

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA SALA
PENAL

ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

Rad. 08-001-31-07-003-2023-00014-01

Ref.: Interna tribunal: 2023-00219 -T-CA

Aprobado mediante acta No. 155

Magistrado Ponente: Dr. Demóstenes Camargo De Ávila

Barranquilla, Veinticinco (25) de Abril de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la accionante LAURA MARGARITA SANMARTIN BELEÑO, contra el fallo del 2 de marzo del presente año, por medio del cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, denegó la demanda de tutela presentada contra LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – UNIVERSIDAD LIBRE, tramite al cual se vincularon a los aspirantes al cargo 29950246 Docente Orientador dentro del proceso de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 -Directivos Docentes y Docentes, secretaria de Educación Distrital de Barranquilla no rural, empleo No185273, con la finalidad de integrar debidamente el contradictorio.

I. HECHOS:

La actora interpone la presente acción constitucional, indicando que es concursante en el proceso de selección No 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022, directivos docentes, docentes, población mayoritaria, para la OPEC

No N°185273 denominación del cargo 29950246, docente orientador para la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla, el cual es desarrollado por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNCS y la Universidad Libre.

Añade que, efectivamente el día 25 de septiembre del año 2022, presentó la prueba escrita de conocimiento y las pruebas psicotécnicas requeridas como requisito. Luego entonces, el día 3 de noviembre del 2022 revisó los resultados en el aplicativo SIMO, obteniendo el puntaje de 58,48 en la prueba de aptitudes y competencias básicas, la prueba de conocimientos específicos y pedagógicos, y un puntaje de: 72,72 en la prueba psicotécnica.

Bajo ese contexto, la accionante manifiesta que, no tenía al alcance la información necesaria para realizar las reclamaciones a las que hubiera lugar, tal y como las formulas o cálculos matemáticos utilizados, copia del cuadernillo, registro de respuestas o claves, entre otros. Por lo anterior, el día 4 de noviembre del 2022 en ejercicio de su derecho de reclamación, solicitó una revisión de los resultados alcanzados.

La reclamante afirma que, el día 27 de noviembre del año 2022 fue citada para acceder a las pruebas por el término de 2 horas y media, tiempo que consideró corto para leer y verificar toda la información registrada en el cuadernillo. Además, sostiene que, las entidades accionadas omitieron informarle sobre el valor otorgado a cada una de las preguntas, fórmulas matemáticas, estadísticas en general o procedimientos técnicos utilizados.

Continúa indicando que, evidenció irregularidades por posibles lecturas computarizadas erróneas, errores en la formulación de preguntas al no corresponder con competencias propias del cargo, entre otras inconsistencias. Razón por la cual, estando en término legal, el día 29 de noviembre del 2022 presentó nuevamente una complementación de reclamación ante las partes accionadas, con la finalidad de obtener todos los medios de pruebas solicitados.

Aduce la accionante, que el día 2 de febrero del 2022 tuvo conocimiento de la respuesta a su reclamación, obteniendo que las entidades accionadas decidieron que no continuaba en el concurso, sin oportunidad para presentar recursos; por tal motivo, no estuvo de acuerdo con las entidades accionadas pues estas omitieron su solicitud y no tuvieron en cuenta las apreciaciones por ella expresadas.

Así las cosas, solicita que se amparen sus derechos fundamentales de petición, debido procedo y acceso a cargos públicos, y en consecuencia, se le ordene a la Universidad Libre y al Comisión Nacional del Servicio Civil brindar respuesta de fondo sobre las reclamaciones interpuestas y en caso tal de confirmar las irregularidades ordenar la recalificación o suspensión de la convocatoria.

II. DEL FALLO IMPUGNADO:

La acción de tutela le correspondió por reparto al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Barranquilla, donde el funcionario, hizo un recuento constitucional y jurisprudencial de los derechos fundamentales que la accionante considera vulnerados.

El fallador de instancia sostiene que, en cuanto al acceso del material de prueba solicitado por la accionante, éste fue suministrado bajo las mismas condiciones que a los demás participantes. Además, se evidencia que la reclamante accedió a las oportunidades establecidas para realizar las reclamaciones, siendo estas resueltas de manera clara, oportuna y de fondo por el operador del concurso, salvo las solicitudes que están cobijadas con reserva de información.

Así mismo, el a-quo precisó que, las preguntas y respuestas son determinadas por el operador conforme a ejes temáticos que son aplicados para evaluar a todos los concursantes bajo las mismas condiciones. De igual manera expuso que, la Universidad Libre operador del concurso demostró que cumplió con

las especificaciones técnicas emitidas por la CNSC con relación a la divulgación detallada de la información sobre el sistema de calificación.

