

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

SENTENCIA TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

Santiago de Cali, quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Radicación No.	76001-33-33-006-2023-00024-01
Medio de control	ACCION DE TUTELA
Demandante	HEIDY YANETH BONFANTE ÁLVAREZ hybonfantea@gmail.com
Demandados	Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC -Sistema de apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad -SIMO notificacionesjudiciales@cns.gov.co
Vinculados	Universidad Libre notificacionesjudiciales@unilibre.edu.co Aspirantes Proceso de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 Directivos Docentes y Docentes (No. OPEC 184438 Docente de Área de Matemáticas, código 29950245 dispuesto para el municipio de Palmira [No Rural], Valle del Cauca).
Tema	Petición, Debido Proceso, Acceso a Cargos Públicos/ Confirma sentencia que amparó el derecho de petición y declaró la improcedencia en torno a las demás pretensiones.

Mag. Ponente : FERNANDO AUGUSTO GARCÍA MUÑOZ

Procede la Sala Segunda Jurisdiccional de Decisión de este Tribunal, a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionante, contra la sentencia de primera instancia No. 030 del 15 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cali, que decidió amparar el derecho de petición de la accionante y declarar la improcedencia de la acción frente a las demás pretensiones.

ANTECEDENTES :

La señora HEIDY YANETH BONFANTE ÁLVAREZ, instauró acción de tutela, en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil¹, la Universidad Libre (vinculada) y los aspirantes del Proceso de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 Directivos Docentes y Docentes, No. OPEC 184438 Docente de Área de Matemáticas, código 29950245 dispuesto para el municipio de Palmira [No Rural], Valle del Cauca (vinculados), con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, y la confianza legítima en la actuación administrativa.

Los **HECHOS** que se exponen como fundamento de la acción, son los siguientes:

1.1.1. La accionante señala que mediante Acuerdo No. 2140 de 2021 la CNSC realizó la convocatoria para el Proceso de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 – Directivos Docentes y Docentes.

1.1.2. Indica que mediante el aplicativo SIMO realizó la inscripción el día 17 de mayo de 2022, con fecha de actualización el 22 de junio de 2022, con número de inscripción 475781527 para el empleo número OPEC No. 184438 denominado Docente de Área de Matemáticas, código 29950245, jerarquía Docente de Aula, dispuesto para el municipio de Palmira (No Rural) de la mencionada convocatoria.

1.1.3. Relata que se presentó el 25 de septiembre de 2022 a realizar la prueba en la sede Santa Isabel de la Universidad Libre Seccional Cali.

1.1.4. Sostiene que los resultados de la prueba fueron publicados el 3 de noviembre de 2022 en la plataforma SIMO, obteniendo un puntaje de 51.78 en la prueba de aptitudes y competencias básicas, Docente de aula – No Rural y un puntaje de 72.72 en la prueba psicotécnica – Docentes de Aula, con una calificación total de 40.92 el cual la elimina del proceso de selección.

1.1.5. Afirma que en razón a que encontró inconsistencias en el examen, presentó reclamación dentro de los plazos para solicitar acceso a sus pruebas.

1.1.6. Manifiesta que se le permitió el acceso a los resultados el 27 de noviembre de 2022, desde las 08:15 a.m. y por un lapso de dos horas en la misma sede en la cual presentó las pruebas.

1.1.7. Aduce que encuentra preguntas comprendidas por fuera del manual de funciones del docente de aula del cual trata el concurso, del currículo del área, del aula de clases o de los documentos expedidos por la CNSC. Agrega que el puntaje obtenido en la

¹ En adelante CNSC.

prueba de aptitudes y competencia (51.78) es incoherente al tener 63 de 98 preguntas correctas, así como también su calificación total (40.92), pues tiene experiencia como docente e investigador y los estudios pertinentes al área.

1.1.8. Comenta que presentó derecho de petición y queja ante los resultados, mediante el mecanismo acordado por la CNSC en el numeral 2.7 del anexo de los acuerdos del proceso de selección, siendo este desde el 28 de noviembre de a las 00:00h y hasta el 29 de noviembre de 2022 a las 23:59h a través del aplicativo SIMO (solicitud No. 551843805 y como documentos anexos como prueba de la reclamación No. 554816818 y 554812531).

1.1.9. Resalta que recibió respuesta el 2 de febrero de 2023 y frente a ella, frente a la cual no se encuentra conforme por falta de información específica del proceso de puntuación, «[p]uesto que muestran una fórmula [sic] pero no explican de qué manera se calcula una constante agregada a la fórmula [sic] citando textualmente “Tenga en cuenta que la proporción de referencia en su OPEC es: **0.74480** y su proporción de aciertos es: **0.64285**”. **Tomando en cuenta la proporción de aciertos el puntaje sería 64.285 no 51.78 como aparece en la página**».

1.1.10. Refiere que el derecho de petición y queja fue finalizado sin permitirle expresar su inconformidad sobre la fórmula usada para la puntuación, al no recibir explicación acerca del procedimiento con el cual fue obtenido esa constante de Proporción de Referencia de la OPEC, con un valor de 0.74480, aduciendo que puede ser de cualquier valor y puede afectar los resultados finales de la puntuación.

