURSO DE MÉRITOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA GENERAL- Requisitos / POLÍGRAFO / ANÁLISIS DE ESTRÉS DE VOZ / ENTREVISTA CON ANÁLISIS DE ESTRÉS DE VOZ EN CONCURSO DE MÉRITOS EN CARRERA ADMINISTRATIVA GENERAL - Requisitos / PRUEBA DE ANÁLISIS DE ESTRÉS DE VOZ EN CONCURSO DE MÉRITOS EN CARRERA ADMINISTRATIVA GENERAL - No puede ser eliminatoria

La Sala reconoce la importancia que para algunas entidades pueda tener la realización de «*pruebas de confianza*» a sus empleados, como lo son el análisis de estrés de voz y el polígrafo, así como estudios de seguridad, debido a la importancia, especialidad y delicadeza de las funciones. Sin embargo, en criterio de esta Sala, la realización de «*pruebas de confianza*» como la del polígrafo y la de análisis de estrés de voz, dado el carácter subjetivo de sus resultados, puede atentar contra los principios, valores y derechos enunciados anteriormente, a menos que para su aplicación se implementen estrictos protocolos y condicionamientos. Por lo tanto, la Sala considera que es constitucionalmente admisible el uso de la prueba del polígrafo o similares, como la de «*análisis de estrés de voz*», en los procesos de selección de personal en el sistema de carrera administrativa general regulado por la Ley 909 de 2004, vigilado y administrado por la CNSC, siempre y cuando se trate de casos excepcionales suficientemente justificados, debido a la importancia, especialidad y delicadeza de las funciones de la entidad o del empleo a proveer, evento en el que: **(i)** se le debe permitir al aspirante consentir o no de manera previa, libre, voluntaria e informada la realización de la prueba;**(ii)** el consentimiento para la realización de la prueba debe ser solicitado de manera anticipada e informada, es decir, explicándole a la persona de manera previa y detallada la forma y metodología de la realización de la prueba de confianza, ya sea polígrafo o análisis de estrés de voz, o sus similares;**(iii)** la negativa de someterse a la práctica de «*pruebas de confianza*» no puede significar la exclusión del proceso de selección; y **(iv)** para el que consienta en la realización de tales pruebas, los resultados de las mismas, no pueden implicar su exclusión del proceso de selección, y el otorgamiento de puntaje debe serlo en menor proporción a las otras pruebas. (...) En el caso concreto, la prueba de entrevista con «*análisis de estrés de voz*» que se realizó al concursante de la Convocatoria 318 de 2014 no cumplió con los parámetros constitucionales fijados jurisprudencialmente. Sobre el particular, encuentra la Sala que si bien se le advierte al entrevistado que la prueba de «*análisis de estrés de voz*» tiene como finalidad «*determinar el*

grado confiabilidad y honestidad del aspirante con sus errores y defectos», es voluntaria y en tal medida puede negarse a responder las preguntas o pedir que su terminación, ello no implica que el ejercer tal derecho no tenga repercusiones en el puntaje asignado. Ello, por cuanto el artículo 27 del acuerdo de convocatoria plasma de forma inequívoca que la entrevista tendrá un carácter «*eliminatorio*», y el aspirante que obtenga una calificación menor de setenta (70) puntos, quedará eliminado y no podrá continuar en el proceso de selección. De tal forma, que el rehusarse a responder la prueba de VSA, indiscutiblemente disminuirá el puntaje del candidato y lo pondrá en desventaja frente a los demás aspirantes que sí tomen dicho test. Así las cosas, de lo expuesto se evidencia que ninguna de las previsiones para que se considere constitucionalmente admisible el uso de la prueba del «*análisis de estrés de voz*» fueron colmadas por los apartes demandados y la prueba aplicada, por lo que las anteriores consideraciones son suficientes para ordenar, luego del análisis realizado, la nulidad de los enunciados normativos que disponen que la prueba de entrevista es eliminatoria en el Acuerdo 518 de 2014.

ENTREVISTA EN CONCURSO DE MÉRITOS DE CARRERA DE ADMINISTRATIVA Y OTRAS CARRERAS ADMINISTRATIVAS ESPECIALES-Regulación legal / ENTREVISTA EN CONCURSO DE MÉRITOS DE CARRERA DE ADMINISTRATIVA VIGILIADA POR LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRAS CARRERAS ADMINISTRATIVAS ESPECIALES - Requisitos

La lectura de la disposición reglamentaria [Decreto Reglamentario 1227 de 2005] muestra para el caso del sistema general de carrera administrativa vigilado y administrado por la CNSC, la «*entrevista*» está autorizada como prueba o medio de selección de personal, legítimo o idóneo para establecer el mérito de los concursantes, siempre que no supere el 15% del valor definitivo de la calificación. La aludida norma reglamentaria de la Ley 909 de 2004, también establece: **(i)** que el jurado entrevistador estará conformado por 3 personas cuyos nombres deben darse a conocer 3 días antes de la realización de la prueba; **(ii)** que la «*entrevista*» deberá ser grabada en un medio magnetofónico y este, conservarse por 6 meses después de la expedición de la lista de elegibles; y **(iii)** que el jurado deberá dejar constancia escrita de las razones por las cuales «*descalifican o aprueban*» al entrevistado. En ninguno de sus apartados, el Decreto Reglamentario 1227 de 2005 regula lo relacionado con los efectos de los resultados de la prueba de «*entrevista*», es decir, no dispone reglas referidas a su carácter «*eliminatorio*» o «*clasificador*». (...) Según la norma transcrita [artículo 204 del Decreto Ley 262 de 2000] Para el caso del sistema especial de carrera de la PGN, la prueba de «*entrevista*» está permitida siempre que no tenga carácter «*eliminatorio*» y que no supere el 20% de la calificación definitiva. La norma también señala, que los entrevistadores integran un jurado calificador de 3 personas, una de las cuales deberá ser el jefe de la dependencia a la que esté adscrito el empleo, y que cuando el puntaje sea «*no aprobatorio*», el jurado deberá dejar constancia escrita de las razones de dicha calificación.(...) . Según la norma transcrita, [artículo 34 del Decreto Reglamentario 765 de 2005] para el caso del sistema específico de carrera de la DIAN, la prueba de «*entrevista*» como uno de los mecanismos de selección de personal también está permitido y puede tener carácter

«aprobatorio» o «no aprobatorio», y en caso de ser «no aprobatorio» se deberá dejar constancia escrita y motivada de las razones por las cuales se asignó el respectivo puntaje.(...) La lectura de la disposición reglamentaria muestra, que para el caso del sistema de carrera notarial, la «*entrevista*» también está autorizada como prueba o medio de selección de personal legítimo o idóneo para establecer el mérito de los concursantes, y sólo podrá otorgarse hasta 10 puntos sobre 100. La lectura de la disposición reglamentaria [artículo 10 Decreto 3454 de 2006] muestra, que para el caso del sistema de carrera notarial, la «*entrevista*» también está autorizada como prueba o medio de selección de personal legítimo o idóneo para establecer el mérito de los concursantes, y sólo podrá otorgarse hasta 10 puntos sobre 100 La aludidas normas también establecen: **(i)** que el jurado entrevistador estará conformado por 3 personas cuyos nombres deben darse a conocer 3 días antes de la realización de la prueba; **(ii)** que la «*entrevista*» deberá ser grabada en un medio magnetofónico y este conservarse por 6 meses después de la expedición de la lista de elegibles; y **(iii)** que el jurado deberá dejar constancia escrita de las razones de la calificación que otorgan

ENTREVISTA CON ANÁLISIS DE ESTRÉS DE VOZ POR UNA EMPRESA DE SEGURIDAD PRIVADA DE CONCURSO DE MÉRITOS ADELANTADOS POR LA COMISIÓN DEL SERVICIO CIVIL POR CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS CON INSTITUCIONES EDUCATIVAS

La realización de la prueba de «*análisis de estrés de voz*», por una empresa de seguridad privada subcontratada por la Universidad de la Sabana, cumple con lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley 909 de 2004. Lo anterior, por cuanto entre dicha institución y la CNSC se suscribió el contrato de prestación de servicios número 154 de 20 de abril de 2015, contentivo de las condiciones para el desarrollo del concurso de méritos para proveer los empleos vacantes de la ANM, las cuáles fueron respetadas por la institución educativa al subcontratar con *Security Consulting of Americas Ltda.*, para la realización de la mencionada prueba, garantizando así el talento humano idóneo, suficiente y necesario para ello.

FUENTE FORMAL : LEY 909 DE 2004

PARTICIPACIÓN EN LA ELABORACIÓN DE EJES TEMÁTICOS DE SERVIDORES DE LA AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA / PRINCIPIO DE IGUALDAD – No vulneración / PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD - No vulneración / PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD -- No vulneración

Para la Sala no tiene vocación de prosperidad el argumento esgrimido por la parte demandante, consistente en que los aspirantes en la Convocatoria No. 318 de 2014 de la CNSC se encontraban en desventaja frente a los funcionarios de la ANM que definieron los «*ejes temáticos*» de la prueba de conocimientos que luego participaron en el concurso, pues las certificaciones expedidas por la ANM y la CNSC muestran que únicamente concursó la señora (...), que fue excluida en la etapa de «*inscripciones*». Por lo tanto, no se vulneraron los principios de igualdad, imparcialidad y

objetividad que rigen el desarrollo de los concursos de méritos para acceder a cargos públicos de carrera administrativa.

PRUEBA DE APTITUD FÍSICA

La realización de la prueba física cumplió con los requerimientos mínimos del «Protocolo para la aplicación de la Prueba de Aptitud Física» de la Convocatoria 318 de 2014, diseñado conjuntamente por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), la Universidad de la Sabana y la Agencia Nacional de Minería (ANM), por lo cual este último problema jurídico resuelto no da lugar a declarar la nulidad pedida.

EXHORTO A LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL PARA EVITAR CONVOCAR A CONCURSO DE MÉRITOS CON PRUEBA DE ENTREVISTA Y DE ESTRÉS DE VOZ CON CARÁCTER ELIMINATORIO

Se exhortará a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), que en el futuro se abstenga de establecer en las reglas o bases de las convocatorias a concurso público de méritos, pruebas de entrevista y de confianza, como la de análisis de estrés de voz, con carácter eliminatorio.

SENTENCIA DE NULIDAD DE LA CONVOCATORIA A CONCURSO DE MÉRITOS EN LA AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA- Efectos

Teniendo en cuenta que al presentar sus alegatos de conclusión, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) informa que en el marco de la Convocatoria No. 318 de 2014, se expidieron 146 listas de elegibles para proveer 252 vacantes de las 300 inicialmente ofertadas, la declaratoria de nulidad de los apartados que establecían que la prueba de entrevista con análisis de estrés de voz, tendrá los siguientes efectos: «*Ex nunc*», es decir, hacia futuro, respecto de los nombramientos que ya fueron efectuados, toda vez que no se pueden afectar los derechos adquiridos de los concursantes que a la fecha fueron designados en periodo de prueba o en propiedad, y adquirieron sus derechos de carrera administrativa; y «*Ex tunc*», o sea, desde el momento mismo de la expedición del Acuerdo 518 de 2014, respecto de quienes concursaron para las vacantes que aún no tienen listas de elegibles, caso en el cual, la prueba de entrevista con «*análisis de estrés de voz*», no podrá tener carácter eliminatorio.

PRUEBA DE ANÁLISIS DE ESTRÉS DE VOZ- Definición

La «*prueba de análisis de estrés de voz*», tensión de voz o polígrafo de voz, VSA por sus siglas en inglés, se desarrolla a través de un programa informático, que opera como un tipo de «*detector de mentiras*», «*prueba de confianza*» o polígrafo no invasivo, que en teoría, mide las «*frecuencias en las modulaciones de la voz*» de una persona, así como el «*micro temblor involuntario que se registra en los músculos de la laringe*», es decir, cambios fisiológicos, cuando mediante preguntas es sometido a algún tipo de tensión o estrés. Este instrumento de detección de mentiras parte de principios teóricos similares y emplea procedimientos parecidos a los usados en la prueba poligráfica. Tales mecanismos pretenden medir la tensión que, supuestamente, experimenta el mentiroso y que se transmitiría a su voz.

FUENTE FORMAL: LEY ESTATUTARIA 1621 DE 2013 -ARTÍCULO 38

PRUEBAS DE CONFIANZA- Regulación legal / POLÍGRAFO / ESTRÉS DE VOZ

En lo que tiene que ver con la validez y admisibilidad de la prueba del polígrafo y sus semejantes, como la de «*análisis de estrés de voz*», no existe en nuestra legislación disposición normativa alguna que autorice de manera expresa a los empleadores, sean públicos o privados, a someter a sus empleados o concursantes a este tipo de pruebas, o que establezca prohibición expresa en tal sentido.(...) En todo caso, hay que aclarar, que pese al vacío legal sobre la materia, en nuestro ordenamiento jurídico, el uso de la prueba del polígrafo y sus similares, dentro de un proceso de selección de personal, ha sido regulado vía reglamento administrativo en dos casos de manera expresa y precisa, veamos: **(i)** En las empresas vigiladas por la Superintendencia de Vigilancia Privada según lo señalado en las Resoluciones 2593 de 2003, 2852 de 2006 y 2417 de 2008, proferidas por el Superintendente Vigilancia; y **(ii)** En la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, conforme a la Resolución 000143 de 2014, expedida por el Director de dicha entidad. Aclara la Sala, que en las mencionadas resoluciones se autoriza incluir dentro de los procesos de selección de personal para cargos directivos la referida prueba, siempre y cuando se establezca como garantía a favor del aspirante que debe ser autorizada por escrito previo, libre y voluntario. Aparte de los dos casos señalados, no existe en el derecho colombiano ninguna otra norma de naturaleza reglamentaria en la materia.

FUENTE FORMAL: RESOLUCIÓN 2593 DE 2003 / RESOLUCIÓN 2852 DE 2006 / RESOLUCIÓN 2417 DE 2008

PRUEBAS DE CONFIANZA / VALOR PROBATORIO DEL POLÍGRAFO Y ESTRÉS DE VOZ – Antecedente jurisprudencial / DERECHO COMPARADO – Alemania, Estados Unidos / DERECHO CONVENCIONAL

Encuentra la Sala que la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, han señalado que este tipo de instrumentos no tienen validez ni se aceptan como medios de prueba en procesos judiciales y administrativos sancionatorios, así como tampoco, para justificar despidos o retiros del servicio del personal civil o militar; puesto que:**(i)** su diagnóstico se refiere a un concepto subjetivo relacionado con la credibilidad del interrogado y no a la comprobación de hechos, elementos o circunstancias de la conducta investigada;**(ii)** representa una amenaza latente enorme para la libertad y dignidad de las personas, pues, las convierte en instrumento subjetivo de corroboración probatoria de hechos; y **(iii)** desconoce debido proceso y publicidad, porque no permite técnicamente su contradicción o tacha.

NOTA DE RELATORÍA : Sobre el valor probatorio de la prueba de polígrafo y el estrés de voz, ver: Corte Constitucional T-420 de 2014; Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencias 00563-2008 de agosto 20 de 2009. C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; 3 marzo de 2011, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, rad. 25000-23-25-000-2004-04310-02 Exp.1530-09; 28 de octubre 28 de 2016, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez ,rad 11001-032-5000-2012-00287-00

CONCURSOS PÚBLICOS DE MÉRITOS - Fases

Los concursos públicos de méritos para el ingreso a los empleos públicos de carrera administrativa, comprenden una serie de etapas o fases, que de

manera general son las siguientes: (i) la convocatoria, (ii) el reclutamiento, (iii) la aplicación de pruebas o instrumentos de selección, (iv) la conformación de la lista de elegibles y (v) el periodo de prueba.

CONVOCATORIA EN CONCURSO DE MÉRITOS – Definición / CONVOCATORIA EN CONCURSO DE MÉRITOS – Contenido

La Convocatoria, es el primer paso del procedimiento de selección y consiste en un llamado que hace la Administración a quienes reúnan determinadas calidades o condiciones para incorporarse a un empleo público de carrera administrativa. En ella se consagran las bases o reglas del concurso, las cuales dependen, entre otras, del tipo de concurso, de las necesidades del servicio, y de la naturaleza de los cargos por proveer. En términos generales, las convocatorias deben contener: (a) el tiempo límite de inscripciones, (b) los documentos que debe presentar el candidato para su inscripción, (c) el lugar en donde se reciben éstas, (d) la identificación de los cargos ofertados al público, (e) las funciones asignadas a dichos empleos, (f) la remuneración de los mismos, (g) los requisitos de estudios y experiencia para el desempeño de los empleos ofertados, así como la forma como se compensan esas exigencias, (g) la clase de exámenes, pruebas o instrumentos de selección que se van a realizar a los concursantes, con la indicación del sitio, fecha y hora en que se llevarán a cabo tales pruebas, (h) la fecha en que se publicarán los resultados, y los recursos que proceden contra los mismos, (i) en fin, todos aquellos factores que habrá de evaluarse dentro del concurso. La convocatoria es norma reguladora de todo concurso público de méritos y obliga tanto a la administración como a los participantes, es decir, es ley para las partes. Así, la convocación garantiza a los aspirantes, en el evento de que cumplan las exigencias estatuidas, igualdad de oportunidades para acceder a ocupar cargos públicos, y el derecho a concursar en igualdad de condiciones.

RECLUTAMIENTO EN CONCURSO DE MÉRITOS – Finalidad/ RECLUTAMIENTO EN CONCURSO DE MÉRITOS – Contenido

El reclutamiento, tiene como finalidad determinar quiénes de las personas que se inscribieron para participar en el concurso, reúnen los requisitos y condiciones exigidas por la administración, para lo cual se debe elaborar una lista en la que aparezcan los candidatos admitidos y los rechazados, teniendo en cuenta que en este último caso, solamente se permite excluir a quienes no cumplan con las exigencias señaladas en la convocatoria, las que deberán indicarse a cada uno de los afectados en forma escrita y precisa. Adviértase que en esta etapa del concurso se hace un análisis meramente objetivo, (edad, nacionalidad, estudios, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, etc.) para determinar la aptitud legal de los aspirantes, lo cual se realiza antes de las pruebas o exámenes de conocimientos.

APLICACIÓN DE PRUEBAS EN CONCURSO DE MÉRITOS- Finalidad

(iii) La aplicación de pruebas o instrumentos de selección, tiene como fin esencial apreciar la capacidad, idoneidad y potencialidades del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto a las calidades requeridas para desempeñar

con eficiencia las funciones y responsabilidades del cargo. Con la realización de las pruebas se busca la evaluación del candidato no sólo en el aspecto intelectual por medio de exámenes de conocimientos generales y profesionales específicos de acuerdo con el cargo, sino también sus condiciones de preparación, competencia, capacidad o aptitud física, comportamiento social, idoneidad moral, presentación personal, capacidad para relacionarse con las personas, antecedentes personales y familiares, etc., para lo cual se practicarán pruebas psicológicas, entrevistas y todos aquellos otros mecanismos que se consideren aptos para ese fin.

CONFORMACIÓN DE LA LISTA DE ELEGIBLES EN CONCURSO DE MÉRITOS-

(iv) La conformación de la lista de elegibles es el resultado de la valoración de cada una de las pruebas aplicadas y su vigencia será de 2 años. Así, se procede a la elaboración de la misma, de acuerdo con el puntaje obtenido por cada participante, con la finalidad de cubrir las vacantes con los candidatos que aprobaron en riguroso orden de mérito.

PERIODO DE PRUEBA – Finalidad

(v) El periodo de prueba busca evaluar el desempeño del elegible en el cargo para el cuál concursó. De este modo, la persona será nombrada en período de prueba, por el término de 6 meses, al final de los cuáles se evaluará su desempeño, y en caso de aprobar dicho período puede suceder que: **(a)** adquirirá los derechos de carrera, a través de la inscripción en Registro Público de la Carrera Administrativa; o **(b)** si ya se encontraba inscrito en el Registro Público de la Carrera Administrativa, se le actualizará el mismo. En caso de no obtener una calificación satisfactoria del período de prueba, su nombramiento en el cargo será declarado insubsistente. Cuando el empleado nombrado en período de prueba viniera ocupando un empleo público, volverá a éste y conservará su inscripción en el registro

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 11001-03-25-000-2015-01053-00(4603-15)

Actor: MARÍA ESTHER PINTO ESCOBAR, LUISA JACKELINE PRATO RAMÍREZ Y LUIS AURELIO PUIN CAMACHO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA (ANM) Y UNIVERSIDAD DE LA SABANA

Temas: En los concursos de méritos para el ingreso al Sistema General de la Carrera Administrativa, la prueba de «*entrevista*» no puede tener efecto eliminatorio / Realización de la prueba de «*análisis de estrés de voz*» en los concursos de mérito para el ingreso al Sistema General de la Carrera Administrativa

1. La Sala conoce el presente asunto¹ para proferir sentencia de única instancia.

I. LAS DEMANDAS ACUMULADAS

2. La presente causa judicial acumula tres demandas de Nulidad promovidas con el propósito de solicitar la anulación parcial del Acuerdo 518 de 2014, por el que la CNSC convocó a concurso público de méritos para proveer en propiedad 300 cargos de carrera administrativa de la ANM, proceso de selección que la Comisión identificó como Convocatoria No. 318 de 2014.

II. CONCEPTO DE VIOLACIÓN DE LAS DEMANDAS ACUMULADAS

3. La lectura integral y detallada de las demandas acumuladas muestra a la Sala, que las censuras o reparos formulados contra la Convocatoria No. 318 de 2014 son las siguientes:

2.1. Desconocimiento de los principios constitucionales de objetividad, imparcialidad y mérito, porque en la Convocatoria No. 318 de 2014 se estableció, entre otras, una prueba de «*entrevista*» con carácter «*eliminatorio*».

4. Los demandantes señalan, que para el caso de la Convocatoria No. 318 de 2014, la CNSC estableció, que una de las seis pruebas a aplicarse a los concursantes sería una «*entrevista*» con carácter «*eliminatorio*», lo cual, en su criterio, desconoce los aludidos principios constitucionales que deben guiar los concursos para ingresar al «*Sistema General de Carrera Administrativa*», consagrados en los artículos 40 y 125 de la Constitución, así como en el 28 de la Ley 909 de 2004.² Porque según aseguran, la referida prueba sólo puede tener carácter «*clasificatorio*», ya que dicho instrumento de valoración de las calidades de los concursantes, es altamente «*subjetivo*», pues, depende de las impresiones particulares y prejuicios personales de los entrevistadores.

5. Afirman además, que en el marco de la Convocatoria No. 318 de 2014, la «*entrevista*» tiene un peso porcentual del 15% en el puntaje final que acumule cada concursante, cifra que consideran mínima y que por lo tanto, no justifica su carácter «*eliminatorio*», porque, según ellos, se desconoce la

¹ Con informe de la Secretaría de 28 de septiembre de 2018, visible a fl. 482 del cdno. ppal. del exp. 4603-2015.

² Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

calificación obtenida en los demás pruebas que se realizaron en desarrollo del concurso de méritos, tales como la de «*competencias básicas*», que tiene un valor de 20%, la de «*competencias funcionales*» a la que se le asigna un porcentaje de 25%, y la de «*competencias comportamentales*» que pesa un 20%, para un total del 85% de la calificación final.

6. En ese sentido, para la parte demandante, al atribuirle carácter «*eliminatorio*» a la prueba de «*entrevista*», la CNSC «*distorsionó*» y dejó «*en un segundo plano*» la importancia de las demás pruebas, ignorando los mencionados principios constitucionales.

2.2. Desconocimiento del precedente jurisprudencial.

7. Los demandantes aducen, que al establecer en la Convocatoria No. 318 de 2014, que la prueba de «*entrevista*» tendría carácter «*eliminatorio*», la CNSC desconoció el precedente jurisprudencial desarrollado por la Corte Constitucional en las sentencias C-372 de 1999³ y C-478 de 2005,⁴ en las que en su decir, la Corte señaló que el referido instrumento de selección no podría tener efecto excluyente, puesto que por su «*carácter subjetivo*», las demás pruebas aplicadas en el concurso de méritos, no pueden ser desconocidas ni disminuidas a costa de los resultados que arroje la «*entrevista*», ni puede la administración sobrevalorar la calificación en ella obtenida, y mucho menos, hacer depender la continuidad de los aspirantes en el concurso de sus resultados.

2.3. Ilegalidad del procedimiento de «Análisis de Estrés de Voz» en el que se fundamentó la prueba de «entrevista».

8. De acuerdo con los demandantes, en el marco de la Convocatoria No. 318 de 2014 la CNSC estableció, que la prueba de «*entrevista*» se soportaría, entre otros factores, en los resultados de la aplicación del procedimiento de «*Análisis de Estrés de Voz*», el cual consideran ilegal, porque según afirman, se trata de una de las llamadas «*pruebas de confianza*», similar a la del «*Polígrafo*», cuya realización no ha sido avalada por el ordenamiento jurídico, como mecanismo o instrumento de selección para acceder a empleos públicos, por ser vulneratoria de derechos fundamentales como los de honra, buena fe, intimidad, dignidad humana y presunción de inocencia.

2.4. Desconocimiento del artículo 30 de la Ley 909 de 2004.⁵

9. Uno de los demandantes argumenta,⁶ que la realización de la prueba de «*entrevista*» con «*Análisis de Estrés de Voz*» tuvo lugar en la empresa de seguridad privada denominada «*Security Consulting of America*», la cual a su juicio, no tiene la calidad de institución universitaria. Por lo tanto, alega que la CNSC y la Universidad de la Sabana desconocieron lo dispuesto en

³ Con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

⁴ Con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra.

⁵ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁶ El señor Luis Aurelio Puin Camacho.

el artículo 30 de la Ley 909 de 2004,⁷ el cual dispone, que los concursos de méritos para el ingreso a la carrera administrativa general, serán adelantados por la CNSC, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con Universidades o Instituciones de Educación Superior acreditadas para tal fin, de carácter público o privado.

2.5. Desconocimiento de los principios constitucionales de *igualdad, imparcialidad y objetividad*, porque los funcionarios de la ANM que elaboraron los «*ejes temáticos*» del concurso, posteriormente se inscribieron en el proceso de selección.

10. Para sustentar este reparo, uno de los demandantes⁸ señala, que los «*ejes temáticos*» evaluados en las «*pruebas*» aplicadas a los inscritos en la Convocatoria No. 318 de 2014, fueron elaborados por varios funcionarios de la misma ANM, como la señora María de Jesús Quintero Monroy, quienes, con posterioridad, también participaron como concursantes en el proceso de selección.

11. A juicio del actor, los funcionarios de la ANM que elaboraron los «*ejes temáticos*» y luego se inscribieron en el concurso, tuvieron la posibilidad de conocer las materias que serían evaluados con una anterioridad considerable, mientras que los demás aspirantes sólo se enteraron de las temáticas sobre las cuales versarían las pruebas, cuando se publicaron las reglas del concurso, lo cual les dio a aquellos la ventaja de prepararse con anticipación, circunstancia que en sentir del demandante, los ubica, sin justificación alguna, en una mejor posición respecto de la generalidad de los inscritos en la Convocatoria No. 318 de 2014.

2.6. Irregularidades en la realización de la prueba de «*Aptitud Física*».

12. Explica uno de los demandantes,⁹ que la Convocatoria No. 318 de 2014 también contempló la realización de una prueba de «*Aptitud Física*», la cual, según asegura, fue desarrollada en el laboratorio de «*Fisiología del Ejercicio*» de la Universidad Pedagógica Nacional, sede Valmaría, el cual, a su modo de ver, no cumple con los requerimientos y certificaciones necesarios para la realización de dicha prueba.

13. A su juicio, la referida prueba de «*Aptitud Física*» debió ser aplicada por entidades expertas en «*salud ocupacional*» y «*Medicina Laboral*», debidamente reconocidas como tal, con personal capacitado y equipos idóneos.

14. Por lo tanto, solicita que se declare la nulidad de los artículos 37 a 41 del Acuerdo 518 de 2014,¹⁰ que regularon la aplicación de la mencionada

⁷ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁸ El señor Luis Aurelio Puin Camacho.

⁹ El señor Luis Aurelio Puin Camacho.

¹⁰ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Agencia Nacional de Minería, Convocatoria No. 318 - Agencia Nacional de Minería.

prueba, así como de la totalidad de actos administrativos en virtud de los cuales: **(i)** se dispuso citar a los concursantes a la realización de esta prueba, **(ii)** se publicaron los resultados de su realización, y **(iii)** se resolvieron los recursos interpuestos por los concursantes contra los resultados que arrojó.

III. OPOSICIÓN A LA DEMANDA¹¹

15. Para oponerse a las demandas acumuladas y defender la presunción de legalidad de la Convocatoria No. 318 de 2014, acudieron al presente proceso: la CNSC,¹² la ANM,¹³ la Universidad de la Sabana,¹⁴ las señoras Karina Margarita Ortega Miller¹⁵ y Alexandra Villa Salazar¹⁶ y el señor Juan Pablo Mafla Montenegro.¹⁷

16. Los argumentos expuestos por quienes intervinieron en defensa de la legalidad de la Convocatoria No. 318 de 2014, son los siguientes:

- Un concurso público de méritos valora, entre otros factores: **(i)** el «*saber conocer*», que se mide a través de pruebas escritas que retomen los conocimientos profesionales y pongan en evidencia la comprensión e interpretación del individuo; **(ii)** el «*saber hacer*», que se establece mediante «*entrevistas*» y análisis de la experiencia laboral, en donde se evalúan el manejo de los procedimientos y la capacidad propositiva, es decir, que se evidencien las habilidades y destrezas del individuo; y, **(iii)** el «*saber ser*», que se mide utilizando «*pruebas psicotécnicas y/o de aptitud*», como las «*entrevistas*», que reflejen las habilidades socio afectivas del individuo, teniendo en cuenta su postura ética y su código de valores, para evidenciar su calidad humana. De esta manera, se realiza una valoración integral de los concursantes, mediante la «*triangulación de las diferentes pruebas a realizar, pues, [...] el individuo es un ser multidimensional [...]*».¹⁸
- La prueba de «*entrevista*» establecida en el Acuerdo 518 de 2014,¹⁹ no constituyó el único instrumento de selección dentro de la Convocatoria No. 318 de 2014, ya que es una de las 6 pruebas que se desarrollaron en el marco del referido concurso público de méritos efectuado por la CNSC para proveer los empleos de la ANM; y en ese sentido, los

¹¹ En este apartado, la Sala presenta un resumen de los argumentos expuestos por las entidades públicas y los intervinientes que concurrieron al proceso a defender la legalidad de las normas demandadas.

¹² Las demandas fueron contestadas por la CNSC, a través de memoriales visibles a fls. 88 a 90 del cdno. ppal. del exp. 4603-2015 y fls. 72 a 75 del cdno. ppal. del exp. 4021-2015. Los alegatos de conclusión de la CNSC militan a fls. 262 a 264 del cdno. ppal. del exp. 4603-2015.

¹³ A fls. 108 a 115 del cdno. ppal. del exp. 4603-2015 obra la contestación de la ANM a las demandas. A fls. 256 a 559 del cdno. ppal. del exp. 4603-2015 obran los alegatos de conclusión de la ANM.

¹⁴ La contestación a la demanda, de parte de la Universidad de la Sabana se encuentra en el Anexo 1, y dicha entidad presentó sus alegatos de conclusión a través de memorial visible a folios 265 a 269 del cdno. ppal. del exp. 4603-2015.

¹⁵ Fls. 63 y 64 del cdno. ppal. del exp. 4603-2015.

¹⁶ Fls. 66 a 70 del cdno. ppal. del exp. 4603-2015 y fls. 49 a 53 del cdno. ppal. del exp. 4021-2015.

¹⁷ Fl. 56 del cdno. de medidas cautelares del exp. 4021-2015.

¹⁸ Éste argumento fue expuesto por la CNSC.

¹⁹ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Agencia Nacional de Minería, Convocatoria No. 318 - Agencia Nacional de Minería.

resultados que arrojó dicha prueba correspondieron apenas al 15% de la calificación total que obtuvo el aspirante, mientras el 85% restante equivalió a la ponderación del resto de las pruebas aplicadas, tales como, las de competencias básicas y funcionales y la de aptitud física.²⁰

- La prueba de «*entrevista*» establecida en el Acuerdo 518 de 2014,²¹ no fue el único instrumento de selección dentro de la Convocatoria No. 318 de 2014 con carácter, naturaleza o efecto eliminatorio, pues, las de competencias básicas y funcionales y la de aptitud física, también fueron contempladas como «*filtro eliminatorio*».²²
- Frente al carácter «*eliminatorio*» de la prueba de «*entrevista*», la CNSC alega que la parte demandante pretende dar alcance y aplicación a este caso, a la sentencia C-478 de 2005²³ de la Corte Constitucional, que estudió un proceso de selección de un «*sistema especial de carrera*» como lo es el de la PGN, mientras que el concurso abierto por la Convocatoria No. 318 de 2014, busca proveer cargos del «*Sistema General de Carrera Administrativa*» vigilado y administrado por la CNSC, los cuales, para el caso en concreto, están ubicados en la ANM.²⁴
- La CNSC y la ANM alegan que, contrario a lo afirmado por la parte demandante, la prueba de «*entrevista*» establecida por la CNSC en la Convocatoria No. 318 de 2014, se ciñe a las pautas fijadas por los precedentes constitucionales relacionados en la demanda, pues, se realizó con base en una rigurosa «*metodología científica y tecnológica*», que se concretó en el procedimiento de «*Análisis de Estrés de Voz*», que «*minimiza la presencia de prejuicios subjetivos en cabeza de los calificadores*».²⁵
- No existe en el ordenamiento jurídico norma alguna que establezca una limitación expresa respecto del carácter «*eliminatorio*» de la prueba de «*entrevista*, [...] lo que de suyo implica que dicho instrumento de selección puede tener estas características», es decir, atribuírsele efectos excluyentes para los concursantes que no la superen.²⁶
- En el marco de la Convocatoria No. 318 de 2014, la prueba de «*entrevista*» tuvo en cuenta los siguientes aspectos o componentes al momento de valorar a los candidatos:
 - (i) Su disposición para apropiar y aplicar los valores y principios que integran el código de ética de la ANM, principalmente, transparencia, servicio, honestidad, respeto, probidad, integridad, equidad, justicia, eficiencia y compromiso;

²⁰ Éste argumento fue expuesto por la CNSC

²¹ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Agencia Nacional de Minería, Convocatoria No. 318 - Agencia Nacional de Minería.

²² Éste argumento fue expuesto por la CNSC

²³ Con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra.

²⁴ Éste argumento fue expuesto por la CNSC.

²⁵ Éste argumento fue expuesto por la CNSC.

²⁶ Éste argumento fue expuesto por la CNSC y la ANM.

- (ii) La evaluación de los aspectos comportamentales generales de los concursantes, tales como, «*habilidades de interacción, porte, disposición y autoafirmación*»;
- (iii) Los resultados del procedimiento de «análisis de estrés de voz», que permite obtener información relacionada con las «motivaciones personales, principios, valores e intereses» de los concursantes;
- (iv) El estudio de las respuestas, argumentos y «*tendencias narrativas vinculadas con el desarrollo ético*», ofrecidos por los concursantes, frente a preguntas relacionadas con «*dilemas*» de la vida cotidiana y del desempeño propio de las funciones del empleo al cual se postularon; y
- (v) El análisis de los «*factores de riesgo*» de eventual incumplimiento de las funciones del empleo para el cual se postuló el concursante, factores de riesgo que son identificados por los entrevistadores, a partir de las respuestas dadas por los entrevistados.

Por lo tanto, en la Convocatoria No. 318 de 2014, el resultado del procedimiento de «*análisis de estrés de voz*», es apenas uno de los 5 componentes que integraron la prueba de la «*entrevista*».²⁷

- Para la práctica del procedimiento de «*Análisis de Estrés de Voz*» en el que se apoyó la prueba de «*entrevista*» en la Convocatoria No. 318 de 2014, se aplicó el «*método de análisis situacional*» o «*método del caso*», que es una «*técnica de carácter científico*», totalmente objetiva de evaluación de competencias, que tiene como fundamento la observación y registro de las conductas generadas por una persona, a través de la lectura de casos de tipo situacional similares a las circunstancias que posiblemente el aspirante pueda enfrentar en el desempeño de las funciones del empleo o rol a ocupar. De esta manera, los aspirantes se enfrentan al estudio de un caso extraído de la cotidianidad propia de las relaciones interpersonales, preferiblemente de índole laboral, buscando la resolución práctica de situaciones conflictivas que podrían presentarse en el ejercicio de las funciones del empleo para el cual se postularon, dependiendo del nivel jerárquico. Este método o instrumento de valoración, se caracteriza por el planteamiento de situaciones que representan problemas de solución múltiple, es decir, que no existen soluciones equivocadas, sino diferentes perspectivas de abordaje, por lo que no hay espacios de subjetividad.²⁸
- La prueba de «*Análisis de Estrés de Voz*», en la que a su vez se basó la prueba de «*entrevista*» en la Convocatoria No. 318 de 2014, es un instrumento de carácter científico usado ampliamente en diferentes campos, principalmente en el «*sector defensa y seguridad, y en materia de gerencia de recursos humanos*», con una tasa de exactitud de 98%, según diferentes investigaciones del Ejército de los Estados Unidos; por lo que constituye un instrumento de selección objetivo, idóneo y confiable, que resulta útil para «*conocer*», mediante «*contacto directo*», a

²⁷ Este argumento fue expuesto por la CNSC y la Universidad de la Sabana.

²⁸ Éste argumento fue expuesto por la CNSC

los aspirantes, y en consecuencia, no puede equipararse a una simple entrevista subjetiva.²⁹

- La prueba de «*Análisis de Estrés de Voz*», que sirvió de soporte a la prueba de «*entrevista*» en la Convocatoria No. 318 de 2014, se basa en un riguroso procedimiento académico y científico, que a través de medios tecnológicos, «*graba y mide las reacciones fisiológicas involuntarias en las tonalidades de la voz de los entrevistados*», todo lo cual se traduce en graficas que son elaboradas por un «*software*» o «*programa informático*», para posteriormente ser analizadas por personal idóneo que se denominan «*analistas*», quienes conceptúan sobre la «*confiabilidad*» del evaluado, por lo que es un instrumento de selección totalmente objetivo.³⁰
- La forma como se estableció la prueba de «*Análisis de Estrés de Voz*» en la que se sustentó la prueba de «*entrevista*» en las bases de la Convocatoria No. 318 de 2014, no atenta contra los principios de objetividad, imparcialidad y mérito, puesto que dicho instrumento de selección permite a la entidad conocer de manera directa y con todo el «*rigor científico y académico*», a los aspirantes, y así, poder apreciar sus «*características personales*», profesionales y de aptitud, por lo que resulta ser un instrumento constitucionalmente legítimo, más aún cuando su propósito es asegurar que las personas que van a ingresar a la Función Pública, sean honestas, y asegurar que en todas las situaciones actuarán en pro de conservar los recursos públicos.³¹
- La prueba de «*Análisis de Estrés de Voz*», establecida en la Convocatoria No. 318 de 2014 como soporte para la aplicación de la prueba de «*entrevista*», no atenta contra los principios de transparencia, igualdad y objetividad, en la medida que los términos y reglas de su aplicación fueron debidamente plasmados y publicitados tanto en el acuerdo de convocatoria como en la «*Guía de Orientación del Aspirante para la Presentación de la Entrevista*», documentos en los que de manera clara y precisa se estableció: **(i)** el fin de la prueba, **(ii)** la forma de realización, **(iii)** su peso dentro de los resultados del proceso de selección, **(iv)** la forma de controvertir los resultados, **(v)** el tipo de preguntas a realizársele a los concursantes, y **(vi)** que estas últimas no se referirían a aspectos personales del aspirante, sino a analizar sus reacciones ante una serie de preguntas relacionadas con el desempeño laboral. Así mismo, antes de aplicar la mencionada prueba técnica científica, se les permitió a los concursantes la posibilidad de abstenerse de realizarla.³²
- La evidencia de que el procedimiento de «*Análisis de Estrés de Voz*» en que se basó la «*entrevista*», no es subjetivo ni caprichoso, sino que es

²⁹ Éste argumento fue expuesto por la CNSC y por las señoras Karina Margarita Ortega Miller y Alexandra Villa Salazar y el señor Juan Pablo Mafla Montenegro, coadyuvantes de la parte demandada.

³⁰ Éste argumento fue expuesto por la CNSC

³¹ Éste argumento fue expuesto por la CNSC y por las señoras Karina Margarita Ortega Miller y Alexandra Villa Salazar y el señor Juan Pablo Mafla Montenegro, coadyuvantes de la parte demandada.

³² Éste argumento fue expuesto por la CNSC y por las señoras Karina Margarita Ortega Miller y Alexandra Villa Salazar y el señor Juan Pablo Mafla Montenegro, coadyuvantes de la parte demandada.

totalmente objetivo, lo constituye el hecho de que fue aprobado por el 94% de los aspirantes que a él se sometieron, ya que fueron citadas 419 personas, de los cuales finalmente asistieron 397, y superaron la prueba 372.³³

- Para la realización de las pruebas establecidas en la Convocatoria No. 318 de 2014, la CNSC contrató a la Universidad de la Sabana, que es una institución universitaria de carácter privado, legalmente reconocida y avalada por el Ministerio de Educación Nacional; por lo que, el hecho de que el referido ente universitario, para el desarrollo y aplicación de las pruebas, a su vez se hubiere apoyado o subcontratado otras instituciones públicas y privadas como la Universidad Pedagógica y la empresa «*Security Consulting of America*», no significa que estas últimas hubiesen sido las encargadas de realizarlas, pues, la Universidad de la Sabana siempre tuvo el rol de coordinador y «*gestor*» del proceso de selección, especialmente, del diseño, desarrollo y realización de las pruebas.³⁴
- La prueba de «*aptitud física*» establecida en la Convocatoria No. 318 de 2014, «*no consistía en un examen médico como lo da a entender la parte demandante*», sino en identificar en los aspirantes las «*condiciones físicas requeridas*» para desempeñar algunos de los empleos ofertados. En ese sentido, la prueba de «*aptitud física*» comprendió «*pruebas de impedencia bioeléctrica, test de abdominales, test de salto largo, evaluación de la resistencia muscular, evaluación de velocidad, test de bastón, evaluación de flexibilidad, test de Wells y Dilon o Sit and Reach*», las cuales tienen que ser efectuadas en un departamento de Educación Física y no en una ARL. Para la realización de estos exámenes físicos, la Universidad de la Sabana contrató a la Universidad Pedagógica, la cual, con sus propios docentes y a través de su área de Educación Física, bajo la coordinación de la Universidad de la Sabana, colaboró en el diseño y realización de la referida prueba, en los escenarios deportivos adecuados para ello y con la participación de profesionales expertos en la materia.³⁵
- Desde el año 2016, la Convocatoria No. 318 de 2014 se encuentra finalizada, puesto que para los meses de marzo a junio de esa anualidad, se expidieron 146 listas de elegibles para proveer 252 vacantes de las 300 inicialmente ofertadas, listas que adquirieron firmeza, generando el derecho particular y concreto para quienes integran tales registros, de ser designados en periodo de prueba y posteriormente en propiedad.³⁶

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

³³ Éste argumento fue expuesto por la CNSC y por las señoras Karina Margarita Ortega Miller y Alexandra Villa Salazar y el señor Juan Pablo Mafla Montenegro, coadyuvantes de la parte demandada.

³⁴ Éste argumento fue expuesto por la CNSC, la ANM y la Universidad de la Sabana.

³⁵ Éste argumento fue expuesto por la Universidad de la Sabana.

³⁶ Éste argumento fue expuesto por la CNSC.

17. El Ministerio Público, a través de su «*Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado*»,³⁷ solicitó³⁸ a esta Corporación acceder a las pretensiones de las demandas acumuladas, pero únicamente en lo que tiene que ver con la prueba de «*entrevista*», argumentando para el efecto lo siguiente:

- (i) Que la mencionada prueba no puede tener carácter «*eliminatorio*» como lo hizo la Convocatoria No. 318 de 2014, porque su naturaleza y características es eminentemente «*subjetivo*»; y
- (ii) Que el procedimiento de «*Análisis de Estrés de Voz*» en que se basó la «*entrevista*» practicada a los concursantes, es una «*prueba de confianza*» o de «*aptitud*», que en su concepción y principios de funcionamiento, es similar a la del «*polígrafo*», la cual, no ha sido avalada ni por la legislación ni por la jurisprudencia de las altas cortes, ni como medio de prueba concluyente en los procesos judiciales, ni como mecanismo de selección para el ingreso y retiro de los servidores públicos, en atención a que por su naturaleza y características, es vulneratoria de derechos fundamentales como el de la buena fe, la presunción de inocencia y la intimidad.

18. Por otra parte, en lo que tiene que ver con las pretensiones de las demandas acumuladas, encaminadas a cuestionar la legalidad de la Convocatoria No. 318 de 2014 porque el procedimiento de «*Análisis de Estrés de Voz*» supuestamente no fue desarrollado por una institución universitaria, el Ministerio Público consideró que este reparo no está llamado a prosperar, porque la referida prueba fue realizada bajo la coordinación y dirección de la Universidad de la Sabana, ente universitario que para tales efectos, se apoyó en una empresa privada denominada «*Security Consulting of Americas*», la cual fue subcontratada para prestar únicamente soporte técnico en lo que tiene que ver con los componentes tecnológicos de dicha prueba.

