



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
Sala Cuarta de Decisión Penal

Magistrado Ponente: JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA.

Asunto:	Tutela de Segundo Nivel.
Expediente:	2023-00275- T-MC.
Radicado sistema:	08-001-31-09-009-2023-00025-00
Accionante:	Vladimir José Arias Lozano
Accionado:	CNSC y UNIVERSIDAD LIBRE
Vinculados:	Terceros Interesados Que Participan En El Proceso De Selección NO. 2150 A 2237 DE 2021, 2316 Y 2406 DE 2022-2022 -
Derechos invocados:	Debido proceso
Aprobado Acta N.º:	229

Barranquilla D. E, dieciséis (16) de mayo de dos mil veintitrés (2.023)

1. OBJETO.

Resuelve la Sala impugnación propuesta por la accionante Vladimir José Arias Lozano contra el fallo del once (11) de abril de la presente anualidad, proferido por el Juzgado Noveno (09) Penal del Circuito Con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, mediante el cual denegó el amparo deprecado por el actor en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por la presunta vulneración a su derecho fundamental al debido proceso.

2. ANTECEDENTES.

2.1. Hechos.

Relató la parte activa, en el escrito de acción de tutela que: (i) participó en el Proceso de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 - Directivos Docentes y Docentes en la OPEC No. 184133, Docente de Área

Acción: Tutela de Segundo Nivel.
Accionante: Vladimir José Arias Lozano
Expediente: 2022-00275 T-MC.
Ponente: Dr. Jorge Eliécer Mola Capera.

Tecnología e Informática, y que fue eliminado del mismo, por el resultado obtenido en la prueba escrita de aptitudes y competencias básicas; (ii) la Universidad Libre calificó la prueba eliminatoria con un método que no aparece expresa y detalladamente en el Decreto reglamentario, en el Acuerdo de convocatoria y su anexos, como tampoco en la GOA que es el documento donde correspondía su publicación; (iii) las accionadas de manera coordinada recurrieron a una metodología que no podía publicarse antes de la aplicación de la prueba escrita, toda vez que se requiere que ésta sea practicada de manera previa, para luego decidir que algoritmo le conviene más en función de las vacantes disponibles; (iv) en la etapa de reclamaciones solicitó que se le indicara la metodología de evaluación y de diagnóstico bajo la cual se seleccionó a los docentes que aprobaron el examen escrito, y como fue aplicado éste en su caso específico para llegar al resultado, de lo cual recibió como respuesta *“que le fue aplicado el método de calificación con ajuste proporcional y se describe solo hasta ese momento la formula aplicada”*. advirtiéndole que le fue aplicado el método más desfavorable, el cual no estaba contemplado en la licitación que ganó la accionada para aplicar el concurso de méritos, quien a su vez se obligó a la aplicación del escenario de mayor favorabilidad para el accionante; (v) manifestó que el Decreto reglamentario del concurso Docente y el Acuerdo de convocatoria establecen que el desempeño mínimo para el cargo de Docente de Aula, es de 60.00 puntos y éstos no señalan que en la medida que más aspirantes se presenten en una misma OPEC, mayor deberá ser el desempeño mínimo de las personas que aspiren; (vi) indicó que de los 98 ítems que contenía la prueba eliminatoria, acertó en 68, es decir, obtuvo un acierto del 70.41%, por lo cual considera que logró el desempeño mínimo requerido y en consecuencia tiene derecho a ser admitido para las siguientes etapas del proceso de selección.

3. TRAMITE DE AMPARO.

3.1. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC:

El jefe de la Oficina Jurídica de la entidad accionada, Dr. Jhonatan Daniel Alejandro Sánchez Murcia, se expuso lo siguiente: (i) para el proceso de

Acción: Tutela de Segundo Nivel.
Accionante: Vladimir José Arias Lozano
Expediente: 2022-00275 T-MC.
Ponente: Dr. Jorge Eliécer Mola Capera.