1.1.11. Agrega que en la convocatoria no aparece especificado que para sacar el puntaje mínimo aprobatorio de 60, debe ser con un porcentaje de aciertos mayor al 73% de las preguntas.

1.1.12. Considera que la respuesta del 2 de febrero de 2023 viola de forma expresa su derecho de petición, a una respuesta acorde y oportuna y, de paso, y que le dejó sin más posibilidades puesto que el mecanismo dispuesto para el efecto ya fue cerrado.

Solicitó como pretensiones las siguientes:

Que se tutelen los derechos fundamentales de petición, debido proceso y acceso a cargos públicos y, en consecuencia, que la CNSC dé respuesta clara y suficiente a la reclamación número 551843805 en relación a la constante de proporción de referencia de la OPEC, con un valor de 0.74480.

Así mismo, que se evalúe la no idoneidad de las preguntas realizadas en la prueba de aptitudes y conocimientos, al estar por fuera del manual de funciones, del currículo del área, de la labor docente y por fuera del aula de clase, además de no estar comprendidas en los documentos informativos de la CNSC y, por esta vía, se eliminen del examen o se impute a favor de la accionante, con el fin de volver a asignar puntajes y calificar el examen en la prueba de aptitudes y competencias, y la calificación total, de una manera más justa a la verdadera labor y función de docente de aula.

Adicionalmente, que se considere su experiencia como docente en instituciones no oficiales, además de la experiencia como investigadora y las publicaciones de artículos en revistas indexadas y su tesis como libro en la Editorial Académica Española, en un área afín como lo es la rama de Ingeniería Química, que gran parte fue registrado al momento de inscripción.

Por último, solicita que se vuelvan a asignar puntajes y evaluar las respuestas de la prueba de aptitudes y competencias considerando las 63 preguntas correctas de 98, puesto que constituyen el 64.285% del examen y una calificación de 51.78 no resulta acorde, así como por la falta de idoneidad de aquellas falladas, al estar por fuera del manual de funciones, currículo del área de matemáticas, del aula de clases y de las cartillas para estudio y ejemplos, entregadas por la CNSC para tal convocatoria.

TRAMITE PROCESAL

La tutela fue asignada por reparto al Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cali, quien avocó su conocimiento, disponiendo la vinculación de la Universidad Libre y los aspirantes al proceso de selección del que participa la accionante, y, ordenó la notificación de la entidad accionada y vinculadas, para que en un término de dos (2) días se pronunciaran y aportaran las pruebas que pretendieran hacer valer, respecto a los fundamentos fácticos referidos en el escrito de tutela.

Informes rendidos en el proceso

La COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL²

La CNSC, indicó que en el escrito de tutela no se acredita la existencia de un perjuicio irremediable, siendo un requisito esencial para la protección de los derechos a través de este mecanismo constitucional, pues aduce que la accionante «[s]ólo apela a lo que aparenta ser una reclamación frente a sus resultados en el marco del proceso de selección, situación administrativa del desarrollo del proceso de selección».

² Índice No. 7 SAMAI, Descripción del Documento «7».

Hizo un recuento de las diferentes etapas del proceso de selección del que participa la accionante, convocado a través del Acuerdo No. 2172 del 29 de octubre de 2022, refiriendo a la estructura del proceso (artículo 3 del Acuerdo), al aviso publicado el 15 de noviembre de 2022 en el sitio web de la entidad, por el cual informó a los aspirantes que el acceso a pruebas se llevaría a cabo el 27 de noviembre del 2022 y, por ende, conforme 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 en efecto aduce se realizó.

Señaló, que en la etapa de acceso a las pruebas los aspirantes tienen acceso al cuadernillo, la hoja de respuestas diligenciada y la hoja de respuestas clave (hoja con las respuestas correctas), ello para que puedan contar con la información necesaria para que, en caso de considerarlo pertinente, complementen la reclamación en los términos señalados para el efecto.

Expuso, que la accionante presentó reclamación oportuna y dentro de su escrito solicitó de manera expresa acceder al material de las pruebas escritas, motivo por el cual se le citó el 27 de noviembre de 2022.

Aseveró que la entidad mediante aviso informativo del 25 de enero de 2023, estableció la fecha de publicación de resultados definitivos de las pruebas escritas y la respuesta a las reclamaciones, siendo esta el 2 de febrero de 2022, indicando que en esta oportunidad la accionante podía consultar la respuesta clara y de fondo frente a los interrogantes planteados en los escritos de reclamación y complementación.

