

REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE SANTANDER



Tribunal Superior del Distrito Judicial
Sala Civil Familia Laboral
San Gil

Ref.: Acción de tutela instaurada por Carlos Alberto Rodríguez Pérez contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Libre.
Rad.: 68861-3184-002-2023-00019-01

Magistrado Sustanciador:

CARLOS AUGUSTO PRADILLA TARAZONA

San Gil, diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023).

I. ASUNTO

Resuelve el TRIBUNAL la impugnación formulada contra la sentencia del 08 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Vélez.

II. ANTECEDENTES

1. Carlos Alberto Rodríguez Pérez, interpone acción de tutela en orden a la protección del derecho fundamental al debido proceso administrativo; en consecuencia, solicita que, se le ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil, suspender las siguientes etapas del proceso de selección

únicamente en la OPEC 184634 correspondiente al cargo de docente de área de Tecnología e Informática en el ente territorial Secretaría de Educación Municipio de Floridablanca; que se declare la nulidad de la metodología de calificación aplicada a su prueba eliminatoria denominada método con ajuste proporcional; que se ordene a las accionadas la aplicación de la metodología de puntuación directa para emitir la puntuación definitiva de su prueba eliminatoria, con los efectos o consecuencias que acarree frente a los otros participantes de la misma OPEC.

2. En resumen, el accionante invoca como hechos que, de conformidad con la nota del numeral 2.4, del Anexo por el cual se establecen las condiciones específicas de las diferentes etapas del proceso de selección, la Universidad Libre debió publicar en la Guía de Orientación al Aspirante (GOA) de manera detallada la forma cómo se haría la calificación de las pruebas escritas; que en agosto de 2022 la universidad, con autorización de la CNSC, publicó en la página 34 de la GOA la forma de calificación de las pruebas escritas, mencionando dos metodologías, siendo estas, la "puntuación directa" y la "puntuación directa ajustada", menciona frente a esta última que *"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"*; que cinco meses después de la publicación de la GOA, la Universidad le comunica privadamente los detalles de la puntuación directa a justada, enunciándoles y como respuesta a su reclamación.

Que la Universidad Libre aplica la calificación con ajuste proporcional a su prueba eliminatoria, arrojando como resultado 56.67; que la universidad le informa, que contra los detalles

omitidos en la GOA no procede recurso; que con base en el resultado obtenido en la prueba escrita de carácter eliminatorio, la CNSC le comunica que "no continua en concurso" para la siguientes etapas del proceso de selección.

3. Con auto de fecha 24 de febrero de 2023, el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Vélez admitió la acción de tutela, vinculó a todos los participantes del proceso de cargo de docentes de área de tecnología e informática en la Secretaría de Educación Municipio de Floridablanca, así como a la Secretaría de Educación de Floridablanca, concediéndoles el término de 3 días para que den respuesta a la presente acción de tutela y se anexen las pruebas que se pretendan hacer valer; y decretó las pruebas que consideró necesarias.

4. Evacuado el trámite correspondiente, se dictó sentencia el 08 de marzo de 2023, en la que se declaró improcedente el amparo constitucional invocado por el accionante.

III. LA SENTENCIA IMPUGNADA

La señora Juez de la primera instancia, luego de hacer un recuento del marco normativo y jurisprudencial relacionado con el tema objeto de tutela, señala que, en el caso concreto, el accionante promueve la presente acción para que se obligue a la Comisión Nacional del Servicio Civil a modificar los resultados de las pruebas de aptitudes y competencias básicas en la Convocatoria al Proceso de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, en respuesta a los reclamos que presentó pero que no le satisfizo la respuesta que recibió el 28 de febrero de 2023 de la Coordinadora General de Convocatoria Directivos Docentes de la Universidad Libre.

El A quo considera que, el resguardo constitucional es improcedente porque si el accionante está en desacuerdo con las explicaciones obtenidas y persiste en suponer que éstas no contienen una justificación adecuada, es claro que la investidura del juez constitucional no alcanza para arbitrar el debate y resolver de fondo a quién le asiste la razón, por lo que el accionante deberá acudir a los mecanismos de defensa judicial ordinarios para controvertir el tema relacionado al diseño de los cuestionarios y veracidad o pertinencia de las opciones de respuesta.

