



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
Sala de Decisión Penal

Radicación: 08638318900220230002601
Rad. Interna: 2023-00297-T
Accionante: Weiner Santiago Pérez
Accionado: Comisión Nacional Del Servicio Civil, Universidad Libre, Gobernación del Atlántico
Procedencia: Juzgado 9 Penal del Circuito de Barranquilla.
Funcionario: David Modesto Guette Hernández
Derecho: Debido Proceso
Magistrado Ponente: Jorge Eliecer Cabrera Jiménez.
Acta No: 0206

Barranquilla D.E.I.P., veintitrés (23) de mayo de dos mil veintitrés
(2023).

Vistos

Procede la Sala a resolver la Impugnación interpuesta el accionante Weiner Santiago Pérez en contra de la decisión de tutela de fecha 14 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Sabanalarga – Atlántico, mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela.

Antecedentes

Hechos:

Manifestó el accionante que, participo en el proceso de selección que hizo la Universidad Libre para la escogencia Docente de Matemática y que en las condiciones específicas de dicho proceso la Universidad debió publicar la forma de clasificación de las pruebas escritas y que en agosto de 2022 publicó en la página 34 de la guía de orientación al estudiante (GOA), dicha forma, no de manera detallada.

Que se le respondió a su reclamación, que su calificación se realizó con ajustes proporcionales dando como resultado 59.11, la que determinó no poder continuar con el concurso.

Finalizó solicitando se tutelén sus derechos fundamentales y se declarara la nulidad de las preguntas no referidas a las funciones del cargo, de la metodología de calificación y de la reclasificación de sus pruebas.

Respuesta De Los Intervinientes Vinculados

Comisión Nacional del Servicio Civil:

Inicio reclamando la improcedencia de la acción de tutela ya que se disponía de otro medio de defensa judicial y que el accionante reclamo en termino a la Universidad Libre, operador contratado para las pruebas, la cual resolvió de fondo comunicándosela por el aplicativo SIMO.

Sobre ciertas preguntas por el descalificadas, la Universidad operadora le responde que eran verificadas mediante análisis previos por un equipo de expertos en construcción de pruebas, que confirman su elaboración, con criterios de calidad previamente establecidos, dando así una respuesta clara, completa y de fondo, aun cuando no accedían a sus pretensiones.

Recordó que el Acuerdo para toda convocatoria, es la norma reguladora de cada proceso de selección, y obliga a todos los sujetos intervinientes, así como a los aspirantes del concurso, y con la inscripción estos aceptan las condiciones de selección, incluido el método de calificación que escogieron el equipo de expertos.

Universidad Libre de Barranquilla:

Inicio solicitando también la improcedencia del amparo constitucional, destacando las normas o reglas que rigen el concurso, y en su articulado se prevé que con la inscripción acepta las condiciones y se somete al igual que los demás aspirantes a su cumplimiento en virtud al principio de igualdad.

Que pretende se revise la validez el Acuerdo del proceso de selección, siendo un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, y se ordene su modificación, cuando puede a hacer uso de la acción de nulidad contra dicho acto administrativo, y también que advertida la inexistencia de un perjuicio irremediable que hace imposible la viabilidad del amparo, su improcedencia por no cumplirse el carácter residual y subsidiario para este tipo de acción constitucional.

Gobernación del Atlántico:

No obstante el traslado surtido, no se obtuvo respuesta de su parte.

Sentencia Impugnada

El Juez de primer nivel en su estudio, refiere que la demandada Comisión Nacional del Servicio Civil calificó como improcedente la acción de tutela en virtud del principio de subsidiaridad cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial.

Sostuvo que el actor presentó reclamación contra el resultado de su prueba escrita, resuelta mediante oficio del mes de enero de 2023 de la Coordinadora General de Convocatoria Directivos Docentes, en la que se evidenciaba, que le fueron contestados todos sus puntos.

Así mismo, que el mecanismo idóneo para resolver la presente controversia era a través de la justicia contencioso administrativa, de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la cual además el actor podría obtener la suspensión de los actos administrativos expedidos, ya que se le definió su situación particular, trámite que ya contaba con el agotamiento de la vía gubernativa.

Finalizo sosteniendo que no se demostró por parte del actor, la existencia de un perjuicio irremediable que hiciera impostergable la

intervención del juez constitucional, por lo que resolvió declararla improcedente.

Impugnación

Inconforme con la decisión; el accionante impugna argumentando que el a quo le dio dos valoraciones a un mismo acto administrativo, para las accionadas no procedía recurso alguno y a las voces del artículo 77 del CPACA, sería un acto de trámite y para el a quo definitivo contra el cual no procede su demanda en la jurisdicción contencioso administrativa y el juez debió tutelar su derecho a interponer recurso.