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 ya que está basado en la proporción de referencia para cada grupo de aspirantes según la OPEC a la que se inscribieron; (ii) se seleccionó el método por ajuste proporcional, toda vez que se consideró que éste era el que mejor se ajustaba a las condiciones del proceso de selección; (iii) para lograr la continuidad en el concurso era necesario la obtención de 60 puntos en la prueba de aptitudes y competencias básicas, razón por la cual el accionante no cumple con las condiciones establecidas, toda vez que su puntuación fue de un 57.50; (iv) el hecho de que el método de calificación aplicado a todos los aspirantes al proceso de selección no hubiere sido favorable para el accionante, no implica en sí mismo la vulneración de sus derechos, pues como se ha señalado, con la inscripción el aspirante acepta las condiciones del proceso de selección, lo que necesariamente involucra la aplicación del método de calificación conforme a este tipo de pruebas; (v) finalmente señala que el proceso de calificación es realizado posterior a la aplicación de las pruebas, puesto que de manera a priori no se conoce el comportamiento de los datos y toda la información necesaria para realizar los cálculos, entre ello, el comportamiento de la ejecución, el comportamiento psicométrico de los ítems y otros aspectos que son esenciales para el desarrollo de los cálculos, por lo tanto, el método satisface el proceso de selección al brindar las listas de candidatos para cubrir las vacantes ofertadas.

3.1. RESPUESTA DE LA UNIVERSIDAD LIBRE:

El apoderado especial de la universidad accionada, Dr. Diego Hernán Fernández Guecha, rindió informe en el siguiente sentido: (i) el accionante efectivamente presentó reclamación dentro de los términos indicados para ello, la cual fue resuelta de fondo en respuesta publicada a través del aplicativo SIMO el 02 de febrero de la presente anualidad; (ii) sostiene que para el proceso se argumentó que el método de calificación seleccionado

Acción: Tutela de Segundo Nivel.
Accionante: Vladimir José Arias Lozano
Expediente: 2022-00275 T-MC.
Ponente: Dr. Jorge Eliécer Mola Capera.

para calificar todas las OPEC de las pruebas de la convocatoria se denomina Método de Calificación de ajuste proporcional, el cual usa el criterio de proporción de referencia para obtener una distribución lineal de las puntuaciones de tal forma que solo aquellos aspirantes con mayor proporción de aciertos dentro del grupo de referencia sean quienes continúen en el concurso, siempre y cuando, su puntuación sea igual o superior al mínimo aprobatorio, así las cosas, para obtener la proporción de referencia (variable que permite el ajuste o transformación del puntaje), se realizó el ordenamiento de los aspirantes de acuerdo con la cantidad de aciertos, lo que quiere decir, que al aspirante con el mayor número de aciertos se le asignó la posición uno (1), al aspirante con el siguiente desempeño se le asignó la posición dos (2) y así sucesivamente con todos los aspirantes hasta asignar el último número; (iii) el 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.

4. DETERMINACIÓN DEL JUEZ DE PRIMER NIVEL.

El Juez de primera instancia negó el amparo, bajo los siguientes argumentos: (i) no se configura el requisito de la subsidiariedad dentro de la presente acción de amparo instaurada por el ciudadano Vladimir José Arias Lozano, contra la Comisión Nacional Del Servicio Civil - CNSC y la Universidad Libre, por lo que, puede acudir directamente a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a controvertir dicho acto que declara la voluntad de la administración, a través de un acto definitivo y por tanto es demandable ante esa Jurisdicción y/o contra el acto que publicó los resultados de la prueba escrita y/o el acuerdo mismo de la convocatoria y sus anexos técnicos, siendo este por tanto el mecanismo de defensa **idóneo** para desatar esta controversia y donde puede hacer uso de las medidas cautelares que ut supra se señalaron; (ii) el actor no acreditó encontrarse en situación de debilidad manifiesta por la existencia una grave afectación a su humanidad que hiciera imperiosa la intervención del juez constitucional, ni se observa la vulneración del derecho al debido proceso puesto que se actuó

Acción: Tutela de Segundo Nivel.
Accionante: Vladimir José Arias Lozano
Expediente: 2022-00275 T-MC.
Ponente: Dr. Jorge Eliécer Mola Capera.

en base a las reglas de la convocatoria y el método de calificación utilizado para seleccionar a los aspirantes con mejores competencias que fue aplicado a todos los concursantes no resulta ser irracional, se concluye que en este caso **v no** se satisface el presupuesto de subsidiariedad.