Informó, que el artículo 13 del Acuerdo No. 2172 del 29 de octubre de 2021 establece el carácter y la ponderación de las pruebas a aplicar así:

“ARTÍCULO 13. PRUEBAS A APLICAR, CARÁCTER Y PONDERACIÓN. Las pruebas a aplicar en el presente proceso de selección serán las establecidas por la normatividad vigente para cada una de las modalidades del mismo, conforme se señala a continuación:

A. Zonas No Rurales:

De conformidad con los artículos 2.4.1.1.10, 2.4.1.1.11 y 2.4.1.1.13 del Decreto Único Reglamentario 1075 de 2015, subrogado por el artículo 1 del Decreto Reglamentario 915 de 2016, las pruebas a aplicar en el presente proceso de selección son las de aptitudes y competencias básicas y la psicotécnica; la de valoración de antecedentes y entrevista. **La prueba de aptitudes y competencias básicas tiene por objeto valorar los niveles de conocimientos de la disciplina, habilidades, destrezas y aptitudes que demuestren los aspirantes del concurso público de méritos y estará orientada a la aplicación de los saberes adquiridos para ejercer debidamente el cargo de docente o directivo docente.**

Por su parte, la prueba psicotécnica valorará las actitudes, habilidades, motivaciones e intereses profesionales de los aspirantes en la realización directa de los procesos pedagógicos o de gestión institucional y frente a las funciones del cargo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 4°, 5° y 6° del Decreto Ley 1278 de 2002 y en el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias para los cargos de Directivos Docentes y Docentes del Sistema Especial de Carrera Docente.

La prueba de aptitudes y competencias básicas, y la prueba psicotécnica serán aplicadas de manera escrita a los aspirantes, por lo que se les denominará pruebas escritas para efectos del presente proceso de selección.

(...)

En este contexto, las pruebas que se aplicarán en este proceso de selección por méritos se regirán por los siguientes parámetros:

Tipo de Prueba	Carácter de la Prueba	Calificación mínima aprobatoria	% Peso Dentro del Puntaje Total	
			Directivo Docente	Docente
Aptitudes y Competencias Básicas	Eliminatoria	60/100 para Docentes	55%	65%
		70/100 para Directivos Docentes		
Psicotécnica	Clasificatoria	N/A	15%	10%
Valoración de Antecedentes	Clasificatoria	N/A	25%	20%
Entrevista	Clasificatoria	N/A	5%	5%

Afirmó, que para superar la prueba de aptitudes y competencias básicas y continuar en el proceso, la accionante debía obtener una puntuación igual o superior a sesenta (60.00), circunstancia frente a la cual señala que ella obtuvo 51.78 puntos en la prueba que tiene carácter eliminatorio y, por tanto, no podrá continuar en el proceso de selección.

Indicó, que el 2 de febrero de 2023 se emitió respuesta a la reclamación elevada por la accionante, en la cual se le explica de manera técnica el método de calificación efectuado para el concurso.

Advirtió en cuanto a las preguntas que aduce la accionante no corresponden al manual de funciones del empleo, que en el escrito de reclamación manifestó encontrarse inconforme con la calificación, en atención a que en su criterio contestó los ítems 1, 3, 13, 16, 20, 34, 41 y 42 de manera correcta y frente a ello, la Universidad Libre le informó que:

«[C]ada pregunta tiene su respectiva justificación conceptual y técnica, lo cual evidencia que para cada pregunta solo existe una única respuesta correcta. Asimismo, cabe señalar que para

la construcción de estas pruebas se contó con un equipo de expertos en cada una de las áreas del saber, quienes demostraron cumplir con un alto perfil para el diseño de las pruebas del presente concurso. Adicionalmente, le informamos que cada uno de los ítems que conformaron las pruebas fue validado por tres expertos adicionales, garantizando con ello los más altos estándares en medición y evaluación.»

Solicitó se declare la improcedencia del amparo, pues no existe vulneración alguna de los derechos fundamentales de la accionante o, en su defecto, sea negada la misma.

UNIVERSIDAD LIBRE³

Mediante escrito allegado el 9 de febrero de 2023, informó que los resultados preliminares de las pruebas de aptitudes y competencias básicas y la prueba psicotécnica fueron publicados el 3 de noviembre de 2022, de ahí que la CNSC mediante aviso publicado el 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 de 2022.

Indicó que una vez 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 las pruebas se llevaría a cabo el 27 de noviembre de 2022 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.

Reiteró lo informado por la CNSC, en cuanto a que en la etapa de acceso a pruebas los aspirantes tienen acceso al cuadernillo, la hoja de respuestas y la hoja de respuestas clave (hoja con las respuestas correctas).

Sostuvo que la accionante se inscribió para el empleo de Docente de Área de Matemáticas, de la entidad territorial certificada en educación municipal de Palmira -No rural, identificada con el código OPEC 184438, por lo tanto, para superar la prueba de aptitudes y competencias básicas, debía obtener un puntaje igual o superior a 60.00.

Refirió que conforme al artículo 2.4.1.1.111 del Decreto Único Reglamentario 1075 de 2015, subrogado por el artículo 1° del Decreto Reglamentario 915 de 2016, «[L]a convocatoria usa la expresión “calificación mínima aprobatoria” haciendo referencia al puntaje mínimo en una escala de 0.00 a 100.00 para aprobar la prueba que en el concurso tiene un carácter eliminatorio, entonces se utiliza dicho término para indicar qué puntaje debe obtener un aspirante para continuar en el concurso. Sin embargo, para obtener los puntajes de la prueba el operador puede hacer uso de un método de calificación debidamente sustentado y previamente aprobado por la CNSC».