Finalizo solicitando se tutelaran sus derechos fundamentales, se ordenara al CNSC suspender las siguientes etapas del proceso correspondiente al cargo de Docente de Matemáticas, declarar la nulidad de las 6 preguntas de ofimática, la recalificación de su prueba y la nulidad de la metodología de calificación que se le aplicó a su prueba.

Consideraciones de la Sala

Competencia:

De conformidad a las disposiciones normativas existentes respecto a la acción de tutela, tenemos que su ámbito de protección constitucional se desprende expresamente del artículo 86 de la Constitución Política; a su vez, esta se encuentra regulada a través de los decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000, 1834 de 2015 y 1983 de 2017, frente a lo cual, este Tribunal resulta competente para determinar la procedencia o no, en segunda instancia de la acción de tutela en cuestión, así como su respectiva solución.

La acción de tutela es un mecanismo de protección constitucional para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuya procedencia es de carácter residual frente a las

acciones u omisiones de entidades públicas o privadas, que vulneren o amenacen las prerrogativas fundamentales en cabeza de las personas, en los casos así determinados en la ley.

Procedencia de la acción de tutela

Entrará la Sala a estudiar sobre la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, trayendo a colación lo que la Honorable Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, ha establecido lo siguiente:

*“... El artículo 86 de la Constitución de 1991 establece que la acción de tutela procederá siempre que **“el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”**. En concordancia, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece las causales de improcedencia de la acción de tutela y, específicamente, en su numeral primero indica que la tutela no procederá “Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.*

*De lo anterior se colige que **la acción de tutela no tiene como propósito servir de mecanismo alternativo o de reemplazar a los medios judiciales ordinarios con los que cuenta todo ciudadano para la protección de sus derechos y la solución de controversias**. En este sentido, esta Corporación ha dejado claro que “(...) de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo”.*

*Así las cosas, la Corte Constitucional ha dado alcance a los preceptos normativos citados, fijando el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela frente a los mecanismos judiciales ordinarios, de forma que esta acción constitucional sólo procederá i) cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, **ii) cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante o iii) cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable**. Bajo los dos primeros supuestos, se ha entendido que la acción de tutela funge como mecanismo principal y, en el segundo, desplaza al mecanismo judicial ordinario, mientras que en el tercer caso la tutela es un mecanismo transitorio que no impide el ejercicio de acciones ordinarias.*

En el caso en el cual existe un medio ordinario de defensa que se pretende desplazar para dar paso a la acción de tutela como mecanismo principal, es necesario establecer que el mecanismo ordinario no es idóneo para la protección de los derechos de los accionantes y, por tanto, se requiere de una evaluación en concreto, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias propias de cada caso para así determinar la eficacia que tendría el mecanismo ordinario para defender los derechos fundamentales que se alegan vulnerados. Además, debe evaluarse el objeto perseguido por el mecanismo judicial que se pretende desplazar con la acción de tutela y el resultado previsible que éste puede proporcionar en lo que respecta a

la protección eficaz y oportuna de los derechos de los accionantes, de acuerdo con las circunstancias concretas a las que se ha hecho referencia...” (Subrayado y negrilla por fuera del texto)

Del pronunciamiento emitido por ese Alto Tribunal, se desprende la importancia del carácter residual y subsidiario de la acción de tutela como mecanismo efectivo de protección constitucional, que opera cuando no existe otro mecanismo para lograr acceder a las peticiones de quien acude a tal, o los que existen no son los idóneos, o incluso, el actor haya agotado todos los procedimientos requeridos, y que a la results de éstos, exista una vulneración evidente a sus garantías que pongan a la acción constitucional como mecanismo principal de defensa.

Ahora bien, ya establecida la regla general, surge la excepción de procedencia de la acción de tutela, que se da cuando se ejerce como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, no obstante, la Corte ha establecido criterios para determinar en sede de tutela tal ocurrencia, estableciendo lo siguiente:

“... De igual forma, la Corte Constitucional ha aclarado que, pese a la informalidad del amparo constitucional, el actor debe exteriorizar y sustentar los factores a partir de los cuales pretenda derivar el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela. Así se pronunció esta Corporación, sobre el punto:

En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable.

La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su 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” (Sentencia T-290 de 2005).

En consonancia con lo anterior, es posible concluir que la procedencia de la acción de tutela depende de la observancia estricta del principio de subsidiariedad, comoquiera que este se encuentra ordenado a garantizar

importantes principios de la función jurisdiccional, y asegura el fin contemplado por el artículo 86 de la Carta, que no es otro que el de brindar a la persona garantías frente a sus derechos constitucionales fundamentales. En este orden de ideas, en los casos en los que no sea evidente el cumplimiento de este principio, la tutela deberá ser declarada improcedente...”

Problema jurídico

A la Sala le corresponde establecer, si las accionadas entidades están vulnerando los derechos fundamentales del accionante Weiner Santiago Pérez al no permitirle continuar, en la convocatoria concursal por no alcanzar el puntaje mínimo requerido en la prueba escrita de conocimiento que necesariamente se debía superar, para poder continuar en las subsiguientes etapas.

