El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto Acción de tutela – Segunda instancia

Origen Juzgado Tercero de Familia de Pereira

Accionantes Robert Antonio Herrera Castaño, Mario Fernando Sánchez González, Tatiana Salazar Trejos, Yohanna Bianeth Cifuentes y Milene Loaiza Hincapié

Accionados Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC y Universidad Libre de Colombia

Vinculados Coordinadora General de la Convocatoria Directivos Docentes y Docentes, Rector General de la Universidad Libre y concursantes convocatoria OPEC: 182877.

**TEMAS: DEBIDO PROCESO / CONCURSOS DE MÉRITOS / SUBSIDIARIEDAD / EXISTENCIA DE OTRO MEDIO ORDINARIO DE DEFENSA / EXCEPCIÓN / PERJUICIO IRREMEDIABLE / NO SE PROBÓ EN ESTE CASO.**

… la queja constitucional de la parte actora se circunscribe al puntaje obtenido en la prueba escrita, realizada en el marco del concurso de méritos docente en el que participan los demandantes…

… se debe recordar que los debates sobre las reglas de ese tipo de convocatorias, su verificación y en general el trámite de los concursos de méritos, exceden, en principio, la órbita de competencia del juez constitucional quien, aun cuando la acción o la omisión de la autoridad pueda afectar o amenazar derechos fundamentales…, solo está llamado a intervenir si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, o si lo hace como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Para el caso concreto la controversia cuenta en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el espacio propicio para adelantar el debate que acá se plantea, mecanismo que además tiene un robusto régimen de medidas cautelares…

… es válido señalar que, frente al argumento principal planteado por los recurrentes, acerca de que al tratarse la decisión que resolvió la reclamación presentada frente al puntaje de la prueba de conocimiento, de un acto administrativo de trámite y no definitivo, en su contra no se podría hacer uso de aquel medio de control, el mismo precedente judicial, en asuntos similares al aquí debatido, se ha ocupado de desechar expresamente tal alegato…

Tampoco se aprecia la ocurrencia de un perjuicio irremediable al que se vean enfrentados los accionantes. Lo anterior porque en el expediente no obra prueba alguna que señale la existencia de un menoscabo inmediato de tal magnitud o gravedad…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

****

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**DISTRITO DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA**

Magistrado sustanciador: Carlos Mauricio García Barajas

Sentencia ST2-0132-2023

Acta número 208 de 03-05-2023

Tres (03) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

**ASUNTO**

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por la parte actora contra el fallo proferido el 01 de marzo pasado, dentro de la acción de tutela de la referencia.

**ANTECEDENTES**

**1.** Narraron los accionantes que en el marco del concurso abierto para proveer cargos de docente y directivo docente, en el que participan, la Universidad Libre, al momento de revisar los puntajes de la prueba escrita, concedió un valor arbitrario, ya que, de manera previa, ningún tipo de cálculo matemático se presentó al respecto ni se detalló la ecuación para obtener la evaluación final. Como si fuera poco se formularon y se calificaron en forma inadecuada algunas preguntas.

Agregaron que, si superaron “el desempeño mínimo requerido por el Decreto Reglamentario, entonces tiene derecho a ser admitido para las siguientes etapas del proceso de selección. En las siguientes etapas podrá remontar algunas posiciones, en el tiempo que transcurre para la publicación del acto administrativo definitivo, es decir, la lista de elegibles, el número de vacantes aumentará por los fallecimientos, jubilaciones, retiros forzosos, retiros voluntarios, incapacidades definitivas”. También que la tutela es procedente ya que el medio de defensa ordinario carece de eficacia y porque aquellas circunstancias les causan un perjuicio irremediable.

En su demanda Milene Loaiza Hincapié, particularmente, alegó que de ella depende económicamente su familia, conformada por su cónyuge y sus hijos de 13 y 15 años.

Para obtener el amparo a su derecho al debido proceso administrativo, solicitan, de forma general: a) recalificar la citada prueba escrita; b) declarar que existió una inadecuada imputación a preguntas; c) decretar que las preguntas que no hacen parte del perfil docente deben concederse a su favor y d) anular la metodología de calificación aplicada[[1]](#footnote-2).

**2. Trámite:** Por auto del 21 de febrero del año en curso, el juzgado de primera instancia admitió la acción constitucional promovida por el señor Robert Antonio Herrera Castaño y por autos subsiguientes se dispuso la acumulación de las tutelas interpuestas por Mario Fernando Sánchez González, Tatiana Salazar Trejos, Yohanna Bianeth Cifuentes y Milene Loaiza Hincapié.

La CNSC refirió que el amparo incumple el presupuesto de subsidiariedad, ante la existencia de otros medios de defensa judicial, más aún si se tiene en cuenta la falta de prueba de un perjuicio irremediable. Frente al fondo del asunto, señaló que en este caso la Universidad Libre, entidad encargada de elaborar los ítems de la prueba, brindó respuesta clara, de fondo y coherente a las reclamaciones realizadas por los demandantes respecto del puntaje obtenido en la citada prueba. Así mismo, en la Guía de Orientación al Aspirante, a la que los concursantes tuvieron acceso previo, se explica de forma detallada la correspondiente metodología de calificación[[2]](#footnote-3).