³ Índice No. 8 SAMAI, Descripción del Documento «12».

Agregó que el método de calificación seleccionado para 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».

Aclaró que «tanto la “Proporción de referencia” como “la proporción de aciertos” son partes de la fórmula [sic] con la cual se llega a una calificación dentro de la escala definida en los acuerdos... la proporción de aciertos se calcula dividiendo la cantidad de aciertos que tuvo el aspirante en su prueba eliminatoria sobre el número de ítems que conformaron esta prueba, y la proporción de referencia se determina teniendo en cuenta una secuencia de pasos llevada a cabo con las proporciones de acierto de los aspirantes que hicieron parte de su grupo de referencia».

Acotó que este resultado es contrastado con la proporción de referencia de la OPEC, «[p]ara determinar la fórmula a aplicar para la obtención del resultado, calculo [sic] que se obtiene aplicando el método de calificación con ajuste proporcional empleado para el presente concurso de méritos, que fue comunicado en la respuesta a la reclamación interpuesta por la aspirante...».

Frente a las preguntas que manifiesta la accionante que no corresponden a manual de funciones del empleo (ítems 1, 3, 13, 16, 20, 34, 41 y 42), adujo que en la respuesta a la reclamación se señalaron las respuestas claves y la justificación para cada una de ellas, y que «[C]ada pregunta tiene su respectiva justificación conceptual y técnica, lo cual evidencia que para cada pregunta solo existe una única respuesta correcta. Asimismo, cabe señalar que para la construcción de estas pruebas se contó con un equipo de expertos en cada una de las áreas del saber, quienes demostraron cumplir con un alto perfil para el diseño de las pruebas del presente concurso. Adicionalmente, le informamos que cada uno de los ítems que conformaron las pruebas fue validado por tres expertos adicionales, garantizando con ello los más altos estándares en medición y evaluación».

Por lo anterior, consideró que «[l]as respuestas notificadas dan respuesta y atienden de fondo todas y cada una de las observaciones, inquietudes y peticiones realizadas dentro de los escritos de reclamación y complementación... en los casos de negativa o improcedencia frente a lo solicitado por el aspirante se indicaron los argumentos técnicos, legales y/o jurídicos por los cuales no resulto [sic] posible acceder a lo petitionado, cumpliendo con las exigencias de la jurisprudencia en la materia, motivo por el cual no es posible deprecarse una presunta vulneración a tal derecho».

Frente al derecho al debido proceso señalado por la accionante, indicó que ella ha podido ejercer las garantías consagradas para los participantes del concurso de méritos y, por tanto, el procedimiento adelantado por la Universidad Libre como operadora del proceso,

ha sido ajustado a lo establecido en las reglas que previamente fueron aceptadas por los aspirantes en la inscripción.

Respecto al derecho al acceso a cargos públicos, resaltó que «[e]l participar en un proceso de selección para acceder a un cargo público o de carrera, no es garantía para obtener el puesto, cargo o trabajo, dado que se requiere superar todas las etapas del proceso de selección por méritos que junto con el nombramiento en periodo de prueba otorgarían la protección que erróneamente pretende a ver (sic) valer el accionante.»

Concluyó que la acción de tutela es improcedente por cuanto la accionante cuenta con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir el reglamento del proceso de selección y, por ende, lo relacionado con las pruebas escritas.

VINCULADOS (Aspirantes al proceso de selección)

Los aspirantes del proceso de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316y 2406 de 2022 Directivos Docentes y Docentes, número de OPEC 184438 Docente de Área de Matemáticas, código 29950245 dispuesto para el municipio de Palmira [No Rural], Valle del Cauca, no se pronunciaron frente a la presente acción de tutela.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cali, en la sentencia No. 030 del 15 de febrero de 2023, consideró:

“(…)

El Despacho luego de revisar la referida respuesta, así como los informes aportados dentro del presente proceso constitucional, concluye que no hubo una respuesta clara a la reclamación, pues en lo concerniente a la proporción de referencia de la OPEC establecida en 0.74480 para la prueba de aptitudes y competencias básicas, no se determina o exterioriza la forma de llegar a dicho resultado, como sí ocurre en tornea la proporción de aciertos, la cantidad de preguntas (ítems), la cantidad de aciertos y el valor de la calificación mínima aprobatoria.

Nótese que todas estas variables son indispensables para calcular la puntuación de dicha prueba, en la medida que si la proporción de aciertos es menor a la proporción de referencia seguirá un cálculo diferente (desfavorable) comparado a si la proporción de aciertos es igual o superior a la proporción de referencia (favorable).

En esta dirección, la determinación de la proporción de la referencia de la OPEC es fundamental para que la aspirante pueda contrastar a partir de datos y cálculos verificables, por qué el número de aciertos no le alcanza para continuar en el proceso de selección, acorde a la puntuación mínima obligatoria en la prueba de aptitudes y competencias básicas reglada

en el artículo 13 del Acuerdo No. 2172 de 2021, por el cual se da apertura a la convocatoria del proceso de selección del que aquella participa:

Tipo de Prueba	Carácter de la Prueba	Calificación mínima aprobatoria	% Peso Dentro del Puntaje Total	
			Directivo Docente	Docente
Aptitudes y Competencias Básicas	Eliminatoria	60/100 para Docentes	55%	65%
		70/100 para Directivos Docentes		
Psicotécnica	Clasificatoria	N/A	15%	10%
Valoración de Antecedentes	Clasificatoria	N/A	25%	20%
Entrevista	Clasificatoria	N/A	5%	5%

N/A: No Aplica.