19. Para el Ministerio Público tampoco tienen vocación de prosperidad los reparos de las demandas acumuladas según los cuales, la Convocatoria No. 318 de 2014 es ilegal porque los funcionarios de la ANM que definieron los «*ejes temáticos*» de la prueba de conocimientos, luego participaron en el concurso; puesto que, del estudio de las pruebas que obran en el expediente se evidencia, que de los servidores públicos de la ANM que participaron en las mesas de trabajo que sirvieron de base para consolidar los «*ejes temáticos*», sólo una funcionaria se inscribió y participó en el concurso, pero fue excluida en la etapa de «*inscripciones*», porque no reunía los requisitos para ocupar el empleo para el cual se postuló.

20. Por último, la PGN desestimó los argumentos de la parte demandante relacionados con la supuesta ilegalidad de la prueba de «*aptitud física*» o irregularidades en su aplicación porque no fueron realizadas por expertos en «*salud ocupacional*» y «*Medicina Laboral*»; ya que, de acuerdo con el

³⁷ Doctora Diana Marina Vélez Velázquez.

³⁸ A través de concepto de No. 125 de 10 de octubre de 2018, visible a fls. 270 a 283 del cdno. ppal. del exp. 4603-2015.

Ministerio Público, tales pruebas fueron desarrolladas por la Universidad de la Sabana, a través de docentes expertos adscritos al Laboratorio de Fisiología del Ejercicio de la Universidad Pedagógica, y su realización se efectuó en «escenarios deportivos» con todas las condiciones para ello, tales como cancha de atletismo y espacios con pisos en césped o de cerámica, entre otros.

V. CONSIDERACIONES

21. Los argumentos expuestos por la parte demandante, los motivos de oposición aducidos por los intervinientes en defensa de la legalidad de la convocatoria acusada, así como los razonamientos del Ministerio Público, muestran a esta Corporación que los problemas jurídicos a resolverse en este proceso de Nulidad, son los siguientes:

- (i) Definir si la CNSC desconoció sí o no, los principios de objetividad, imparcialidad y mérito, al establecer en la Convocatoria No. 318 de 2014, que la prueba de «*entrevista*» tendría carácter «*eliminador*»;
- (ii) Determinar, si la realización de la prueba de «*análisis de estrés de voz*», como instrumento de selección de personal en los concursos públicos de méritos para ingresar a la Función Pública, es constitucionalmente admisible desde la perspectiva de los derechos humanos fundamentales y del principio del mérito;
- (iii) Establecer, si la realización de la prueba de «*análisis de estrés de voz*» que sirvió de base para la aplicación de la «*entrevista*», por una empresa de seguridad privada subcontratada por la Universidad de la Sabana, desconoce el artículo 30 de la Ley 909 de 2004,³⁹ el cual dispone que los concursos serán adelantados por la CNSC, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con Universidades o Instituciones de Educación Superior acreditadas para tal fin, de carácter público o privado;
- (iv) Precisar, si es cierto o no, que los funcionarios de la ANM que elaboraron los «*ejes temáticos*» que sirvieron de base para el diseño y realización de las pruebas aplicadas a los concursantes en la Convocatoria No. 318 de 2014 de la CNSC, posteriormente se inscribieron y participaron en dicho proceso de selección, y si dicha circunstancia constituye sí o no, una vulneración de los principios de igualdad, imparcialidad y objetividad que rigen el desarrollo de los concursos de méritos para acceder a cargos públicos de carrera administrativa; y
- (v) Definir, si la realización de la prueba de «*aptitud física*» por expertos y en escenarios de la Universidad Pedagógica Nacional, subcontratados por la Universidad de la Sabana, se hizo de manera irregular, atendiendo a que en criterio de la parte demandante, las instalaciones y los equipos de

³⁹ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

la referida Universidad Pedagógica Nacional, no son adecuados para ello, y los profesionales designados para su ejecución no eran expertos en «*Medicina Laboral*» o «*salud ocupacional*».

5.1. SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

22. Como viene dicho, la primera cuestión que ocupará la atención de la Sala tiene que ver con establecer, si la CNSC desconoció los principios constitucionales de objetividad, imparcialidad y mérito, al disponer en el marco de la Convocatoria No. 318 de 2014, que la prueba de «*entrevista*», tendría carácter «*eliminatorio*», y en consecuencia, que quien no la superara quedaría excluido del concurso público de méritos para ingresar a la ANM.

23. Para resolver el primer problema jurídico planteado, la Sala examinará los siguientes aspectos:

- (i) El mérito y la carrera administrativa como principios fundamentales del Estado;
- (ii) Obligación de proveer los empleos públicos de carrera administrativa a través del mecanismo del concurso público de méritos;
- (iii) Naturaleza de los concursos públicos de méritos para el ingreso a los empleos públicos de carrera administrativa;
- (iv) Etapas o fases de los concursos públicos de méritos;
- (v) La normativa que regula lo relacionado con la realización de la prueba de «*entrevista*» en los concursos públicos de méritos para acceder a cargos públicos de carrera administrativa; y
- (vi) Los antecedentes jurisprudenciales relacionados con la prueba de «*entrevista*» en los concursos públicos de méritos para el ingreso a la Función Pública.

24. Una vez recorrida la ruta metodológica expuesta, la Sala formulará varias conclusiones jurisprudenciales en lo que tiene que ver con la aplicación de la prueba de «*entrevista*» en los concursos públicos de méritos para acceder a cargos públicos de carrera administrativa, para finalmente proceder al análisis del acto administrativo demandado.

5.1.1. EL PRINCIPIO DEL MÉRITO Y LA CARRERA ADMINISTRATIVA

25. El artículo 125 de la Constitución establece, que por regla general, «los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera», con excepción de «*los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley*». A renglón seguido, la norma constitucional señala, que «*el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley, para determinar los méritos y calidades de los aspirantes*». (Subraya la Sala).

26. De esta forma, para el constituyente de 1991 la carrera administrativa,⁴⁰ como «*sistema técnico de administración del personal al servicio del Estado*»⁴¹ basado única y exclusivamente en el principio del «*mérito*», es el «*el pilar fundamental de la estructura organizacional del Estado*»,⁴² y a su vez, el instrumento o mecanismo «*preeminente*»⁴³ o por excelencia,⁴⁴ por medio del cual se ingresa a los empleos públicos en los órganos y entidades del Estado, con excepción de las salvedades constitucionales y legales.

27. Así pues, la «*carrera administrativa*» es un mecanismo o instrumento objetivo, eficaz, racional, eficiente y en modernización constante, para el acceso a los cargos públicos, en virtud del cual, las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro, responden al principio del «*mérito*», es decir, a la comprobación de las cualidades, talentos y capacidades de quienes pretendan ser servidores públicos, conforme a criterios objetivos previamente reglados, y no a razones puramente subjetivas, discrecionales, irracionales o arbitrarias para descalificar al funcionario, tales como, la filiación política, su lugar de origen, el género, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, la opinión filosófica o su estilo de vida.⁴⁵ Ello, con miras a garantizar la excelencia y el funcionamiento óptimo en la administración pública, para el logro de los fines esenciales y objetivos del Estado Constitucional de Derecho, como el servicio a la comunidad, la

⁴⁰ La Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2009, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se pronunció acerca de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, «*Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política*». La Corte constitucional sostuvo, que «*la carrera administrativa es un principio del ordenamiento jurídico superior, que además se constituye en cimiento principal de la estructura del Estado, y en el instrumento eficaz para la realización de otros principios de la misma categoría. [...]*». *Es tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional, bajo el entendimiento de que los principios «suponen una delimitación política y axiológica», por cuya virtud se restringe «el espacio de interpretación», son «de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional» y tienen un alcance normativo que no consiste «en la enunciación de ideales», puesto que «su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser». Dada la categoría de principio constitucional que le corresponde, en la providencia citada la Corte concluyó que «en el estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional».*

⁴¹ Aunque la carrera administrativa fue creada en Colombia por la Ley 165 de 1938, fue el Decreto Gubernamental 1732 de 1960, el que por primera vez la definió como «*sistema técnico de administración del personal al servicio del Estado*», definición que fue retomada por el Decreto 1950 de 1973, y por las leyes 27 de 1992, 443 de 1998 y 909 de 2004, que es la norma vigente en materia de carrera administrativa.

⁴² Sentencia C-1230 del 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴³ Sentencia de la Corte Constitucional C-431 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁴⁴ En la sentencia C-356 de 1994, la Corte Constitucional señaló, respecto de la Carrera Administrativa, que los siguientes: «*La verdad es que se constituye en el instrumento más adecuado, ideado por la ciencia de la administración, para el manejo del esencialísimo elemento humano en la función pública, asegurando su acceso en condiciones de igualdad (art. 13 de la C.N.), promoviendo una lógica de méritos de calificación, de honestidad y eficiencia en la prestación del trabajo humano, alejando interesadas influencias políticas e inmorales relaciones de clientela, conceptos estos de eficiencia que comprometen la existencia misma del Estado.*».

⁴⁵ Sentencias C-211 del 21 de marzo de 2007, MP. Álvaro Tafur Galvis y C-588 del 27 de agosto de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

satisfacción del interés general y la efectividad de los principios, valores, derechos y deberes consagrados en la Constitución.⁴⁶

28. Esto significa entonces, que el principio del «*mérito*» constituye el criterio o factor definitorio e imperante,⁴⁷ el presupuesto ineludible,⁴⁸ la condición esencial y estándar principal, para el acceso, permanencia, ascenso y retiro del empleo público.

5.1.2. OBLIGACIÓN DE PROVEER LOS EMPLEOS DE CARRERA A TRAVÉS DE CONCURSO

29. El artículo 125 Superior también señala, que «*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*». (Subraya la Sala).

30. De acuerdo con lo anterior, es claro, que para el Constituyente de 1991, el principio del «*mérito*» que gobierna la carrera administrativa, y por ende, el ingreso a los empleos públicos de carrera, se materializa de manera preferente, a través del método del concurso público, es decir, a través de un proceso de selección para determinar, a partir de criterios objetivos previamente reglados, quienes cuentan con las mejores calidades para acceder a los cargos públicos de carrera.

31. Por lo tanto, la regla de provisión de empleos de carrera mediante concurso público de méritos consagrada en el artículo 125 Constitucional, es imperativa para todas las entidades estatales y solo la Constitución y la ley pueden establecer excepciones a ella. Razón por la que la aplicación de esta regla general no puede ser facultativa o discrecional sino obligatoria para todas las entidades estatales y, por lo mismo, resultan contrarias a la Constitución las prácticas o interpretaciones que permitan eludir su aplicación o faciliten su aplazamiento indefinido.⁴⁹

32. Es por ello, que la Corte Constitucional en varias ocasiones ha exhortado a diferentes órganos y entidades para que cumplan con el deber de adelantar los respectivos concursos públicos de méritos para proveer en propiedad los cargos de carrera administrativa. Así por ejemplo, en las sentencias SU-250 de 1998⁵⁰ y C-741 de 1998,⁵¹ la Corte, al constatar que en ese momento, la mayoría de los notarios del país se encontraban en provisionalidad o en interinidad, declaró que ello constituía un grave estado de cosas inconstitucional, y fue enfática en señalarle al Gobierno Nacional la obligación de adelantar el respectivo concurso de méritos para proveer en propiedad todos los cargos de notarios del país. Igual ocurrió en la

⁴⁶ Ver Sentencias C-479 de 1992, Ms.Ps. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-1079 de 2002 y C-1230 del 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-315 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño

⁴⁹ Concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado No. **11001-03-06-000-2016-00128-00 de 19 de agosto de 2016.**

⁵⁰ Con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero,

⁵¹ Con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero.

sentencia T-682 de 2016,⁵² en la que la Corte Constitucional exhortó al Consejo Superior de la Judicatura a dar cumplimiento al artículo 164⁵³ de la Ley 270 de 1996,⁵⁴ que establece la obligación de realizar concursos públicos de méritos cada dos años para proveer en propiedad los cargos de la carrera judicial. Y en la sentencia T-147 de 2013,⁵⁵ donde la Corte ordenó a la PGN «*que, en el término máximo de 6 meses [...], inicia[se] los trámites para convocar el concurso o concursos públicos necesarios para proveer todos los cargos de carrera [...] ejercidos en provisionalidad*».

5.1.3. NATURALEZA DE LOS CONCURSOS PÚBLICOS DE MÉRITOS PARA EL INGRESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

33. Si como viene dicho, el concurso público es el instrumento que el mismo Constituyente de 1991 señaló como mecanismo o método preferente para establecer el mérito y calidades de quienes aspiren a acceder a un empleo público de carrera, y así evitar que criterios diferentes a las capacidades, preparación y aptitudes personales, sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en la carrera administrativa; se entiende entonces, que el concurso público de méritos es, en esencia, un procedimiento o actuación administrativa reglada, de naturaleza compleja o compuesta,⁵⁶ es decir, que se desarrolla y comprende varias fases o etapas, como más adelante se explicará, y además, objetivo, imparcial, mediante el cual se busca reclutar a los que mejor puedan desempeñar la función pública.⁵⁷

34. En ese sentido, las notas características de los concursos públicos de mérito para ocupar un empleo público de carrera son una manifestación de los principios que gobiernan la «*función administrativa*», y que se encuentra contemplados en el artículo 209 de la Constitución, entre otros, los de objetividad, imparcialidad, transparencia y publicidad, y por supuesto, su realización debe respetar los derechos de igualdad y debido proceso, así como los principios de buena fe y confianza legítima.⁵⁸

5.1.4. FASES O ETAPAS DE LOS CONCURSOS PÚBLICOS DE MÉRITOS PARA EL INGRESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

35. Si lo que inspira el sistema de carrera administrativa es el principio del mérito, y si dicho postulado se materializa a través de la realización de un concurso público, las diversas etapas que dicho procedimiento debe agotar revisten una importante significancia, pues, todas sus fases deben ser diseñadas y desarrolladas en función del referido postulado del mérito y de los demás principios que, según el artículo 209 de la Constitución,

⁵² Con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵³ «... Cada dos años se efectuará de manera ordinaria por la Sala Administrativa de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, y extraordinariamente cada vez que, según las circunstancias, el Registro de Elegibles resulte insuficiente...».

⁵⁴ Estatutaria de la Administración de Justicia.

⁵⁵ Con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵⁶ Sentencia T-256 de 1995. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

⁵⁷ T-090 de 2013, Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁸ Ver Sentencias SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez y Sentencia T-502 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza, entre otras.

gobiernan la «*función administrativa*», tales como, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

36. La Constitución no señala las etapas o fases que deben comprender los concursos públicos de méritos para el ingreso a la carrera administrativa, por lo que se entiende que el constituyente delegó esa tarea en el legislador, órgano que en vigencia de la Constitución de 1991, ejerciendo la llamada «*cláusula general de competencia*» o, su «*libertad de configuración legislativa*», reguló la materia, primero en la Ley 443 de 1998,⁵⁹ la cual fue derogada por la Ley 909 de 2004,⁶⁰ que es la normativa actualmente vigente sobre «*empleo público, carrera administrativa y gerencia pública*».

37. La Ley 443 de 1998⁶¹ regulaba, en sus artículos 17 a 23, lo relacionado con las etapas del concurso público de méritos de la siguiente manera:

«Artículo 17.- Etapas. *El proceso de selección o concurso comprende la convocatoria, el reclutamiento, la aplicación de pruebas o instrumentos de selección, la conformación de la lista de elegibles y el período de prueba.*

Artículo 18.- Convocatoria. *La convocatoria es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración como a los participantes. No podrán cambiarse sus bases una vez iniciada la suscripción de aspirantes, salvo por violación de carácter legal o reglamentaria, y en aspectos como sitio y fecha de recepción de inscripciones, fecha, hora y lugar en que se llevará a cabo la aplicación de las pruebas, casos en los cuales debe darse aviso oportuno a los interesados.*

[...]

Artículo 20.- Reclutamiento. *Esta fase tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño del empleo objeto del concurso.*

Artículo 21.- Pruebas. *Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y potencialidad del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades de un cargo. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad con parámetros previamente determinados.*

El reglamento determinará el mínimo de pruebas que, además de la valoración de los antecedentes, deberá aplicarse en el desarrollo de los concursos.

En las solicitudes de aspirantes a concursos no se podrán exigir datos sobre raza, estatura, sexo, o religión.

La entrevista en el proceso de selección para cargos de carrera podrá tener un valor máximo del 15% dentro de la calificación definitiva y el jurado calificador será plural.

Parágrafo.- *En los concursos, tanto abiertos como de ascenso, podrán incluirse como instrumentos de selección, cursos relacionados con el*

⁵⁹ Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.

⁶⁰ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁶¹ Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.

desempeño de las funciones de los empleos a proveer. La Comisión Nacional del Servicio Civil expedirá el reglamento respectivo.

Artículo 22.- Lista de elegibles. Con base en los resultados del concurso, se conformará una lista de elegibles cuya vigencia será de 2 años, la cual incluirá los aspirantes que hayan aprobado el mismo, en estricto orden de mérito. La provisión de los empleos objeto de convocatoria, será efectuada a partir de quien ocupe el primer puesto de la lista y en estricto orden descendente.

Una vez provistos los empleos objeto del concurso, las entidades deberán utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo, en otros iguales, similares o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel. En este último caso, la no aceptación del nombramiento no constituye causal par la exclusión de la lista de elegibles.

[...].

Artículo 23.- Período de prueba e inscripción en la carrera administrativa. La persona seleccionada por concurso abierto será nombrada en período de prueba, por un término de 4 meses, al cabo del cual le será evaluado su desempeño laboral. Aprobado el período de prueba, por obtener calificación satisfactoria en el desempeño de sus funciones, el empleado adquiere los derechos de carrera y deberá ser inscrito en el Registro Público de la Carrera Administrativa.

Cuando el empleado de carrera, sea seleccionado para un nuevo empleo por concurso, sin que implique cambio de nivel, le será actualizada su inscripción en el Registro Público. Cuando el ascenso ocasione cambio de nivel jerárquico, el nombramiento se hará en período de prueba, en este evento, si el empleado no obtiene calificación satisfactoria en la evaluación de su desempeño, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso, y conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento.».

38. Por su parte, la Ley 909 de 2004⁶² que derogó la Ley 443 de 1998,⁶³ en sus artículos 31 a 33, regula lo relacionado con las etapas del concurso público de méritos así:

«Artículo 31. Etapas del proceso de selección o concurso. El proceso de selección comprende:

1. Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, es 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.

2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.

3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una

⁶² Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁶³ Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.

clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación.

4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de 2 años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.

[...].

5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de 6 meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

Aprobado dicho período al obtener evaluación satisfactoria el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.

El empleado inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa que supere un concurso será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.

Parágrafo. En el reglamento se establecerán los parámetros generales para la determinación y aplicación de los instrumentos de selección a utilizarse en los concursos.». (Subraya la Sala).

39. De acuerdo con las normas transcritas, los concursos públicos de méritos para el ingreso a los empleos públicos de carrera administrativa, comprenden una serie de etapas o fases, que de manera general son las siguientes: (i) la convocatoria, (ii) el reclutamiento, (iii) la aplicación de pruebas o instrumentos de selección, (iv) la conformación de la lista de elegibles y (v) el periodo de prueba. A continuación, la Sala hará una breve referencia a cada una de ellas:

(i) La Convocatoria, es el primer paso del procedimiento de selección y consiste en un llamado que hace la Administración a quienes reúnan determinadas calidades o condiciones para incorporarse a un empleo público de carrera administrativa. En ella se consagran las bases o reglas del concurso, las cuales dependen, entre otras, del tipo de concurso, de las necesidades del servicio, y de la naturaleza de los cargos por proveer. En términos generales, las convocatorias deben contener: (a) el tiempo límite de inscripciones, (b) los documentos que debe presentar el candidato para su inscripción, (c) el lugar en donde se reciben éstas, (d) la identificación de

los cargos ofertados al público, (e) las funciones asignadas a dichos empleos, (f) la remuneración de los mismos, (g) los requisitos de estudios y experiencia para el desempeño de los empleos ofertados, así como la forma como se compensan esas exigencias, (g) la clase de exámenes, pruebas o instrumentos de selección que se van a realizar a los concursantes, con la indicación del sitio, fecha y hora en que se llevarán a cabo tales pruebas, (h) la fecha en que se publicarán los resultados, y los recursos que proceden contra los mismos, (i) en fin, todos aquellos factores que habrá de evaluarse dentro del concurso. La convocatoria es norma reguladora de todo concurso público de méritos y obliga tanto a la administración como a los participantes, es decir, es ley para las partes. Así, la convocación garantiza a los aspirantes, en el evento de que cumplan las exigencias estatuidas, igualdad de oportunidades para acceder a ocupar cargos públicos, y el derecho a concursar en igualdad de condiciones.

(ii) El reclutamiento, tiene como finalidad determinar quiénes de las personas que se inscribieron para participar en el concurso, reúnen los requisitos y condiciones exigidas por la administración, para lo cual se debe elaborar una lista en la que aparezcan los candidatos admitidos y los rechazados, teniendo en cuenta que en este último caso, solamente se permite excluir a quienes no cumplan con las exigencias señaladas en la convocatoria, las que deberán indicarse a cada uno de los afectados en forma escrita y precisa. Adviértase que en esta etapa del concurso se hace un análisis meramente objetivo, (edad, nacionalidad, estudios, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, etc.) para determinar la aptitud legal de los aspirantes, lo cual se realiza antes de las pruebas o exámenes de conocimientos.

(iii) La aplicación de pruebas o instrumentos de selección, tiene como fin esencial apreciar la capacidad, idoneidad y potencialidades del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades del cargo. Con la realización de las pruebas se busca la evaluación del candidato no sólo en el aspecto intelectual por medio de exámenes de conocimientos generales y profesionales específicos de acuerdo con el cargo, sino también sus condiciones de preparación, competencia, capacidad o aptitud física, comportamiento social, idoneidad moral, presentación personal, capacidad para relacionarse con las personas, antecedentes personales y familiares, etc., para lo cual se practicarán pruebas psicológicas, entrevistas y todos aquellos otros mecanismos que se consideren aptos para ese fin.

(iv) La conformación de la lista de elegibles es el resultado de la valoración de cada una de las pruebas aplicadas y su vigencia será de 2 años. Así, se procede a la elaboración de la misma, de acuerdo con el puntaje obtenido por cada participante, con la finalidad de cubrir las vacantes con los candidatos que aprobaron en riguroso orden de mérito.

(v) El periodo de prueba busca evaluar el desempeño del elegible en el cargo para el cuál concursó. De este modo, la persona será nombrada en período de prueba, por el término de 6 meses, al final de los cuáles se

evaluará su desempeño, y en caso de aprobar dicho período puede suceder que: **(a)** adquirirá los derechos de carrera, a través de la inscripción en Registro Público de la Carrera Administrativa; o **(b)** si ya se encontraba inscrito en el Registro Público de la Carrera Administrativa, se le actualizará el mismo. En caso de no obtener una calificación satisfactoria del período de prueba, su nombramiento en el cargo será declarado insubsistente. Cuando el empleado nombrado en período de prueba viniera ocupando un empleo público, volverá a éste y conservará su inscripción en el registro.