Colofón de lo anterior, el Juzgado consideró que la Universidad Libre y la CNSC no vulneraron los derechos fundamentales alegados por la reclamante, denegando así, la solicitud de amparo constitucional.

III. DE LA IMPUGNACIÓN

La accionante alude y fundamenta la impugnación en que el-quo no tomó en consideración los hechos en los cuales fundamentó la tutela y que fueron expuestos detalladamente en el escrito de impugnación.

Así las cosas, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su defecto, que se ordene el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, petición, igualdad, el trabajo y acceso a cargos públicos.

IV DE LA COMPETENCIA

De acuerdo con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y en el Decreto 1382 de 2000, esta Sala de decisión penal es competente para conocer de la impugnación, toda vez que es la superior funcional del Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Barranquilla, quien decidió sobre la presente acción en primera instancia.

4.1 MARCO LEGAL

Al tenor de lo dispuesto por el art. 86 de la Constitución, toda persona puede mediante acción de tutela 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, a condición de que no disponga de otro medio de defensa

judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

4.2 DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS:

Se invoca la protección a los derechos al debido proceso, derecho de petición, derecho al trabajo, derecho al acceso a los cargos públicos, los cuales se encuentran contenidos en el Título II del Capítulo I y Título V del Capítulo II de la Constitución Nacional, relativos a los derechos fundamentales y de la función pública.

4.3 DEL CASO EN CONCRETO

En el caso objeto de análisis, la accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales al mérito, al trabajo y al debido proceso, por parte la de Universidad libre y la Comisión Nacional del Servicio Civil, con fundamento en que participó en el proceso de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 -Directivos Docentes y Docentes, secretaría de Educación Distrital de Barranquilla no rural, empleo No185273 al cargo 29950246 Docente Orientador, presentando las correspondientes escritas, sin haberlas supera, por existir inconsistencias en las preguntas elaboradas y en el sistema de calificación. Frente a este hecho presentó las reclamaciones pertinentes dentro de la oportunidad legal, sin obtener respuesta de fondo.

En ese sentido, es necesario reseñar que el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política prevé que la acción de tutela únicamente procederá cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que ella se utilice como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Concordante con ello, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 6 aglomera las causales de improcedencia de la acción de tutela, disponiendo en su numeral 1º lo siguiente:

“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 igual modo, se tiene que la H. Corte Constitucional al analizar la procedencia de la acción de tutela en tratándose de concursos de méritos ha expuesto que:

“Así, prima facie, este Tribunal ha considerado que la acción de tutela no procede cuando a través de su uso se pretenda atacar decisiones proferidas por la Administración en el marco de un concurso de méritos, pues, el legislador de estableció mecanismos especiales en uso de los cuales el juez de lo contencioso administrativo estaría llamado a conocer de esos asuntos^[98]. Allí podría solicitarse, además, la puesta en marcha de medidas cautelares si es que la protección del bien es urgente y no soportaría el tiempo que tarde la resolución del litigio^[99]. Sin embargo, siguiendo lo advertido en el párrafo anterior, puede que, en algunos supuestos, a la luz de las circunstancias particulares ofrecidas en el caso, se advierta que este medio judicial no es idóneo ni eficaz.

Escenario en el que la acción de tutela devendrá procedente”¹.

Acompasa lo anterior, lo decantado por la Corte Constitucional en relación al requisito de subsidiariedad que gobierna la acción de tutela, donde en Sentencia T- 425 de 2019 ese máximo órgano señaló que:

“según disponen los artículos 86 de la Constitución y 6.1 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario, que solo procede cuando el solicitante no disponga de otro mecanismo de defensa judicial para lograr la protección de sus

¹ Ver Sentencia T-0081 de 2021.

derechos fundamentales, salvo que se acredite un supuesto de perjuicio irremediable de naturaleza ius fundamental. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, en asuntos relativos a concursos de méritos los participantes pueden cuestionar las actuaciones surtidas en el marco de la convocatoria en ejercicio de los medios de control pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por tanto, la intervención del juez constitucional se restringe, de ser el caso, a conjurar un perjuicio irremediable.”

Ahora bien, lo cierto es que la Sala debe evaluar las circunstancias particulares del caso, debiendo tener en cuenta la afectación o el perjuicio irremediable que tenga el concursante y que conlleve a que su pretensión sea impostergable.