En esta sentido, no es suficiente con referir que la proporción de la referencia se obtiene a partir del desempeño del grupo de referencia, para justificar que las puntuaciones no dependen del número de aciertos o del valor de cada una de las preguntas (ítems) que componen la prueba, como tampoco que para el cálculo de la puntuación se utilizó el método de calificación con ajuste proporcional, basado en la proporción de referencia para cada grupo de aspirantes según la OPEC a la que se inscribieron, tal y como se señaló en la respuesta a la reclamación, ni mucho menos aducir que tal proporción de referencia «[s]e determina teniendo en cuenta una secuencia de pasos llevada a cabo con las proporciones de acierto de los aspirantes que hicieron parte de su grupo de referencia», como se reseñó en la contestación que dio la Universidad Libre a la presente acción de tutela.

Lo anterior, por cuanto estas definiciones son inútiles para aterrizar u obtener el valor de la proporción de la referencia, entre otras cosas, porque se requiere de otros presupuestos (desempeño del grupo de referencia) que hasta el momento no han sido compartidos con la accionante.

Así las cosas, el resultado otorgado con base en la variable de proporción de referencia no es transparente para la accionante, pues falta el acompañamiento de los datos, variables y demás elementos necesarios para sustentar y corroborar su valor (0.74480).

De esta manera, el Despacho aprecia que en la respuesta a la reclamación, se señala que la Universidad Libre suscribió contrato de prestación de servicios No. 108 de 2022 y, en virtud del mismo, a esta le compete «[A]tender, resolver y responder de fondo dentro de los términos legales las reclamaciones, derechos de petición, acciones judiciales y llevar a cabo las actuaciones administrativas a que haya lugar en ejercicio de la delegación conferida con la suscripción del contrato, durante toda la vigencia de este y con ocasión de la ejecución de las diferentes etapas del proceso de selección».

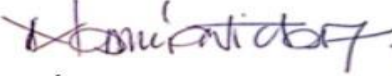
Por lo anterior, se encuentra que la obligación de dar respuesta a la reclamación recae en la Universidad Libre y ello, es corroborado a partir del informe técnico acompañado por la CNSC, el cual viene signado por la misma coordinadora General Convocatoria Directivos

Docentes y Docentes, María Victoria Delgado Ramos, bajo el ropaje de tal corporación universitaria.

Por último, se resalta que el concurso se ha adelantado con estricto cumplimiento de los principios constitucionales y legales que orientan estos Procesos de Selección, tales como, el mérito, el debido proceso, la igualdad, la buena fe, sin asomo de irregularidad alguna.

Con los anteriores argumentos fácticos y legales, consideramos que se ha respondido de manera adecuada, efectiva y oportuna las peticiones impetradas por la accionante, en cumplimiento de lo establecido en la Ley, quedando atentos a cualquier información adicional que se requiera.

Cordialmente,



MARÍA VICTORIA DELGADO RAMOS
Coordinadora General Convocatoria Directivos Docentes y Docentes
UNIVERSIDAD LIBRE

De este modo, hay que precisar que, si bien la Universidad Libre es una corporación educativa de naturaleza privada, se encuentra legitimada en la causa por pasiva en virtud de lo dispuesto en el numeral 8º²⁴, artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991, esto es, cuando los particulares actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, lo cual ocurre en vengero de la delegación otorgada por la CNSC mediante el contrato de prestación de servicios No. 108 de 2022 para resolver reclamaciones, derechos de petición, entre otros, esto es, se le ha conferido la facultad de definir situaciones sustanciales al interior del proceso de selección y, con ello, concurre en el ejercicio de funciones públicas.

En este orden de ideas, las reclamaciones que se elevan a la Universidad Libre con ocasión del proceso de selección en los términos de la delegación reseñada, tienen la misma regulación y ámbito de protección que si se hiciera frente a una autoridad estatal, en razón al ejercicio o desempeño de funciones públicas, ello, bajo el criterio recogido en la sentencia T-277 de 2019, así:

«Finalmente, pese a que la Universidad de Medellín es una entidad privada, es predicable su legitimación por pasiva. Según el numeral 8 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991^[48], la acción de tutela procede contra particulares cuando estos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, que es precisamente lo que ocurre en este caso, en virtud de la habilitación que le otorgó el contrato de prestación de servicios No. 314 de 2017, pues permite que aquella concorra con la CNSC para dar cumplimiento a los artículos 125 y 130 de la Constitución. Ahora bien, pese a que la Constitución señala de forma genérica que el derecho de petición se puede dirigir contra autoridades, la jurisprudencia constitucional ha entendido que este abarca a los particulares que ejercen funciones públicas, cuando la petición haga referencia a asuntos relacionados con el desempeño de dichas funciones. En estos casos el derecho de petición opera de la misma manera que cuando se formula ante una autoridad estatal.»