40. En este orden de ideas, se tiene que la Corte Constitucional ha señalado, que si bien con el concurso de méritos se busca la objetividad en la selección de los ciudadanos para ser nombrados en cargos públicos, para que éstos puedan acceder a la función pública en igualdad de condiciones, también se deben analizar y evaluar todos los factores que exhiba un candidato para ocupar un cargo de la administración pública, por lo que, en virtud de ello, deben ser tenidos en cuenta factores en los que no es posible la objetividad *«pues, aparece un elemento subjetivo que, en ciertas ocasiones podría determinar la selección, como sería, por ejemplo, el análisis de las condiciones morales del aspirante, su capacidad para relacionarse con el público, su comportamiento social, etc.»*.⁶⁴

41. Sin embargo, así exista un elemento subjetivo en la evaluación, la finalidad del concurso es *«desterrar la arbitrariedad»*,⁶⁵ lo cual se concreta en el concurso de méritos, a través de la estricta aplicación de las pautas establecidas para el desarrollo de cada etapa, culminando en el nombramiento de quien obtenga la mayor puntuación.

5.1.5. LA PRUEBA DE LA «ENTREVISTA» EN EL SISTEMA GENERAL DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA (LEY 909 DE 2004)⁶⁶

42. En el ordenamiento jurídico colombiano, las normas sobre *«empleo público, carrera administrativa y gerencia pública»*, se encuentran contenidas en la Ley 909 de 2004,⁶⁷ la cual se refiere a la *«práctica de una entrevista»*, únicamente cuando regula el *«procedimiento de ingreso a los empleos de naturaleza gerencial»*.

Sobre el particular, el artículo 49 de la Ley 909 de 2004⁶⁸ señala:

«Artículo 49. Procedimiento de ingreso a los empleos de naturaleza gerencial.

1. Sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad que caracteriza a estos empleos, la competencia profesional es el criterio que prevalecerá en el nombramiento de los gerentes públicos.

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencias C-040 del 9 de febrero de 1995, MP. Carlos Gaviria Díaz, y C-588 del 27 de agosto de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-040 del 9 de febrero de 1995, MP. Carlos Gaviria Díaz, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

⁶⁶ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁶⁷ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁶⁸ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

2. Para la designación del empleado se tendrán en cuenta los criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo, y se podrá utilizar la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia.

3. La evaluación del candidato o de los candidatos propuestos por el nominador, podrá ser realizada por un órgano técnico de la entidad, conformado por directivos y consultores externos, o, en su caso, podrá ser encomendado a una universidad pública o privada, o a una empresa consultora externa especializada en selección de directivos.

4. El Departamento Administrativo de la Función Pública apoyará técnicamente a las diferentes entidades públicas en el desarrollo de estos procesos.

5. El Departamento Administrativo de la Función Pública, formulará políticas específicas para la capacitación de directivos, con la finalidad de formar candidatos potenciales a gerentes de las entidades públicas.

Parágrafo. En todo caso, la decisión sobre el nombramiento del empleado corresponderá a la autoridad nominadora.». (Lo subrayado no está en el texto original).

43. La Ley 909 de 2004⁶⁹ no vuelve a mencionar en ninguno de sus apartados a la «*entrevista*» como instrumento de selección de personal, o como prueba a superar para acceder a un cargo público, ya sea de carrera administrativa o de libre nombramiento o remoción.

44. Se resalta, que el artículo 31 de la Ley 909 de 2004⁷⁰ al referirse, de manera general, a las «*etapas del proceso de selección o concurso*» para el acceso a los cargos de carrera administrativa, estableció que son las siguientes: **(i)** la convocatoria, **(ii)** el reclutamiento, **(iii)** la fase de realización de las pruebas o instrumentos de selección, **(iv)** la etapa de elaboración y publicación de las listas de elegibles, y **(v)** el periodo de prueba.

45. Respecto de la etapa de realización de las pruebas, la norma en mención expresa:

«3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación.».

⁶⁹ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁷⁰ Ib.

46. Como puede apreciarse, la Ley 909 de 2004⁷¹ al referirse a las pruebas o instrumentos de selección a utilizarse en los concursos públicos para determinar el mérito de quienes se postulan para cargos de carrera administrativa, no se refirió a ningún mecanismo en particular, sino que se limitó a precisar, entre otras, su propósito, señalando que su finalidad es el de apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

47. Ahora bien, revisados los antecedentes legislativos de la Ley 909 de 2004,⁷² se encuentra que en los proyectos y ponencias discutidos y aprobados en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República, no se hizo mención a la prueba de «*entrevista*». En efecto, luego de hacer un examen exhaustivo de las gacetas⁷³ del Congreso en donde constan como antecedentes todas las ponencias y debates que se adelantaron, así como el trámite de conciliación de los textos definitivos entre ambas cámaras legislativas, no se halló registro alguno referido a la mencionada prueba.

48. Para la Sala, ello no quiere decir que la intención del legislador hubiese sido la de establecer que la prueba «*entrevista*» aplica únicamente cuando se trata del ingreso de «*empleos de naturaleza gerencial*», y en consecuencia, prohibir dicho instrumento de selección en los concursos de méritos para proveer empleos de carrera administrativa, pues, un análisis sistemático o de contexto⁷⁴ de la Ley 909 de 2004,⁷⁵ muestra que dicha norma tampoco se refirió a las demás pruebas o instrumentos de selección, tales como, competencias básicas, funcionales, comportamentales, etc.

49. Entiende la Sala entonces, que el legislador lo que quiso fue facultar de manera amplia a la CNSC para establecer, en cada uno de los procesos de selección, el tipo de pruebas a realizar para determinar el mérito de los participantes, dependiendo, entre otras, de la naturaleza y funciones de la entidad que solicite la provisión de los cargos de carrera administrativa de su planta de personal a través del concurso, y de las necesidades del servicio existentes para el momento de la realización de la Convocatoria,

⁷¹ Ib.

⁷² Ib.

⁷³ Gacetas número 173 de 2003, 267 de 2003, 427 de 2003, 629 de 2003, 134 de 2003, 121 de 2003, 232 de 2004, 263 de 2004, 289 de 2004, 290 de 2004, 318 de 2004, 317 de 2004, 319 de 2004, 355 de 2004, 361 de 2004, 362 de 2004, 396 de 2004, 430 de 2004, 476 de 2004, 539 de 2004, 586 de 2004, 587 de 2004, 599 de 2004 y 600 de 2004.

⁷⁴ El cual considera a la norma como parte de un todo cuyo significado y alcance debe entonces fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece, es decir, que supone una lectura de la norma que se quiere interpretar, en conjunto con las demás que conforman el ordenamiento en el cual aquella está inserta. Es del caso precisar, que el Código Civil, adoptado como legislación permanente por virtud de la Ley 57 de 1887, se refiere a éste método en su artículo 30 así: «**Artículo 30. Interpretación por contexto.** El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto».

⁷⁵ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

pero siempre en condiciones de igualdad, objetividad, publicidad e imparcialidad.

50. Sin embargo, al reglamentar la Ley 909 de 2004,⁷⁶ mediante el Decreto Reglamentario 1227 de 2005,⁷⁷ el Gobierno Nacional señaló una serie de pautas con el propósito de establecer parámetros en relación con la realización de la prueba de «*entrevista*», de los cuales se ocupa la Sala a continuación.

5.1.5.2 DECRETO REGLAMENTARIO 1227 DE 2005⁷⁸

51. El Gobierno Nacional, en el artículo 24 del Decreto Reglamentario 1227 de 2005,⁷⁹ en lo que tiene que ver con la prueba de entrevista, estableció lo siguiente:

«Artículo 24. Cuando en un concurso se programe entrevista, esta no podrá tener un valor superior al 15% dentro de la calificación definitiva y el jurado calificador será integrado por un mínimo de 3 personas, cuyos nombres deberán darse a conocer con mínimo 3 días de antelación a su realización.

La entrevista deberá grabarse en medio magnetofónico, grabación que se conservará en el archivo del concurso por un término no inferior a 6 meses, contados a partir de la fecha de expedición de la lista de elegibles. El jurado deberá dejar constancia escrita de las razones por las cuales descalifican o aprueban al entrevistado.» (Subraya la Sala).

52. La lectura de la disposición reglamentaria muestra, que para el caso del sistema general de carrera administrativa vigilado y administrado por la CNSC, la «*entrevista*» está autorizada como prueba o medio de selección de personal, legítimo o idóneo para establecer el mérito de los concursantes, siempre que no supere el 15% del valor definitivo de la calificación. La aludida norma reglamentaria de la Ley 909 de 2004,⁸⁰ también establece: **(i)** que el jurado entrevistador estará conformado por 3 personas cuyos nombres deben darse a conocer 3 días antes de la realización de la prueba; **(ii)** que la «*entrevista*» deberá ser grabada en un medio magnetofónico y este, conservarse por 6 meses después de la expedición de la lista de elegibles; y **(iii)** que el jurado deberá dejar constancia escrita de las razones por las cuales «*descalifican o aprueban*» al entrevistado.

53. En ninguno de sus apartados, el Decreto Reglamentario 1227 de 2005⁸¹ regula lo relacionado con los efectos de los resultados de la prueba de «*entrevista*», es decir, no dispone reglas referidas a su carácter «*eliminador*» o «*clasificador*».

⁷⁶ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁷⁷ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998.

⁷⁸ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998.

⁷⁹ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998.

⁸⁰ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁸¹ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998.

54. Aunado a lo anterior, la Sala se dio a la tarea de revisar en su totalidad los decretos expedidos por el Gobierno Nacional para reglamentar la Ley 909 de 2004,⁸² tales como, el 3232 de 2004,⁸³ el 3543 de 2004,⁸⁴ el 760 de 2005,⁸⁵ el 770 de 2005,⁸⁶ el 785 de 2005,⁸⁷ el 1228 de 2005,⁸⁸ el 2539 de 2005,⁸⁹ el 4500 de 2005,⁹⁰ el 1409 de 2008,⁹¹ el 3905 de 2009,⁹² 4567 de 2011,⁹³ el 1894 de 2012,⁹⁴ el 2484 de 2014,⁹⁵ y en ninguno de ellos, tampoco se reguló lo relacionado con los efectos o naturaleza de la prueba de «*entrevista*» en los concursos de méritos, es decir, no encontró la Sala regla alguna que precisara si dicho instrumento de selección puede tener efecto eliminatorio o solo clasificatorio; aspecto frente al cual existe entonces un vacío en las normas que regulan el sistema general de carrera administrativa de los empleos públicos.

55. En tal virtud, y, con el propósito de encontrar una regla de derecho que pueda ser objeto de aplicación analógica al caso en concreto, pasa la Sala a revisar algunos de los sistemas especiales de carrera, en especial, los de la PGN, la DIAN⁹⁶ y la carrera notarial; encontrando, que sólo para el caso de la PGN, el Decreto Ley 262 de 2000,⁹⁷ de manera expresa prohíbe atribuirle un efecto «*eliminatorio*» a la prueba de «*entrevista*». Veamos:

5.1.5.3 LA PRUEBA DE ENTREVISTA EN EL SISTEMA DE CARRERA DE LA PGN

56. En el caso del sistema especial de carrera administrativa de la PGN, el Gobierno Nacional estableció en el artículo 204 del Decreto Ley 262 de 2000,⁹⁸ respecto de la prueba de entrevista, lo siguiente:

⁸² Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁸³ Por el cual se reglamentan el artículo 8 y el párrafo transitorio del artículo 9 de la Ley 909 de 2004.

⁸⁴ Por el cual se reglamenta el literal c) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

⁸⁵ Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones.

⁸⁶ Por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004.

⁸⁷ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.

⁸⁸ Por el cual se reglamenta el artículo 16 de la Ley 909 de 2004 sobre las Comisiones de Personal.

⁸⁹ Por el cual se establecen las competencias laborales generales para los empleos públicos de los distintos niveles jerárquicos de las entidades a las cuales se aplican los Decretos-ley 770 y 785 de 2005.

⁹⁰ **Por el cual se reglamenta el artículo 24 de la Ley 443 de 1998 y la Ley 909 de 2004.**

⁹¹ Por el cual se reglamente el artículo 18 de la Ley 909 de 2004.

⁹² **Por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa.**

⁹³ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y Decreto-ley 770 de 2005.

⁹⁴ Por el cual se modifican los artículos 7° y 33 del Decreto número 1227 de 2005.

⁹⁵ **Por el cual se reglamenta el Decreto-ley 785 de 2005.**

⁹⁶ Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante DIAN.

⁹⁷ Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

⁹⁸ Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

«Artículo 204. Entrevista. Cuando en un concurso se programe entrevista, ésta no podrá tener un valor superior al 20% de la calificación definitiva y nunca podrá tener carácter eliminatorio. El Procurador General o su delegado integrará el jurado calificador con un mínimo de 3 personas, una de las cuales deberá ser el jefe de la dependencia a la que esté adscrito el empleo por proveer.

Cuando se asigne un puntaje no aprobatorio, el jurado deberá dejar constancia escrita de las razones que lo justifican.» (Subraya la Sala).

57. Según la norma transcrita, para el caso del sistema especial de carrera de la PGN, la prueba de «*entrevista*» está permitida siempre que no tenga carácter «*eliminatorio*» y que no supere el 20% de la calificación definitiva. La norma también señala, que los entrevistadores integran un jurado calificador de 3 personas, una de las cuales deberá ser el jefe de la dependencia a la que esté adscrito el empleo, y que cuando el puntaje sea «*no aprobatorio*», el jurado deberá dejar constancia escrita de las razones de dicha calificación.

5.1.5.4. LA PRUEBA DE ENTREVISTA EN EL SISTEMA DE CARRERA DE LA DIAN

58. Para el caso del sistema específico de carrera administrativa de la DIAN, el Gobierno Nacional estatuyó en el artículo 34 del Decreto Reglamentario 765 de 2005,⁹⁹ respecto de la prueba de «*entrevista*», lo siguiente:

«Artículo 34. Etapas del proceso de selección. El proceso de selección del Sistema Específico de Carrera comprenderá las siguientes etapas: (...)

34.4. Pruebas o instrumentos de selección. (...).

Cuando se realice entrevista en el proceso de selección, no será necesaria la grabación magnetofónica de esta, siempre que sus objetivos y estructura, así como los aspectos relevantes de las respuestas dadas por el entrevistado, queden consignados en formularios previamente aprobados. En el caso de asignarse puntaje no aprobatorio se dejará constancia escrita y motivada de las razones por las cuales se asignó dicho puntaje. Estos formularios deberán conservarse por el término de 6 meses.» (Subraya la Sala).

59. De acuerdo con la norma transcrita, para el caso del sistema específico de carrera de la DIAN, la prueba de «*entrevista*» como uno de los mecanismos de selección de personal también está permitido y puede tener carácter «*aprobatorio*» o «*no aprobatorio*», y en caso de ser «*no aprobatorio*» se deberá dejar constancia escrita y motivada de las razones por las cuales se asignó el respectivo puntaje.

5.1.5.5. LA PRUEBA DE ENTREVISTA EN EL SISTEMA DE CARRERA NOTARIAL

⁹⁹ Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

60. Para el caso de la carrera notarial, el artículo 4.º de la Ley 588 de 2000¹⁰⁰ dispone que «*las pruebas e instrumentos de selección*», a aplicar en los concursos para proveer cargos de notarios «*son, en su orden: 1. Los análisis de méritos y antecedentes; 2. La prueba de conocimientos; y 3. La entrevista.*». (Subraya la Sala).

61. La disposición normativa en comento agrega, que «*El concurso se calificará sobre 100 puntos*», así:

«a) La prueba de conocimientos, tendrá un valor de 40 puntos, de los 100 del concurso. Los exámenes versarán sobre derecho notarial y registral.

b) Las experiencias valdrán hasta 35 puntos, así: 5 puntos por cada año o fracción superior a 6 meses por el desempeño del cargo de notario, cónsul; 2 puntos por cada año o fracción superior a 6 meses en el ejercicio de autoridad civil o política, dirección administrativa, función judicial y legislativa o cargos del nivel directivo, asesor o ejecutivo; 1 punto por cada año o fracción superior a 6 meses de ejercicio de la profesión de abogado; 1 punto por cada año del ejercicio de la cátedra universitaria, 1 punto por cada año o fracción superior a 6 meses de funciones notariales o registrales.

c) Especialización o postgrados 10 puntos.

d) Autoría de obras en el área de derecho 5 puntos.

e) La entrevista, hasta 10 puntos y evaluará la personalidad, vocación de servicio y profesionalismo del aspirante.».

62. Con el propósito de reglamentar la referida Ley 588 de 2000,¹⁰¹ el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3454 de 2006,¹⁰² por medio del cual precisó aspectos tales como, las etapas de la convocatoria, entre otros, disponiendo en su artículo 10.º, lo siguiente en torno a la prueba de «*entrevista*»:

«Artículo 10. Entrevista. Artículo compilado en el artículo 2.2.6.5.10 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1069 de 2015. La entrevista se realizará en forma presencial, en los lugares y con los criterios que determine el Consejo Superior. Por entrevista se entiende el proceso mediante el cual se evalúa objetivamente la personalidad, la vocación de servicio y el profesionalismo del aspirante. La entrevista será conducida por jurados integrados y designados por el Consejo Superior, de conformidad con el reglamento, cuyos nombres deberán darse a conocer con mínimo 3 días de antelación a su realización. Cada uno de los miembros del jurado asignará individualmente y en forma escrita y motivada el puntaje que corresponda al entrevistado, y la sumatoria de los resultados se dividirá por tres. La calificación que resulte será la que, sobre una calificación de 10 puntos, le será asignada al aspirante mediante decisión motivada.

La entrevista deberá grabarse en medio magnetofónico u otro que ofrezca seguridad suficiente, grabación que se conservará en el archivo del concurso por un término no inferior a 6 meses, contados a partir de la fecha de expedición de la lista de elegibles.».

¹⁰⁰ Ib.

¹⁰¹ Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial.

¹⁰² Por el cual se reglamenta la Ley 588 de 2000.

63. La lectura de la disposición reglamentaria muestra, que para el caso del sistema de carrera notarial, la «*entrevista*» también está autorizada como prueba o medio de selección de personal legítimo o idóneo para establecer el mérito de los concursantes, y sólo podrá otorgarse hasta 10 puntos sobre 100. Las aludidas normas también establecen: **(i)** que el jurado entrevistador estará conformado por 3 personas cuyos nombres deben darse a conocer 3 días antes de la realización de la prueba; **(ii)** que la «*entrevista*» deberá ser grabada en un medio magnetofónico y este conservarse por 6 meses después de la expedición de la lista de elegibles; y **(iii)** que el jurado deberá dejar constancia escrita de las razones de la calificación que otorgan.

64. Lo hasta ahora expuesto muestra que para el caso de algunos de los sistemas especiales de carrera, como el de la PGN, la DIAN y la carrera notarial, la «*entrevista*» también está autorizada como prueba o medio de selección de personal legítimo o idóneo para establecer el mérito de los concursantes; y que en el caso de la PGN, el Decreto Ley 262 de 2000,¹⁰³ de manera expresa prohíbe atribuirle un efecto «*eliminatorio*».

65. A continuación la Sala revisará el tratamiento que la jurisprudencia Constitucional le ha dado dicho instrumento de selección de personal, en los procesos de ingreso a la Función Pública.

5.1.6. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA MATERIA

1) Sentencia C-372 de 1999. La primera vez que la Corte Constitucional estudió el tema de la realización de una «*entrevista*» como medio idóneo para establecer el mérito en un proceso de selección de personal para el ingreso a cargos públicos, fue en la sentencia C-372 de 1999,¹⁰⁴ donde revisó, entre otros, el artículo 21 de la derogada Ley 443 de 1998.¹⁰⁵

De lo dicho por la Corte en aquella oportunidad, se extrae de manera resumida: **(i)** que la realización de la entrevista no implica la consideración subjetiva de las calidades de los entrevistados para inclinar la balanza del concurso a favor o en contra, según la simpatía o animadversión personal que generen los aspirantes, lo cual significa, en criterio de este Despacho, que la prueba de entrevista no puede tener carácter eliminatorio; **(ii)** que previo a la realización de la entrevista, se deben establecer mecanismos idóneos de verificación y control del papel de los entrevistadores, de manera tal que estos no desarrollen de manera arbitraria, subjetiva e imparcial su rol; **(iii)** que las demás pruebas o instrumentos de selección, no pueden ser desconocidos a costa de los resultados que arroje la entrevista, ni puede la administración sobrevalorar la calificación en ella obtenida, lo que a juicio de la Ponente también implica que la prueba de entrevista no puede tener carácter eliminatorio porque ello implicaría desconocer los resultados de las

¹⁰³ Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

¹⁰⁴ Con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁰⁵ Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.

demás pruebas a aplicar; **(iv)** que no son admisibles preguntas sobre el ámbito personal del aspirante, porque atentan contra derechos como el de la la intimidad; **(v)** que los entrevistadores deben dejar constancia por escrito y de manera motivada de las razones por las cuales descalifican o aprueban a un aspirante; y **(vi)** que los entrevistadores pueden ser recusados si existen razones válidas, objetivas y probadas que pongan en duda su imparcialidad.

2) Sentencia SU-613 de 2002.¹⁰⁶ En esta providencia, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de revisar la tutela presentada por el señor José Luis Aramburo Restrepo contra la Corte Suprema de Justicia porque no lo designó como Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, *«no obstante encabezar la lista correspondiente por haber obtenido el puntaje más alto, no sólo para dicha plaza sino en todo el país»*, pues, valiéndose de la realización de una entrevista aplicada a los integrantes de la lista de elegibles, escogió a quien ocupó el tercer lugar. Señaló la Corte en esa oportunidad, que si bien la Ley 270 de 1996, *«Estatutaria de Administración de Justicia»*, no regula lo relacionado con la prueba de entrevista en los procesos de selección, se *«considera necesario precisar algunos aspectos relacionados con la entrevista de manera tal que su realización, cuando fuere necesaria, no desvirtúe el proceso de evaluación ni altere los propósitos para los cuales fue creada»*.

Así las cosas, en la referida providencia SU-613 de 2002, la Corte Constitucional reiteró el criterio jurisprudencial que observó por vez primera en la sentencia C-372 de 1999, en el sentido: **(i)** que la realización de la prueba de la entrevista no puede distorsionar o desconocer la relevancia de las demás pruebas; **(ii)** que dicha prueba debe ir precedida de la publicación de los parámetros y condiciones de su realización y evaluación; **(iii)** que están prohibidas las preguntas sobre aspectos íntimos o personales; **(iv)** que los evaluadores pueden ser recusados; y **(v)** que estos están en la obligación de motivar la calificación de los aspirantes.

