



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO DIECIOCHO LABORAL
DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Medellín, marzo dos de dos mil veintitrés

PROCESO	Acción de tutela
ACCIONANTE	Ana Pilar Monsalve Franco
ACCIONADOS	Comisión Nacional del Servicio Civil Universidad Libre
VINCULADO	Municipio de Bello – Secretaría de Educación Municipal
RADICADO	05001 31 05 018 2023 00065 00
INSTANCIA	Primera
PROVIDENCIA	Sentencia 30 de 2023
DERECHOS INVOCADOS	Debido proceso administrativo
DECISIÓN	Declara Improcedente

Conforme a lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991, procede el Despacho a definir la viabilidad de la Acción de Tutela de la referencia.

ELEMENTOS FÁCTICOS

Manifiesta la accionante ANA PILAR MONSALVE FRANCO, que las entidades accionadas han vulnerado su derecho fundamental al debido proceso administrativo, en el proceso de selección de Directivos Docentes y Docentes – Población Mayoritaria – 2150 a 2237 de 2021 y 2316 de 2022, que a la fecha de radicación de la presente tutela aún no cuenta con el acto administrativo definitivo; que su número de inscripción en el concurso de mérito es ID 491652256 y aspirante al cargo de Docente de aula, población mayoritaria no rural, en la Secretaría de Educación de Bello, correspondiente a la OPEC 184361

Reclama que, de acuerdo con las condiciones específicas de las diferentes etapas del proceso de selección, Unilibre debió publicar en la Guía de Orientación al Aspirante (GOA) de manera detallada la forma de calificación de las pruebas escritas; que la Universidad Libre, autorizada previamente Comisión Nacional del Servicio Civil, publicó en la GOA la forma de calificación de las pruebas escritas, utilizó 47 palabras para detallar la puntuación decimal truncada e ilustró el asunto con un ejemplo concreto y sencillo. Utilizó cinco (5) palabras para comunicar

la metodología de calificación, esto es, los nombres de dos metodologías. “puntuación directa” y “puntuación directa ajustada”. Para detallar la puntuación directa ajustada no utilizó palabra alguna, no presentó simbología matemática o estadística para una ecuación o fórmula concreta, no publicó un ejemplo concreto. La puntuación directa ajustada simplemente fue nombrada, pero no fue detallada.

Indica que 5 meses después de la publicación de la GOA, Unilibre comunica privadamente los detalles de la puntuación directa ajustada; que los detalles omitidos en la GOA le fueron comunicados como respuesta a su reclamación y le informa que contra los detalles de calificación omitidos en la GOA no procede recurso. Informa que, con base en la puntuación asignada en la prueba escrita de carácter eliminatorio, la CNSC declaró que no continúa en el concurso para las siguientes etapas del proceso de selección.

Considera una omisión y una extralimitación en la actuación administrativa de Unilibre con respecto a la prueba de carácter eliminatorio y su calificación, porque Unilibre omitió publicar en la GOA de manera detallada los escenarios o métodos de calificación para la prueba eliminatoria, incumpliendo una de las obligaciones de hacer derivada de la licitación adjudicada por la CNSC, esta es, presentar en la GOA los escenarios de calificación para la prueba eliminatoria, los que podrían ser la escala de centil, baremo normalizado o no normalizado y/o puntuación directa. Además, de todos estos escenarios debió aplicarse el escenario de calificación de mayor favorabilidad para el aspirante.

Asegura que Unilibre no publicó en la GOA de manera detallada la forma de calificación de la prueba eliminatoria, tal como se anunció en el Anexo del Acuerdo de Convocatoria, no publicó en la GOA de manera detallada los escenarios de calificación, informó el método de calificación para la prueba eliminatoria en un documento distinto y posterior a la GOA, en respuesta a la reclamación interpuesta por ella, 5 meses después de haber publicado la GOA, cometiendo una omisión en su actuación administrativa respecto a la publicación en la GOA de los escenarios de calificación o métodos para calificar la prueba eliminatoria.

Discute que la no publicación de los escenarios o métodos de calificación de manera detallada en la GOA es una omisión administrativa inexcusable. Publicar los diferentes escenarios o métodos de calificación para la prueba eliminatoria en la GOA es factible, aunque no se tenga la data que resulta después que los aspirantes contestan la prueba; que la CNSC publicó en el Anexo de la Licitación los distintos escenarios de calificación y la prueba no había sido diseñada; que no publicar en la GOA lo que ya estaba publicado en la licitación es una omisión inexcusable. Que En lugar de cumplir con su deber contractual de publicar en la GOA los diferentes escenarios de calificación para la prueba eliminatoria, tal como lo estableció también la CNSC en el Anexo de condiciones específicas de la Convocatoria, Unilibre le impuso la tarea de buscar la metodología matemática y estadística en los documentos de concursos similares sin decir taxativamente cuál de ellos.