Que el accionante puede demandar ante el contencioso administrativo, la convocatoria al proceso de selección No. 2150 a 2237 de 2021 junto con todos los actos generales, impersonales y abstractos que se desprendan de ella y que lo afecten, entre ellos la respuesta emitida el 28 de febrero de 2023; que incluso en ese escenario puede pedir la suspensión provisional de los actos que pretenda cuestionar.

Que al existir ese mecanismo de defensa judicial y la viabilidad de pedir cautelas al interior del mismo, se torna improcedente la acción de tutela, incluso como mecanismo transitorio.

IV. IMPUGNACION

El accionante dentro del término legal para tal fin impugnó la decisión. Argumenta que, la Comisión Nacional del Servicio Civil concedió a la Universidad Libre la realización del proceso de selección de la convocatoria docente 2022; que la Universidad Libre debía publicar de manera detallada la forma de calificación pero en la publicación solo se dice que sería de 0.00 a 100.00 y que se aplicarían procedimientos matemáticos y estadísticos que podrían ser la puntuación directa o la puntuación directa ajustada y eso fue prácticamente todo lo detallado que se publicó sobre la forma de calificación.

Que en la licitación la Universidad Libre debió aplicar el escenario de calificación de mayor favorabilidad para el aspirante que sería puntuación directa y en su caso sería de 69.38 pero al aplicar la menos favorable que es la puntuación directa ajustada, su calificación fue de 56.67 por lo que le dicen que no continua en el concurso.

Que al hacer su reclamación, a los 5 meses le dieron respuesta y ahora si le informan el método con la fórmula matemática usada de donde se infiere que, la calificación empieza a bajar si más aspirantes participan en esa OPEC, lo que es injusto porque los que aprueban deben continuar y eso no pasa con la aplicación de la fórmula del concurso.

Que la Universidad Libre en las pruebas de competencias básicas del OPEC hizo al menos 5 preguntas que no tienen nada que ver con el Manual de Funciones del cargo y al preguntar le indicaron que las mismas le quedaron incorrectas pero con ocasión de la tutela la dan razón que se trata de preguntas de ofimática.

Por estas razones considera que se debe atender la impugnación del fallo de tutela.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La acción de tutela, conforme al art. 86 de la Carta, es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario, que puede ser utilizado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales. A la luz de la misma normativa encontramos que esta acción solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o que, existiendo, se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por esa razón se insiste que la tutela es un mecanismo residual y subsidiario.

2. A partir de la anterior definición constitucional se deducen las características o requisitos esenciales de procedencia de la protección de un derecho en sede de este procedimiento, a saber, (i) que se trate de un derecho fundamental, (ii) que ese derecho este siendo vulnerado o amenazado, (iii) que no exista otro mecanismo de defensa judicial, o principio de la subsidiariedad y, (iv) que en caso de existencia de otro medio, deba ser utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3. En el presente caso, se debe determinar si la acción de tutela es el medio adecuado para controvertir los actos administrativos que regulan lo concerniente al Proceso de Selección No. 2150 a 2237 de 2021 y/o convocatoria docente 2022, en particular el proceso de calificación de las pruebas de aptitudes y competencias; en caso afirmativo, se debe establecer si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales del accionante por no calificarlo con puntuación directa caso en el cual continuaría en el concurso y aplicar una puntuación directa ajustada, lo que conllevó a que actualmente se encuentre fuera del concurso.

4. El concurso público de méritos es una forma en que se accede a la carrera administrativa, siendo el mérito el criterio fundamental a observar para la provisión de los cargos públicos y/o empleos de carrera. Para ello, la entidad que administra el concurso, en este caso la Comisión Nacional del Servicio Civil, hace una convocatoria que contiene, entre otros elementos, la estructura del proceso de selección. Por ello, la convocatoria es, sin más, un acto administrativo que constituye la ley del concurso y que no puede ser modificado, salvo que viole la Constitución Política, la ley o los derechos fundamentales en particular.