3) Sentencia T-384 de 2005.¹⁰⁷ En esta oportunidad, la Corte Constitucional revisó una acción de tutela presentada por el señor Rogelio Arturo Sánchez Idárraga contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, CSJ,¹⁰⁸ por *«no admitirlo al Curso de Formación Judicial, dentro del XII Concurso de Méritos para la Provisión de Cargos de Carrera de la Rama Judicial, en el que participó para los cargos de Juez Penal del Circuito y Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, (...) por cuanto, de conformidad con el Acuerdo 1.549 de 2002 del CSJ, solo un número de aspirantes equivalente a la cantidad estimada de vacantes adicionada en un 25% tendrían acceso a dicho curso»*. En esta providencia, luego de analizar cada una de las etapas y pruebas establecidas para ese concurso en particular, la Corte reiteró el criterio expresado en las sentencias C-372 de 1999 y SU-613 de 2002, según la cuales, (i) la entrevista no puede versar sobre aspectos íntimos o personales de los concursantes, (ii) los resultados de su aplicación no pueden pesar más que los del resto de las pruebas, (iii)

¹⁰⁶ Con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁰⁷ Con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰⁸ En adelante CSJ.

los entrevistadores pueden ser recusados previamente, y (iv) los entrevistadores deben dejar expresa constancia de las razones de la valoración realizada a cada uno de los concursantes.

4) C-478 de 2005.¹⁰⁹ En esta sentencia, la Corte Constitucional estudió una demanda de constitucionalidad presentada, entre otros, contra el artículo 204 del Decreto Ley 262 de 2000¹¹⁰ atrás transcrito, referido a la prueba de la entrevista como medio de selección de personal en el sistema especial de carrera de la PGN. De acuerdo con lo expuesto por la Corte, «*Los cargos que expone la demandante (...) se concretan en afirmar que la consagración legal de la entrevista como criterio de evaluación para el concurso público de méritos encaminado a la provisión de empleos en la Procuraduría General de la Nación, desconoce principios constitucionales que caracterizan el sistema de concurso de méritos. Por cuanto, la entrevista puede conllevar en sí misma una decisión de carácter subjetivo, razón por la que no debería constituir un criterio de evaluación en un concurso público*». La corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la norma acusada, argumentando que en el caso del sistema especial de carrera de la PGN, el hecho de que el artículo 204 del Decreto Ley 262 de 2000¹¹¹ establezca que la prueba de entrevista no tendrá carácter eliminatorio es garantía de objetividad.

5) C-105 de 2013.¹¹² La última vez que la Corte Constitucional se refirió a la prueba de la entrevista como medio o instrumento de selección de personal fue en la sentencia C-105 de 2013, en la que estudió una demanda de constitucionalidad presentada contra el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012,¹¹³ modificatorio del artículo 170 de la Ley 136 de 1994,¹¹⁴ que estableció el procedimiento de elección de los personeros por los concejos municipales y distritales previo concurso de méritos adelantado por la PGN. La Corte definió que el problema jurídico a resolver en dicha providencia tenía que ver con establecer, si la previsión de un concurso público de méritos como instancia previa a la elección de los personeros municipales y distritales, es incompatible o no con el principio democrático, con el derecho a la igualdad, y con el procedimiento constitucional para la designación de estos servidores. En esa oportunidad, la Corte aprovechó para recordar su jurisprudencia sobre la exigencia de diseñar y realizar los concursos públicos de méritos para proveer cargos bajo estándares generales que aseguren el acceso a la función pública en condiciones de igualdad, así

¹⁰⁹ Con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra.

¹¹⁰ Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

¹¹¹ Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

¹¹² Con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹¹³ Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

¹¹⁴ Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

como el debido proceso, la transparencia, la objetividad, la independencia y el mérito, entre otros, valores, principios y derechos constitucionales. Así mismo, reiteró el criterio expuesto en las sentencias SU-613 de 2002, C-372 de 1999, T-384 de 2005, C-478 de 2005, antes referidas, en el sentido de considerar que la entrevista, por su carácter subjetivo, no puede tener mayor peso que las pruebas objetivas como la de conocimientos, y que por lo tanto es admisible en la medida que sólo sea considerada como un «*factor secundario y accesorio*».

66. El anterior recuento jurisprudencial, aunque sucinto, permite concluir entonces, que para la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la prueba de la entrevista se aviene a los principios, valores y derechos constitucionales, siempre que su diseño y realización cumpla con las siguientes reglas generales:

(i) La realización de la entrevista no puede implicar la consideración subjetiva de las calidades de los entrevistados para inclinar la balanza del concurso a favor o en contra, según la simpatía o animadversión personal que generen los aspirantes, lo cual significa, en criterio de esta Sala, que la prueba de entrevista no puede tener carácter eliminatorio, sino clasificatorio, es decir, que los resultados de su realización, nunca pueden significar la exclusión de un concursante, aseveración que para esta Sección tiene el carácter de regla jurisprudencial;

(ii) Previo a la realización de la entrevista, se deben publicar los parámetros y condiciones de su realización y evaluación;

(iii) Las demás pruebas o instrumentos de selección no pueden ser desconocidos a costa de los resultados que arroje la entrevista, ni puede la administración sobrevalorar la calificación en ella obtenida de tal manera que se distorsione o desconozca la relevancia de las demás pruebas, es decir, que la entrevista es una prueba accesorio y secundaria, lo que a juicio de la Sala también implica que la prueba de entrevista no puede tener carácter eliminatorio, sino clasificatorio, porque lo contrario, implicaría desconocer los resultados de las demás pruebas a aplicar;

(iv) No son admisibles preguntas sobre el ámbito personal del aspirante, porque atentan contra derechos como el de la intimidad;

(v) Los entrevistadores deben dejar constancia por escrito y de manera motivada de las razones de la calificación de un aspirante;

(vi) Previo a la realización de la entrevista se deben publicar mecanismos idóneos de verificación y control del papel de los entrevistadores, de manera tal que estos no desarrollen de manera arbitraria, subjetiva e imparcial su rol; y

(vii) Los nombres de los jurados entrevistadores deberán publicarse varios días antes de la realización de la entrevista y pueden ser recusados si existen razones válidas, objetivas y probadas que pongan en duda su imparcialidad.

5.1.7. ANALISIS DE LOS APARTES NORMATIVOS DEMANDADOS.

67. Establecidos entonces, los parámetros legales y jurisprudenciales fijados por el ordenamiento jurídico para el diseño y realización de la prueba de entrevista en los concursos públicos de méritos para el acceso a la función pública, procede la Sala al análisis de los apartes normativos demandados:

68. A continuación se transcriben los artículos 4, 27, 32, 33, 34, 35 y 36 que regulan lo relacionado con la prueba de entrevista en el Acuerdo 518 de 2014:¹¹⁵

«Artículo 4.º. Estructura del proceso. *El concurso abierto de méritos para la selección de los aspirantes, tendrá las siguientes fases:*

1. Convocatoria y divulgación.
2. Inscripciones.
3. Verificación de requisitos mínimos.
4. Aplicación de pruebas o instrumentos de selección, que incluyen la evaluación de:
 - 4.1 Convocatoria y divulgación.
 - 4.2 Competencias Funcionales.
 - 4.3 Competencias comportamentales.
 - 4.4 Prueba de entrevista (Análisis de Estrés de Voz.)
 - 4.5 Prueba de Aptitud Física.
 - 4.6 Valoración de Antecedentes.
5. Conformación de Listas de Elegibles.
6. Periodo de Pruebas.

Parágrafo 1.º. *La prueba de entrevista (Análisis de Estrés e Voz), se aplicará únicamente a los aspirantes que superen la prueba de competencias básicas y funcionales, que hayan optado por inscribirse y aspirar a los empleos con los Códigos OPEC que se relacionan a continuación:
(...).*

Artículo 27. Pruebas a aplicar, carácter y ponderación. *De conformidad con lo previsto en el numeral 3.º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad evaluar la capacidad, adecuación, competencia, idoneidad y potencialidad del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad y eficiencia las funciones y responsabilidades de un empleo. La evaluación de estos factores se realizará a través de medios técnicos, que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad, con parámetros previamente establecidos. Para el desarrollo del presente proceso de selección, los empleos a concurso se clasificarán en tres grupos, a fin de establecer aquellos que cuentan con proceso adicionales en el proceso de selección y que por lo tanto, difieren en su peso porcentual. En consecuencia, las pruebas a*

¹¹⁵ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de la Carrera Administrativa de la Agencia Nacional de Minería, Convocatoria N.º. 318 de 2014 – Agencia Nacional de Minería.

aplicar para los diferentes grupos de empleos, y sus respectivos pesos y carácter, son:

(...)

- **Grupo II. Empleos identificados con los Código OPEC que se relacionan a continuación:**

(...)

Pruebas a aplicar:

PRUEBAS	PONDERACIÓN	CARÁCTER	MÍNIMO APROBATORIO
Competencias Básicas	20%	Eliminatoria	70/100
Competencias Funcionales	25%	Eliminatoria	70/100
Competencias comportamentales	20%	Clasificatoria	N/A
<u>Prueba de Entrevista (Análisis de Estrés de Voz)</u>	<u>15%</u>	<u>Eliminatoria</u>	<u>70/100</u>
Valoración de antecedentes	20%	Clasificatoria	N/A

(...)

Artículo 32. Prueba de entrevista (Análisis de estrés de voz). Tiene como propósito la verificación de la información como prueba de confiabilidad o verificación de la información específica en el aspirante, permitiendo así evaluar el nivel de ajuste a los requerimientos del empleo al que aspira y a los requerimientos de la entidad.

La prueba de entrevista (Análisis de Estrés de Voz), tiene carácter eliminatorio y será aplicada a los aspirantes de los niveles Asesor y Profesional que se hayan inscrito en alguno de los empleos correspondientes al Grupo II y que hayan superado la etapa de verificación de requisitos mínimos, las pruebas de competencias básicas y funcionales.

La entrevista (Análisis de Estrés de Voz), se calificará numéricamente en escala de cero (0) a cien (100) puntos, con una parte entera y dos (2) decimales y será ponderada como se describe a continuación.

El aspirante que obtenga una calificación en la prueba de entrevista (Análisis de Estrés de Voz) menor de setenta (70) puntos, quedará eliminado y no podrá continuar en el proceso de selección. Por el contrario, el aspirante que obtenga una calificación en la prueba de entrevista (Análisis de Estrés de Voz), mayor o igual que setenta (70) puntos, podrá continuar en el concurso y su resultado será ponderado con un porcentaje del 15%, conforme a lo establecido al artículo 27 del presente Acuerdo.

Artículo 33. Citación a la prueba de entrevista (Análisis de estrés de voz). La Universidad o Institución de Educación Superior contratada para adelantar la prueba de entrevista, citará a esta prueba únicamente a los aspirantes que hayan superado las pruebas de competencias básicas y funcionales, y que hayan optado por alguno de los empleos correspondientes al Grupo II, de acuerdo con lo señalado en el párrafo 1° del artículo 4° del presente Acuerdo; para lo cual, publicará con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles a la aplicación de la prueba en su página Web y en la página de la CNSC www.cnsc.gov.co en el link:

“convocatorias en desarrollo”, “318 de 2014 – Agencia Nacional de Minería”, el cronograma respectivo.

La Universidad o Institución de Educación Superior que la Comisión Nacional del Servicio Civil contrate para adelantar el proceso de selección, será la responsable de realizar la prueba de entrevista de acuerdo con el protocolo que adopte las CNSC, y deberá realizar la grabación de la prueba de los aspirantes en medio magnetofónico, en concordancia con lo previsto en el inciso segundo del artículo 24 del Decreto 1227 de 2005.

El aspirante admitido podrá consultar lugar, fecha y hora de aplicación de la prueba de Entrevista (Análisis de Estrés de Voz), en la página Web www.cnsc.gov.co en el link: “convocatorias en desarrollo”, “318 de 2014 – Agencia Nacional de Minería” y en la página de la Universidad o Institución de Educación Superior Contratada.

La prueba de entrevista (Análisis de Estrés de Voz), se aplicará únicamente en las ciudades de: Bogotá D.C., Cali, Bucaramanga, Cartagena, Cúcuta, Manizales y Pasto.

Artículo 34. Publicación de los resultados de la prueba de entrevista (Análisis de estrés de voz). En la fecha que disponga la Comisión Nacional de Servicio Civil, a través del despacho del Comisionado responsable, de la convocatoria, que será informada con una antelación no inferior a cinco (5) hábiles en la página Web: www.cnsc.gov.co en el link: “convocatorias en desarrollo”, “318 de 2014 – Agencia Nacional de Minería”, y en la página de la Universidad o Institución de Educación Superior que contrate la CNSC, se publicaran los resultados de la prueba de entrevista.

Artículo 35. Reclamaciones. Las reclamaciones de los aspirantes por los resultados de la prueba de entrevista (Análisis de estrés de Voz), se recibirán y decidirán exclusivamente por la Universitario Institución de Educación Superior contratada por la CNSC, a través de su página Web y/o en la página Web de la CNSC www.cnsc.gov.co en el link: “Convocatorias en desarrollo”, “318 de 2014 – Agencia Nacional de Minería”.

El plazo para realizar las reclamaciones es de cinco (5) días hábiles contado a partir del día siguiente a la publicación de los resultados.

Contra la decisión que resuelve la reclamación no procede ningún recurso.

Artículo 36. Resultados definitivos de la prueba de entrevista (Análisis de estrés de voz). Las respuestas a las reclamaciones y los resultados definitivos de la prueba de entrevista (Análisis de Estrés de Voz) se publicarán en la página Web: www.cnsc.gov.co en el link: “Convocatorias en desarrollo”, “318 de 2014 – Agencia Nacional de Minería”, y en la página de la Universidad o Institución de Educación Superior contratada por la CNSC. Para conocer las respuestas a las reclamaciones y los resultados definitivos de esta prueba, los aspirantes deberán ingresar con el número de identidad y el PIN correspondiente.

Parágrafo. Los aspirantes que no hayan superado la prueba de entrevista (Análisis de Estrés de Voz), no continuarán en el proceso de selección, por tratarse de una prueba de carácter eliminatorio, y por tanto serán excluidos del concurso.». (Subraya la Sala).

69. Los apartes normativos demandados establecen, en líneas generales, entre otras, que en la Convocatoria No. 318 de 2014, los cargos ofertados fueron agrupados en 3 grupos y que la prueba de entrevista con «análisis de estrés de voz» sólo se les realizaría, con carácter eliminatorio, a los participantes que aplicasen para los empleos ofertados en el grupo II.

70. El análisis que se acaba de realizar evidencia, que la forma como fue diseñada la prueba de entrevista en la Convocatoria 318 de 2014 desconoce los parámetros establecidos por la legislación y la jurisprudencia reseñadas, puesto que contrariando la reglas contenidas en las fuentes normativas analizadas y al criterio pacífico y reiterado de la Corte Constitucional al que se ha hecho referencia en líneas anteriores, la CNSC dispuso en el demandado Acuerdo 518 de 2014,¹¹⁶ que dicha prueba tendría carácter eliminatorio.

71. Así las cosas, como los parámetros fijados por las normas y la jurisprudencia reseñadas, no fueron colmadas por las reglas de la Convocatoria No. 318 de 2014, en cuanto a la prueba de entrevista se refiere, las anteriores consideraciones son suficiente para ordenar, luego del análisis realizado, la nulidad de los apartados normativos del Acuerdo 518 de 2014,¹¹⁷ que disponen que la prueba de entrevista, tiene carácter eliminatorio, contenidos en los artículos 27, 32 y 36 de las reglas de la Convocatoria.

5.2. SOLUCIÓN AL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

72. Para resolver el segundo problema jurídico, la Sala procederá a realizar un estudio sobre (i) el marco técnico científico de la prueba de Análisis de Estrés de voz (ii) posterior a ello, se estudiará el marco legal y jurisprudencial sobre la realización de la prueba poligráfica en el ordenamiento jurídico Colombiano, así como en el derecho comparado. Esto a fin de determinar si es legal o no la realización de pruebas de confianza, tales como la de polígrafo y análisis de estrés de voz, en el marco de los procesos de selección para acceder a cargos públicos.

5.2.1. MARCO TÉCNICO CIENTÍFICO DE LA PRUEBA DE ANÁLISIS DE ESTRÉS DE VOZ¹¹⁸

73. La «prueba de análisis de estrés de voz», tensión de voz o polígrafo de voz, VSA¹¹⁹ por sus siglas en inglés, se desarrolla a través de un programa informático, que opera como un tipo de «detector de mentiras», «prueba de confianza» o polígrafo no invasivo, que en teoría, mide las «frecuencias en las modulaciones de la voz» de una persona, así como el «micro temblor involuntario que se registra en los músculos de la laringe», es decir,

¹¹⁶ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de la Carrera Administrativa de la Agencia Nacional de Minería, Convocatoria N°. 318 de 2014 – Agencia Nacional de Minería.

¹¹⁷ Ib.

¹¹⁸ «<https://idoneos.jimdo.com/analisis-de-estres-de-voz-vsa/>»; «<http://xtremsecure.com.mx/analisis-de-estres-de-voz/>»; «<http://www.consipa.com/assets/vsa.pdf>»; «http://www.eymdesaco.com/detectores_de_mentiras.php#.WUg2FfmGPIU»; «<http://www.pearsoncp.com/news-announcements/analisis-de-estres-de-voz/>»;y «<https://indiciosfisiologicos.blogspot.com.co/2013/10/analizadores-de-estres-vocal.html>».

¹¹⁹ Voice Stress Analysis (VSA).

cambios fisiológicos, cuando mediante preguntas es sometido a algún tipo de tensión o estrés.¹²⁰

74. Este instrumento de detección de mentiras parte de principios teóricos similares y emplea procedimientos parecidos a los usados en la prueba poligráfica. Tales mecanismos pretenden medir la tensión que, supuestamente, experimenta el mentiroso y que se transmitiría a su voz.

75. El VSA se remonta a los años 60 cuando el ejército de los Estados Unidos financió varios proyectos de investigación para desarrollar métodos tecnológicos de detección del engaño. A partir de dichas pruebas, militares retirados dieron con la supuesta clave para detectar el engaño y crearon una empresa dedicada a ello. Su idea consistía en buscar el engaño en la voz del sujeto. Los proponentes de los sistemas de análisis vocal de la tensión asumen que los músculos de la garganta y la laringe presentan microtemblores, que se transmitirían a la voz, siendo inaudibles pero detectables por medio de determinados dispositivos electrónicos de medición. Así pues, a partir de entonces se han inventado diferentes artilugios y aparatos electrónicos, así como programas informáticos que graban la voz de los evaluados y luego generan unos gráficos que supuestamente mostrarían, a ojos de un evaluador capacitado, la presencia o ausencia de los microtemblores asociados respectivamente con la ausencia o presencia de tensión, y en consecuencia de engaño. También han aparecido varias asociaciones que agrupan a los expertos en la materia y se han creado multitud de empresas que fabrican los aparatos y los programas informáticos necesarios para la realización de la prueba. También se desarrollan congresos internacionales que agrupan a los profesionales que se dedican profesional y académicamente al VSA.¹²¹

76. El VSA ha adquirido auge por su supuesto éxito en áreas como defensa y seguridad y en administración o gerencia del talento humano.

77. Los defensores del VSA sostienen, que ante situaciones de estrés el cuerpo humano presenta cambios fisiológicos, tales como tensión o vasoconstricción en los músculos de la laringe y la garganta en general, lo cual afecta las cuerdas vocales, en especial lo relacionado con la frecuencia en la que vibran, produciéndose cambios en la voz que son inaudibles o poco perceptibles al oído humano. Así pues, el VSA en teoría es capaz de medir y graficar los cambios de frecuencia generados por las vibraciones producidas en las cuerdas vocales de un sujeto cuando habla, vibraciones que varían en función del estado de estrés o tensión. La función del VSA es grabar los cambios de frecuencia producidos por las cuerdas vocales en una persona en estado de estrés o tensión y en una situación de calma, para luego identificar qué preguntas, y por ende, qué situaciones provocan

¹²⁰ Jaime MASIP, Eugenio GARRIDO y Carmen HERRERO. «LA DETECCIÓN DE LA MENTIRA MEDIANTE LA MEDIDA DE LA TENSION EN LA VOZ: UNA REVISIÓN CRÍTICA». Universidad de Salamanca.

¹²¹

https://www.researchgate.net/profile/Jaume_Masip/publication/233541358_La_deteccion_de_la_mentira_mediante_la_medida_de_la_tension_en_la_voz_una_revision_critica_The_detection_of_deception_using_voice_stress_analysers_A_critical_review/links/56d4341408ae1f46f7cacbc6/La-deteccion-de-la-mentira-mediante-la-medida-de-la-tension-en-la-voz-una-revision-critica-The-detection-of-deception-using-voice-stress-analysers-A-critical-review.pdf

un estado de alteración. Esta técnica supone que al realizar una declaración falsa, se genera estrés en el individuo, el cual se manifiesta a través de alteraciones en la dicción, en virtud de lo cual, es posible establecer factores de confiabilidad respecto del entrevistado.

78. Sobre el particular, la perito experta llamada en el curso de la presente causa judicial, señaló:

«... es la detección técnica de variaciones significativas en la microvibración de los músculos lisos que intervienen en la producción de la voz, bajo condiciones específicas que permiten concluir indicios de veracidad o engaño, a través de un instrumento que mide y registra en gráficos o audiogramas una respuesta fisiológica involuntaria en una persona ante un estímulo psicológico ¿Qué quiere decir esto? La prueba de análisis de estrés de voz es un instrumento que mide y registra los cambios psicofisiológicos de todo ser humano. Esos cambios psicofisiológicos están presentes en todas las personas. Se alteran ante un estímulo que en este caso sería la pregunta que se le hace al entrevistado. Si la persona pretende mentir, ocultar alguna información, esta reacción fisiológica se evidencia – fisiológicas involuntarias - ¿Por qué? Lo que nosotros medimos a través de la prueba de análisis de estrés de voz, son la respiración, el torrente sanguíneo y las palpitaciones del corazón, todo esto en la voz va a ir generada, y nosotros el sistema de análisis de estrés de voz lo capta a través de una micrograbadora digital. El sistema también está diseñado para grabar en tiempo real a la persona, y mientras yo estoy entrevistando a la persona voy viendo las gráficas. Estas graficas son lo que yo posteriormente voy a editar y a analizar.

(...)

Para este fin se utiliza un instrumento tecnológico, claro está que el instrumento tecnológico es el software, el VCA y un hardware, que es la grabadora, pero también es de vital importancia un analista certificado, este analista debe ser una persona preparada con experiencia en manejo de personal, y certificado ante la Asociación de Analista de estrés de voz, esta persona, este analista ya ha pasado por el curso básico que como les dije, en este curso básico se prepara al analista para que sea una persona que pueda desarrollar una entrevista, aplicar los protocolos diseñados al caso determinado, analizar interpretación e interpretar las gráficas, y posteriormente emitir un informe.

(...)