Asegura que, en la GOA, Unilibre menciona dos tipos de escenario, ellos son, puntuación directa y puntuación directa ajustada, que por principio de buena fe y confianza legítima, su expectativa fundada es que se aplicaría la que más puntuación otorgara; que su puntuación directa es 0,65, su puntuación directa ajustada es 0,58 Obviamente la de mayor favorabilidad es la puntuación directa. No obstante, las accionadas aplicaron la puntuación que menos le favorece, que con esta acción irrazonable, arbitraria y desproporcionada, vulneraron su buena fe y confianza legítima.

Aduce que el Decreto reglamentario del concurso docente y el Acuerdo de convocatoria establecen que el desempeño mínimo necesario en la prueba para el cargo de docente es de 60.00 puntos. No dice el Decreto reglamentario, tampoco el Acuerdo de convocatoria ni la GOA, que mientras más aspirantes se presenten a una misma OPEC, más alto debe ser el desempeño mínimo del aspirante. Esa es otra discrecionalidad y arbitrariedad de parte de las accionadas. Recalca que si logró el desempeño mínimo requerido por el Decreto Reglamentario, entonces tiene derecho a ser admitido para las siguientes etapas del proceso de selección. En las siguientes etapas podrá remontar algunas posiciones, en el tiempo que transcurre para la publicación del acto administrativo definitivo, es decir, la lista de elegibles, el número de vacantes aumentará por los fallecimientos, jubilaciones, retiros forzosos, retiros voluntarios, incapacidades definitivas. Y el número de vacantes aumentará durante los dos años de vigencia de la lista de elegibles. Y en el hipotético caso que la lista de elegibles perdiera vigencia sin que el aspirante logre posesionarse en una vacante, simplemente tendrá que aceptarlo.

Señala que si las accionadas alegaran el incremento de costos como una razón para no admitirla en las siguientes etapas del proceso de selección, debe tenerse en cuenta que el Decreto reglamentario no establece criterios económicos para determinar la cantidad de aspirantes que puedan ser admitidos, tampoco el Acuerdo de convocatoria. Además, de conformidad con el Acuerdo de convocatoria, el proceso de selección tiene dos fuentes de financiamiento, ellas son, los derechos de participación de los aspirantes y los aportes del ente territorial. En este sentido, lo recaudado por concepto de los derechos de participación alcanza para cubrir los costos de las etapas del proceso de selección.

Considera una extralimitación en la calificación de la prueba, que si los escenarios o métodos de calificación para la prueba eliminatoria no fueron publicados oportuna y detalladamente en la GOA, tal como lo anunció el Anexo del Acuerdo de Convocatoria y también lo requiere el Anexo de la licitación, entonces el proceso de selección no cuenta con una regla de concurso legítima que de manera previa y expresa establezca límites al operador del concurso de méritos para calificar la prueba eliminatoria, y al mismo tiempo, informe al suscrito accionante qué tratamiento matemático o estadístico cabe esperar de manera fundada. Luego, resulta discrecional, arbitrario, desproporcionado, e ilegal, la aplicación de un escenario o método de calificación que no fue oportunamente publicado, es decir, se configura una extralimitación.

SOLICITUD DE TUTELA Y DERECHOS INVOCADOS

Pretende que el juez constitucional ampare su derecho fundamental al debido proceso administrativo, que declare la nulidad de la metodología de calificación aplicada a su prueba eliminatoria denominada método con ajuste proporcional, y ordene a las accionadas la aplicación de la metodología de puntuación directa para emitir la puntuación definitiva de su prueba eliminatoria; esto con los efectos o consecuencias que acarree frente a los otros aspirantes de la misma OPEC.

RESPUESTA DEL ENTE ACCIONADO

A través de proveído del 20 de febrero de 2023 se admitió la presente acción de tutela, ordenándose la notificación y concediéndole a las entidades accionadas el término de dos (2) días para que rindieran informe respecto de los hechos de la tutela.

En extensa respuesta la UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA informó que la accionante, se inscribió para el empleo de Docente de Primaria, de la entidad territorial certificada en educación Municipio de Bello No Rural, identificada con el código OPEC 184361, por lo tanto, para superar la prueba de aptitudes y competencias básicas, debía obtener un puntaje igual o superior a 60.00 puntos. Que los resultados preliminares de las pruebas de aptitudes y competencias básicas y la prueba psicotécnica, fueron publicados el 03 de noviembre de 2022, de ahí que, la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante aviso publicado el día 27 de octubre de 2022, notificó a los aspirantes la apertura de la etapa de reclamaciones que se surtió los días 4, 8, 9, 10 y 11 de noviembre del mismo año. Superada la etapa de reclamaciones, mediante aviso publicado el 15 de noviembre de 2022 en el sitio web de la CNSC, se informó a los aspirantes que el acceso a pruebas se llevaría a cabo el día 27 de noviembre de la misma anualidad y, por ende, en consideración a las reglas del proceso de selección, la etapa de complementación a las reclamaciones se surtiría los días 28 y 29 de noviembre de 2022, como efectivamente se realizó.