5. Respecto a la procedencia de la acción de tutela para controvertir decisiones adoptadas en el marco de un concurso público, la Corte Constitucional, en sentencia T-340 de 2020, señaló que:

"...Dentro de este contexto, por regla general, la acción de tutela no procede contra los actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos, por cuanto el afectado puede acudir a los medios de defensa disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el efecto. Incluso, con la expedición de la Ley 1437 de 2011, los demandantes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares de todo tipo (preventivas, conservativas, anticipadas o de suspensión) cuyo contenido de protección es amplio y admiten su concurrencia dependiendo del caso (según la ley: "el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias" al mismo tiempo), con lo cual se pretende garantizar el acceso material y efectivo a la administración de justicia¹. Esta circunstancia debe ser objeto de análisis en el estudio de procedencia de la acción de tutela.

Ahora bien, desde una perspectiva general, la Corte ha sostenido que, pese a la existencia de las vías de reclamación en lo Contencioso Administrativo, existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. La primera, se presenta cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, causal que tiene plena legitimación a partir del contenido mismo del artículo 86 del Texto Superior y, por virtud de la cual, se le ha reconocido su carácter de mecanismo subsidiario de defensa

¹ Sobre la introducción al ordenamiento jurídico de estas medidas en la Ley 1437 de 2011, esta Corporación, en Sentencia T- 610 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera, sostuvo que: *"el legislador realizó un esfuerzo importante para que las medidas cautelares se concibieran como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia pretendiendo de esta manera irradiar el escenario administrativo de una perspectiva constitucional. Ello es razonable en la medida en que el carácter proteccionista de la Carta Política debe influir en todo el orden jurídico vigente como reflejo de su supremacía, lo que supone que las demás jurisdicciones aborden los asuntos puestos a su consideración desde una visión más garantista y menos formal del derecho."*

judicial. Y, la segunda, cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales...”.

6. En el presente caso el accionante mediante la acción constitucional pretende la nulidad de la metodología de calificación de su prueba de aptitudes y competencias en el Proceso de Selección No. 2150 a 2237 de 2021 para Docentes y Directivos Docentes.

En consecuencia, impetró la aplicación de la metodología de puntuación directa para emitir la puntuación definitiva. Pedimentos estos que fueron negados en el fallo de primera instancia y ahora con la impugnación, se pretende se revoque, puesto que, la universidad accionada solo le informó de la metodología de calificación con ocasión a la reclamación que presentó, por lo que se siguen vulnerando sus derechos fundamentales con la implicación de estarse causando un perjuicio irremediable, en caso de negarse el amparo constitucional.

7. Sobre este aspecto, se denota por esta Colegiatura que, se cuestionan actuaciones administrativas. En particular actos administrativos, respecto de los cuales ciertamente además de existir instrumentos de defensa de tal orden, por las reclamaciones que se pueden presentar ante las autoridades que emiten tales actos, también es posible que un juez, el natural para estas causas, que es el Contencioso Administrativo valore los cuestionamientos o ya de legalidad o de constitucionalidad.

Por consiguiente, en principio debe también considerarse que, si el accionante no está de acuerdo con las decisiones proferidas por la entidad accionada, por tratarse de actos administrativos, las mismas

pueden ser atacadas a través de los recursos correspondientes por ser éste el medio idóneo para controvertir las inquietudes planteadas y no a través de la presente acción.

8. Adicionalmente y como se observó en el precedente constitucional, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa es la instancia adecuada para resolver esta clase de litigios, pues se cuenta con la posibilidad de adelantar un amplio debate probatorio en torno a los reproches aquí formulados por el accionante. Allí también cuenta la posibilidad de las medidas cautelares para suspender actos administrativos y lograr otros propósitos, tal como igualmente es denotado.

9. En ese orden de ideas, la tutela no tiene cabida, en tanto que su naturaleza no es la de un recurso supletorio o alternativo a los mecanismos de defensa establecidos por el ordenamiento jurídico para regular la protección de los derechos y menos aún, constituirse en medio natural para juzgar la legalidad o constitucionalidad de los actos administrativos. Máxime cuando se denota la existencia de una clara controversia en torno a un aspecto formal, toda vez que la valoración conllevó a una decisión administrativa.