(Negrilla y subrayado del Despacho)

Por consiguiente, se concederá el amparo del derecho de petición (reclamación) de la accionante y, en consecuencia, se ordenará a la Universidad Libre que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, responda con claridad y suficiencia la

reclamación que aquella efectuó bajo la radicación de entrada 551843805 del 28 de noviembre de 2022 **en lo concerniente a la proporción de referencia de la OPEC fijada en 0.74480 para la prueba de aptitudes y competencias básicas, esto es, debe dar a conocer los elementos (datos, variables, números, etc.) que se tuvieron en cuenta para hallar la proporción de referencia y la fórmula (paso a paso) que se aplicó para obtener ese resultado.**

(...)

En este sentido, se aprecia que la queja frente a las preguntas de la prueba de aptitudes y competencias básicas, sin individualización alguna, aun cuando pueda inferirse que las destinatarias de ello sean las erradas, constituyen pretensiones que escapan de la cobertura de la acción de tutela, por cuanto implicaría que el Despacho reemplace al entecalificador y diseñador de la prueba, en la medida que no existe un criterio de vulneración definido o anunciado por la accionante que permita delimitar los defectos de las mismas, y, además, habida cuenta que el reproche reseñado en la acción de tutela no fue así planteado en la reclamación anteriormente referida, pues recordemos que en aquella refirió que las respuestas a los ítems (preguntas) 1, 3, 13, 16, 20, 34, 41 y 42 las estimaba acertadas y, como vimos, frente a ello, la Universidad Libre brindó las justificaciones del caso.

En este orden de ideas, no resultaría apropiado adelantar un análisis de la totalidad de la prueba, pues el Despacho estaría sustituyendo a la entidad competente para ello, que dicho sea de paso no ha contado con la oportunidad de pronunciarse al respecto, en tanto esta solicitud es sorpresiva, pues apenas se vino a relacionar en la acción de tutela.

Al margen de lo dicho, si la accionante busca que se descarten o se imputen a su favor sendas preguntas de la prueba de aptitudes y competencias básicas y lo hace bajo la idea que se proceda a la recalificación del resultado obtenido, en criterio del Despacho, esto puede ser discutido mediante el medio de control y nulidad y restablecimiento del derecho, dado que conforme a lo considerado en auto del 2 de octubre de 2019, proferido por el Consejo de Estado dentro de la radicación No. 66001-23-33-000-2016-00794-01 (2162-18), el acto de calificación o puntuación es un verdadero acto administrativo susceptible de ser controvertido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (ver acápite 6.2.).

Por tanto, el Despacho avizora improcedentes las pretensiones quinta y séptima del escrito de tutela y, por esa vía, también improcedentes las súplicas relacionadas con los derechos al debido proceso y al acceso a cargos públicos.

(...)"

LA IMPUGNACIÓN

Proferida la sentencia previamente descrita, la accionante radicó escrito refiriéndose a la respuesta que con ocasión al cumplimiento de la misma emitió la entidad accionada, mas no así al fallo de tutela.

No obstante el Juez primigenio, interpretó lo siguiente: “...se entiende que la accionante se pronuncia respecto de la respuesta que dio la Universidad Libre⁴ en cumplimiento de la sentencia de tutela reseñada, en relación al modo de obtener la proporción de referencia como variable indispensable para el cálculo de la puntuación en la prueba de conocimientos.

Así mismo, observa el Despacho que la accionante reitera su inconformidad en torno al grupo de preguntas que a su juicio deben ser eliminadas de la prueba o imputadas a su favor, aspecto que usó en el escrito de tutela para solicitar el amparo del debido proceso y acceso a cargos públicos y frente a lo cual, se declaró su improcedencia en lo fundamental por existir otro mecanismo judicial para cuestionarla materia.

Aunado a ello, la accionante indica de manera expresa en ese escrito, luego de aludir a la pertinencia de las preguntas del examen, que ello fue negado en la tutela, agregando “Sentí que en ese aspecto no fue tomada en cuenta mi solicitud en la tutela”.

En este orden de ideas, bajo los postulados del principio de caridad⁵, interpreta el Despacho que dicha señal de inconformidad en sentido material entraña un verdadero motivo de impugnación de la sentencia de tutela, más aún al tratarse de una acción constitucional...”.

CONSIDERACIONES:

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, que indica: “Trámite de la impugnación. Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente. (...)”, esta Sala es competente para decidir la impugnación interpuesta por la parte accionada, contra la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cali.

2. Marco Constitucional

La acción de tutela es uno de los mecanismos constitucionales que tienen las personas para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (Art. 86 de la

⁴ Índice 12 en SAMAI.

⁵ En la sentencia C-688 del 22 de noviembre de 2017, nota al pie No. 41, la Corte Constitucional sostuvo sobre este principio: “el principio de caridad el principio de caridad, mutatis mutandis, apunta a que los jueces tienen, no la potestad sino el deber de interpretar las manifestaciones formales y espontáneas de los demandantes de manera que al hacerlo procuren la mejor interpretación a su favor. Este principio exige que los argumentos de los accionantes sean interpretados como racionales y, en caso de controversia, que se considere su interpretación más sólida”.