En similares términos se pronunció la Universidad Libre, a los que agregó que esa entidad, como operadora del contrato del concurso, cumplió con los parámetros establecidos en el acuerdo de la convocatoria y su respectivo anexo técnico y que la construcción de los ítems se realizó respetando las estructuras de perfiles de competencias construidos por el Ministerio de Educación Nacional y la CNSC[[3]](#footnote-4).

**3. Sentencia impugnada:** En providencia del 01 de marzo pasado, el juzgado de primera instancia declaró improcedente el amparo invocado tras considerar que en el caso concurre en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, otro medio de defensa judicial, eficaz para dirimir el conflicto, sin que los actores alegaran y menos acreditaran circunstancias excepcionales o perjuicio irremediable alguno, a efecto de que el juez de tutela pudiera analizar la cuestión de fondo[[4]](#footnote-5).

**4. Impugnación:** Los accionantes Tatiana Salazar Trejos, Yohana Bianeth Cifuentes Londoño, Milene Loaiza Hincapié y Mario Fernando Sánchez González, alegaron que la determinación por medio de la cual se resolvió sobre la reclamación presentada frente al puntaje de la prueba de conocimiento, no constituye un acto administrativo definitivo que pueda ser objeto de demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, al contrario se trata de un acto de trámite contra el cual sí resulta procedente la acción de tutela[[5]](#footnote-6).

**CONSIDERACIONES**

**1.** En el caso sometido a consideración, se observa que la queja constitucional de la parte actora se circunscribe al puntaje obtenido en la prueba escrita, realizada en el marco del concurso de méritos docente en el que participan los demandantes. Fincado en ello, se pretende por esta senda se ordene a las accionadas, básicamente, calificar de nuevo esa prueba teniendo en cuenta los supuestos errores acecidos en el método de evaluación.

De conformidad con lo anterior, el problema jurídico que debe resolver esta Sala es si la acción de tutela resulta procedente para definir tal debate y, de serlo, si en aquel trámite se incurrió en lesión alguna de los derechos de los promotores del amparo.

**3.** Como primera medida es preciso señalar que los demandantes se encuentran legitimados en la causa por activa al ser participantes en la citada convocatoria. Por pasiva se encuentran legitimadas la CNSC y la Universidad Libre de Colombia como entidades encargadas, en su orden, de la emisión de las normas que regulan el concurso de méritos y de la ejecución de aquellas relativas a la elaboración y calificación de la prueba de conocimiento. En esa última entidad la competente de atender es caso es la Coordinadora General de la Convocatoria de Directivos Docentes, quien se pronunció sobre las reclamaciones elevadas por los demandantes, respecto del puntaje concedido en la citada prueba.

**4.** De entrada se debe recordar que los debates sobre las reglas de ese tipo de convocatorias, su verificación y en general el trámite de los concursos de méritos, exceden, en principio, la órbita de competencia del juez constitucional quien, aun cuando la acción o la omisión de la autoridad pueda afectar o amenazar derechos fundamentales como lo pregonan los accionantes, solo está llamado a intervenir si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, o si lo hace como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Para el caso concreto la controversia cuenta en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el espacio propicio para adelantar el debate que acá se plantea, mecanismo que además tiene un robusto régimen de medidas cautelares (artículos 229 y ss CPACA) al que se puede acceder desde la presentación de la demanda y que permite, a su vez, inferir su eficacia para el asunto concreto. Lo anterior hace improcedente la intervención de la justicia constitucional.

Así lo ha entendido la jurisprudencia, que de manera generalizada ha sentado posición sobre la improcedencia de la acción de amparo para atacar decisiones o actuaciones de las entidades encargadas de convocar a procesos de selección. (Ver entre otras Sentencia T-425 de 2019 de la Corte Constitucional, STP11273-2020 de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal y STC14671-2021 de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil[[6]](#footnote-7)).

**4.3.** En este punto es válido señalar que, frente al argumento principal planteado por los recurrentes, acerca de que al tratarse la decisión que resolvió la reclamación presentada frente al puntaje de la prueba de conocimiento, de un acto administrativo de trámite y no definitivo, en su contra no se podría hacer uso de aquel medio de control, el mismo precedente judicial, en asuntos similares al aquí debatido, se ha ocupado de desechar expresamente tal alegato con sustento en que:

*“3.4. Por manera que, no se evidencia que las entidades accionadas hayan incurrido en una violación a derecho fundamental alguno, puesto que en el ejercicio de sus facultades emitieron la correspondiente respuesta a sus reclamaciones atinentes con irregularidad presentada con algunas de las preguntas y el resultado obtenido de la prueba de valoración de antecedentes; siendo cosa diferente que le asista inconformidad y por tal razón, debe hacer uso de los mecanismos de defensa que el ordenamiento le ofrece.*