10. Ahora, tampoco se evidencia que se satisfagan las exigencias excepcionales y extraordinarias denotadas en la jurisprudencia constitucional para la intervención del Juez Constitucional de Tutela, referidas a la existencia de un perjuicio irremediable y los instrumentos de defensa ordinarios no tengan la idoneidad para tal fin.

En efecto, el accionante se inscribió al Concurso de mérito para el cargo de docente en el área Tecnología e Informática en la Secretaria de Educación Municipio de Floridablanca OPEC 184634.

11. Tanto la universidad accionada como la CNSC informaron que, ese acto administrativo, que entre otras, señala en su artículo quinto como normas que rigen el concurso, la Ley 115 de 1994, la Ley 715 de 2001, el Decreto Ley 1278 de 2002, el Decreto Ley 760 de 2005, la Ley 1033 de 2006, el Decreto Único Reglamentario 1075 de 2015 del Sector Educación, adicionado por los Decretos 915 de 2016 y 574 de 2022, la Resolución No. 3842 del 18 de marzo de 2022, el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias para los cargos docentes y Directivos Docentes y del Sistema Especial de Carrera Docente, y demás normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan; consagró en su artículo 3, la estructura del proceso de selección, como se detalla a continuación:

"ARTÍCULO 3. ESTRUCTURA DEL PROCESO. Conforme lo establecido por los artículos 2.4.1.1.3 y 2.4.1.7.2.2. del Decreto Único Reglamentario 1075 de 2015, el presente proceso de selección tendrá las siguientes etapas, de acuerdo a las zonas en donde se encuentren ubicados los empleos en vacancia definitiva ofertados:

(...)

B. ZONAS RURALES

a) Convocatoria.

b) Inscripciones.

c) Aplicación de la prueba de conocimientos específicos y pedagógicos, y de la prueba psicotécnica.

d) Publicación de resultados de las pruebas y reclamaciones.

e) Recepción de documentos, verificación de requisitos, publicación y reclamaciones.

f) Valoración de antecedentes, publicación y reclamaciones.

g) Publicación de resultados consolidados y aclaraciones.

h) Elaboración de la lista de elegibles."

(Subrayado y negrilla fuera de texto).

12. Por su parte, el artículo 7 del Acuerdo del Proceso de Selección señaló como requisitos generales para participar en el proceso de selección, los siguientes

"(...)

Ser ciudadano(a) colombiano(a) mayor de edad.

2. Registrarse en el SIMO

3. Aceptar en su totalidad las reglas establecidas para este proceso de selección, al formalizar su inscripción a través de SIMO.

4. Cumplir con los requisitos mínimos del cargo que escoja el aspirante de la OPEC, de acuerdo con lo establecido en el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias para los cargos Docentes y Directivos Docentes y del Sistema Especial de Carrera Docente.

5. No encontrarse incurso dentro de las causales constitucionales y legales de inhabilidad e incompatibilidad o prohibiciones para desempeñar empleos públicos, que persistan al momento de posesionarse en el evento de ocupar una posición de elegibilidad como resultado del proceso de selección.

6. (...)."

13. Lo anterior, es concordante con lo señalado en el párrafo del artículo 1 del Acuerdo de la Convocatoria, el cual establece:

"PARÁGRAFO. Hace parte integral del presente Acuerdo, el Anexo que contiene de manera detallada las Especificaciones Técnicas de cada una de las etapas del proceso de selección que se convoca. Por consiguiente, en los términos de los artículos 2.4.1.1.5. y 2.4.1.7.2.3. del Decreto Único Reglamentario 1075 de 2015, este Acuerdo y su Anexo son normas reguladoras de este proceso de selección y obligan tanto a la entidad objeto del mismo como a la CNSC, al Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES o en su defecto a la Institución de Educación Superior que lo desarrolle y a los participantes inscritos".

Entonces, para el cargo que se inscribió el accionante se requería un puntaje superior a 60.00 puntos para superar la prueba de aptitudes y competencias; sin embargo, su puntaje fue de 56.67 puntos, por lo que no siguió a la segunda etapa del concurso.