Constitución Política). De ahí el carácter residual de la misma para efectos de protección de los derechos que se consideran fundamentales.

Los derechos amparados a través de la acción de tutela son solamente los derechos fundamentales, es decir, aquellos esenciales de la persona humana, que tienen su fundamento en la idea de dignidad humana y cuya finalidad es la protección de la libertad, la seguridad y la plenitud física y moral del individuo.

Tales son, el derecho a la vida, al respeto, a la dignidad de la persona, a la libertad en sus distintas manifestaciones, a la intimidad, al debido proceso, a la información, a la participación política, el de petición y en general, los que se encuentren enumerados en el capítulo 1º del Título II de la Constitución Política; y otros cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos (Artículo 2, Decreto 2591 de 1991).

El objeto de la acción de tutela es dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la vulneración o la amenaza de un derecho fundamental, para lo cual no existe en el ordenamiento jurídico otro mecanismo susceptible de ser incoado judicialmente para obtener la protección del derecho o derechos en cuestión.

3. Problema jurídico

En el asunto sub examine, el problema jurídico que debe resolver la Sala, se contrae a determinar si ¿Se deben o no amparar los derechos fundamentales al debido proceso, petición y acceso a cargos públicos invocados por la señora HEIDY YANETH BONFANTE ÁLVAREZ, que aduce le han sido vulnerados por las entidades accionadas?

Esta Sala de Decisión, sin proceder a realizar mayores elucubraciones al respecto, considera que debe mantenerse la orden primigenia, que accedió al amparo del derecho de petición, y declaro improcedente la acción frente a las demás pretensiones.

Lo antes dicho, teniendo en cuenta que lo pretendido a través de la solicitud de amparo constitucional, es que las entidades accionadas, resuelvan de fondo de sus argumentos en torno a la reclamación número 551843805 en relación a la constante de proporción de referencia de la OPEC, con un valor de 0.74480; la no idoneidad de las preguntas realizadas en la prueba de aptitudes y conocimientos, que se eliminen del examen o se impute a favor de la accionante, con el fin de volver a asignar puntajes y calificar el examen en la prueba de aptitudes y competencias, y la calificación total, de una manera más justa a la verdadera labor y función de docente de aula; que se considere su experiencia como docente en instituciones no oficiales, y como investigadora y las publicaciones de artículos en revistas indexadas y su tesis como libro en la Editorial Académica Española, en un área afín como lo es la rama de Ingeniería Química, que gran parte fue registrado al momento de inscripción, que por lo anterior se vuelvan a asignar puntajes y evaluar las respuestas de la

prueba de aptitudes y competencias considerando las 63 preguntas correctas de 98, puesto que constituyen el 64.285% del examen y una calificación de 51.78 no resulta acorde, así como por la falta de idoneidad de aquellas falladas, al estar por fuera del manual de funciones, currículo del área de matemáticas, del aula de clases y de las cartillas para estudio y ejemplos, entregadas por la CNSC para tal convocatoria.

A respecto, la Corte Constitucional, de modo reiterado, ha dispuesto que la acción de tutela solo procede si quien acude a ella no cuenta con otro procedimiento judicial en el ordenamiento jurídico que permita la resolución de sus pretensiones. Por supuesto, esta regla tiene por objeto evitar que aquellos mecanismos sean sustituidos *per se* por este medio célere e informal.

En tal sentido, en caso de existir un medio judicial principal, el actor tiene la carga de acudir a él toda vez que es necesario preservar las competencias legales asignadas por el legislador a cada jurisdicción⁶, salvo que se demuestre que el mismo no goza de idoneidad o eficacia, o que se evidencie un perjuicio irremediable en cuya virtud sea necesario un amparo transitorio⁷.

Así, *prima facie*, esta Corporación Judicial 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 asuntos⁸.

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 litigio⁹.

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 procedente¹⁰.

⁶ Cfr. Sentencias T-129 de 2009, T-335 de 2009, SU-339 de 2011, T-664 de 2012 y T-340 de 2020

⁷ Cfr. Sentencia T- 453 de 2009.

⁸ Ley 1437 de 2011. Artículo 104. “*DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa*”.

⁹ Cfr., Sentencia T-340 de 2020.

¹⁰ Cfr. Sentencia T-059 de 2019. “*Cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales 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 el caso sub-examine, la Sala estima que, por lo menos a primera vista, era deber de la accionante acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que allí se dirimiera el conflicto suscitado.

Por manera que, deviene acertada la decisión del juez primigenio, con relación a los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a cargos públicos, cuando señala que:

“(...)

Al margen de lo dicho, si la accionante busca que se descarten o se imputen a su favor sendas preguntas de la prueba de aptitudes y competencias básicas y lo hace bajo la idea que se proceda a la recalificación del resultado obtenido, en criterio del Despacho, esto puede ser discutido mediante el medio de control y nulidad y restablecimiento del derecho, dado que conforme a lo considerado en auto del 2 de octubre de 2019, proferido por el Consejo de Estado dentro de la radicación No. 66001-23-33-000-2016-00794-01 (2162-18), el acto de calificación o puntuación es un verdadero acto administrativo susceptible de ser controvertido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (veracápitate 6.2.).

