| | |
|---|---|
| Radicación N°: | 66001-31-05-004-2010-00442-01 |
| Proceso: | TUTELA |
| Providencia: | SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA |
| **Tema:** | **Exclusión de preguntas pruebas ICFES-DOCENTES. Son procedentes, conforme al objeto y funciones generales de dichos Instituto, y no se viola el debido proceso administrativo. Concursos de méritos. La tutela no debe ser otorgada en temas de expectativa nacional, complejos y pasibles de diferentes interpretaciones, cuando los criterios a aplicar deben ser los mismos, para evitar desigualdades por la flexibilidad de las tesis predicadas.** |

**ACCIÓN DE TUTELA**

**MAGISTRADO PONENTE: ALBERTO RESTREPO ALZATE**

Pereira, veinticuatro de junio de dos mil diez

Acta N° 064 de junio 24 de 2010

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, se reunió para proferir sentencia de segunda instancia en la acción de tutela iniciada por **JORGE ALBERTO LONDOÑO NOREÑA** contra **INSTITUTO COLOMBIANO DE FOMENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR –ICFES-**, proveniente del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira**.**

El proyecto presentado por el ponente, aprobado por los restantes Magistrados de la Sala, fue discutido como consta en el acta a que se refiere el encabezamiento.

El accionante, en resumen, presenta los siguientes

**H E C H O S**

Que se presentó al concurso para aspirar al cargo de docente, siendo admitido y llamado a participar en la prueba selectiva compuesta por los ítems “PRUEBA DE APTITUDES Y COMPETENCIAS BÁSICAS” y “PRUEBA PSICOTÉCNICA”; que la primera, se encuentra subdivida en aptitud numérica (60.l79), Aptitud verbal (56.00) y competencias básicas (61.53), obteniendo un promedio de 59.65 puntos; que en forma irregular, el ICFES desestimó los resultados de las preguntas 39 y 47 del cuestionario, relacionadas con el subtema Aptitud Numérica; que del comunicado emitido por el ICFES, se advierte que no valora una a una las respuestas dadas a cada una de las preguntas, sino que mediante un sistema “sofisticado”, mide el grado de dificultad y obtiene un promedio que, al final, no refleja las habilidades del concursante, sino el resultado que el sistema “sofisticado” arroja; que el ICFES

nunca informó el método de calificación al que se alude, siendo sorprendido al conocerlo cuando se responden masivamente los derechos de petición, con lo que se violan los principios de transparencia y publicad, inherentes a este tipo de procesos selectivos.

Finalmente concluye que el ICFES consideró para todos los concursantes, incluido él, desacertadas las respuestas a las preguntas 39 y 47, lo que le significó la pérdida de 6.666 puntos, con los que, al adicionarlos al resultado obtenido al subsistema Aptitud Numérica en el que obtuvo 60.79 puntos, su examen sobrepasaría el puntaje de 59.65 promedio del ítem PRUEBA DE APTITUDES Y COMPETENCIAS BÁSICAS.

**DERECHOS VULNERADOS:**

Presenta como violados los derechos fundamentales Al trabajo y al debido proceso administrativo, previstos en los artículos 25 y 29 de la Constitución Nacional.

**PRETENSIONES:**

Que se le tutelen los derechos fundamentales al trabajo y al debido proceso, ordenando a la accionada la valoración e inclusión de las respuestas a las preguntas 39 y 47 del examen y, en consecuencia, reconocer el derecho a ser incluido en la LISTA DE ELEGIBLES en el Departamento de Risaralda, para el cargo de docente.

**ANTECEDENTES:**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira admitió la acción por auto del 28 de Abril de 2010 (fl.19), otorgándole dos (2) días al INSTITUTO COLOMBIANO DE FOMENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR –ICFES-, para que se pronunciara sobre los hechos y ejerciera su derecho de defensa.