Informa que la accionante efectivamente presentó reclamación dentro de los términos indicados previamente, la cual fue resuelta de fondo respuesta publicada a través del aplicativo SIMO el pasado 02 de febrero de la presente anualidad. Que, en atención a la inconformidad con el método de calificación, precisa que la misma fue resuelta de fondo en la respuesta a la reclamación; motivo por el cual se reitera en lo pertinente por encontrarse ajustadas a derecho; que en atención a la inconformidad principal de la accionante en relación con el incumplimiento de lo dispuesto en el anexo de la licitación en material de los contenidos de la Guía de Orientación al Aspirante se precisa que, conforme el Anexo N° 1 de Especificaciones y Requerimientos Técnicos de la Licitación Pública CNSC –LP-002 de 2022, el operador (Universidad Libre) tenía como obligación elaborar y entregar un documento para

la prueba escrita que se publicaría en el sitio web de la CNSC para consulta de los aspirantes, denominado Guía de orientación al aspirante (GOA), documento que fue publicado el 26 de agosto de 2022. Así mismo, se describían las características que debía contener dicho documento y que se dio total cumplimiento a lo estipulado en los documentos técnicos de la convocatoria que versan sobre la información requerida para la GOA, así como el deber contractual de la Universidad Libre como operador del Concurso.

Informa que frente a los procesos desarrollados posteriormente por la universidad como operador, se garantiza el derecho a la defensa y contradicción contra la fase de pruebas escritas; que, en etapa de respuesta a las reclamaciones o acciones judiciales interpuestas por los aspirantes se da respuesta a las pretensiones de estos. Para el caso en particular el tutelante solicitó, entre otras cosas, conocer el desarrollo del método de calificación, pretensión que fue atendida de fondo en la respuesta a la reclamación publicada el 02 de febrero del 2023. Que la accionante en el escrito de tutela manifiesta la vulneración al principio de buena fe y confianza legítima, indicando que la Universidad “se obliga a la aplicación del escenario de mayor favorabilidad para el aspirante”, Así pues, es preciso señalar que los concursos de mérito siguen la línea de la evaluación de competencias, garantizando que el acceso a los empleos públicos se haga exclusivamente de acuerdo con los principios de mérito e igualdad, a través de un procedimiento en el que se salvaguarda la objetividad y la imparcialidad.

Añade que desde un punto de vista netamente técnico y objetivo, la accionante no forma parte del selecto grupo de aspirantes que presentan el mayor dominio de la competencia, quienes obtuvieron los más altos puntajes. Por tanto, los métodos de calificación que se usan para el presente proceso permiten garantizar una provisión adecuada de los empleos convocados, generando las condiciones necesarias para que quienes obtengan las puntuaciones más altas en los grupos de referencia ingresen a carrera administrativa docente y coadyuven al mejoramiento de la calidad educativa, todo ello en pro de garantizar no solo el cubrimiento de las vacantes sino la selección de los mejores candidatos, y en clara garantía de los derechos de todos y cada uno de los participantes promoviendo con ello el logro de verdaderos principios axiológicos de la Constitución Política, entre ellos el mérito y la carrera. En este orden, la determinación del método de calificación aplicado se enfocó en el cumplimiento de los fines del estado plasmados en el artículo segundo del texto constitucional como objeto de la Carrera Administrativa.

Indica que los argumentos esgrimidos por la accionante no están llamados a prosperar, teniendo en cuenta que la aspirante ha podido ejercer en toda su plenitud los derechos consagrados para los participantes del concurso de méritos, que fue recibida sin mayores inconvenientes su reclamación y/o complementación presentada en termino y cuya respuesta pudo conocer el aspirante el día 2 de febrero de 2023, fecha dispuesta por la CNSC para tal fin.

Argumenta que de ser concedidas las peticiones pretendidas por la accionante, representan una violación a la confianza legítima, transparencia e imparcialidad que le asiste a los demás aspirantes que válidamente y de buena fe, presentaron las pruebas escritas, reclamaciones y complementaciones con la expectativa de continuar en el concurso bajo las mismas condiciones de igualdad que se fundamentan en el Acuerdo y el Anexo Técnico, violentando los principios de buena fe y seguridad jurídica que le asiste a todos los aspirantes en el desarrollo del concurso; y adicionalmente se pone en duda la confianza legítima de la administración en cabeza de la CNSC, que ha desarrollado el presente Proceso de Selección bajo los lineamientos constitucionales y legales aplicables al caso.

