



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
**Juzgado Noveno Penal del Circuito Con Funciones de
Conocimiento de Barranquilla**

Barranquilla (Atl.), once (11) de abril de dos mil veintitrés (2023)

ACCIÓN DE TUTELA 1ª INSTANCIA

RADICACIÓN: 08-001-31-09-009-2023-00025-00

ACCIONANTE: VLADIMIR JOSÉ ARIAS LOZANO

DERECHO FUNDAMENTAL INVOCADO: DEBIDO PROCESO

ACCIONADO: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - 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 - DIRECTIVOS DOCENTES Y DOCENTES EN LA
OPEC NO. 184133 DOCENTE DE ÁREA TECNOLOGÍA E
INFORMÁTICA

1. **ASUNTO**

Procede el Juzgado a resolver la acción de tutela interpuesta por el ciudadano VLADIMIR JOSÉ ARIAS LOZANO, contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC y la UNIVERSIDAD LIBRE por la presunta vulneración del derecho fundamental al DEBIDO PROCESO.

2. **ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN**

2.1.- De la información que se allegó al trámite constitucional, se pudo establecer que el ciudadano VLADIMIR JOSÉ ARIAS LOZANO, 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 Tecnología e Informática, y que fue eliminado del mismo por el resultado obtenido en la prueba escrita de Aptitudes y Competencias Básicas, Docentes de aula – NO RURAL.

2.2.- Indicó que 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 anexo, como tampoco en la GOA que es el documento donde correspondía su publicación.

2.3.- Alegó que 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.

2.4.- Expuso que 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 METODO DE CALIFICACIÓN CON AJUSTE PROPORCIONAL Y SE DESCRIBE SOLO HASTA ESE MOMENTO LA FORMULA APLICADA”*. Por lo anterior, advirtió 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.

2.5.- Finalmente 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. En ese orden de ideas 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.

2.6.- Por lo anterior solicita que se TUTELE su derecho fundamental al DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ordenando se declare la nulidad de la de la metodología de calificación aplicada a su prueba eliminatoria denominada método con ajuste proporcional y se ordene a las accionadas la aplicación de la metodología de puntuación directa para emitir la puntuación definitiva de su prueba eliminatoria.

3.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN:

Ésta acción se recibió por este Despacho el día 22 de marzo de 2023, oportunidad en que se avocó el conocimiento, se corrió traslado de la demanda a las accionadas, se ordenó vincular a todos los terceros interesados que participan 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 Tecnología e Informática– NO RURAL y no se accedió a la medida provisional solicitada.

3.1. RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

3.1.1. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Ésta entidad señaló que la Universidad Libre como operador contratado para la ejecución de la prueba, atendió la reclamación elevada por el accionante, a través del aplicativo SIMO el día 02 de febrero de 2023, en virtud del cual se le puso en conocimiento lo relacionado con el método de calificación, como se evidenciara a continuación:

“Respecto a su solicitud, 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: 0.73460 y su proporción de aciertos es: 0.70408

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

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:

- Pa_i : Calificación en la prueba del i-ésimo aspirante.
- 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	69
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	0.73460

Por lo anterior, su puntuación en la prueba es **57.50**

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 **0.81818**.

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:

Pa_i : Puntaje con ajuste proporcional del i -ésimo aspirante.
 M_i : Calificación fraccionada clasificatoria
 n : Total de ítems en la prueba.
 $Prop_{Ref}$: Proporción de referencia
 X_i : Cantidad de aciertos del i -ésimo aspirante en la prueba.

Igualmente, la calificación fraccionada clasificatoria corresponde con 50 puntos en la escala de 0 a 100 que se utiliza para asignar la puntuación al aspirante.

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	36
n: Total de ítems en la prueba	44
M_i: Calificación fraccionada clasificatoria	50
$Prop_{Ref}$: Proporción de Referencia	0,50

Por lo anterior, su puntuación final con ajuste proporcional es 81.81

Con el método utilizado se garantiza que se mantenga la posición dentro del grupo de referencia de acuerdo con el número de aciertos obtenidos por cada aspirante. Esta calificación es la que obtiene el aspirante y que puede ser obtenida por otros aspirantes que tengan el mismo desempeño. (...)"