La prueba se desarrolla en un ambiente de entrevista, en el cual se obtiene información general de la persona, como su estado emocional, su estado de salud, entorno familiar, información académica, información laboral, entre otros, de igual manera se conversa sobre temas relevantes correspondientes al caso estudiado. Posterior a ello se aplica un protocolo o serie de preguntas cerradas. Este protocolo viene después de la entrevista previa que yo tengo con la persona, ya bien sea si viene a una prueba de selección, investigación o confiabilidad que son las tres pruebas que se manejan acá. Este protocolo ya está previamente diseñado con preguntas irrelevantes, relevantes y de control, las preguntas irrelevantes o neutras, las preguntas comparativas o de control, o las preguntas relevantes que son

las que tienen que ver directamente con los hechos que vamos a desarrollar. La tecnología de VCA obtiene los registros a través de unas grabaciones, por tanto la persona no es sometida a la conexión de sensores ni cables, en este sentido esta prueba no es nada invasiva, yo solamente lo que coloco en frente de la persona es la micrograbadora digital, que cabe anotar también, que previo a toda la prueba, antes de que la persona inicie el proceso, se le explica a la persona ¿qué es lo que es? ¿A qué vino? ¿Qué tecnología vamos a utilizar? Y se le dice que esta prueba es totalmente voluntaria, se le muestra una autorización, la cual es leída por la persona, y si está de acuerdo, diligencia dicha autorización, o sea que la persona se somete voluntariamente al proceso. Existen unos pasos de aplicación, en estos primeros pasos, cuando la persona cruza la puerta y se sienta – lo que dije anteriormente – se le explica a qué se va a someter y se le explica también cómo funciona el sistema, de una firma que esta persona lo entienda, después se le da la autorización se le dice que está de manera voluntaria, que aunque haya firmado la autorización, también tiene todo el derecho de desistir del proceso, aunque este se haya iniciado, porque de ninguna manera se le obliga a someterse a la prueba. La persona tiene total derecho de pararse y decir que no quiere continuar y no pasa nada. En segundo lugar, nos dirigimos a la preentrevista, en la que se establece el vínculo entre el entrevistado y el solicitante. La preentrevista es para tener noción del individuo, ¿qué hace?, ¿cómo se encuentra actualmente de salud?, su nombre, su documento de identidad, ¿Dónde vive?, se verifica también el entorno familiar, psicosocial y laboral, y entre otros, también se habla sobre los temas que vamos a profundizar, por ejemplo, si es una selección de personal, nosotros hemos diseñado protocolos, y el analista en sí tiene un previo conocimiento del cargo al que va a aspirar la persona, entonces se hace como un estudio de seguridad, a través de la hoja de vida del candidato, verificando toda la información. Con base a esto se efectúan preguntas no sólo para establecer la mayor cantidad de información posible, y para que la persona tenga la oportunidad de aclarar dudas en relación a dichos temas. Hasta aquí la preentrevista. Al acabar la preentrevista, nosotros cerramos este ciclo preguntando si tiene algo más para añadir o comentar que quede plasmado en este informe, se le da la oportunidad a la persona de aclarar más temas. Antes de iniciar el protocolo también se le advierte que vamos a iniciar una serie de preguntas que están previamente establecidas, las cuales deben ser contestadas con un sí o con un no, cuando el entrevistador lo mire a los ojos, ¿por qué cuando el entrevistador lo mire a los ojos? Porque un proceso de VCA es de vital importancia un analista certificado, porque nosotros tenemos también esa experticia de leer el comportamiento no verbal de la persona, el comportamiento no verbal es el margen que nos va a ayudar para cuando vamos a editar y a analizar las gráficas, tener un conocimiento de cómo la persona se comportó durante la entrevista. Al leer los protocolos, los leemos dos veces, en la primera etapa la persona va también a contestar, y se genera esa cadencia que se da cuando el analista termina la pregunta y al finalizar, mirando a la ojos del analista, la persona conteste, para que se tengan esos 3 segundos, que es la ley de cadencia, implementada en toda prueba de VCA, para darle oportunidad a la persona que piense su respuesta y que la conteste de manera segura, con un sí o con un no. La primera parte del protocolo son las preguntas relevantes, y en la segunda parte, para que la persona no se automatice, cambiar las preguntas de control y las preguntas irrelevantes, pero las relevantes tienen que ser las mismas en la primera lectura para que él tenga conocimiento de lo que se le va a preguntar. La primera aplicación del protocolo se graba. Al terminar la aplicación de la primera

parte del protocolo, se le pregunta si entendió las preguntas, ¿cómo se sintió? ¿Hay alguna pregunta que quiera aclarar? En la segunda lectura del protocolo ocurre igual que en la anterior, se le da aviso al entrevistado de sus derechos y se graba todo, y al finalizar la segunda parte nuevamente se le pregunta si quiere añadir o comentar algo que se le haya venido a la mente y que crea que sea importante. Ahí se termina el proceso de entrevista por el método de VCA. En todos los audios quedan consignados los datos de la primera lectura del protocolo, de la segunda lectura del protocolo y la entrevista, todo eso es grabado. Después se prosigue a hacer un análisis, una elaboración del informe, se llega a un resultado que nosotros lo calificamos como «presenta reacción significativa de engaño o no presenta reacción de engaño», y lo calificamos como «decepción indicada» cuando si presenta y «no decepción indicada» cuando no presenta. Finalmente se elabora un informe y se le hace llegar al ente contratante.

El margen de error es del 92.6 de veracidad, que se obtiene de un estudio que se hizo mucho tiempo atrás y lo hizo la Fuerza Aérea y el Ejército de USA. Se verificaron a través de ciertas preguntas, un grupo determinado de personal, hoy día, podemos decir que el margen de error es del 98.6 de veracidad, porque el sistema está más tecnificado, esa partecita que queda para alcanzar el 100% se lo damos al analista, a la interpretación que él tenga y las conclusiones que haya tenido, pero gracias a Dios, todos han sido certificados y para ello han tenido que pasar por pruebas.».

79. En ese sentido, la prueba de «análisis de estrés de voz» se fundamenta en los mismos presupuestos metodológicos del Polígrafo, esto es, que permite «medir» ciertas reacciones fisiológicas que se generan ante una pregunta a la persona que se somete a la prueba. Sin embargo, se diferencia de la prueba poligráfica en cuanto a que no es invasiva, es decir, que no es necesaria la conexión a la persona de medidores ni cables, ni aparatos de ningún tipo para medir las reacciones fisiológicas al contestar las preguntas de la entrevista. En suma, la prueba de «análisis de estrés de voz» se asemeja al polígrafo, en cuanto a las bases teóricas y la metodología para su realización y evaluación de los resultados de su aplicación.

80. Sobre el particular, la perito experta llamada en el curso de la presente causa judicial, señaló:

«Las dos herramientas son herramientas útiles y necesarias para selección, investigación y confiabilidad, la única diferencia es que en el VCA no conectamos, no utilizamos ni censores, ni cables, ni nada, o sea, no invadimos el espacio de la persona, solamente nos regimos a través del sonido que esta persona emite a través de la voz. Otra diferencia es que hacemos análisis narrativo, que es que me pueden llegar CDs de entrevistas de audio y yo puedo analizarlos, lo cual es más exhaustivo porque una prueba de análisis de tensión tónica básica, o sea, sí y no, se puede entregar el informe en 24 horas, después de haber hecho la entrevista, pero un análisis narrativo puede tardar una semana, ya que en una hora de conversación a mí se me pueden aparecer mil gráficas para analizar.».

5.2.2. MARCO LEGAL DE LAS PRUEBAS DE CONFIANZA COMO LA POLIGRÁFICA Y LA DE ESTRÉS DE VOZ.

81. Ahora bien, en lo que tiene que ver con la validez y admisibilidad de la prueba del polígrafo y sus semejantes, como la de «*análisis de estrés de voz*», no existe en nuestra legislación disposición normativa alguna que autorice de manera expresa a los empleadores, sean públicos o privados, a someter a sus empleados o concursantes a este tipo de pruebas, o que establezca prohibición expresa en tal sentido.

82. Ni siquiera en la llamada Ley Estatutaria de Inteligencia y Contrainteligencia 1621 de 2013,¹²² la cual, en su artículo 38 se limita a señalar, entre otras, que «*para garantizar la reserva, los organismos de inteligencia y contrainteligencia podrán aplicar todas las pruebas técnicas, con la periodicidad que consideren conveniente, para la verificación de las calidades y el cumplimiento de los más altos estándares en materia de seguridad por parte de los servidores públicos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia.*»

83. En esta disposición algunos¹²³ han querido ver una habilitación o autorización para practicar pruebas como la del polígrafo y validar sus resultados, pero lo cierto es que dicho enunciado normativo no lo establece de manera expresa. Adicionalmente, dicha interpretación es contraria a una mirada sistemática o de contexto de la referida ley, puesto que su artículo 35 establece que «*En ningún caso los informes de inteligencia y contrainteligencia tendrán valor probatorio dentro de procesos judiciales y disciplinarios, pero su contenido podrá constituir criterio orientador durante la indagación*». En ese sentido, en el marco de los procesos judiciales y administrativos en los que se estén utilizando informes de inteligencia y contrainteligencia, la prueba poligráfica y sus similares, no tiene validez, sino tan solo criterio orientador durante la indagación.

84. Es importante mencionar, que han habido intentos de regular el uso de la prueba del polígrafo, como por ejemplo el Proyecto de Ley 048 de 2012¹²⁴ que establecía en su artículo 5.º lo siguiente: «*Con el objeto de garantizar los Derechos fundamentales, los psíquicos y emocionales de las personas, se prohíbe el uso del polígrafo para una vinculación laboral tanto en el sector público como privado*» (Gaceta del Congreso, 2012). Este proyecto fue retirado del trámite legislativo sin convertirse en ley de la República, manteniendo el vacío legal respecto al uso del polígrafo en los procesos de selección.

85. En todo caso, hay que aclarar, que pese al vacío legal sobre la materia, en nuestro ordenamiento jurídico, el uso de la prueba del polígrafo y sus

¹²² Por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el marco jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal.

¹²³ Sobre el particular se puede consultar el artículo «El polígrafo y su autorización como acto de investigación en el Derecho Sancionatorio», de autoría de Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Francisco Javier Farfán Molina.

¹²⁴ Por medio de la cual se reglamenta el uso del polígrafo en Colombia, como medio de prueba en materia penal, laboral y disciplinaria, y se dictan otras disposiciones.

similares, dentro de un proceso de selección de personal, ha sido regulado vía reglamento administrativo en dos casos de manera expresa y precisa, veamos: **(i)** En las empresas vigiladas por la Superintendencia de Vigilancia Privada según lo señalado en las Resoluciones 2593 de 2003,¹²⁵ 2852 de 2006¹²⁶ y 2417 de 2008,¹²⁷ proferidas por el Superintendente Vigilancia; y **(ii)** En la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN,¹²⁸ conforme a la Resolución 000143 de 2014,¹²⁹ expedida por el Director de dicha entidad.

86. Aclara la Sala, que en las mencionadas resoluciones se autoriza incluir dentro de los procesos de selección de personal para cargos directivos la referida prueba, siempre y cuando se establezca como garantía a favor del aspirante que debe ser autorizada por escrito previo, libre y voluntario.

87. Aparte de los dos casos señalados, no existe en el derecho colombiano ninguna otra norma de naturaleza reglamentaria en la materia.

88. Recientemente, el Gobierno Nacional anunció la implementación de una política pública para hacer frente a corrupción denominada «*Pacto por la Transparencia*», el cual consta en un documento oficial que ha venido siendo suscrito en diferentes actos protocolarios a lo largo y ancho del país, y que entre otras medidas, autoriza la realización de pruebas de polígrafo o similares para blindar los procesos de contratación en «*los sectores Infraestructura, Vivienda y Agua (Mintransporte, Invías, ANI y Aerocivil)*»;¹³⁰ pero sin que a la fecha dicho documento haya sido elevado a la categoría de norma legal o reglamentaria.

5.2.3. MARCO JURISPRUDENCIAL DE LAS PRUEBAS DE CONFIANZA COMO LA POLIGRÁFICA Y LA DE ESTRÉS DE VOZ.

89. Aunado a lo anterior, encuentra la Sala que la Corte Constitucional,¹³¹ la Corte Suprema de Justicia¹³² y el Consejo de Estado,¹³³ han señalado que este tipo de instrumentos no tienen validez ni se aceptan como medios de prueba en procesos judiciales y administrativos sancionatorios, así como tampoco, para justificar despidos o retiros del servicio del personal civil o militar; puesto que:

¹²⁵ Por la cual se autoriza y regula la utilización del polígrafo por parte de los Servicios de Vigilancia y Seguridad Privada.

¹²⁶ Por la cual se unifica el Régimen de Vigilancia y Seguridad Privada.

¹²⁷ Por la cual se modifica la Resolución número 2852 del 8 de agosto de 2006.

¹²⁸ En adelante DIAN.

¹²⁹ Por la cual se regula el Proceso Meritocrático para la provisión definitiva de los empleos de libre nombramiento y remoción de la UAE – DIAN.

¹³⁰ El denominado Pacto por la Transparencia puede ser consultado en la página web de la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República:

«<http://www.secretariatransparencia.gov.co/Paginas/default.aspx>»

¹³¹ T-420 de 2014.

¹³² Amplio estudio sobre el polígrafo y su inadmisión como medio de prueba, se encuentra en la sentencia con radicado 26470, del 1 de agosto de 2008.

¹³³ Sección Segunda. Sentencia 00563-2008 de agosto 20 de 2009. Consejero Ponente. Víctor Hernando Alvarado Ardila. / Sección Segunda, fallo de marzo 3 de 2011, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (Rad. 25000-23-25-000-2004-04310-02, Exp. 1530-09). / Sección Segunda, fallo de octubre 28 de 2016, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez (11001-032-5000-2012-00287-00).

(i) su diagnóstico se refiere a un concepto subjetivo relacionado con la credibilidad del interrogado y no a la comprobación de hechos, elementos o circunstancias de la conducta investigada;

(ii) representa una amenaza latente enorme para la libertad y dignidad de las personas, pues, las convierte en instrumento subjetivo de corroboración probatoria de hechos; y

(iii) desconoce debido proceso y publicidad, porque no permite técnicamente su contradicción o tacha.

5.2.4. UNA REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO.

90. El anterior criterio jurisprudencial también ha sido el que han adoptado tribunales de cierre extranjeros, como por ejemplo el Tribunal Constitucional Alemán, cuya jurisprudencia¹³⁴ señala, que el polígrafo conculca el «derecho de personalidad del afectado», protegido por el artículo 1º párrafo 2, de la Ley Fundamental alemana, así como el de libertad. Igual ocurre en España,¹³⁵ Brasil,¹³⁶ Francia e Italia. No obstante, en países como Estados Unidos,¹³⁷ Reino Unido, Bélgica, Canadá, Guatemala, Perú¹³⁸ e Israel, sí se aceptan los resultados de dicha prueba tanto en los juicios legales como en

¹³⁴ El Tribunal Constitucional Alemán ha manifestado que el «detector de mentiras» conculca el derecho a la personalidad del afectado: «Una penetración de tal naturaleza en la persona, en la medida en que se desvaloriza su declaración como expresión originaria y propia y en que el declarante lo convierte en un mero apéndice de un aparato, lesiona de forma inadmisiblemente el derecho a la personalidad del afectado protegido por el artículo 1 párrafo 2 de la Ley Fundamental que fija los límites a la investigación de la verdad en el proceso penal. Aquí hay que examinar si el ataque lesiona el núcleo de la personalidad que es objeto de protección absoluta o sí, como sería posible imaginar, la investigación pudiera justificarse por los intereses prevalentes de la comunidad o del inculcado. En este caso no se dan esos intereses prevalentes...» También ha manifestado respecto que el consentimiento a someterse al polígrafo no faculta a que este sea un medio probatorio aceptado en la administración de justicia: «El hecho de que el afectado consienta y pida someterse a esa investigación no altera la inadmisibilidad de la práctica de una prueba de esa clase. Incluso si se quiere aceptar como posible que el recurrente tenga un poder de disposición sobre los derechos que están en cuestión, no se da aquí un consentimiento eficaz por su parte. Sólo puede prescindir de una protección contra ataques del Estado a sus derechos aquel que puede elegir (cfr. STURM. "Probleme eines Versicht auf sordnung, Festschrift für Willi Geiger, 1974 pág. 173 ss; pág. 183). Esta libertad no la tiene de hecho el procesado que se siente amenazado por una pena de privación de libertad y para quien la investigación mediante un detector de mentiras representa una oportunidad a la que no puede renunciar». Tribunal Constitucional Alemán. Directrices jurisprudenciales. Boletín de jurisprudencia constitucional. Madrid. N. 15, julio 1982. Págs. 603-604.

¹³⁵ De acuerdo con las sentencias STS 22 Mayo 1982, STS 4 Abril 1995, SAP Madrid 28 Junio 1999, SAP Cádiz 20 Abril 2005 y SAP Burgos 3 de Octubre 2006, en España la prueba del polígrafo es nula, inexistente e inválida, ya que su uso no se ajusta al sistema de valores, garantías y principios constitucionales que recogen el sistema jurídico de dicho país.

¹³⁶ Recientemente el Tribunal Regional de Trabajo de la Décima Región - Brasilia (TRT-10) condenó a una aerolínea al pago de una indemnización de un millón de reales por causar «daños morales colectivos» al utilizar el polígrafo para hacer pruebas con sus empleados. En opinión de los miembros del Tribunal, el polígrafo viola la intimidad y la dignidad de los empleados o candidatos a un puesto de trabajo. Sobre el particular consultar: «<http://trt-10.jusbrasil.com.br/noticias/120469944/american-airlines-e-condenada-por-submeter-trabalhadores-a-detector-de-mentiras>»

¹³⁷ Regulado desde 1988 en la «Employee Polygraph Protection Act-EPPA» - Ley de Protección de Empleados ante el Polígrafo.

¹³⁸ El Tribunal Constitucional del Perú se ha pronunciado sobre los supuestos y requisitos para realizar la prueba del polígrafo en los centros de trabajo (STC Exp. 00273-210-PA/TC). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el Tribunal no está permitiendo un uso amplio e indiscriminado de esta prueba, pues ello resultaría lesivo contra la dignidad y el derecho a la intimidad del trabajador. Su aplicación debe ser excepcional y contar con una adecuada implementación.

el sector laboral, pero es necesario el consentimiento o autorización de la persona, previa lectura de sus derechos.

91. El caso estadounidense es importante, por cuanto desde 1988 el Congreso de dicha nación expidió la «*Employee Polygraph Protection Act-EPPA*», conocida en el mundo hispano como «*Ley de Protección de Empleados ante el Polígrafo*», la cual prohíbe al empleador o patrono, sea público o privado, en términos generales, exigir o requerir a un empleado o a un solicitante de un trabajo, que se someta a una prueba con detector de mentiras, así como despedir, disciplinar o discriminar de alguna forma a un empleado o a un aspirante a un trabajo, por haberse negado a someterse a la prueba. La Act-EPPA exceptúa de su aplicación a los casos donde el Gobierno Federal y los empleadores privados aplican «*pruebas de confianza*», como polígrafo, estrés de voz y similares, en actividades relacionadas con la seguridad nacional, es decir, a ciertos aspirantes para empleos en compañías de seguridad, de vehículos blindados, sistemas de alarma y guardias, entre otros. La norma también permite el uso de éstas «*pruebas de confianza*» a compañías que fabrican, distribuyen y dispensan productos farmacéuticos. En los casos en que se permitan las pruebas de polígrafo o sus similares, la norma señala que éstas deben ser realizadas bajo una serie de parámetros estrictos en cuanto a su administración y duración. Así mismo, la norma establece que los examinados tienen entre otros, derecho a que se les advierta por escrito antes de someterse a la prueba, el derecho a negarse a someterse a ella o a suspenderla, al igual que el derecho a negarse a que los resultados de la prueba estén al alcance de personas no autorizadas. Las autoridades del trabajo, tales como el/la Secretario(a) de Trabajo y la División de Horas y Salarios del Departamento del Trabajo, pueden imponer multas a los empleadores que desconozcan la norma y acudir a la jurisdicción a reclamar el amparo de los derechos de los empleados o aspirantes. Por último, resalta el Despacho, que la mencionada norma exige que los empleadores la exhiban en un sitio donde los empleados y los solicitantes de empleo la puedan ver fácilmente.

5.2.5. UNA REFERENCIA AL DERECHO CONVENCIONAL.

92. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la única vez que la Comisión Interamericana se refirió al tema de las pruebas de polígrafo, fue en un Comunicado de Prensa de 8 de noviembre de 2013, en el que informaba sobre la realización del 149.º Período Ordinario de Sesiones del 24 de octubre al 8 de noviembre de 2013. En el capítulo dedicado a «*Independencia Judicial y Operadores de Justicia*», se informó a la comunidad interamericana que «*la CIDH recibió con preocupación información sobre la falta de independencia judicial*» en algunos Estados de la región. En especial, la Comisión fue informada sobre una posible aplicación de «*pruebas de confianza*» a los operadores de justicia en Honduras, «*las cuales consistirían en la aplicación de pruebas de investigación patrimonial, toxicológicas y la aplicación del polígrafo*». Sobre lo que la CIDH destacó «*la importancia de que los Estados ofrezcan garantías de seguridad para que las y los operadores de justicia puedan*

continuar con sus labores en condiciones de independencia e imparcialidad. Sobre este punto, la Comisión recuerda que si los Estados no garantizan la seguridad de sus jueces y magistrados contra toda clase de presiones externas, incluyendo las represalias directamente dirigidas a atacar su persona y familia como las dirigidas a afectar su estabilidad y futuro profesional, el ejercicio de la función jurisdiccional puede ser gravemente afectado impidiendo la protección judicial a las víctimas de violaciones a sus derechos humanos y frustrando el desarrollo libre de la función judicial y de los lineamientos que rigen el debido proceso legal».

5.2.6. PREMISAS EXTRAÍDAS DEL ESTUDIO REALIZADO

93. Lo hasta aquí expuesto ofrece a la Sala varias premisas, que a manera de insumos o elementos argumentales, le permiten construir una hipótesis, que respalda la validez constitucional de las «*pruebas de confianza*», como la poligráfica y la de «*análisis de estrés de voz*», en los procesos de selección por mérito en el sector público, pero bajo ciertos condicionamientos que más adelante se precisaran:

1) En nuestro ordenamiento jurídico no existe norma de rango legal que de manera expresa autorice o prohíba la aplicación de pruebas de confianza como la poligráfica y la de estrés de voz, en los concursos de mérito para acceder a cargos públicos;

2) Por vía de reglamento administrativo, sólo en los casos de la DIAN y de la Superintendencia de Vigilancia, se autoriza y reglamenta de manera expresa el uso del polígrafo en los procesos de selección de personal, pero siempre y cuando el aspirante emita su consentimiento en forma informada, lo cual implica que previamente se le debe indicar la metodología de dicha prueba y la manera en que se generarán sus resultados.

3) La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, han reiterado de manera uniforme, que este tipo de instrumentos no tienen validez ni se aceptan como medios de prueba en procesos judiciales y administrativos sancionatorios, así como tampoco, para justificar despidos o retiros del servicio civil o militar; puesto que: **(i)** su diagnóstico se refiere a un concepto subjetivo relacionado con la credibilidad del interrogado y no a la comprobación de hechos, elementos o circunstancias de la conducta investigada; **(ii)**, representa una amenaza latente enorme para la libertad y dignidad de las personas, pues, las convierte en instrumento subjetivo de corroboración probatoria de hechos; y **(iii)**, desconoce debido proceso y publicidad, porque no permite técnicamente su contradicción o tacha.