14. Igualmente está probado que, el accionante efectivamente presentó reclamación, la cual fue resuelta de fondo en enero de la presente anualidad.

15. Allí y en atención a la inconformidad del accionante y respecto al método de calificación se le precisó:

"Así mismo, para el proceso de calificación se le informa que el cálculo de la puntuación se hace teniendo en cuenta el desempeño del grupo de referencia (OPEC), que se refleja en los parámetros (proporción de referencia) que se usan. Eso quiere decir que las puntuaciones no dependen de la sumatoria de los aciertos o del valor de cada uno de los ítems que componen la prueba en la calificación.

En relación con la calificación de la prueba eliminatoria, se informa que, para el cálculo de la puntuación se utilizó el método de calificación con ajuste proporcional. El método está basado en la proporción de referencia para cada grupo de aspirantes según la OPEC a la que se inscribieron.

Tenga en cuenta que la proporción de referencia en su OPEC es: 0.73460 y su proporción de aciertos es: 0.69387."

16. Siendo ello así, no le corresponde a ésta Corporación entrar a valorar el método de calificación para la OPEC 184323 a la cual aspiró el accionante o si éstas se hicieron o no con los requisitos contemplados en el Acuerdo No. 2121 del 29 de octubre de 2021, mediante el cual se convocó y se establecieron las reglas del proceso de selección para proveer los empleos de Directivos Docentes y Docentes pertenecientes al Sistema Especial de Carrera Docente, de la entidad territorial certificada en educación DEPARTAMENTO DE SANTANDER - Proceso de Selección No. 2162 de 2021 - Directivos Docentes y Docentes, siendo éste el reparo esencial expuesto en la sustentación de la impugnación, con el fin de rebatir los resultados que fueron realizados al interior de la citada Convocatoria. En tal sentido se insiste que, los mecanismos jurídicos de defensa ordinaria son el estadio propicio para un debate de tal índole, en el cual se garantiza a las partes su derecho de contradicción y defensa.

17. Por otra parte, el mecanismo de amparo resulta procedente cuando se configure la existencia inminente de un perjuicio irremediable frente a los derechos constitucionales afectados o amenazados, en términos tales que, aun existiendo un canal de protección judicial -ordinario- idóneo para protegerlos, la decisión de esta autoridad podría resultar inútil o tardía.

La Corte Constitucional haciendo referencia al perjuicio irremediable, en sentencia T-149-22, ha sostenido que el mismo debe tener las siguientes características:

"(i) debe ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente;(ii) debe ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable deben urgentes; y (iv) la acción de tutela debe ser impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad"

18. Aplicado lo anterior al caso objeto de análisis, es claro que ningún perjuicio irremediable se le causa a la parte accionante, pues los argumentos que expone no se encuentran previstos como aquellos que requieran protección especial y urgente.

19. Corolario de lo expuesto, ante la existencia de otro medio de defensa judicial y el hecho que no se configure en el informativo la inminencia de un perjuicio irremediable, sin que se precise de otras disquisiciones en torno al tema, habrá de confirmarse la decisión de la primera instancia, conforme a lo expuesto en precedencia.

VI. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SAN GIL, SALA CIVIL FAMILIA LABORAL DE DECISION**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

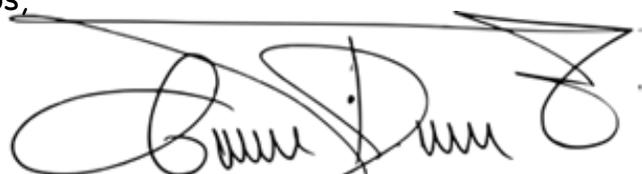
Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Vélez, el 08 de marzo de 2023 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Por el medio más expedito y eficaz, notifíquese este fallo a las partes, así como a la señora Juez de la primera instancia.

Tercero: Oportunamente remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



CARLOS AUGUSTO PRADILLA TARAZONA



JAVIER GONZALEZ SERRANO



LUÍS ROBERTO ORTIZ ARCINIEGAS