*…*

*3.8. Con todo, en atención a las distintas posiciones al respecto y aceptando en gracia a discusión que el máximo Tribunal de la justicia contencioso administrativa considera que las acciones en cuestión no proceden contra los actos de trámite, así como que los aquí cuestionados estarían comprendidos en dicha categoría; el carácter residual y subsidiario de la tutela imponía precisamente a la quejosa acudir a las mismas para que, en dicho caso, no existiera ninguna duda sobre la no idoneidad de tales medios de defensa, lo cual tornaría viable al mecanismo constitucional. Sin embargo, optó por soslayar el ejercicio de las primeras para acudir directamente a la segunda, siendo tal proceder el que la Sala reprocha y a partir del cual da por insatisfecho el presupuesto atinente a la subsidiariedad, argumento que suficiente para denegar el cuestionamiento de la recurrente sobre el punto.”* (Sala de Casación Penal, sentencia STP2232-2017 del 16 de febrero de 2017)

Es que, además, no puede catalogarse de “trámite” el acto administrativo solo porque no admita recurso alguno en contra, como sucede con el que resolvió las reclamaciones. No es ello lo que le da tal calidad, como lo entienden los impugnantes, sino su contenido, pues el de trámite solamente impulsa la actuación, o le permite pasar de una etapa a otra con el propósito de permitir llegar, luego, a una decisión final y de fondo. Son decisiones instrumentales que no resuelven de fondo una situación jurídica, no crean, extinguen o modifican un derecho, lo que no ocurre con las decisiones que califican la prueba de conocimientos de manera insatisfactoria y resuelve las reclamaciones en forma adversa al concursante, quien ve allí terminada su participación en el concurso.

Tampoco puede admitirse que el único acto definitivo en esta clase de asuntos es el que expide el registro de elegibles. Tendrá tal calidad para los concursantes que superan todas las etapas y llegan a integrar ese listado, pero para quienes no las superan, esto es, aquellas personas que van quedando en el camino, por ejemplo, por ausencia de requisitos o por no superar una prueba de carácter eliminatorio, como la de conocimientos en el presente caso, será definitivo todo acto administrativo que implique esa exclusión del concurso, pues consolidan una situación jurídica que, además, impide continuar en el procedimiento.

Como no admite la Sala que las decisiones cuestionadas sean de mero trámite, entonces, no resulta aplicable el aparte que se cita de la sentencia SU-067 de 2022 (CC).

**4.3.** Tampoco se aprecia la ocurrencia de un perjuicio irremediable al que se vean enfrentados los accionantes. Lo anterior porque en el expediente no obra prueba alguna que señale la existencia de un menoscabo inmediato de tal magnitud o gravedad, que permita inferir la necesidad o urgencia de intervención impostergable del juez de tutela.

Nótese que al respecto los demandantes se limitaron a alegar que la manera como fue calificada su prueba de conocimientos les causa un perjuicio irremediable, sin especificar cómo esa situación les acarrea un agravio de tal magnitud que la no intervención especial del juez de tutela, frustre el goce efectivo a sus derechos fundamentales, tales como a la vida digna, a la salud o al mínimo vital. Tampoco allegó prueba alguna sobre el particular.

Y aunque Milene Loaiza Hincapié puso en conocimiento en su demanda que de ella depende económicamente su familia, no lo hizo con fines de establecer una supuesta afectación a su mínimo vital derivado del puntaje obtenido en la prueba escrita, sino para hacer ver los motivos por los cuales había escogido la ciudad en que pretendía acceder a la vacante docente[[7]](#footnote-8). Al margen de ello, tampoco señaló cómo aquella situación la afecta de forma notoria en sus finanzas, al contrario, aportó certificado de afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, a partir del cual se infiere tiene vínculo laboral como docente, lo que desdice de una lesión a aquella garantía, al contar con una fuente fija de ingresos[[8]](#footnote-9).

**5.** En suma, el amparo, tal como lo infirió la primera instancia, resulta improcedente, por incumplir el presupuesto de la subsidiariedad y no haberse acreditado la existencia de un perjuicio irremediable. En estas condiciones, el fallo de primera instancia debe ser confirmado.

Por lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha y procedencia anotadas.

**SEGUNDO:** Notificar a las partes lo aquí resuelto en la forma más expedita y eficaz posible. Comuníquese de igual forma al Juzgado de primera instancia.

**TERCERO:** Enviar oportunamente, el presente expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

**EDDER JIMMY SANCHEZ CALAMBAS**

Ausente con causa justificada

1. Escritos de tutela que se encuentran en las carpetas 01, 07, 22, 23 y 25 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-2)
2. Archivos 09, 11, 13, 28 y 30 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-3)
3. Archivos 15, 16, 23 y 24 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-4)
4. Archivo 31 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-5)
5. Archivos 33 a 36 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-6)
6. En sentido similar, Tribunal Superior de Pereira, Sala Civil Familia, sentencia: ST2-0412-2021 de fecha 22/11/2021 y sentencia: ST2-0214-2022 de fecha 25-08-2022 [↑](#footnote-ref-7)
7. Así dijo: “Mi decisión de optar por el ente territorial Medellín fue una decisión tomada en familia, constituida además por mi esposo, dos adolescentes de 13 y 15 años, todos dependen de mi económicamente” [↑](#footnote-ref-8)
8. Folio 10 del archivo 02 de la carpeta 25 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-9)