4) Algunos tribunales extranjeros, como en los casos de Alemania, España, Brasil, Francia e Italia le niegan validez constitucional a las pruebas de confianza, porque consideran que vulnera derechos fundamentales como el de la libertad, dignidad y personalidad.

5) Algunos Tribunales extranjeros como en los casos de Estados Unidos, Reino Unido, Bélgica, Canadá, Guatemala, Perú e Israel, sí se aceptan los resultados de dicha prueba tanto en los juicios legales como en el ámbito

laboral en los sectores público y privado, pero es necesario el consentimiento o autorización de la persona.

6) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 149.º Período Ordinario de Sesiones del 24 de octubre al 8 de noviembre de 2013, fue informada que en países de Centroamérica se practicaban pruebas de confianza a operadores judiciales, frente a lo cual, dicho organismo señaló en un comunicado de prensa, que se deben garantizar la independencia judicial, pero ni aprobó ni condenó tales prácticas.

5.2.7. CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS REALIZADO

94. De acuerdo con lo expuesto, la Sala reconoce la importancia que para algunas entidades pueda tener la realización de «*pruebas de confianza*» a sus empleados, como lo son el análisis de estrés de voz y el polígrafo, así como estudios de seguridad, debido a la importancia, especialidad y delicadeza de las funciones.

95. Sin embargo, en criterio de esta Sala, la realización de «*pruebas de confianza*» como la del polígrafo y la de análisis de estrés de voz, dado el carácter subjetivo de sus resultados, puede atentar contra los principios, valores y derechos enunciados anteriormente, a menos que para su aplicación se implementen estrictos protocolos y condicionamientos.

96. Por lo tanto, la Sala considera que es constitucionalmente admisible el uso de la prueba del polígrafo o similares, como la de «*análisis de estrés de voz*», en los procesos de selección de personal en el sistema de carrera administrativa general regulado por la Ley 909 de 2004, vigilado y administrado por la CNSC, siempre y cuando se trate de casos excepcionales suficientemente justificados, debido a la importancia, especialidad y delicadeza de las funciones de la entidad o del empleo a proveer, evento en el que:

(i) se le debe permitir al aspirante consentir o no de manera previa, libre, voluntaria e informada la realización de la prueba;

(ii) el consentimiento para la realización de la prueba debe ser solicitado de manera anticipada e informada, es decir, explicándole a la persona de manera previa y detallada la forma y metodología de la realización de la prueba de confianza, ya sea polígrafo o análisis de estrés de voz, o sus similares;

(iii) la negativa de someterse a la práctica de «*pruebas de confianza*» no puede significar la exclusión del proceso de selección; y

(iv) para el que consienta en la realización de tales pruebas, los resultados de las mismas, no pueden implicar su exclusión del proceso de selección, y el otorgamiento de puntaje debe serlo en menor proporción a las otras pruebas.

5.2.8. CASO EN CONCRETO.

97. La Sala encuentra que la Universidad de la Sabana aportó en medio magnético la prueba de entrevista con «análisis de estrés de voz» aplicada a uno de los concursantes¹³⁹ de la Convocatoria 318 de 2014. Así las cosas, la Sala transcribirá algunas de las aclaraciones y preguntas más relevantes del examen aplicado, resguardando el derecho a la intimidad, y conservando el principio de reserva de los documentos de la convocatoria, con la finalidad de determinar si se ajustan a los parámetros constitucionales señalados en líneas anteriores. Así las cosas, el examen de VSA se desarrolló de la siguiente manera:

«Entrevistador: El examen es de carácter voluntario, no se va a tocar ningún tema íntimo, ni vamos a hablar de preferencias sexuales, políticas o religiosas. Si hay algún tema que le moleste, usted tiene la libertad de negarse a responder esas preguntas o si en algún momento quiere dar por terminado el procedimiento, lo indica y podrá retirarse. Para presentar el examen es necesario que usted de su consentimiento por escrito diligenciando este formato de autorización. Es importante que usted sepa que toda la sesión va a ser grabada en audio y video. (...)

El propósito de este examen es determinar el grado de confiabilidad y honestidad del aspirante con sus errores y defectos. De ninguna manera esperamos encontrar perfección, somos humanos y cometemos errores. No estamos aquí para criticar ni para juzgar a nadie, por el contrario somos facilitadores dentro de este concurso de méritos y es nuestro deseo que usted logre pasar este proceso. Pero para ello, requerimos de su total colaboración totalmente sincera en lo que le vamos a preguntar. (...)

Una vez usted haya entendido cómo es cada una de las preguntas y esté de acuerdo con ellas, procederemos a repetirle el mismo cuestionario en dos sesiones o aplicaciones. Cada sesión quedará grabada por separado, y esas dos grabaciones serán sometidas al sistema de VSA. (...)

Primera aplicación para «la concursante»

- ¿Ha suministrado usted una información falsa para ganar este concurso? (...)*
- ¿Ha cometido usted actos ilícitos en los trabajos que ha tenido? (...)*
- ¿Tiene usted participación ilícita con personas al margen de la ley? (...)*
- ¿Ha cometido usted algún delito grave? (...)*
- ¿Ha desempeñado su labor bajo el efecto del licor o de alguna sustancia psicoactiva? (...)*»

98. En el caso concreto, la prueba de entrevista con «análisis de estrés de voz» que se realizó al concursante de la Convocatoria 318 de 2014 no cumplió con los parámetros constitucionales fijados jurisprudencialmente. Sobre el particular, encuentra la Sala que si bien se le advierte al entrevistado que la prueba de «análisis de estrés de voz» tiene como finalidad «determinar el grado confiabilidad y honestidad del aspirante con

¹³⁹ En el presente caso la Sala ha decidido no mencionar en la sentencia ningún dato que conduzca a la identificación de la concursante, guardándose estricta reserva respecto de su identidad, por estar involucrado un asunto que pertenece a la órbita personal protegida por los derechos fundamentales a la honra, buena fe, intimidad, dignidad humana y presunción de inocencia.

sus errores y defectos», es voluntaria y en tal medida puede negarse a responder las preguntas o pedir que su terminación, ello no implica que el ejercer tal derecho no tenga repercusiones en el puntaje asignado. Ello, por cuanto el artículo 27 del acuerdo de convocatoria plasma de forma inequívoca que la entrevista tendrá un carácter «*eliminatorio*», y el aspirante que obtenga una calificación menor de setenta (70) puntos, quedará eliminado y no podrá continuar en el proceso de selección. De tal forma, que el rehusarse a responder la prueba de VSA, indiscutiblemente disminuirá el puntaje del candidato y lo pondrá en desventaja frente a los demás aspirantes que sí tomen dicho test.

99. Así las cosas, de lo expuesto se evidencia que ninguna de las previsiones para que se considere constitucionalmente admisible el uso de la prueba del «*análisis de estrés de voz*» fueron colmadas por los apartes demandados y la prueba aplicada, por lo que las anteriores consideraciones son suficientes para ordenar, luego del análisis realizado, la nulidad de los enunciados normativos que disponen que la prueba de entrevista es eliminatoria en el Acuerdo 518 de 2014.¹⁴⁰

5.3. SOLUCIÓN AL TERCER PROBLEMA JURÍDICO

100. El tercer problema jurídico se refiere a establecer, si la realización de la prueba de entrevista con análisis de estrés de voz por una empresa de seguridad privada, desconoce el artículo 30 de la Ley 909 de 2004,¹⁴¹ el cual dispone que los concursos serán adelantados por la CNSC, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con Universidades o Instituciones de Educación Superior acreditadas para tal fin, de carácter público o privado.

101. A efectos de estudiar el reparo formulado por la parte demandante que dio origen el referido problema jurídico, la Sala considera necesario revisar el contenido de la norma invocada como vulnerada, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Artículo 30. Competencia para adelantar los concursos. Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos.

Los convenios o contratos se suscribirán preferencialmente, con las entidades acreditadas que tengan jurisdicción en el departamento o municipio en el cual esté ubicada la entidad para la cual se realiza el concurso.

La Comisión acreditará como entidades idóneas para adelantar los concursos a las universidades públicas y privadas y a las instituciones de educación superior que lo soliciten y demuestren su competencia técnica en

¹⁴⁰ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Agencia Nacional de Minería, Convocatoria No. 318 - Agencia Nacional de Minería.

¹⁴¹ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

procesos de selección, experiencia en el área de selección de personal, así como capacidad logística para el desarrollo de concursos. El procedimiento de acreditación será definido por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Las entidades que utilicen las listas de elegibles resultado de los concursos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil deberán sufragar los costos determinados por la citada Comisión.».

102. Como bien lo señala la parte demandante, el artículo 30 de la Ley 909 de 2004,¹⁴² faculta a la CNSC para contratar a instituciones de educación superior, públicas o privadas, con el propósito de adelantar los concursos públicos de méritos para proveer los cargos del sistema general de carrera administrativa.

103. Para el caso de la Convocatoria No. 318 de 2014, la CNSC adelantó la Licitación Pública No. CNSC – LP – 002 de 2015, con el fin de escoger, mediante un proceso de selección objetiva, la universidad encargada de desarrollar el referido concurso público de méritos para proveer los cargos de carrera de la ANM.

104. Luego de las evaluaciones jurídica, financiera y técnica, el proceso licitatorio arrojó como adjudicatario a la Universidad de la Sabana, ente con el que la CNSC suscribió, por valor de \$1.513.155.475, el «*contrato de prestación de servicios 154*» de 20 de abril de 2015, cuyo objeto fue el siguiente:

«Desarrollar el proceso de selección para la provisión de empleos vacantes del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta global de personal de la Agencia Nacional de Minería, desde la etapa de diseño, construcción, validación, individualización, ensamble, diagramación, aplicación de pruebas escritas, calificación y procesamiento; aplicación de la prueba de entrevista, prueba de aptitud física y prueba de valoración de antecedentes; la atención, resolución y respuesta a las reclamaciones, derechos de petición y acciones judiciales que se presenten con ocasión de la aplicación de cada una de las pruebas y etapas del concurso abierto de méritos, hasta la publicación de resultados definitivos y consolidados, de las pruebas aplicadas y la consolidación de la información para la conformación de listas de elegibles».

105. Entre las obligaciones adquiridas por la Universidad de la Sabana, en el referido contrato de prestación de servicios, la Sala resalta las siguientes:

«[...] 12) Diseñar y construir los documentos técnicos, formatos y protocolos para la aplicación de las pruebas. [...]. 17) Disponer del talento humano idóneo, necesario y suficiente para garantizar el cumplimiento eficaz y oportuno de todas y cada una de las obligaciones contractuales con altos estándares de calidad, seguridad y confiabilidad en la ejecución del contrato. 18) Disponer para la ejecución del contrato, con la debida oportunidad, del equipo mínimo de trabajo conformado por personal calificado e idóneo conforme el pliego de condiciones, que acredite las calidades de formación académica y experiencia exigidas y garantice

¹⁴² Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

calidad y cumplimiento en la ejecución de todas y cada una de las obligaciones contractuales. En caso de reemplazo de alguno de los integrantes del equipo de trabajo, por cualquier causa, el personal designado en reemplazo deberá acreditar iguales o superiores condiciones de estudio y experiencia al que sustituye y requerirá de la aprobación previa de la CNSC. En su defecto, presentar el talento humano con el que se acreditó la Universidad de la Sabana ante la CNSC. Entiéndase por equipo mínimo de trabajo, el personal imprescindible requerido para la ejecución del contrato. En consecuencia, el CONTRATISTA deberá prever y contar con la totalidad del talento humano que requiera para cumplir integralmente con las obligaciones contractuales en condiciones de calidad y oportunidad. El CONTRATISTA tiene la obligación de mantener como equipo mínimo el ofertado y que le valió su adjudicación tanto en cantidad como en calidad de miembros pudiendo ser comprobados en cualquier momento por la CNSC. El lugar de ubicación del personal que conforma el equipo mínimo debe ser sin exclusividad alguna, la ciudad donde se desarrolla el proyecto. La CNSC podrá exigir en cualquier momento la comprobación de los contratos legalmente suscritos, mediante los cuales se vincula por parte del CONTRATISTA al personal necesario para el cumplimiento de esta obligación. **19)** Disponer de los profesionales especializados que realizarán el diseño, construcción y validación de ítems (preguntas); y el diseño, construcción e individualización de los diferentes tipos de pruebas escritas dispuestas en la convocatoria. **20)** Designar para la aplicación de las pruebas escritas el personal idóneo y necesario que garantice seguridad; que esté debidamente identificado, capacitado y entrenado en el manejo de los instrumentos de prueba, de los documentos técnicos y en la aplicación de los procedimientos necesarios para el cumplimiento efectivo de las medidas de seguridad que establezcan para el efecto. **21)** Disponer del talento humano idóneo suficiente y necesario para la realización de las pruebas de aptitud física, entrevista (Análisis de estrés de voz) y valoración de antecedentes. **22)** Disponer del talento humano idóneo para atender y adoptar las medidas técnicas, operativas y administrativas inmediatas a que haya lugar, en caso de presentarse alguna falla, circunstancia o hecho que pueda afectar la operación de los sistemas de información o plataforma informática dispuesta para el manejo y automatización de la información de la Convocatoria. [...]. **26)** Asumir por su cuenta y riesgo todos los salarios y prestaciones sociales u honorarios de los empleados o subcontratistas que disponga para la ejecución del contrato y realizar el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social y Parafiscales y demás conceptos de acuerdo con las disposiciones legales vigentes. [...]. **41)** Diseñar, construir y validar al menos el siguiente número de preguntas o ítems, considerando para el efecto que los cargos corresponden a los procesos misionales y de apoyo, para cada una de las pruebas escritas:

TIPO DE PRUEBA	ÍTEMS (Preguntas)
Competencias básicas	120
Competencias funcionales	1.843
Competencias comportamentales	150
Total	2.113

42) Construir, individualizar, diagramar y ensamblar por lo menos 66 tipos de pruebas así: 3 sobre competencias básicas, 60 sobre competencias funcionales y 3 sobre competencias comportamentales, de acuerdo con los empleos proveer, el perfil, las competencias y los ejes temáticos acordados previamente entre la ANM y la CNSC. **43)** Diseñar y construir los

documentos técnicos, formatos y protocolos para la aplicación de las pruebas escritas, la prueba de valoración de antecedentes, la prueba de aptitud física y la prueba de entrevista (análisis de estrés de voz), [...]. 44) Presentar a la CNSC los informes técnicos y psicométricos de construcción y validación de ítems (preguntas) de las pruebas escritas [...]. 45) Realizar la planeación para cada una de las pruebas a aplicar, previendo todas y cada una de las acciones a ejecutar de forma rigurosa, antes, durante y después de la aplicación de las mismas, de manera que se garantice en forma estricta lo dispuesto en las reglamentaciones, instrucciones o disposiciones que imparta la CNSC, las cuales harán parte de la planeación general del proceso y de la ejecución del contrato. [...]. 46) Elaborar la parametrización para la citación a las pruebas del concurso (pruebas escritas, prueba de aptitud física y prueba de entrevista (análisis de estrés de voz)), indicando el sitio, salón, fecha, hora y demás aspectos de cada aspirante, a través del aplicativo del que debe disponer el CONTRATISTA para el efecto, las pruebas escritas se llevarán a cabo durante un solo día. Las parametrizaciones serán insumos para la implementación por parte del CONTRATISTA del Programa Logístico y Operativo de Seguridad – PLOS, en las fechas establecidas en el Plan de Trabajo y Cronograma de Ejecución del Contrato. La parametrización señalada deberá ser entregada a la CNSC con antelación a la aplicación de las pruebas, según la fecha dispuesta en el cronograma de la convocatoria. Igualmente deberá proceder a la citación correspondiente, en las oportunidades establecidas en los reglamentos del concurso. [...]. 49) Realizar la aplicación de las pruebas del concurso, atendiendo lo dispuesto en los reglamentos y disposiciones de la CNSC y de conformidad con lo previsto en el Manual Técnico de Pruebas. [...]. 54) Publicar a través del sistema de información correspondiente, los resultados obtenidos en las respectivas pruebas por cada uno de los aspirantes, en la oportunidad y fechas dispuestas por las CNSC. [...]. 57) Atender, resolver y responder de fondo, dentro de los términos legales, las reclamaciones, derechos de petición y acciones judiciales, y llevar a cabo las actuaciones administrativas a que haya lugar en ejercicio de la delegación conferida con la suscripción del contrato, durante toda la vigencia del contrato y con ocasión de la aplicación de las pruebas, de sus resultados, con ocasión del concurso.»

106. La lectura de las obligaciones pactadas entre la CNSC y la Universidad de la Sabana muestra, entre otras cosas, que la institución debía contar con el talento humano «*idóneo suficiente y necesario*» para cumplir íntegramente con las obligaciones contractuales como la realización de las pruebas de aptitud física, entrevista y valoración de antecedentes, para lo cual debe «*asumir por su cuenta y riesgo todos los salarios y prestaciones sociales u honorarios de los empleados o subcontratistas*» así como «*realizar el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social y Parafiscales*» que disponga para la ejecución del contrato. Así mismo, se evidencia que en el marco del referido contrato, la Universidad de la Sabana podía vincular al personal necesario para el cumplimiento del mismo, mediante «*contratos legalmente suscritos*», que la CNSC podía exigir en cualquier momento.

107. Es así como, en atención al contenido del contrato de prestación de servicios número 154 de 20 de abril de 2015, la Universidad de la Sabana podía subcontratar el talento humano que requiriera para desempeñar sus

obligaciones contractuales, siempre que cumpliera con las condiciones del contrato, verbigracia, el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social de los subcontratistas y que la vinculación se diera mediante contratos legalmente suscritos.

108. Para el caso de la realización de la prueba de «*análisis de estrés de voz*» que sirvió de base para la aplicación de la «*entrevista*», la Universidad de la Sabana suscribió contrato de prestación de servicios¹⁴³ con *Security Consulting of Americas Ltda.*,¹⁴⁴ cuyo objeto consistió en «*la realización de 418 pruebas de análisis de estrés de voz (VSA) en las condiciones y requisitos que para ello se han establecido*». Ahora bien, en la cláusula segunda del contrato se estipuló que la contratista debía «*entregar a LA UNIVERSIDAD, de manera mensual, durante la vigencia del contrato, los comprobantes de pago correspondientes a la seguridad social y aportes parafiscales del personal vinculado por EL CONTRATISTA y asignados a LA UNIVERSIDAD para el cumplimiento del objeto del presente contrato (...)*».

109. Lo expuesto hasta el momento muestra que la realización de la prueba de «*análisis de estrés de voz*», por una empresa de seguridad privada subcontratada por la Universidad de la Sabana, cumple con lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley 909 de 2004.¹⁴⁵ Lo anterior, por cuanto entre dicha institución y la CNSC se suscribió el contrato de prestación de servicios número 154 de 20 de abril de 2015, contentivo de las condiciones para el desarrollo del concurso de méritos para proveer los empleos vacantes de la ANM, las cuáles fueron respetadas por la institución educativa al subcontratar con *Security Consulting of Americas Ltda.*, para la realización de la mencionada prueba, garantizando así el talento humano idóneo, suficiente y necesario para ello.

5.4. SOLUCIÓN AL CUARTO PROBLEMA JURÍDICO

110. El cuarto problema jurídico a resolver, consiste en establecer, si es cierto o no, que varios funcionarios de la ANM, participaron en la elaboración de los ejes temáticos de la Convocatoria, así como en el proceso de selección cuya convocatoria aquí se demanda, y si dicha circunstancia constituye una vulneración de los principios de igualdad, imparcialidad y objetividad que rigen el desarrollo de los procesos de selección para acceder a empleos públicos de carrera, toda vez que tuvieron una ventaja injustificada frente a los demás aspirantes que no trabajaban en la entidad.

111. Sobre el particular, la Sala encuentra que de conformidad con la constancia expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión de Talento Humano de la ANM,¹⁴⁶ las mesas de trabajo que definieron los «*ejes*

¹⁴³ Anexo No. 3 del memorial de 10 de octubre de 2018, Juan A. Cepeda.

¹⁴⁴ Denominada en el marco del contrato como “La Contratista”

¹⁴⁵ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

¹⁴⁶ Visible a folio 204 del cdno. ppal. del exp. 4603-2015.

temáticos» de la prueba de conocimientos aplicada en desarrollo de la Convocatoria No. 318 de 2014, estuvieron conformadas de la siguiente forma:

«1. Que una vez revisados los archivos que reposan en el Grupo de Gestión de Talento Humano de la Agencia Nacional de Minería, se encontró documento donde se señala que los funcionarios encargados de elaborar los ejes temáticos en desarrollo de la Convocatoria No. 318 de 2014 fueron:

- a) Andrés Felipe Vargas Torres, CC. No 80.093-874, Jefe de la Oficina Jurídica.
- b) Adriana Estella Giraldo Ramírez, CC. No. 43.711.575, Jefe de la Oficina de Control Interno.
- c) Ricardo Fernelix Ríos Rosales, CC. No. 13.514.564, Jefe de la Oficina de Tecnología e Información.
- d) Jorge Alberto Arias Hernández, CC No. 79.240.647, Vicepresidente de Contratación y Titulación.
- e) Juan Camilo Granados Riveros, CC. No. 79.783.764, Vicepresidente de Seguimiento, Control y Seguridad Minera.
- f) Juan Guillermo Castro Benedetti, CC. No. 79.381.416, Vicepresidente de Promoción y Fomento.
- g) Lisbeth Triana Casas, C.C. 39.702.262, Vicepresidente Administrativa y Financiera.»

112. Por su parte, la CNSC en cumplimiento del requerimiento realizado por la Consejera Sustanciadora del proceso mediante auto de 9 de julio de 2018,¹⁴⁷ aportó certificación¹⁴⁸ en la que consta que de los servidores públicos de la ANM que participaron en las mesas de trabajo que sirvieron de base para consolidar los «ejes temáticos», sólo se inscribió y participó en el concurso la señora Adriana Estella Giraldo Ramírez, quien no superó la etapa de requisitos mínimos para ocupar el empleo para el cual se postuló.

113. Así las cosas, para la Sala no tiene vocación de prosperidad el argumento esgrimido por la parte demandante, consistente en que los aspirantes en la Convocatoria No. 318 de 2014 de la CNSC se encontraban en desventaja frente a los funcionarios de la ANM que definieron los «ejes temáticos» de la prueba de conocimientos que luego participaron en el concurso, pues las certificaciones expedidas por la ANM y la CNSC muestran que únicamente concursó la señora Adriana Estella Giraldo Ramírez, que fue excluida en la etapa de «inscripciones». Por lo tanto, no se vulneraron los principios de igualdad, imparcialidad y objetividad que rigen el desarrollo de los concursos de méritos para acceder a cargos públicos de carrera administrativa.