Recalca que toda una serie de principios enmarcan el cumplimiento del debido proceso administrativo que caracteriza la selección de empleados públicos mediante concurso de méritos, en aras de que las actuaciones complejas que se desarrollan en el mismo se encuentren impregnadas de validez y seguridad jurídica; motivo por el cual existen los recursos de ley al alcance de todos los participantes o concursantes a efectos de que estos puedan cuestionar cualquier tipo de error, ya sea de forma o de fondo, directamente ante el ente público que se encuentre a cargo del proceso de selección, con el objeto de que éste determine si hay lugar a la modificación, aclaración o revocatoria del acto administrativo cuestionado, siempre en pro del derecho de defensa y contradicción del interesado, que bien puede ser protegido, en caso de verse afectado, sin tener que acudir a las instancias judiciales. Que tales recursos en muchos eventos también se erigen como presupuesto necesario para poder acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, conociéndose su ejercicio como agotamiento del recurso obligatorio en sede administrativa, antes llamada vía gubernativa; lo que en otras palabras enseña que el interesado para poder hacer uso del derecho fundamental del libre acceso a la justicia, deberá previamente haber elevado reclamación directa mediante precisos mecanismos de defensa establecidos en la ley o normas de carácter procedimental que regulan el asunto en cuestión.

Asegura que brindo todas las garantías a fin de que los docentes aspirantes, en este caso, el accionante conociera de manera detallada lo permitido por la ley frente a la prueba presentada en el concurso de méritos, como también, fue notificado y participe de las etapas del proceso, por tal motivo, es menester considerar y recalcar que no existe una vulneración al derecho fundamental del debido proceso, y en consecuencia la Acción de tutela en este caso es improcedente, además que la accionante puede hacer uso del medio de control denominado acción de nulidad contra el acto administrativo que reglamenta el proceso de selección y por ende lo relacionado con pruebas escritas, lo que es bien sabido que obstruye al juez de tutela cualquier posibilidad de intervención. Que se advierte la inexistencia de un perjuicio irremediable que torna no menos que imposible la viabilidad del amparo por la ausencia de esta condición o circunstancia en el presente caso; por lo que aunando en razones la

conclusión no puede ser otra que la improcedencia de la tutela por no cumplirse con el carácter residual y subsidiario establecido para este tipo de protección constitucional.

Entre tanto LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, en amplia exposición informó que la accionante se inscribió para el empleo de DOCENTE DE PRIMARIA, de la entidad territorial certificada Educación Municipio de Bello, No Rural, identificada con el código OPEC 184361, por lo tanto, para superar la prueba de aptitudes y competencias básicas, debía obtener un puntaje igual o superior a 60.00 puntos; que los resultados preliminares de las pruebas de aptitudes y competencias básicas y la prueba psicotécnica, fueron publicados el 03 de noviembre de 2022, de ahí que, la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante aviso publicado el día 27 de octubre de 2022, notificó a los aspirantes la apertura de la etapa de reclamaciones que se surtió los días 4, 8, 9, 10 y 11 de noviembre del mismo año.

Respecto de la queja de la accionante por haber aplicado un método de calificación no favorable para ella, insiste en que se aplicó para todos los aspirantes al proceso de selección, que esta entidad ha actuado en pro de la garantía de la señora ANA PILAR MONSALVE FRANCO y de todos los aspirantes al proceso de selección, situación fácilmente demostrable con la publicación de la información a través del sitio web de la CNSC; citación a la aplicación de pruebas, posibilidad de presentar reclamación sobre los resultados obtenidos, acceso al material de pruebas con la posibilidad de conocer sus aciertos y errores, además del cotejo con las claves de respuesta suministradas por la Universidad Libre e incluso la complementación a la reclamación posterior a haber tenido acceso la material de pruebas y conocer sus desaciertos.

Recalca que participar en el proceso de selección no consigna per se la obtención de una posición meritoria, ni siquiera una posición dentro de la lista de elegibles, pues a los inscritos que presentan pruebas les recae solo una expectativa de continuar en el concurso, lo que no traduce que el inscrito vaya a obtener un nombramiento, por lo tanto, ante una mera expectativa no es posible la vulneración de su derecho fundamental al trabajo, ni mucho menos al debido proceso, pues la entidad ha garantizado la participación de la señora ANA PILAR MONSALVE FRANCO en cada una de las etapas ejecutadas, protegiendo incluso su derecho a la defensa y contradicción.