Manifestó que teniendo en cuenta, que existe la posibilidad de escoger el método de calificación, 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.

Indicó que 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.

Alegó que ha actuado en pro de las garantías del accionante y de todos los aspirantes al proceso de selección, situación fácilmente demostrable con la publicación de la información a través del sitio web de la CNSC; citación a la aplicación de pruebas, posibilidad de presentar reclamación sobre los resultados obtenidos, acceso al material de pruebas con la posibilidad de conocer sus aciertos y errores, además del cotejo con las claves de respuesta suministradas por la Universidad Libre e incluso la complementación a la reclamación posterior a haber tenido acceso la material de pruebas y conocer sus desaciertos.

Señaló 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 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.

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.

Con fundamento en lo anterior, solicitó que se declare la improcedencia de la presente Acción Constitucional.

3.1.2. UNIVERSIDAD LIBRE

Ésta entidad señala que 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.

Indicó que, frente a los procesos desarrollados posteriormente por la universidad como operador, se garantiza el derecho a la defensa y contradicción contra la fase de pruebas escritas. Es por ello que en etapa de respuesta a las reclamaciones o acciones judiciales interpuestas por los aspirantes se da respuesta a las pretensiones de éstos. Para el caso en particular el accionante solicitó, entre otras cosas, conocer el desarrollo del método de calificación, pretensión que fue atendida de fondo en la respuesta a la reclamación publicada el 02 de febrero del 2023.

Señaló que los concursos de mérito siguen la línea de la evaluación de competencias, garantizando que el acceso a los empleos públicos sea exclusivamente de acuerdo con los principios de mérito e igualdad, a través de un procedimiento en el que se salvaguarda la objetividad y la imparcialidad.

Expuso que los aspirantes a un determinado empleo son ranqueados en el proceso de calificación de las pruebas escritas de acuerdo con la cantidad de preguntas correctas que tuvieron en su prueba eliminatoria, es decir, la persona que tuvo un mayor número de aciertos va a tener una posición más favorable que otro con menor cantidad de aciertos.

Argumentó que 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. En ese sentido 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.

Señaló que 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

Por lo anterior solicita que se declare la IMPROCEDENCIA de la presente acción Constitucional.

4.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1. - COMPETENCIA

Este despacho es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y artículo 1° del *Decreto 1983 de 2017*, que modificó el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, a su vez modificado por el Decreto No. 333 de 2021, señala: “*Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los **Jueces del Circuito** o con igual categoría.*”; en efecto la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, en virtud de su naturaleza jurídica, es catalogada como del Orden Nacional, por tanto este Despacho es competente para conocer la acción de tutela de primera instancia.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO

En el asunto objeto de estudio el problema jurídico que resulta necesario abordar por parte del Despacho en el presente asunto es el siguiente:

¿Es procedente acción de tutela para solicitar se declare la nulidad de la metodología de calificación aplicada a su prueba eliminatoria y con ello la modificación del acto administrativo que declaró que el actor no continua en el concurso que sigue las reglas establecidas en el Acuerdo No. 2125 del 29 de octubre de 2021?

4.3. TESIS DEL DESPACHO

Para el Despacho no resulta procedente el estudio de fondo de la presente acción constitucional, por cuanto no se cumple con el requisito de subsidiariedad, pues tal y como se explicará a continuación, la accionante, cuenta con otros mecanismos de defensa judicial idóneos, en los que puede ventilar su solicitud; de igual forma, no se avizora la calidad de sujeto de especial protección constitucional, ni tampoco la acreditación de un perjuicio irremediable, que pueda hacer viable el amparo de forma transitoria.

4.4. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

4.4.1. De la acción de tutela y el Bloque de Constitucionalidad

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o, existiendo estos, cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los cuales se entienden incorporados en el ordenamiento jurídico nacional en virtud del artículo 93 de la Constitución Política, se avala el mecanismo de acción de tutela en especial la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 8º cuando establece que *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampara contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”*, e igualmente el artículo 25 de la Convención América de Derechos Humanos (Pacto de San José).