Es así, que luego de analizar las particularidades de este asunto, se advierte que en el presente, no es procedente la acción de tutela, toda vez que si bien la accionante presentó la reclamación dentro de la oportunidad legal pertinente ante la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Libre en lo atinente a la calificación de las preguntas, el puntaje asignado a cada una de ellas, que si bien no corresponde a los intereses de la reclamante, está le emitió un concepto, razones por las cuales **no se avizora la ocurrencia de un perjuicio irremediable**, ya que la discrepancia propuesta por el accionante discurre por fuera de la esfera constitucional y se sumerge más bien en la jurisdicción del Juez de lo contencioso.

Así se observa de la respuesta dada por la CNSC en el mes de enero de la presente anualidad, donde le explicó el resultados de sus pruebas así:

Rad No. 2023-00219 -T-CA

Accionantes: Laura Margarita Sanmartin Beleño

Decisión: Revocar y Declarar improcedente.

que la corrección de puntaje sea realizada, solicito la suspensión provisional del acto administrativo de resultados publicados, ante los resultados erróneos que en el momento me descartan en concurso, para con esto garantizar mis derechos en los términos de igualdad en el acceso al proceso de méritos. QUINTA: Cumplido lo anterior, solicito orientación para los pasos a seguir en caso de respuesta desfavorable a mi solicitud de corrección de puntaje, a fin de continuar reclamación a fondo por considerar pueden estar siendo vulnerados mis derechos al no revisar con detenimiento mi situación (...)"

En atención a lo expuesto, nos permitimos responder en los siguientes términos:

Para empezar, se le informa que se realizó una confrontación entre el string de respuestas generado a partir de la lectura óptica de su hoja de respuesta versus su hoja de respuestas física con el fin de verificar que exista total concordancia entre los dos, encontrando una coincidencia del 100 %.

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: **0.80610** y su proporción de aciertos es: **0.78571**

Se debe tener presente que la proporción de aciertos está definida por $Prop_{aciertos} = \frac{X_i}{n}$

De esta manera, el cálculo de las puntuaciones mediante el método con ajuste proporcional está definido formalmente por:

$$Pa_i = \begin{cases} \frac{X_i}{n} < Prop_{Ref} \rightarrow \frac{Min_{aprob}}{n * Prop_{Ref}} * X_i \\ \frac{X_i}{n} \geq Prop_{Ref} \rightarrow Min_{aprob} + \frac{100 - Min_{aprob}}{n * (1 - Prop_{Ref})} * [X_i - (n * Prop_{Ref})] \end{cases}$$

Donde:

Min_{aprob} : valor de la calificación mínima aprobatoria según los acuerdos de convocatoria.

n : Total de ítems en la prueba.

$Prop_{Ref}$: Proporción de referencia

X_i : Cantidad de aciertos del i-ésimo aspirante en la prueba.

Teniendo en cuenta lo anterior, para obtener su puntuación debe utilizar los siguientes valores correspondientes a la prueba presentada:

X_i : Cantidad de aciertos obtenidos en la prueba	77
n : Total de ítems en la prueba	98
Min_{aprob} : Valor de la calificación mínima aprobatoria según acuerdos de convocatoria.	60
$Prop_{Ref}$: Proporción de Referencia	0.80610

Por lo anterior, su puntuación en la prueba es: **58.48**

En relación con la calificación de la prueba clasificatoria, se informa que, para el cálculo de la puntuación también se utilizó el **método de calificación con ajuste proporcional**.

Para el cálculo de la puntuación tenga en cuenta que la proporción de referencia en su OPEC es **0.50**, y su proporción de aciertos es **0.72727**.

Se debe tener presente que la proporción de aciertos está definida por $Prop_{aciertos} = \frac{X_i}{n}$

De esta manera, el cálculo de las puntuaciones mediante el método con ajuste proporcional está definido formalmente por:

$$Pa_i = \begin{cases} \frac{X_i}{n} < Prop_{Ref} \rightarrow \frac{M_i}{n * Prop_{Ref}} * X_i \\ \frac{X_i}{n} \geq Prop_{Ref} \rightarrow M_i + \frac{100 - M_i}{n * (1 - Prop_{Ref})} * [X_i - (n * Prop_{Ref})] \end{cases}$$

Donde:

Por otro lado, es claro que la parte accionante de forma acuciosa, efectuó un análisis pormenorizado de cada una de sus inconformidades frente a su calificación dentro del concurso de méritos, donde incluso realizó operaciones aritméticas con miras a obtener una variación de su puntaje y concluyendo que los operadores del concurso, realizaron algunas preguntas que no estaban orientadas al cargo al cual aspiró.