Por consiguiente, siendo necesario para su continuidad en el concurso la obtención de 60 puntos en la prueba de Aptitudes y Competencias Básicas, al haber obtenido un puntaje de 58.18 la señora ANA PILAR MONSALVE FRANCO no cumple con las condiciones establecidas en el proceso de selección para continuar en concurso; que el método de calificación definido fue aplicado para todos los aspirantes de la Convocatoria, garantizando un tratamiento igualitario.

TRÁMITE DE LA TUTELA

Una vez adelantado el trámite correspondiente, se observa que resulta procedente proferir decisión de fondo, toda vez que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado dentro de la tutela y, por ser este Despacho competente para conocer de la acción constitucional impetrada, de conformidad con lo previsto en el art. 86 C. P. de Colombia y el Decreto 2591 de 1991.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a la situación fáctica planteada, corresponde al Despacho determinar si se cumple con el requisito de subsidiariedad que haga procedente la intervención del juez constitucional para controvertir actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos; en caso afirmativo, verificar si como lo asegura la accionante se ha vulnerado su derecho fundamental debido proceso porque con base en la puntuación asignada en la prueba escrita de carácter eliminatorio, la CNSC declaró que no continua en el concurso para las siguientes etapas del proceso de selección de Directivos Docentes y Docentes – Población Mayoritaria – 2150 a 2237 de 2021 y 2316 de 2022, como aspirante al cargo de Docente de aula, población mayoritaria no rural, en la Secretaría de Educación de Bello, correspondiente a la OPEC 184361

Encuentra esta judicatura en el presente asunto, que es improcedente la acción de tutela por la existencia de otros medios de defensa judicial idóneos y efectivos, no se evidencia la vulneración actual de derechos, además se advierte, el requisito de subsidiariedad impone que la acción de tutela sea declarada improcedente, lo que seguidamente se explicará.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, señalan que procede la acción de tutela para reclamar la protección inmediata a derechos fundamentales ante la vulneración o amenaza de la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particulares que cumplan función pública. Un aparte de la norma es el siguiente:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces..., la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

(...)

la ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

De acuerdo a la disposición antes citada, debe indicarse que la tutela es procedente ante cualquier entidad pública de cualquier nivel o de un particular en los casos señalados jurisprudencialmente, con el fin de solicitar la protección de los derechos fundamentales que se consideren amenazados o vulnerados por ellas.

En cuanto al requisito de subsidiaridad, indispensable para que se concluya que resulta procedente la acción, debe indicarse que resulta indispensable la existencia de un perjuicio o amenaza inminente de que se cause el daño, en relación con un derecho fundamental para que la acción de tutela tenga cabida y prosperidad y que no haya otro mecanismo directo y más expedito para la protección del derecho.

En ese sentido debe indicarse que la acción de tutela constituye en sí misma un mecanismo y garantía que la constitución le otorga a toda persona para acudir ante un juez en defensa de sus derechos fundamentales, siendo un instrumento autónomo, subsidiario y de aplicación inmediata para la protección de éstos cuando quiera que sean violados o amenazados por una autoridad pública, o por personas privadas en algunos casos específicos previstos por el legislador, cuando el afectado se halla en estado de indefensión frente al trasgresor, por conductas activas u omisivas, con las que se viola o pone en peligro de vulneración aquellos derechos fundamentales. Pero se requiere que, como se expuso, no exista otro medio de defensa o que, existiendo, no sea eficaz para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable, y en este caso procede la tutela como mecanismo transitorio.

Además de lo anterior, pese a la informalidad en la acción de tutela la parte accionante debe cumplir con el deber de aportar los elementos pertinentes e idóneos, para que el juez constitucional llegue al convencimiento de la alegada vulneración del derecho y la materialización de un posible perjuicio irremediable, tal como lo señala la H. Corte Constitucional en la Sentencia T-196 de 2010, de la cual se transcribe un aparte:

“enfáticamente que no basta con afirmar que un derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable, es necesario, además, que el afectado explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”.

Ahora, frente a la eficacia e idoneidad de los medios de defensa, ha establecido la jurisprudencia que se requiere un análisis del caso particular, en relación con el perjuicio que se puede generar, con el fin de no desplazar los medios de defensa ordinarios. Lo anterior se dijo entre otras en la sentencia T 276 de 2014, en los siguientes términos:

“Ahora bien, independientemente de que la acción de tutela sea propuesta por una persona en situación de debilidad manifiesta o un sujeto de especial protección constitucional, sólo será procedente si, como resultado de un perjuicio irremediable, los medios ordinarios de defensa resultan ineficaces o inidóneos a la luz del caso concreto. Su análisis y la evaluación del

perjuicio irremediable debe realizarse con el ánimo de preservar la naturaleza de la acción de tutela. Esto es, (i) evitar que desplace a los mecanismos ordinarios al ser estos los espacios preferentes para invocar la protección de los derechos constitucionales; y (ii) garantizar que opere únicamente como el último recurso cuando, en una circunstancia específica, se requiere suplir los vacíos de defensa que presenta el orden jurídico para la protección de los derechos fundamentales.