Caso en concreto.

Para resolver esta Colegiatura, se analizará la procedencia de la acción de tutela en temas de concurso de méritos para acceder a cargos públicos.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en principio la acción de tutela no es procedente para controvertir actos administrativos relacionados con los concursos de méritos ya que deben ser resueltos por el juez contencioso administrativo, salvo de manera excepcional de presentarse algunas de las subreglas, por ella establecidas.

En su artículo 125 nuestra constitución consagra como regla general que los empleos de los órganos y entidades del Estado deben proveerse mediante el sistema de carrera a la que se ingresa por concurso público de méritos.

En el caso sometido a consideración tenemos que el accionante concursante, acude a la vía de tutela con el propósito de proteger sus derechos fundamentales, al debido proceso, alegando su vulneración por la Universidad Libre y la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Como se reseñó anteriormente, el juez de primera instancia declaro improcedente la acción de tutela por considerar que, el actor

contaba con un acto administrativo, que era susceptible de control por la jurisdicción contenciosa administrativa y tampoco procedía de manera transitoria, al no apreciarse en el material probatorio la configuración de un perjuicio irremediable.

Vista la línea de tiempo del proceso de selección que se llevó a cabo por la Universidad Libre de Barranquilla, se observa la decisión a través de oficio de enero de 2023 por parte de la Coordinadora General de Convocatoria Directivos Docentes, en la que le responden de fondo cada uno de sus reparos, a través del aplicativo SIMO, y en cuanto al método de calificación, que este fue realizado por un equipo de expertos en la construcción de prueba, lo que hacía improcedente su pretensión.

Se trató una respuesta por parte del operador del concurso que le fue comunicada, de contenido claro, completo y de Fondo, recordando que jurisprudencialmente, se sostiene que toda respuesta, no implicaba, acceder a las pretensiones del actor de tutela.

Esta decisión de la Coordinadora General de Convocatoria Directivo Docentes, que le comunica e informa que “no continua en concurso” para las siguientes etapas del proceso de selección con fundamento en la puntuación que la Universidad asignó a la prueba escrita de carácter eliminatorio, contenido en el acuerdo del concurso.

Queda claro que se está en presencia de una controversia entre la Universidad Libre de Barranquilla y el concursante actor, sobre las reglas y/o condiciones consignadas en el acuerdo del concurso que se constituye en la norma reguladora de todo proceso de selección, que obliga a todos los participantes o sujetos intervinientes como los aspirantes del concurso quienes no deben olvidar que con su inscripción aceptan las condiciones previstas que incluye por obvia razón el método de calificación que escogió el equipo de expertos y no el mecanismo que considera o desea un aspirante.

En concordancia con lo anterior, si el actor insiste en continuar con su debate, este deberá ser resuelto por las autoridades judiciales competentes, al disponer de medios de defensa, como sostuvo el a quo, la acción de tutela se torna improcedente, pues esta no está llamada a invadir orbitas establecidas por el legislador en cabeza de otras jurisdicciones.

Ahora en cuanto a pretensión de declarar la nulidad de algunas de las preguntas de la prueba del componente pedagógico y competencia básicas del concurso de méritos, debemos recordar que estas constituyen típicos actos preparatorios o de trámite que impulsan la actuación administrativa y por regla general no son objeto de control judicial.

En cuanto a su pretensión de nulidad de la metodología de calificación que se reclasifique su prueba, ello nos ubica ante un acto de calificación que eliminó al actor aspirante de la conformación de la lista de elegibles como actos administrativos definitivos y particulares que pueden ser susceptibles de enjuiciamiento a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho como lo anoto acertadamente el a quo.

Es así como, conforme a lo plasmado en la impugnación impetrada por el accionante, no esta llamada a prosperar, razón por la cual, se confirmará la sentencia de 14 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Sabanalarga – Atlántico.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en su condición de juez constitucional, “administrando justicia en nombre de la República y por autorización de la Ley”

Resuelve:

Primero: Confirmar en su totalidad el fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Sabanalarga – Atlántico,

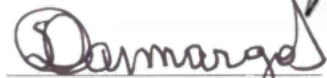
el día 14 de abril del 2023, por lo expuesto en las consideraciones precedentes.

Segundo: Notifíquese a las partes esta providencia de conformidad con lo dispuesto en el decreto 2591 de 1991.

Tercero: Ordenar que se remita el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Comuníquese y Cúmplase,


JORGE ELIÉCER CABRERA JIMENEZ
Magistrado


DEMÓSTENES CAMARCO DE ÁVILA
Magistrado


JORGE ELIECER MOLA CAPERA
Magistrado

OTTO MARTÍNEZ SIADO
Secretario