La acción de tutela responde entonces a las convenciones señaladas, siendo concebida por el constituyente como un mecanismo preferente y sumario para que toda persona pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por una autoridad pública o por un particular respecto del cual se halle en estado de indefensión o subordinación¹.

Este amparo constitucional procede únicamente cuando el afectado no dispone de otro medio efectivo de defensa judicial o cuando existiendo éste, resulta imperativo precaver transitoriamente un perjuicio irremediable e inminente – artículo 86 de la Constitución Política y artículos 5º y 6º del Decreto 2591 de 1991 -. En ese sentido, se debe entender que la tutela es una acción de naturaleza excepcional y subsidiaria para la protección de los derechos fundamentales, y tal carácter residual implica que la tutela no está llamada a suplir,

¹ Artículo 86 Constitución Política de Colombia

ab initio, los demás mecanismos judiciales de defensa previstos en el ordenamiento jurídico.

4.4.2. Legitimación por activa y por pasiva

En desarrollo de esa norma superior, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, además de la facultad de interposición directa por el afectado, previó la posibilidad que un tercero agencie sus derechos y solicite la protección "*cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa*".

De este modo, existen eventos en los cuales la Corte Constitucional² ha reconocido legitimidad en la causa por activa en la acción tutela, aunque quien promueva la acción no sea el titular de los derechos cuyo amparo se solicita: i) El ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas); ii) mediante apoderado judicial, y iii) la actuación de agente oficioso.

En el asunto objeto de estudio, tenemos que el ciudadano VLADIMIR JOSÉ ARIAS LOZANO, es la titular del derecho sobre el cual reclama el amparo, lo cual está plenamente respaldado a la luz de la jurisprudencia constitucional y de ello se predica entonces **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA.**

Por otra parte, en cuanto a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC y la UNIVERSIDAD LIBRE, tenemos que son las entidades que intervienen en el Proceso de Selección No. 2165 de 2021 - Directivos Docentes y Docentes para el departamento de Atlántico, por esta razón se puede predicar la **LEGITIMACIÓN POR CAUSA PASIVA.**

El principio de **inmediatez** de la acción de tutela, ha reiterado la Corte Constitucional implica que ésta debe ser propuesta por la persona que considere vulnerados sus derechos dentro de un término razonable, contado a partir de la presunta violación que alega; la razonabilidad se ha entendido como un tiempo prudencial y adecuado, el cual debe ser analizado por el juez constitucional conforme a las situaciones fácticas de cada uno de los casos, por lo que

² Sentencia T-059 de 2015 Corte Constitucional

no puede hablarse de un término estricto en materia procesal para una presentación oportuna de este mecanismo de control.

En el presente asunto no existe duda que se reúne este presupuesto, como quiera que en enero de 2023, el actor obtuvo respuesta negativa a su reclamación contra los resultados publicados de las Pruebas Escritas, por lo que el demandante satisface el presupuesto de inmediatez.

Sobre la **subsidiariedad**, se tiene que el artículo 86 de la Carta consagra la acción de tutela como un mecanismo procesal preferente y sumario caracterizado por ser un procedimiento sencillo, cuyo objeto principal es la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, consagración última que se encuentra contemplada dentro de las causales de improcedencia de la acción de tutela en el numeral 1º del artículo 6º del decreto 2591 de 1991.

Resulta claro entonces que la acción de tutela no es un proceso propiamente dicho, pues se debe reiterar que se trata de un mecanismo judicial subsidiario, breve y sumario para la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, medio que no es viable con el objeto de obtener aquello que con eficiencia y eficacia puede lograrse por las vías ordinarias contempladas en el ordenamiento jurídico.

Así mismo la Corte Suprema de Justicia ha hecho énfasis respecto a la subsidiariedad de la acción de tutela: *“Recuérdese que la acción de tutela es un medio subsidiario llamado a aplicarse sólo cuando en el escenario del respectivo trámite judicial no se logran proteger los derechos fundamentales invocados, es decir, que no es eficaz e idóneo para ello, pero en ningún momento el amparo se puede entender instituido para desplazar o reemplazar a los funcionarios a quienes la Constitución o la ley les han asignado la competencia para resolver controversias como las que aquí se discuten, supuesto que llevaría a invadir su*

*órbita de acción y, a quebrantar la Carta Política, pues la tutela no es una instancia adicional*³.