5.5. SOLUCIÓN AL QUINTO PROBLEMA JURÍDICO

114. Recuerda la Sala, que el último problema jurídico a estudiarse en esta oportunidad es definir, si la realización de la prueba de aptitud física en el laboratorio de Fisiología del Ejercicio de la Universidad Pedagógica Nacional, se hizo de manera irregular, atendiendo a que en criterio de la

¹⁴⁷ Visible a folio 215 del cdno. ppal. del exp. 4603-2015.

¹⁴⁸ Visible a folio 227 del cdno. ppal. del exp. 4603-2015.

parte demandante, la referida Universidad no cumple con los requerimientos y certificaciones necesarias para la realización de dicha prueba, y en consecuencia, la misma debió ser aplicada por entidades expertas en riesgos profesionales, debidamente reconocidas como tal, con personal capacitado y equipos idóneos.

115. Pues, bien, de acuerdo con el artículo 4º del Acuerdo 518 de 2014,¹⁴⁹ la de «*aptitud física*», es una de las 6 «*pruebas o instrumentos de selección*» definidos por la CNSC para aplicar a los inscritos en la Convocatoria 318 de 2014.

116. Los artículos 37, 38, 39, 40 y 41 del Acuerdo 518 de 2014,¹⁵⁰ establecieron las reglas para la aplicación de la prueba de aptitud física de la siguiente manera:

«Artículo 37.- PRUEBA DE APTITUD FÍSICA. *La prueba de aptitud física busca identificar en los aspirantes, condiciones físicas que les permitan un ajuste óptimo a los requerimientos del empleo al cual aspiran y a los requerimientos de la entidad.*

La prueba de aptitud psicofísica tiene carácter eliminatorio y será aplicada a los aspirantes que hayan optado por alguno de los empleos correspondientes al Grupo III y que hayan superado la etapa de verificación de requisitos mínimos, y las pruebas de competencias básicas y funcionales.

La prueba de aptitud física, se calificará numéricamente en escala de cero (0) a cien (100) puntos, con una parte entera y dos (2) decimales y será ponderada como se describe a continuación.

El aspirante que obtenga una calificación en la prueba de aptitud física menor que ochenta (80) puntos, quedará eliminado y no podrá continuar en el proceso de selección. Por el contrario, el aspirante que obtenga un calificación en la prueba de aptitud física mayor o igual que ochenta (80) puntos, podrá continuar en el concurso y su resultado será ponderado con un porcentaje del quince por ciento (15%), conforme a los establecido en el artículo 27 del presente Acuerdo.

Artículo 38.- CITACIÓN A LA PRUEBA DE APTITUD FÍSICA. *La Universidad o Institución de Educación Superior contratada para adelantar la prueba de aptitud física, citará a esta prueba únicamente a los aspirantes que hayan superado las pruebas de competencias básicas y funcionales y que hayan optado por alguno de los empleos correspondientes al Grupo III, de acuerdo con lo señalado en el párrafo 2º del artículo 4º del presente Acuerdo, para lo cual publicará con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles a la aplicación de la prueba en su página web y/o en la página de la CNSC www.cnsc.gov.co en el link: “Convocatorias en Desarrollo”, “318 de 2014 – Agencia Nacional de Minería”, el cronograma respectivo.*

La Universidad o Institución de Educación Superior que la Comisión Nacional del Servicio Civil contrate para adelantar el proceso de selección,

¹⁴⁹ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Agencia Nacional de Minería, Convocatoria No. 318 - Agencia Nacional de Minería.

¹⁵⁰ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Agencia Nacional de Minería, Convocatoria No. 318 - Agencia Nacional de Minería.

será responsable de realizar la prueba de aptitud física de acuerdo al protocolo que adopte la CNSC.

El aspirante admitido podrá consultar lugar, fecha y hora de realización de la prueba de aptitud física de acuerdo con el protocolo que la adopte la CNSC.

El aspirante admitido podrá consultar lugar, fecha y hora de realización de la prueba de aptitud física en la página web www.cnsc.gov.co, en el link: "Convocatorias en Desarrollo", "318 de 2014 – Agencia Nacional de Minería" y en la página de la Universidad o Institución de Educación Superior contratada.

La prueba de aptitud física se aplicará únicamente en las ciudades de Bogotá D.C., Cali, Medellín, Bucaramanga, Cúcuta, Manizales y pasto.

Artículo 39.- PUBLICACIÓN DE RESULTADOS DE LA PRUEBA DE APTITUD FÍSICA. En la fecha que disponga la CNSC, a través del Despacho responsable de la Convocatoria, que será informada con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles en la página web: www.cnsc.gov.co, en el link: "Convocatorias en Desarrollo", "318 de 2014 – Agencia Nacional de Minería", y en la página de la Universidad o Institución de Educación Superior que contrate la CNSC, se publicarán los resultados de la prueba de aptitud física.

Artículo 40.- RECLAMACIONES. Las reclamaciones de los aspirantes sobre los resultados de la prueba de aptitud física, se recibirán y decidieran exclusivamente por la Universidad o Institución de Educación Superior contratada por la CNSC a través de su página web y/o en la página de la CNSC www.cnsc.gov.co, en el link: "Convocatorias en Desarrollo", "318 de 2014 – Agencia Nacional de Minería".

El plazo para realizar las reclamaciones es de cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente a la publicación de los resultados.

Contra la decisión que resuelve la reclamación no procede ningún recurso.

Artículo 41.- RESULTADOS DEFINITIVOS DE LA PRUEBA DE APTITUD FÍSICA. Las respuestas a las reclamaciones y los resultados definitivos de la prueba de aptitud física, se publicarán en la página web: www.cnsc.gov.co, en el link: "Convocatorias en Desarrollo", "318 de 2014 – Agencia Nacional de Minería" y en la página de la Universidad o Institución de Educación Superior contratada por la CNSC. Para conocer las respuestas a las reclamaciones y los resultados definitivos de esta prueba, los aspirantes deberán ingresar con el número de documento de identidad y el PIN correspondiente.

PARÁGRAFO. Los aspirantes que no hayan superado la prueba de aptitud física, no continuarán en el proceso de selección, por tratarse de una prueba de carácter eliminatorio, y por tanto serán excluidos del proceso.».

117. Reitera la Sala, que para desarrollar la Convocatoria 318 de 2014, en virtud de la autorización conferida por el artículo 30¹⁵¹ de la Ley 909 de 2004,¹⁵² la CNSC suscribió un contrato de «prestación de servicios» con la

¹⁵¹ **Artículo 30. Competencia para adelantar los concursos.** Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin.

¹⁵² Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

Universidad de la Sabana, previa realización de un proceso de licitación pública.

118. Como se dijo anteriormente, una de las obligaciones de la Universidad de la Sabana era la de «21) *disponer del talento humano idóneo, suficiente y necesario para la realización de las pruebas de aptitud física, entrevista (Análisis de estrés de voz) y valoración de antecedentes*». Para el efecto, la institución educativa suscribió contrato de prestación de servicios¹⁵³ con la Fundación Franciska Radke para el Desarrollo de la Universidad Pedagógica Nacional, cuyo objeto fue «*la realización de 19 pruebas físicas en las condiciones y requisitos que para ello se han establecido*».

119. Así las cosas, en el párrafo segundo de la cláusula primera del referido contrato la Universidad Pedagógica Nacional se comprometió a entregar la Universidad de la Sabana, los siguientes servicios:

«1. Realizar la prueba física conforme a los requerimientos establecidos para dicha prueba.

2. *Entregar los resultados por aspirante, de la prueba física.*

3. *Realizar un Informe detallado de los resultados por aspirante de la prueba física.*

4. *Realizar un Informe consolidado donde se precise el número de las pruebas efectivamente realizadas.*

5. *Entregar los archivos de audio, videos y magnéticos que contengan la información de la prueba física.*

6. *Realizar diecinueve (19) pruebas físicas a los aspirantes que indique la Universidad.*

7. *Realizar el protocolo para la calificación de la prueba de aptitud física.»*
(Subraya la Sala)

120. En virtud del numeral 1.º transcrito, la Universidad Pedagógica Nacional debía aplicar las pruebas físicas atendiendo los requerimientos establecidos para ésta, los cuáles están contenidos en el «*Protocolo para la aplicación de la Prueba de Aptitud Física*» de la Convocatoria 318 de 2014, diseñado conjuntamente por la CNSC, la Universidad de la Sabana y la ANM. Además, según la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios, denominada «*Obligaciones especiales a cargo del contratista*», la Universidad Pedagógica Nacional se comprometió a «10. *Capacitar al personal que intervendrá durante la aplicación de las pruebas de manera que se garantice la homogeneidad en el desarrollo del proceso.*»

121. Adicionalmente a lo anterior, encuentra la Sala que la Universidad de la Sabana aportó al proceso un documento técnico¹⁵⁴ en el que se explica de manera detallada los lugares donde se realizaron las pruebas, en qué

¹⁵³ Cuaderno de Anexos No. 2 del memorial presentado por Juan A. Cepeda en el expediente 4603-2015

¹⁵⁴ Cartilla 12, expediente 4603-2015

consistió cada una de éstas y las calidades de los profesionales que intervinieron en su realización.

122. En lo que respecta a la conformación y capacitación de los equipos que realizarían la prueba, el referido documento técnico señala:

«4. CONFORMACIÓN Y CAPACITACIÓN DE EQUIPOS PARA LA EJECUCIÓN DE LA PRUEBA FÍSICA.

Para conformar el equipo de evaluadores, se llevó a cabo un proceso de selección de profesionales, para lo cual se hizo una revisión de sus hojas de vida, a fin de verificar su formación y experiencia profesional.

Los evaluadores y los representantes de la Universidad de la Sabana en las distintas ciudades, contaron con disponibilidad de tiempo, a fin que pudieran atender los aspirantes en las diversas ciudades en las cuales se aplicó la prueba. (...)

5. CAPACITACIÓN DE LOS EVALUADORES Y REPRESENTANTES DE LA UNIVERSIDAD EN LAS DISTINTAS CIUDADES

Una vez que la Universidad de la Sabana conformó el equipo de evaluadores, se diseñó, programó y ejecutó sesiones de capacitación dirigida a todos los evaluadores; en esta capacitación se abordaron los siguientes temas:

1. *La importancia del proyecto.*
2. *El marco de la convocatoria*
3. *Factores o aspectos a ser evaluados.*
4. *Población a evaluar.*
5. *Protocolo de la prueba física.*
6. *Calificación de la prueba física,*
7. *Aspectos logísticos.*
8. *Funciones específicas de los representantes de la Universidad.*
9. *Formatos a ser usados en la aplicación de la prueba.*
10. *Avisos que debieron ser publicados en el día de la prueba.»*

123. Mientras que sobre los lugares físicos donde se ejecutó la prueba física y sus características, el mencionado documento señaló:

«1. PLANEACIÓN DE LA PRUEBA DE APTITUD FÍSICA

Los sitios donde se planeó y ejecutó la prueba fueron los siguientes:

N o.	CIUDAD	NOMBRE DEL SITIO DE APLICACION	DIRECCIÓN	NUMERO DE ASPIRANTES CITADOS
1	BOGOTÁ	UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA NACIONAL SEDE VALMARIA	LABORATORIO DE FISIONLOGIA DEL EJERCICIO CALLE 183 No. 54D	12
2	BUCARAMANGA	UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA	CALLE 30 A No. 33-51 SEXTO PISO FACULTAD DE EDUCACION	3
3	CALI	UNIVERSIDAD DEL	CALLE 13 No.	1

		VALLE CIUDAD UNIVERSITARIA MELENDES	100-00 381 OFICINA 3026	
4	MANIZALES	UNIVERSIDAD DE CALDAS	CALLE 65 No. 26- 10 GIMNASIO	1
5	MEDELLIN	UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA	SEDE DE ROBLEMA. INSTITUCION DE 1EDUCACION FISICA.	2
6	SAN JOSÉ DE CUCUTA	UNIVERSIDAD DE PAMPLONA	AUTOPISTA INTERNACIONAL VIA LOS ALAMBOS VILLA ANTIGUA.	1

(...)

7. DESCRIPCIÓN DE LOS LUGARES FÍSICOS Y DOTACIÓN CON QUE CUENTA PARA LA REALIZACIÓN DE LA PRUEBA FÍSICA

Los espacios seleccionados para la aplicación de la prueba física tuvieron las siguientes características:

- *Escenario deportivo que constó de:*
- *Cancha de atletismo*
- *Piso en césped o cerámica*
- *Las condiciones climáticas fueron las de cada una de las ciudades en las cuales se aplicó la prueba.*

Por otra parte, las instalaciones en las cuales se albergaron a los aspirantes contaron con baterías de baños para hombres y mujeres con las condiciones físicas requeridas (sanitarios, lavamanos, espejos y desagües necesarios).

Los pasillos contaron con pisos de tipo: vinílico, en cerámica, porcelanato, madera o mármol en óptimas condiciones, lo cual favorezca el fácil desplazamiento de los aspirantes y personal auxiliar dispuesto para la prueba física.»

124. Los documentos revisados por la Sala hasta el momento muestran, que las pruebas fueron desarrolladas por la Universidad de la Sabana, a través de docentes expertos adscritos al Laboratorio de Fisiología del Ejercicio de la Universidad Pedagógica en virtud del contrato de prestación de servicios suscrito entre dichas instituciones el 29 de octubre de 2015. Sobre el particular, se evidencia que:

- (i) El «*equipo de evaluadores*» estuvo conformado por un grupo de profesionales que fueron capacitados por la Universidad de la Sabana en los aspectos clave de la prueba y de la convocatoria; y
- (ii) Que la aplicación de las pruebas se efectuó en «*escenarios deportivos*» con todas las condiciones para ello, tales como cancha de atletismo y espacios con pisos en césped o de cerámica, baños adecuados e instalaciones que favorecieron el desplazamiento de los aspirantes.

125. El análisis que se acaba de realizar evidencia, que la realización de la prueba física cumplió con los requerimientos mínimos del «*Protocolo para la aplicación de la Prueba de Aptitud Física*» de la Convocatoria 318 de 2014, diseñado conjuntamente por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), la Universidad de la Sabana y la Agencia Nacional de Minería (ANM), por lo cual este último problema jurídico resuelto no da lugar a declarar la nulidad pedida.

VI. DECISIÓN

126. En atención a las consideraciones anteriormente expuestas, la Sala arriba a las siguientes conclusiones:

- 1) En el marco de los concursos públicos de méritos para proveer empleos del sistema general de carrera administrativa, las pruebas de entrevista y de confianza, como lo es la de «*análisis de estrés de voz*», no puede tener carácter eliminatorio, sino clasificatorio.
- 2) La negativa de un concursante de someterse a la práctica de «*pruebas de confianza*», como lo es la de «*análisis de estrés de voz*», no puede significar la exclusión del proceso de selección; y
- 3) Para el concursante que consienta en la aplicación de pruebas de confianza como la de «*análisis de estrés de voz*», los resultados de las mismas, no pueden implicar su exclusión del proceso de selección, y el otorgamiento de puntaje debe serlo en menor proporción a las puntuaciones que se otorgan respecto de otras pruebas.

127. En tal virtud, se declarará la nulidad parcial del artículo 27 del Acuerdo 518 de 2014,¹⁵⁵ en la parte que se refiere al carácter eliminatorio de la mencionada prueba de entrevista con análisis de estrés de voz.

128. Así mismo, se declarará la nulidad del artículo 32 del Acuerdo 518 de 2014,¹⁵⁶ en la parte que se refiere al carácter eliminatorio de la mencionada prueba de entrevista con análisis de estrés de voz.

129. por último, se exhortará a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), que en el futuro se abstenga de establecer en las reglas o bases de las convocatorias a concurso público de méritos, pruebas de entrevista y de confianza, como la de análisis de estrés de voz, con carácter eliminatorio.

VII. EFECTOS DE LAS ÓRDENES A PROFERIRSE.

¹⁵⁵ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Agencia Nacional de Minería, Convocatoria No. 318 - Agencia Nacional de Minería.

¹⁵⁶ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Agencia Nacional de Minería, Convocatoria No. 318 - Agencia Nacional de Minería.

130. En consideración a que la realización de la prueba de Entrevista con «Análisis de Estrés de Voz» con carácter eliminatorio, es contraria a los principios que rigen el acceso a cargos de carrera administrativa mediante concursos de méritos, en la parte resolutive de esta providencia se ordenará la anulación parcial del artículo 27 del Acuerdo 518 de 2014,¹⁵⁷ en la parte que se refiere al carácter eliminatorio de la mencionada prueba, y la anulación del inciso final del artículo 32 del referido Acuerdo, que reitera la naturaleza eliminatoria de la prueba.

131. Ahora bien, teniendo en cuenta que al presentar sus alegatos de conclusión, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) informa que en el marco de la Convocatoria No. 318 de 2014, se expidieron 146 listas de elegibles para proveer 252 vacantes de las 300 inicialmente ofertadas, la declaratoria de nulidad de los apartados que establecían que la prueba de entrevista con análisis de estrés de voz, tendrá los siguientes efectos:

- (i) «*Ex nunc*», es decir, hacia futuro, respecto de los nombramientos que ya fueron efectuados, toda vez que no se pueden afectar los derechos adquiridos de los concursantes que a la fecha fueron designados en periodo de prueba o en propiedad, y adquirieron sus derechos de carrera administrativa; y
- (ii) «*Ex tunc*», o sea, desde el momento mismo de la expedición del Acuerdo 518 de 2014,¹⁵⁸ respecto de quienes concursaron para las vacantes que aún no tienen listas de elegibles, caso en el cual, la prueba de entrevista con «*análisis de estrés de voz*», no podrá tener carácter eliminatorio.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Se declara la nulidad parcial del artículo 27 del Acuerdo 518 de 2014,¹⁵⁹ en la parte que se refiere al carácter eliminatorio de la mencionada prueba de entrevista con «*análisis de estrés de voz*». A continuación se transcribe el artículo 27 del Acuerdo 518 de 2014,¹⁶⁰ subrayándose el segmento que se anula:

«Artículo 27. Pruebas a aplicar, carácter y ponderación. De conformidad con lo previsto en el numeral 3.º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, las

¹⁵⁷ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Agencia Nacional de Minería, Convocatoria No. 318 - Agencia Nacional de Minería.

¹⁵⁸ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Agencia Nacional de Minería, Convocatoria No. 318 - Agencia Nacional de Minería.

¹⁵⁹ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Agencia Nacional de Minería, Convocatoria No. 318 - Agencia Nacional de Minería.

¹⁶⁰ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Agencia Nacional de Minería, Convocatoria No. 318 - Agencia Nacional de Minería.

pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad evaluar la capacidad, adecuación, competencia, idoneidad y potencialidad del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad y eficiencia las funciones y responsabilidades de un empleo. La evaluación de estos factores se realizará a través de medios técnicos, que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad, con parámetros previamente establecidos.

Para el desarrollo del presente proceso de selección, los empleos a concurso se clasificarán en tres grupos, a fin de establecer aquellos que cuentan con procesos adicionales en el proceso de selección y que por lo tanto, difieren en su peso porcentual. En consecuencia, las pruebas a aplicar para los diferentes grupos de empleos, y sus respectivos pesos y carácter, son:

(...)

- **Grupo II. Empleos identificados con los Códigos OPEC que se relacionan a continuación:**

(...)

Pruebas a aplicar:

PRUEBAS	PONDERACIÓN	CARÁCTER	MÍNIMO APROBATORIO
Competencias Básicas	20%	Eliminatoria	70/100
Competencias Funcionales	25%	Eliminatoria	70/100
Competencias comportamentales	20%	Clasificatoria	N/A
Prueba de Entrevista (Análisis de Estrés de Voz)	15%	<u>Eliminatoria</u>	<u>70/100</u>
Valoración de antecedentes	20%	Clasificatoria	N/A

(...).

SEGUNDO.- Se **DECLARA** la nulidad del artículo 32 del Acuerdo 518 de 2014,¹⁶¹ en la parte que se refiere al carácter eliminatorio de la mencionada prueba de entrevista con «análisis de estrés de voz». A continuación se transcribe el artículo 32 del Acuerdo 518 de 2014,¹⁶² subrayándose en el texto, el segmento que se anula:

«Artículo 32. Prueba de entrevista (Análisis de estrés de voz). Tiene como propósito la verificación de la información como prueba de confiabilidad o verificación de la información específica en el aspirante, permitiendo así evaluar el nivel de ajuste a los requerimientos del empleo al que aspira y a los requerimientos de la entidad.

¹⁶¹ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Agencia Nacional de Minería, Convocatoria No. 318 - Agencia Nacional de Minería.

¹⁶² Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Agencia Nacional de Minería, Convocatoria No. 318 - Agencia Nacional de Minería.

La prueba de entrevista (Análisis de Estrés de Voz), tiene carácter eliminatorio y será aplicada a los aspirantes de los niveles Asesor y Profesional que se hayan inscrito en alguno de los empleos correspondientes al Grupo II y que hayan superado la etapa de verificación de requisitos mínimos, las pruebas de competencias básicas y funcionales.

La entrevista (Análisis de Estrés de Voz), se calificará numéricamente en escala de cero (0) a cien (100) puntos, con una parte entera y dos (2) decimales y será ponderada como se describe a continuación.

El aspirante que obtenga una calificación en la prueba de entrevista (Análisis de Estrés de Voz) menor de setenta (70) puntos, quedará eliminado y no podrá continuar en el proceso de selección. Por el contrario, el aspirante que obtenga una calificación en la prueba de entrevista (Análisis de Estrés de Voz), mayor o igual que setenta (70) puntos, podrá continuar en el concurso y su resultado será ponderado con un porcentaje del 15%, conforme a lo establecido al artículo 27 del presente Acuerdo.».

TERCERO.- Se exhorta a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), que en el futuro se abstenga de establecer en las reglas o bases de las convocatorias a concurso público de méritos, para el ingreso a la Función Pública, pruebas de entrevista y de confianza, como la de «análisis de estrés de voz», con carácter eliminatorio.

CUARTO.- La presente sentencia de nulidad tendrá los siguientes efectos:

- (i) «*Ex nunc*», es decir, hacia futuro, respecto de los nombramientos que ya fueron efectuados, toda vez que no se pueden afectar los derechos adquiridos de los concursantes que a la fecha fueron designados en periodo de prueba o en propiedad, y adquirieron sus derechos de carrera administrativa; y
- (ii) «*Ex tunc*», o sea, desde el momento mismo de la expedición del Acuerdo 518 de 2014,¹⁶³ respecto de quienes concursaron para las vacantes que aún no tienen listas de elegibles, caso en el cual, la prueba de entrevista con análisis de estrés de voz, no podrá tener carácter eliminatorio.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sección Segunda en sesión de la fecha, por los Consejeros:

¹⁶³ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Agencia Nacional de Minería, Convocatoria No. 318 - Agencia Nacional de Minería.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

RAFAEL SUAREZ VARGAS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