4.4. La determinación de la eficacia e idoneidad de los recursos ordinarios no debe obedecer a un análisis abstracto y general. Es competencia del juez constitucional analizar la funcionalidad y eficacia de tales mecanismos a la luz del caso concreto y de la situación del accionante para determinar si ellos, realmente, permiten asegurar la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales cuyo amparo se pretende. En relación con la situación del actor, entiéndase, por ejemplo, su edad, su estado de salud o el de su familia, sus condiciones económicas y la posibilidad que, para el momento del fallo definitivo por la vía ordinaria, la decisión del juez sea inoportuna o inocua.”

Obviar lo anterior, sería convertir la tutela en una instancia en la cual debatir un derecho o en una alternativa a la cual sacar provecho cuando no se interponen las demás acciones o para revivir pleitos ya perdidos, sustituyendo la acción constitucional las demás acciones o recursos legales existentes pues como se ha explicado por la alta corporación constitucional – Sentencia T 083 de 1998:

“la integridad de la función estatal de administrar justicia resultaría gravemente comprometida si se permitiera que un mecanismo especial y extraordinario como la acción de tutela, dirigido exclusivamente a la protección de los derechos fundamentales, pudiera suplir los instrumentos y recursos ordinarios que el ordenamiento pone a disposición de aquellas personas que persiguen la definición de alguna situación jurídica mediante un proceso judicial.”

En cuanto al debido proceso administrativo, la Corte Constitucional en Sentencia C-162/2021 ha expresado:

(...) Conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución, el debido proceso se aplica “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Al interpretar este artículo, la Corte ha definido el derecho al debido proceso “como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.

El debido proceso administrativo “no es un concepto absoluto”, sino que “presupone distinciones ordenadas por la propia Carta y por la ley, siempre que sean adecuadas a la naturaleza de la actuación de las autoridades públicas”. El debido proceso administrativo no es idéntico al debido proceso judicial, de tal modo que no se pueden trasladar de manera mecánica las garantías de este último al primero.

El debido proceso administrativo se aplica a todas las actuaciones administrativas y debe garantizar “(i) el acceso a procesos justos y adecuados; (ii) el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas; (iii) los principios de contradicción e imparcialidad; y, (iv) los derechos fundamentales de los asociados. ”

De la aplicación del debido proceso administrativo se derivan una serie de consecuencias, tanto para la administración como para las personas. La Sala ha reconocido que de este derecho se desprenden una serie de garantías, como las que tienen las personas a: 1) conocer las actuaciones de la administración; 2) acceder ante la administración y ser oído por ella; 3) solicitar el decreto y la práctica de pruebas y controvertir las que otros soliciten y las que se practiquen; 4) ejercer el derecho de defensa; 5) impugnar los actos administrativos; y, 6) gozar de las demás garantías establecidas en su beneficio. Estas garantías deben respetarse en todo el procedimiento administrativo, desde el inicio de la actuación, la formación y expedición de los actos administrativos, su notificación o comunicación, su impugnación y resolución, su ejecutoriedad y hasta su ejecución.

Al hacer un análisis más detallado de las citadas garantías, la Sala describió las siguientes: 1) a acceder y ser oído durante toda la actuación; 2) a que se practique en debida forma la notificación de las decisiones; 3) a que el procedimiento se tramite sin dilaciones injustificadas; 4) a que se permita a la persona actuar en todas las etapas del procedimiento, desde el inicio del mismo hasta su culminación; 5) a que la actuación la adelante la autoridad competente, con el respeto pleno de las formas previstas en el ordenamiento jurídico; 6) a gozar de la presunción de inocencia; 7) a ejercer los derecho de defensa y contradicción; 8) a solicitar, aportar y controvertir pruebas; y, 9) a impugnar las decisiones y promover la nulidad cuando ello corresponda.(...)

Por su parte, el mérito es un principio fundamental del Estado colombiano y del actual modelo democrático, tiene como finalidad la de proscribir las practicas clientelistas constituyendo una regla para la escogencia de los mejores candidatos que garantice un medio objetivo de acceso, permanencia y retiro del servicio público. Los concursos públicos de méritos son un proceso de contratación pública a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- quien es el responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, con la misión orientada a posicionar el mérito y la igualdad en el ingreso y desarrollo del mismo, velando por la correcta aplicación de los instrumentos normativos y técnicos que posibilitan el adecuado funcionamiento del sistema de carrera.