Por tanto, el Despacho avizora improcedentes las pretensiones quinta y séptima del escrito de tutela y, por esa vía, también improcedentes las súplicas relacionadas con los derechos al debido proceso y al acceso a cargos públicos.

Súmese a ello, que la pretensión sexta elevada por la accionante, encaminada a que se le considere su experiencia como docente en instituciones no oficiales, además de la experiencia como investigadora, las publicaciones de artículos en revista indexadas y la tesis como libro en la Editorial Académica Española, en un área afín como lo es la rama de Ingeniería Química, aclarando que gran parte de ello fue registrado al momento de la inscripción, tampoco ha de prosperar como quiera que todo ello corresponde a la prueba de valoración de antecedentes, en donde se considera la formación y experiencia adicionales a los requisitos mínimos para aquellos aspirantes que superaron la prueba de aptitudes y competencias básicas, de conformidad con lo reglado en los artículos 13 y 19 del Acuerdo No. 2172 de 2021 expedido por la CNSC.

(...)”.

Ahora bien, un proceso judicial ante la jurisdicción contenciosa es ciertamente más dispendioso que el previsto para tramitar una acción de tutela¹¹, pero esta simple consideración no hace ineficaz ese medio judicial principal. En virtud de lo previsto en el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011, los procesos declarativos de dicha jurisdicción involucran la posibilidad de medidas cautelares con las cuales se puede alcanzar la protección del objeto del proceso, ya sea por solicitud de las partes y/o decretadas de oficio por el juez.

De otra parte, es congruente el amparo del derecho de petición invocado por la señora BONFANTE ÁLVAREZ, consistente en ordenar a la Universidad Libre, que responda con

¹¹ En la Sentencia SU-543 de 2019 se incluyó una consideración sobre este particular. Refiriéndose a la eventual tardanza del proceso contencioso administrativo y siguiendo un estudio efectuado por el Consejo Superior de la Judicatura en 2016, la Corte sostuvo, en tal providencia, que “(...) resulta difícil medir su duración en términos generales, en tanto los asuntos que pueden llevarse en esa jurisdicción pueden ser de distinta naturaleza, esto es, contractuales, especiales, nulidades simples y de restablecimiento de derechos, reparaciones directas y de repetición. Cada uno de ellos puede, por sus complejidades propias, tomar un mayor o menor tiempo en dirimirse. Sin embargo, el Consejo Superior de la Judicatura, sostuvo que el promedio normativo de duración de la primera instancia sería de 443 días corrientes, al tiempo que en segunda instancia sería de 269”.

claridad y suficiencia la reclamación que aquella efectuó bajo la radicación de entrada 551843805 del 28 de noviembre de 2022 en lo concerniente a la proporción de referencia de la OPEC fijada en 0.74480 para la prueba de aptitudes y competencias básicas, esto es, debe dar a conocer los elementos (datos, variables, números, etc.) que se tuvieron en cuenta para hallar la proporción de referencia y la fórmula (paso a paso) que se aplicó para obtener ese resultado.

Suficiente lo hasta aquí discurrido para impartir confirmación a la sentencia recurrida.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca-Sala Segunda Jurisdiccional de Decisión-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO. CONFÍRMASE la sentencia de primera instancia No. 030 del 15 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cali, que decidió amparar el derecho de petición de la accionante y declarar la improcedencia de la acción frente a los demás derechos invocados; acorde con lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. ORDENASE a la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC efectúe, vía electrónica, la notificación de esta providencia a todos y cada uno de los aspirantes del Proceso de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 Directivos Docentes y Docentes (No. OPEC 184438 Docente de Área de Matemáticas, código 29950245 dispuesto para el municipio de Palmira [No Rural], Valle del Cauca), así como la publicación de la misma en la correspondiente página web.

TERCERO. POR SECRETARÍA, comuníquese lo decidido en esta providencia al Juzgado de origen. Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, previas las anotaciones de rigor en los sistemas informáticos dispuestos para el efecto.

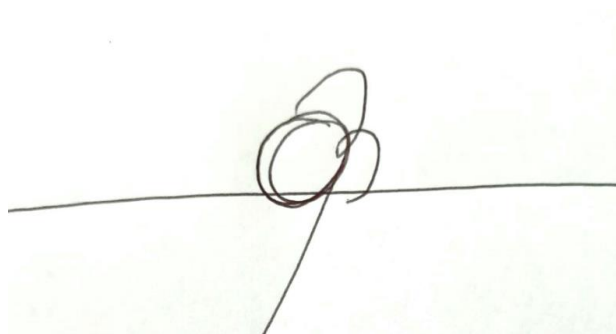
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Providencia discutida y aprobada en sesión de hoy. Acta No. 019

Los Magistrados,



FERNANDO AUGUSTO GARCÍA MUÑOZ



RONALD OTTO CEDEÑO BLUME



JHON ERICK CHAVES BRAVO