A folio 23 contestó la accionada, haciendo un recuento normativo del concurso y, en especial de las facultades del ICFES y la CNSC, la facultad de aplicar las pruebas de aptitudes, competencias básicas y psicotécnicas en el concurso docente y, explicar en detalle los procedimientos establecidos para la calificación de las pruebas de aptitud y competencias básicas (Estructura de la prueba y ponderación,

procedimiento de eliminación de preguntas, ponderación de cada área evaluada); concluye en que la ponderación de las pruebas que realiza el accionante carece de validez, porque las preguntas 39 y 47 fueron eliminadas, no se puede atribuir a todas las preguntas un mismo valor, se parte de la premisa equivocada de que todos los puntajes obtenidos corresponden a respuestas acertadas –hecho no cierto- y, en que el ICFES no vulneró el debido proceso del accionante y, además, que la decisión proferida por el CONSEJO DE ESTADO dentro de la acción de tutela instaurada por JUDITH ÁNGULO PEREA, tiene como sustento la presunción de ciertos los hechos expuestos y tal decisión sólo es aplicable inter partes. Por último sostiene que no ha vulnerado el derecho al trabajo del accionante, porque la condición de participante en el proceso de selección, no otorga, necesariamente, el derecho a acceder a cualquiera de los cargos públicos vacantes.

Aunque anuncia la anexión de copias de decisiones favorables y otros documentos, no lo hizo o, por lo menos, no aparecen estos en la actuación como aportados.

El juez A quo, profirió sentencia el 10 de Mayo de 2010 de abril de 2010 (fl.37), en la que, luego de exponer la naturaleza de los derechos fundamentales señalados como vulnerados, no sustentó el motivo y las condiciones en que los considera vulnerados, aclarando que la Corte Constitucional ha señalado que el derecho al trabajo no llega hasta el extremo de tutelar la aspiración de acceder a un empleo público. Luego, con fundamento en conceptos contenidos en sentencia T-466 de 2004 y T-588 de 2008, concluye en la no vulneración de los derechos fundamentales mencionados, porque encontró que la accionada obró conforme a los parámetros establecidos para la convocatoria al concurso de méritos (debido proceso) y porque no se tiene un derecho adquirido al ser inscrito como participante de un concurso de méritos (derecho al trabajo)

**MOTIVOS DE INCONFORMIDAD DEL ACCIONANTE:**

Sostiene que aun cuando podría aceptarse que al presentarse al concurso de méritos, sólo tenía una expectativa de sobrepasar la etapa de la prueba selectiva, debe tenerse en cuenta que al iniciarse el proceso, la entidad competente está obligada a actuar bajo unos parámetros claros, precisos, públicos y generales y, al no hacerlo, llena el concurso de sobresaltos y noticias de última hora, sorprendiendo al concursante con lo que, a la postre, se birlan sus expectativas de acceder a un empleo digno. Precisa que no pone en tela de juicio la competencia de la accionada

para efectuar el concurso, pero sí que, sin previa publicidad, haya eliminado o desistido de calificar las preguntas 39 y 47, con un criterio “aparentemente técnico”, en el que no se califican cada una de las preguntas dadas por el concursante, sino que se tiene en cuenta el grado de dificultad de la pregunta para la totalidad de los concursantes y, aunque acepta que obró por igual para todos los concursantes, tal actitud no la legitima para haber obrado en esa forma y, por tanto, debe requerírsele para que publique los resultados obtenidos por el suscrito en las mencionadas preguntas y, de otro lado, que la actuación sí da al traste con su derecho al trabajo digno, porque una cosa es que quede eliminado por no haber superado la prueba y otra que ello ocurra por un manejo subjetivo o caprichoso de la entidad encargada de ejecutarlo.

**CONSIDERACIONES:**

Corresponde a esta Colegiatura, verificar si la actuación del ICFES de excluir de la valoración las preguntas 39 y 47 del concurso de mérito para cargos docentes, vulneró o no los derechos fundamentales del señor JORGE ALBERTO LONDOÑO NOREÑA, al trabajo digno y al debido proceso, consagrados por los artículos 25 y 29 de la Constitución Nacional.