La H. Corte Constitucional Sentencia T-081 de 2022, se pronunció sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos proferidos en el marco de concursos de méritos, señalando que:

“Como se explicó en los párrafos anteriores, de la lectura del artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, se entiende que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo principal de protección de los derechos, sino que se trata de una vía subsidiaria que se activa, (i) con efectos *definitivos*, cuando no existe un medio de defensa judicial idóneo y eficaz dispuesto en el ordenamiento jurídico para resolver las afectaciones constitucionales que se desprenden del caso; o (ii) con efectos *transitorios*, cuando existe el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable.

Tratándose de afectaciones derivadas del trámite de los concursos de méritos, resulta imperativo para el juez constitucional determinar cuál es la naturaleza de la actuación que presuntamente transgredió los derechos, con la finalidad de determinar si existe o no un mecanismo judicial idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico. Por lo anterior, es importante establecer en qué etapa se encuentra el proceso de selección, para determinar si existen actos administrativos de carácter general o de carácter particular y concreto que puedan ser objeto de verificación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de los medios de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, dependiendo de cada caso.

Lo anterior no significa que, ante la existencia de un medio judicial que permita a un juez de la República valorar la legalidad de las actuaciones de la administración en el marco de los concursos de méritos, la acción de tutela se torne inmediatamente improcedente, pues es necesario determinar, como se ha insistido, si el mecanismo es *idóneo* para resolver el problema planteado y, además, si dicho medio es *eficaz* para conjurar la posible afectación de las garantías fundamentales, atendiendo a las condiciones particulares del caso.

En desarrollo de lo anterior, en su jurisprudencia reiterada⁴, la Corte Constitucional ha venido sosteniendo que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo judicial de protección previsto para controvertir los actos proferidos en el marco de un concurso de

³ Corte Suprema de Justicia, Radicado 05001-22-03-000-2019-00566-01 STC 581-2020.

⁴ Sentencias T-388 de 1998, T-095 de 2002, SU-913 de 2009, T-556 de 2010, T-169 de 2011, entre otras.

méritos, cuando estos son susceptibles de ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Tal circunstancia es particularmente relevante, cuando el proceso de selección ha concluido con la elaboración y firmeza de la lista de elegibles.

La posición anterior ha sido respaldada por el Consejo de Estado, al advertir que, cuando son proferidas dichas listas, la administración dicta actos administrativos cuyo objeto es generar *situaciones jurídicas particulares*, de suerte que, cuando ellas cobran firmeza, crean derechos ciertos que deben ser debatidos en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en el marco del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pues el debate generalmente se centra en la legalidad del proceso y en el cumplimiento de las normas previstas en el ordenamiento jurídico y en la propia convocatoria.

Precisamente, en sentencia de tutela del 29 de noviembre de 2012⁵, la Sección Quinta del Consejo de Estado consideró que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta con las garantías necesarias para analizar la legalidad de los actos administrativos dictados en los concursos de méritos y, por esa vía, controlar cualquier irregularidad ocurrida durante su trámite. Por lo anterior, argumentó que a los jueces de tutela les compete establecer, si al momento de decidir la acción de tutela ha sido publicada la lista de elegibles.