5. IMPUGNACIÓN.

Inconforme con la anterior decisión, la accionante impugnó el fallo deprecando que: (i) la Universidad Libre y la Comisión Nacional de Servicio Civil - CNSC aplicaron el método de puntuación directa y adicionaron un filtro arbitrario llamado proporción de referencia, discriminaron y eliminaron a una muestra de la población de cada OPEP, que en el caso de mi OPEC No. 184133 este filtro fue de 0.73460, un sofisma que corresponde a una puntuación directa de 73.46 puntos, el cual les permitió extender el límite del umbral para poder ganar la prueba eliminatoria 13.46 puntos sobre los 60 puntos reglamentarios; (ii) posterior a la prueba y proceso de calificación como respuesta a su reclamación le fue informado el método de calificación que se me había aplicado; es decir, le dieron los argumentos de reclamación y al tiempo le informaron que ya no podía reclamar; (iii) la Señora Juez no examinó sus argumentos acerca de la conducta omisiva por parte la Universidad Libre y La Comisión Nacional Del Servicio Civil CNSC, los cuales vulneran su derecho fundamental al debido proceso y el de todos a quienes les asiste interés legítimo en las resultas de esta acción.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

6.1. Competencia.

Por ser su superior jerárquico, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del decreto 2591 de 1991, esta Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla resulta competente para conocer de la impugnación interpuesta contra la sentencia de tutela de la referencia proferida por el Juzgado Noveno (09) Penal del Circuito de esta ciudad.

Acción: Tutela de Segundo Nivel.
Accionante: Vladimir José Arias Lozano
Expediente: 2022-00275 T-MC.
Ponente: Dr. Jorge Eliécer Mola Capera.

6.2 Problema jurídico.

En el presente caso, la sala dilucidará, si la acción de tutela procede para invocar la protección al derecho fundamental al debido proceso en concursos de méritos, luego de examinar la procedencia, se determinará si en el caso de marras existe trasgresión a esa garantía fundamental por parte de la Universidad Libre y La Comisión Nacional Del Servicio Civil CNSC.

6.3. Procedencia de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela sólo será procedente cuando el tutelante no disponga de otro medio de defensa, o que, existiendo, éste resulte ineficaz, caso en el cual el recurso de amparo procederá como mecanismo transitorio.

Naturalmente, la acción de tutela es un mecanismo judicial constitucional de carácter residual y subsidiario que tiene por finalidad la protección de los derechos de los ciudadanos cuando estos se ven amenazados por la acción u omisión de las autoridades del Estado o de los mismos particulares a fin de asegurar la armonía del sistema constitucional y de la dignidad de cada persona, a fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en su contra.

Vale resaltar, que la garantía del debido proceso administrativo como derecho fundamental se manifiesta a través de un conjunto de principios y mandatos que la Carta Política y Ley le imponen a la Administración para su funcionamiento (entre otros, se destacan las disposiciones del artículo 209 de la Superior, referente a los principios generales de las actuaciones administrativas), por virtud de los cuales, es necesario notificar a los administrados de las actuaciones que repercutan en sus derechos, otorgarles la oportunidad de expresar sus opiniones, y de presentar y solicitar las pruebas que demuestren sus derechos. Actuaciones que, en todos los casos, deben ajustarse a la observancia plena de las disposiciones, los términos y etapas procesales descritas en la ley.

Acción: Tutela de Segundo Nivel.
Accionante: Vladimir José Arias Lozano
Expediente: 2022-00275 T-MC.
Ponente: Dr. Jorge Eliécer Mola Capera.

De esta manera, el debido proceso administrativo exige de la Administración el acatamiento pleno de la Constitución y Ley en el ejercicio de sus funciones (arts. 6º, 29 y 209 Superior), so pena de desconocer los principios que regulan la actividad administrativa (igualdad, imparcialidad, publicidad, contradicción y moralidad), y de contera, vulnerar derechos fundamentales de quienes acceden o son vinculados a las actuaciones de la Administración, y en especial el derecho de acceso a la administración de justicia.