En cuanto a las controversias que se puedan originar por el concurso de méritos ha indicado la H. Corte Constitucional en reiteradas ocasiones que resulta por regla general improcedente la acción de tutela en tanto existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, restringiendo el conocimiento del juez constitucional solo cuando esté advierta que su intervención es urgente para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Así lo ha expresado la Alta Corporación entre otras en Sentencia T 059 de febrero de 2019 M.P Alejandro Linares Cantillo:

(...) Las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento. (...)

La Alta Corporación ha sido constante en afirmar que los medios de defensa existentes en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces para resolver el problema jurídico planteado, sometiendo al ciudadano a eventualidades como “que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley.” En ese sentido, el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos.

En el marco específico de la medida cautelar ha manifestado la H. Corte Constitucional que, pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela puede ser satisfecha con la solicitud de medida cautelar, “lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales.” Advirtiendo que la suspensión por vía de tutela de los actos que causen la vulneración de los derechos no son de carácter definitivo, toda vez que la acción constitucional configura una herramienta transitoria y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio.

En ese orden de ideas, se concluye que la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos proferidos en desarrollo de un concurso de méritos, debiendo el juez examinar la eficacia en concreto del medio de defensa ordinario y la viabilidad sumaria de las medidas cautelares en cuento a la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales.

La Sentencia T-114/22, en reiteración de jurisprudencia, se refirió al concurso de méritos y el derecho a ocupar cargos públicos.

59. El artículo 40, numeral 7°, de la Constitución señala que “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los

colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los cuales ha de aplicarse.”

60. Entonces, de la existencia de este derecho (acceder al desempeño de funciones y cargos públicos) no puede derivarse que el ejercicio de funciones públicas está libre de toda exigencia y requisito para quien es llamado a ocupar los cargos de mayor responsabilidad. Por el contrario, el buen éxito en la administración pública y la satisfacción del bien común dependen de una adecuada preparación y de la idoneidad profesional, moral y técnica de las personas en las que se confía el compromiso de alcanzar las metas trazadas por la Constitución. Ello se expresa no solo en el señalamiento previo y general de la forma como se accederá al desempeño del cargo, sino también en la previsión de las calidades y requisitos que debe reunir la persona en quien recaiga la designación.

61. En línea con lo anterior, el artículo 125 de la Constitución establece que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera” y que tanto el ingreso como el ascenso a los mismos “(...) se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.” En este sentido, la carrera administrativa basada en el concurso de méritos es el mecanismo general y preferente de acceso al servicio público, por medio del cual se garantiza la selección de servidores públicos cuyas capacidades, experiencia, conocimiento y dedicación permitan atender las finalidades del Estado Social de Derecho.

62. En este sentido, este Tribunal ha sostenido que la carrera y el concurso de méritos son un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantiza que los concursantes participen en igualdad de condiciones y los cargos públicos sean ocupados por los mejor calificados. Además, permite eliminar la discrecionalidad del nominador y evitar que imperen criterios arbitrarios y subjetivos en la selección de los aspirantes. En esa medida, dicho procedimiento asegura que la administración pública esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, lo cual contribuye a la satisfacción del interés general y el bien común.

63. De igual manera, el ingreso a los cargos públicos a través del concurso de méritos, busca el pleno desarrollo de los principios que orientan la función administrativa, así como la igualdad, eficacia, y eficiencia en el desarrollo de las funciones públicas. A su vez, garantiza los derechos de los trabajadores, entre ellos, el de igualdad de oportunidades y estabilidad en el empleo.

64. Asimismo, la Corte ha dicho que la regla general, según la cual los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, cumple propósitos importantes que guardan una estrecha relación con los valores, fundamentos y principios que inspiran el Estado Social de Derecho.

65. Específicamente, esta Corporación dijo que la carrera administrativa le permite “(...) al Estado contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garantizan cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública. Ello conduce a la

instauración de la carrera administrativa como sistema propicio a la obtención de eficiencia y eficacia y, por tanto, como técnica al servicio de los fines primordiales del Estado Social de Derecho. Los fines propios de la carrera resultan estropeados cuando el ordenamiento jurídico que la estructura pierde de vista el mérito como criterio de selección y sostén del empleo (...).”