Ahora bien, con la introducción al ordenamiento jurídico de la Ley 1437 de 2011 (en adelante "CPACA"), se amplió la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al mismo tiempo que se previó la reducción en la duración de los procesos. De esta manera, el análisis de procedencia de la acción de tutela también implica tener en cuenta estas nuevas herramientas⁶. En este sentido, respecto de las condiciones para solicitar la aplicación de las medidas cautelares dispuestas en el CPACA, este tribunal se pronunció en la sentencia C-284 de 2014⁷, providencia en la que concluyó que existen diferencias entre estas y la protección inmediata que otorga la acción de tutela. Ello, en la medida en que el procedimiento para que el juez decrete una medida cautelar es más largo, respecto de los 10 días establecidos para la definición del amparo constitucional. En efecto, de acuerdo con los artículos 233 y 236 del CPACA, el demandante puede solicitar que se decrete una medida cautelar desde la presentación de la demanda y en cualquier etapa del proceso, petición que debe ser trasladada al demandado, quien deberá pronunciarse en un término de 5 días. Una vez vencido el plazo anterior, el juez deberá decidir sobre su decreto en 10 días, decisión susceptible de recursos

5 Consejo de Estado Rad: 23001-23-33-000-2012-00067-01, Sentencia del 29 de noviembre de 2012.

6 Sentencia T-610 de 2017.

7 Sentencia en la que se estudió la constitucionalidad del artículo 229 parcial de la Ley 1437 de 2011.

de apelación o súplica, según sea el caso, los cuales se conceden en efecto devolutivo y deben ser resueltos en un tiempo máximo de 20 días.

Por lo demás, en la sentencia SU-691 de 2017, la Corte argumentó que estas nuevas herramientas permiten materializar la protección de los derechos de forma igual, o incluso superior a la acción de tutela, en los juicios de carácter administrativo. Sin embargo, advirtió que ello no significa la improcedencia automática y absoluta del amparo constitucional, ya que los jueces tienen la obligación de realizar, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en concreto y, en ese sentido, están obligados a considerar: “(i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados”.

De esta manera, si bien la regla general indica la improcedencia de la acción de tutela para dirimir los conflictos que se presentan en el marco de los concursos de méritos, cuando existen actos susceptibles de control judicial y, especialmente, cuando las listas de elegibles adquieran firmeza, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional ha fijado algunas **subreglas** para orientar en qué casos el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es *eficaz*, entendiendo que no permite materializar el principio del mérito en el acceso a los cargos públicos⁸. Ello bajo la consideración previa de que, desde un examen abstracto, tal medio goza de idoneidad.

En este sentido, la Corte ha considerado que la acción de tutela es procedente de forma definitiva para resolver controversias relacionadas con concursos de méritos, cuando (i) **el empleo ofertado en el proceso de selección cuenta con un periodo fijo determinado por la Constitución o por la ley**⁹; (ii) se imponen trabas para nombrar en el cargo a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles¹⁰; (iii) el caso presenta elementos que podrían escapar del control del juez de lo contencioso administrativo, por lo que tiene una marcada relevancia constitucional¹¹; y, finalmente, (iv) cuando por las condiciones particulares del accionante (edad, estado de salud, condición social, entre otras), a este le resulta desproporcionado acudir al mecanismo ordinario.

A continuación, se describirán brevemente algunas sentencias en las que las distintas Salas de Revisión de la Corte han usado las subreglas anteriormente señaladas:

8 T-049 de 2019.

9 T-509 de 2011, T-604 de 2013, T-748 de 2013, SU-553 de 2015, T-551 de 2017, T-610 de 2017 y T-059 de 2019.

10 SU-136 de 1998, T-455 del 2000, T-102 de 2001, T-077 de 2005, T-521 de 2006, T-175 de 2009, entre otras.

11 T-785 de 2013, T-160 de 2018, entre otras.

Así, en la *sentencia T-059 de 2019*, la Sala Cuarta de Revisión estudió el caso de un aspirante que se había presentado a un concurso de méritos, cuya finalidad era la provisión del cargo de gerente de un hospital público. En dicha oportunidad, este tribunal consideró que la acción de tutela era procedente para resolver el problema jurídico, en la medida en que el cargo para el que se adelantó el proceso de selección tenía un periodo fijo de cuatro años, el cual ya se encontraba en curso, por lo que argumentó que la eventual orden del proceso originado en ejercicio del medio de nulidad y restablecimiento del derecho, en consideración a su término de duración, no brindaría las condiciones para avalar la efectividad del principio del mérito en el derecho de acceso a cargos públicos, pues, al proferirse la sentencia, lo más probable era que el asunto se resolviera con una compensación económica.”