En otras palabras: existe violación del derecho al debido proceso administrativo cuando el Estado desconoce las reglas que él mismo ha fijado para cada uno de los asuntos, hecho que legitima al afectado a acudir al trámite de amparo a fin de obtener la restauración de su derecho.

El artículo 125 de la Constitución Política establece que:

“Art. 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

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.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción...”.

Bajo este contexto, se infiere que, a través de nuestra Carta Magna, se elevó a rango constitucional el mérito como principio rector de la función pública.

Acción: Tutela de Segundo Nivel.
Accionante: Vladimir José Arias Lozano
Expediente: 2022-00275 T-MC.
Ponente: Dr. Jorge Eliécer Mola Capera.

De antaño, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional¹ en materia de tutela contra concurso de méritos, es la siguiente:

“...La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene un mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”

Recientemente, la Corte Constitucional en sentencia T-114 de 2022, estableció:

“... 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...”

6.4. Caso concreto

Así pues, en el presente caso, el ciudadano Vladimir José Arias solicita se declare la nulidad de la metodología de calificación aplicada a su prueba eliminatoria y con ello la modificación del acto administrativo que declaró

Acción: Tutela de Segundo Nivel.
Accionante: Vladimir José Arias Lozano
Expediente: 2022-00275 T-MC.
Ponente: Dr. Jorge Eliécer Mola Capera.

que no continua en el concurso de méritos, como quiera que se debió aplicar la metodología de puntuación directa para emitir el resultado definitivo de su prueba eliminatoria, pues el método utilizado no era el más favorable, y además no fue publicado en la Guía de orientación al aspirante - GOA.

Al respecto, la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC destacó dentro de su respuesta que seleccionó el método por ajuste proporcional era el que mejor se ajustaba a las condiciones del proceso de selección y que el hecho de que el método de calificación aplicado a todos los aspirantes al proceso de selección no hubiere sido favorable para el accionante, no implica en sí mismo la vulneración de sus derechos, pues con la inscripción el aspirante aceptó las condiciones del proceso de selección, lo que necesariamente involucra la aplicación del método de calificación conforme a este tipo de pruebas.

En ese mismo sentido, la Universidad Libre en su informe rendido manifestó el método de calificación seleccionado para calificar todas las OPEC de las pruebas de la convocatoria se denomina Método de Calificación de ajuste proporcional, el cual usa el criterio de proporción de referencia para obtener una distribución lineal de las puntuaciones de tal forma que solo aquellos aspirantes con mayor proporción de aciertos dentro del grupo de referencia sean quienes continúen en el concurso, siempre y cuando, su puntuación sea igual o superior al mínimo aprobatorio, así las cosas, el actor dispone 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.

En ese orden de ideas, la Colegiatura observa que, en el presente caso, el debate jurídico gira en torno a que se declare la nulidad de la metodología de calificación aplicada a la prueba eliminatoria denominada método con ajuste proporcional y ordenar la aplicación de la metodología de puntuación directa para emitir la puntuación definitiva de su prueba.

Acción: Tutela de Segundo Nivel.
Accionante: Vladimir José Arias Lozano
Expediente: 2022-00275 T-MC.
Ponente: Dr. Jorge Eliécer Mola Capera.

la Sala procedió a estudiar las pruebas obrantes en el expediente, donde con meridiana claridad logró evidenciar que en este caso no existe vulneración alguna de derechos, que amerite acceder al amparo deprecado.

Nótese que el accionante al momento de inscribirse al concurso de méritos, instancia en la cual ya conocía el acuerdo del concurso y la respectiva guía de orientación, donde se establecen las especificaciones y/o requisitos para cada cargo y además, la forma de calificación, debía tener certeza del método de calificación que emplearían las autoridades accionadas, pues no resulta ser cierta la afirmación del promotor que solo fue enterado de ello cuando le fue resulta la reclamación por él presentada, pues al revisar la Guía de Orientación al aspirante - GOA, se puede encontrar en su página, la explicación de cómo se calificaron las pruebas, en donde las accionadas, aseguraron que “(...) Para efectos de procesar las respuestas durante la calificación, se aplicarán procedimientos matemáticos y estadísticos utilizados en pruebas con características similares (...)”.