66. En conclusión, la carrera administrativa y el concurso de méritos son un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, que se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público. Dicho criterio es determinante para el acceso, permanencia y retiro del empleo público.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

En esta acción de tutela la señora ANA PILAR MONSALVE FRANCO, pretende que el juez constitucional ampare su derecho fundamental al debido proceso administrativo, que declare la nulidad de la metodología de calificación aplicada a su prueba eliminatoria denominada método con ajuste proporcional, y ordene a las accionadas la aplicación de la metodología de puntuación directa para emitir la puntuación definitiva de su prueba eliminatoria, dentro del proceso de selección de Directivos Docentes y Docentes – Población Mayoritaria – 2150 a 2237 de 2021 y 2316 de 2022, como aspirante al cargo de Docente de aula, población mayoritaria no rural, en la Secretaría de Educación de Bello, correspondiente a la OPEC 184361

Las entidades accionadas, UNIVERSIDAD LIBRE y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, coinciden en afirmar, en síntesis, que ante la pretensión de la accionante que se declare la nulidad de la metodología de calificación aplicada, el juez constitucional debe declarar la improcedencia de la acción y advertir a la accionante sobre la existencia de la acción de nulidad regulada en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

Aseguran haber brindado todas las garantías a fin de que los docentes aspirantes, en este caso, la accionante conociera de manera detallada lo permitido por la ley frente a la prueba presentada en el concurso de méritos, como también, fue notificada y participe de las etapas del proceso, por tal motivo, no existe una vulneración al derecho fundamental del debido proceso, y en consecuencia la acción de tutela es improcedente, además que la accionante puede hacer uso del medio de control denominado acción de nulidad contra el acto administrativo que reglamenta el proceso de selección y por ende lo relacionado con pruebas escritas, lo que es bien sabido que obstruye al juez de tutela cualquier posibilidad de intervención. Que se advierte la inexistencia de un perjuicio irremediable por no demostrar la carga jurídica ocasionada por el actuar de la entidad que le ocasione un perjuicio irremediable que torna no menos que imposible la viabilidad del amparo por la ausencia de esta condición o circunstancia que deba ser protegido a través del marco constitucional de la acción de tutela;

que la conclusión no puede ser otra que la improcedencia de la tutela por no cumplirse con el carácter residual y subsidiario establecido para este tipo de protección constitucional.

De la jurisprudencia constitucional, está decantado que, por regla general, la acción de tutela resulta improcedente para controvertir actos administrativos proferidos en desarrollo de un concurso de méritos, porque en el ordenamiento jurídico la jurisdicción ordinaria o el contencioso administrativo tienen mecanismos idóneos y eficaces de defensa judicial según el caso.

Así mismo, que en la medida en que las actuaciones que se cuestionan se plasman en actos administrativos, en este caso de contenido particular, es preciso señalar que –en principio– no cabe la acción de tutela para controvertirlos, ya que para tales efectos existen los medios de control pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo son la pretensión de nulidad simple o la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, que pueden ser acompañadas de la solicitud de suspensión provisional.

En la presente acción quedó establecido que la tutelante no superó el puntaje requerido, 60.00 puntos, en la prueba escrita en la que obtuvo 58.18 puntos. La accionante bien pudo presentar las reclamaciones frente los resultados obtenidos en la prueba escrita, lo que supone la garantía al debido proceso administrativo, sin embargo, interpuso la acción de tutela pretendiendo dejar sin efecto la decisión del acto de trámite que definió su situación particular y que la dejó por fuera del concurso con ocasión del proceso de calificación aplicado; Tal acto está sujeto a control jurisdiccional, situación que desnaturaliza la acción de tutela dada su naturaleza subsidiaria y residual.

Es claro entonces que la señora ANA PILAR MONSALVE FRANCO cuenta con un medio de defensa judicial idóneo y eficaz ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues en la presente acción de tutela no se configuran los requisitos establecidos por la Corte para su procedencia excepcional, luego entonces, resulta imposible para este instancia judicial amparar el derecho fundamental invocado, pues, como se dijo previamente, hacerlo desnaturalizaría el carácter subsidiario de la acción de tutela, por lo que se procederá a DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo solicitado.

Finalmente, se advertirá que la inobservancia de lo aquí impartido generará las sanciones que por desacato impone el art. 52 del Decreto 2591 de 1991, se ordenará notificar la decisión en la forma establecida por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, indicándose a las partes que la misma puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación y que en caso de no impugnarse la acción, una vez el fallo alcance ejecutoria formal, se enviará lo actuado ante la H. Corte Constitucional a efectos de su eventual revisión.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, administrando Justicia en nombre de la República y por mandato constitucional,

FALLA

PRIMERO. DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de Tutela interpuesta por la señora ANA PILAR MONSALVE FRANCO en contra de a la UNIDAD LIBRE y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, por lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO.ORDENAR la notificación de este fallo en la forma establecida en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, advirtiéndole a las partes que el mismo puede ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

En caso de no impugnarse, una vez alcance ejecutoria formal, se enviará lo actuado ante la Honorable Corte Constitucional para a su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ALBA MERY JARAMILLO MEJIA
JUEZA

ERG