De lo anterior se puede concluir que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial dispuesto para resolver las controversias que se derivan del trámite de los concursos cuando existen actos administrativos que pueden ser objeto de control ante el juez de lo contencioso administrativo, como cuando ya existe lista de elegibles. No obstante el juez constitucional debe valorar las subreglas previamente mencionadas, que hacen procedente el amparo, esto es, (i) si el empleo ofertado cuenta con un periodo fijo determinado por la Constitución o por la ley; (ii) si se imponen trabas para nombrar en el cargo a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles; (iii) si el caso tiene una marcada relevancia constitucional; y (iv) si resulta desproporcionado acudir al mecanismo ordinario, en respuesta a las condiciones particulares del accionante.

Vemos que el asunto bajo estudio no se ajusta a lo señalado en la subregla No. 1, puesto que se trata de Carrera Administrativa Docente, es decir que el empleo ofertado no cuenta con un periodo fijo determinado por la Constitución o por la ley; no se ajusta a lo señalado en la subregla No. 2, puesto que se encuentra eliminado del concurso; no se ajusta a lo señalado en la subregla No. 3, puesto la controversia se circunscribe a que el actor no se encuentra conforme con el método de calificación que fue el mismo que se usó para todos los aspirantes; no se ajusta a lo señalado en la subregla No. 4 porque el actor acudir a los medios de nulidad y/o nulidad y restablecimiento del derecho, con la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares del art. 230 del CPACA (...2. Suspendir un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. 3. Suspendir provisionalmente los efectos de un acto administrativo. 4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos. 5. Impartir órdenes o imponerle a

cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.), medidas que se pueden solicitar desde la presentación de la demanda y en cualquier etapa del proceso, con un procedimiento sumario establecido en el art. 233 del CPACA (La solicitud de medida cautelar debe ser trasladada al demandado, quien deberá pronunciarse en un término de 05 días. Una vez vencido el plazo anterior, El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella).

Deja constancia el despacho, que en otros casos se ha estudiado el fondo del asunto, ante la procedencia excepcional de la tutela en materia de concursos, por cumplir alguna de las subreglas antes señaladas, mientras que en el presente caso no sucede tal como se indicó, además no nos encontramos frente a un sujeto de especial protección constitucional, no se avizora perjuicio irremediable por cuanto se está frente a una mera expectativa, no se trata de mínimo vital y el concurso se encuentra en su etapa primigenia.

La doctrina constitucional ha reconocido que de manera eventual puede el juez de tutela acometer el análisis respectivo y definir de manera definitiva el asunto relativo al traslado, siempre y cuando por el accionante se haya demostrado de manera fehaciente la concurrencia de un perjuicio irremediable y la necesidad en la inminencia de una medida que propenda por evitar el agravio a los derechos fundamentales.

En suma, corresponde al juez constitucional evaluar en cada caso si existe, **prima facie**, una decisión ostensiblemente arbitraria de la administración y una posible amenaza o vulneración grave y directa en los derechos fundamentales del actor, para definir la procedencia de la acción de tutela. No obstante, en el marco de este análisis preliminar del caso concreto, se debe evaluar igualmente la idoneidad y eficacia de los medios judiciales ordinarios para determinar si se cumple con el requisito de subsidiariedad¹².

En esta oportunidad tenemos que el actor VLADIMIR JOSÉ ARIAS LOZANO, considera que la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC y la UNIVERSIDAD LIBRE vulneran su derecho fundamental al DEBIDO PROCESO, al no calificar su prueba escrita, con el método de puntuación directa que se a su parecer es el más favorable.

¹² Sentencias T-618 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez); T-396 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); T-682 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); T-772 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa).