En suma, frente a la queja constitucional de la accionante, que se circunscribe a indicar que la prueba que aplicó en el marco del concurso de méritos, fue mal diseñada y que ni la Universidad libre ni la Comisión Nacional del Servicio Civil, le resolvieron de fondo las reclamaciones esbozadas, la Sala estima que estas razones no resultan validas, pues se itera, las pretensiones no están llamadas a ser estudiadas por esta vía, dado a que no existe una palmaria afectación a las garantías fundamentales al trabajo o debido proceso que haga imperiosa la intervención del juez constitucional, aunado a la etapa primigenia en la que se encuentra el proceso de selección, donde lo que existe por parte de la concursante es una expectativa incierta, pudiendo esperar los resultados del proceso idóneo, que lo es el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho.

Las anteriores argumentaciones, no pueden ser debatidas dentro de este tramite de tutelas, pues se requiere un escenario probatorio mayor, donde a las partes se les otorgue la posibilidad de controvertir las pruebas, y se surtan

todas y cada una de las etapas, con las garantías fundamentales requeridas, entendiendo además que la acción de tutela recaba en un trámite perentorio de 10 días, los cuales son insuficientes para llegar a una solución definitiva en este tipo de casos, más aún, cuando se podría requerir conceptos de expertos que puedan brindar sus conocimientos técnicos frente a la elaboración de las preguntas planteadas en las pruebas de conocimientos realizadas en el concurso.

Así las cosas, en el *sub judice*, dadas las características del asunto, se concluye que la accionante cuenta con el medio de control de Nulidad y Restablecimiento de derecho, pues para que sea procedente esta acción, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, en este tema, existen dos excepciones: (i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela que sea adecuado para resolver las afectaciones constitucionales que se desprenden del caso y (ii) **cuando exista riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable.**”

Por demás, la Sala estima que el trámite eficaz que correspondería, sería dar inicio a un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ya que con la introducción al ordenamiento jurídico colombiano de la Ley 1437 del 2011 se le concedió la oportunidad a los demandantes de solicitar la protección a través de medidas cautelares, lo cual conduce a generar una mayor eficacia y una menor vulneración de derechos, en lapsos perentorios.

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia T-425 del 2019 expuso que:

“Así mismo, la Sala advierte que, en ejercicio de dicho medio de control, los accionantes podían solicitar el decreto de medidas cautelares para solicitar la protección y garantía provisional del objeto del proceso y la efectividad de la sentencia” “la posibilidad de suspender en determinados casos las etapas de un concurso de méritos por medio de la acción de tutela no es una potestad exclusiva de la Corte Constitucional”

Los actores podían solicitar al juez de lo contencioso administrativo: (i) el restablecimiento de la situación al estado en que se encontraba antes de la presunta conducta vulneradora, (ii) la suspensión del concurso por no existir otra posibilidad de superar la situación que dio lugar a la adopción de la medida o (iii) la suspensión provisional de los efectos del acto de invitación a la convocatoria BF/18- 002[74]. Incluso, (iv) podían pedir que el juez administrativo adoptara una medida cautelar de urgencia, si de las particularidades del caso se advertía la necesidad de una intervención perentoria de la autoridad judicial”

Es por todo lo anterior que esta Corporación advierte que la solicitud de amparo de marras se torna improcedente, contrario a lo manifestado por el Juez de primera instancia que efectuó un análisis de fondo del presente asunto aunque negando las pretensiones invocadas y que en otras ocasiones esta Sala también ha elaborado, cuando se puedan generar exceptivas ciertas dentro de un concurso de méritos o se observe una actuación arbitraria en el mismo, no siendo del caso en esta oportunidad.

Por lo anterior se revocará la decisión de primera instancia y se declarará improcedente el estudio de fondo del presente asunto.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, administrando justicia, en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar la decisión de primera instancia y en su lugar, DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por LAURA MARGARITA SANMARTIN BELEÑO, contra LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – UNIVERSIDAD LIBRE, de conformidad a la parte considerativa de esta decisión.

Rad No. 2023-00219 -T-CA

Accionantes: Laura Margarita Sanmartin Beleño

Decisión: Revocar y Declarar improcedente.

SEGUNDO: Advertir que contra la presente actuación no procede recurso.

TERCERO: Remítase a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE Los
Magistrados,



DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA

APROBADO VIRTUALMENTE
LUIGI J. REYES NÚÑEZ

APROBADO VIRTUALMENTE
JORGE E. MOLA CAPERA

OTTO MARTÍNEZ SIADO

Secretario