Aspecto que sin duda avalaba o le permitía a las accionadas, escoger el método de calificación más conveniente, que para este caso fue el método de calificación por ajuste proporcional, del cual se tiene que “transforma la puntuación de los participantes incluidos en el grupo de referencia de forma proporcional sin modificar el puesto obtenido por cada uno de ellos; es decir, garantizando que cada concursante quedará en la misma posición con respecto al grupo de referencia en la que se ubicaría si la calificación correspondiera a la sumatoria de los aciertos obtenidos en la prueba” método que fue aplicado en igualdad de condiciones a todos los aspirantes de la prueba presentada dentro del aludido concurso.

El anterior actuar, a juicio de esta Sala no atenta contra los derechos del accionante, pues el acuerdo que regula el concurso y su respectiva guía de orientación, son claros en establecer que las accionadas, podrían hacer uso de procedimientos matemáticos y estadísticos a efectos de realizar la calificación, optando las accionadas, por el método de calificación por ajuste proporcional, que si bien no es de la preferencia del gestor, no significa ello que se vulneren sus garantías fundamentales, pues dicho

Acción: Tutela de Segundo Nivel.
Accionante: Vladimir José Arias Lozano
Expediente: 2022-00275 T-MC.
Ponente: Dr. Jorge Eliécer Mola Capera.

método fue el usado para calificar a todos los participantes en igual de condiciones

En este punto, impera poner de presente, que la convocatoria del concurso (acuerdo), es Ley para las partes, y en ese sentido, los concursantes, con su inscripción, se acogen a las reglas allí establecidas, es decir, aceptan todas las condiciones y reglas contenidas en la convocatoria, la cual debió conocer para postularse al concurso, por ello, no es de buen recibo para la Sala que el accionante pretenda usar la acción de tutela para controvertir una decisión legítimamente adoptada por las accionadas, máxime cuando él conocía de la guía de orientación.

Por lo anterior, la Sala reitera que ninguna vulneración de derechos se avizora, y por ende, la alternativa es declarar improcedente el amparo deprecado, en este punto, debe recordarse, que el objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, “cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares (de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto 2591 de 1991)”. Así pues, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión

Así las cosas, no queda otro camino que el de confirmar el fallo de primer nivel, pues la acción de tutela se torna improcedente, máxime porque el actora puede instaurar la correspondiente demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el evento que persistan las inconformidades con e mencionado concurso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito de Barranquilla,

Acción: Tutela de Segundo Nivel.
Accionante: Vladimir José Arias Lozano
Expediente: 2022-00275 T-MC.
Ponente: Dr. Jorge Eliécer Mola Capera.

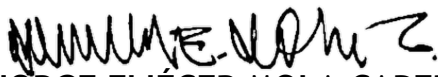
RESUELVE

Primero. - **Confirmar** el fallo del once (11) de abril de dos mil veintitrés (2023), proferido por el Juzgado Noveno (09) Penal del Circuito Con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, mediante el cual denegó por improcedente el amparo deprecado por el accionante en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC y la Universidad Libre, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

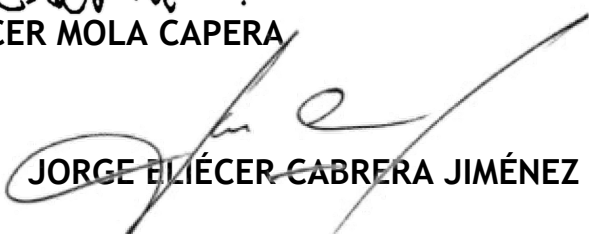
Segundo. - Corresponde a la Secretaría de la Sala, **comunicar** la determinación a los interesados y **enviar** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,


JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA


LUIGI J. REYES NÚÑEZ


JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ

El Secretario,

OTTO MARTÍNEZ SIADO