Se tiene que la Guía de orientación al aspirante (GOA), señala que la calificación de estas pruebas se realizará por grupo de referencia y el resultado de cada una se notificará en una escala de cero (0.00) a cien (100.00) puntos con dos cifras decimales truncadas. Para efectos de procesar las respuestas durante la calificación, se aplicarán procedimientos matemáticos y estadísticos utilizados en pruebas con características similares, como puntuación directa o puntuación directa ajustada. Los ítems que no cumplan con los parámetros psicométricos no se incluirán en la calificación. Además, los resultados obtenidos por los concursantes en cada una de estas pruebas se ponderarán por el respectivo peso porcentual establecido en el Acuerdo de Convocatoria. En la GOA, fueron mencionados los diferentes escenarios de calificación para las pruebas eliminatorias, de la siguiente forma: “Para efectos de procesar las respuestas durante la calificación, se aplicarán procedimientos matemáticos y estadísticos utilizados en pruebas con características similares, como puntuación directa o puntuación directa ajustada.” Así mismo, lo referente con el Procedimiento de análisis de ítems: “Los ítems que no cumplan con los parámetros psicométricos no se incluirán en la calificación”. Además, que la calificación se hará por número de OPEC: “La calificación de estas pruebas se realizará por grupo de referencia.”

Las entidades accionadas aducen que el método de calificación seleccionado para calificar **todas** las OPEC de las pruebas de la convocatoria se denomina Método de Calificación de ajuste proporcional, es decir, puntuación directa ajustada, 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. Que tanto la “Proporción de referencia” como “la proporción de aciertos” son partes de la fórmula con la cual se llega a una calificación dentro de la escala definida en los acuerdos. En ese orden de ideas, la proporción de aciertos se calcula dividiendo la cantidad de aciertos que tuvo 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. Así las cosas, el método de calificación aplicado prima por la garantía del principio del mérito en aras de garantizar la selección de las personas mejor calificadas, por cuanto los Procesos de Selección buscan que la Administración vincule a las personas que tengan mejores competencias y periodos más cortos de aprendizaje y adaptación al cargo y puedan alcanzar mayores niveles de eficiencia.

Lo anterior quedó establecido en la respuesta a la reclamación del actor publicada el 02 de febrero del 2023, la cual dice que contra esa decisión no procede recurso alguno, por la 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, el cual no puede ser reemplazado por la acción de tutela que tiene un carácter SUBSIDIARIO, teniendo en cuenta además, como se ha dicho que en el sub judice no se dan los presupuestos de subsidiariedad, para que el Juez Constitucional entre a suplir al Juez natural.

Por lo expuesto y pese a comprender la angustia del accionante, no se torna procedente acceder a sus pretensiones, toda vez que esta sede de tutela hace apego a la **regla general de su improcedencia** y no se acreditaron hechos graves de salud o el acaecimiento de un perjuicio irremediable o alguna situación que le impida acudir a dicha Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en condiciones de igualdad.

Así y teniendo en cuenta que en este caso, 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 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 **no** se satisface el presupuesto de subsidiariedad y, en esa medida, la tutela es improcedente, pues: (i) existe otro mecanismo de defensa judicial, idóneo que aún no ha sido agotado y la accionante no justificó la inactividad para acudir a la jurisdicción competente para resolver su caso y (ii) no se acreditó la inminencia de que ocurra un perjuicio irremediable, o una situación de indefensión, no padece afectaciones graves de salud y no tiene la condición de sujeto de especial protección constitucional, de manera que amerite la intervención excepcional del juez constitucional, por consiguiente, su anhelada pretensión escapa de la órbita constitucional.

Corolario a lo anterior, advierte el Despacho que 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, en consecuencia, se declarará improcedente.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO NOVENO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BARRANQUILLA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad constitucional,


RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela instaurada por el ciudadano **VLADIMIR JOSÉ ARIAS LOZANO**, contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC y la UNIVERSIDAD LIBRE, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes en forma personal, por telegrama o cualquier otro medio expedito, la decisión adoptada en este proveído; tal como lo prevén los **artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991**.

TERCERO: De no ser impugnado el presente fallo, **REMÍTASE**, dentro del término legal, el cuaderno original a la H. Corte Constitucional, para su eventual **REVISIÓN**, y una vez regrese de la Alta Corporación obedézcase y cúmplase lo allí dispuesto; de conformidad a lo establecido en el **inciso 2º del Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN MATILDE OSPINO PABA
JUEZA