El artículo 25 de la Constitución Nacional, establece el derecho al trabajo, disponiendo que *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”*. A su vez, el artículo 29 ibídem, establece: *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”*

Como la situación concreta que, se afirma, es la fuente de la vulneración de los derechos fundamentales antes referidos, radicados en cabeza del señor LONDOÑO NOREÑA como aspirante a un cargo de docente, es la actuación subjetiva y caprichosa del INSTITUTO COLOMBIANO DE FOMENTO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR –ICFES- de eliminar o desistir de calificar las preguntas 39 y 47 de la prueba de Aptitudes y competencias básicas; conviene precisar que a través del Decreto 1278 de Junio 19 de 2009, proferido por el Ministerio de Educación Nacional, se estableció el Estatuto de Profesionalización Docente que, en su artículo

8º, dispuso:

> *"**CONCURSO PARA INGRESO AL SERVICIO EDUCATIVO ESTATAL**. El concurso*
> *para ingreso al servicio educativo estatal es el proceso mediante el cual, a través de la evaluación de aptitudes, experiencia, competencias básicas, relaciones interpersonales y condiciones de personalidad de los aspirantes a ocupar cargos en la carrera docente, se determina su inclusión en el listado de elegibles y se fija su ubicación en el mismo, con el fin de garantizar disponibilidad permanente para la provisión de vacantes que se presenten en cualquier nivel, cargo o área de conocimiento dentro del sector educativo estatal."*

Y, en el 9º, estableció que:

> ***"ETAPAS DEL CONCURSO PARA INGRESAR AL SERVICIO EDUCATIVO ESTATAL**.*
> *Cuando no exista listado de elegibles respectivo, la entidad territorial certificada convocará a concurso público y abierto para cargos docentes y directivos docentes, el cual se realizará según reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, y tendrá las siguientes etapas:*
> *a) Convocatoria;*
> *b) Inscripciones y presentación de la documentación;*
> *c) Verificación de requisitos y publicación de los admitidos a las pruebas;*
> *d) Selección mediante prueba de aptitudes y competencias básicas.*
> *Tiene por objeto la escogencia de los aspirantes más idóneos que harán parte del correspondiente listado de elegibles;*
> *e) Publicación de resultados de selección por prueba de aptitud y competencias básicas;*
> *f) Aplicación de la prueba psicotécnica, la entrevista y valoración de antecedentes;*
> *g) Clasificación. Tiene por objeto establecer el orden en el listado de elegibles, según el mérito de cada concursante elegible, asignando a cada uno un lugar dentro del listado para cada clase de cargo, nivel y área del conocimiento o de formación, para lo cual se tendrán en cuenta los resultados de la prueba de aptitudes y competencias básicas; la prueba psicotécnica; la entrevista y la valoración de antecedentes. Para los directivos se calificarán los títulos de postgrado relacionados con las funciones del cargo y la experiencia adicional;*
> *h) Publicación de resultados;*
> *i) Listado de elegibles por nivel educativo y área de conocimiento, en orden descendente de puntaje para cada uno de ellos.*
>
> ***PARÁGRAFO.** El Gobierno Nacional reglamentará de manera general el contenido y los procedimientos de cada una de las etapas del concurso, la elaboración de las pruebas de selección y señalará los puntajes correspondientes para la selección y clasificación."*

Ahora bien, de acuerdo al Decreto 3982 de 2006, proferido por el Ministerio de Educación Nacional, entre otras normas, estableció en su artículo 5º, que la Comisión Nacional del Servicio Civil, realizaría la convocatoria a concurso para los cargos de docentes y directivos docentes, de acuerdo al cronograma que fije

anualmente para la aplicación de las pruebas de aptitudes, de competencias básicas y psicotécnicas que diseñará, adoptará y aplicará el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES, de conformidad con lo establecido en el numeral 3.13 del artículo 3 del Decreto 2232 de 2003.

Según esta última norma, el ICFES tiene como objeto fundamental la evaluación del sistema educativo colombiano en todos sus niveles y modalidades y propender a la calidad de dicho sistema a través de la implementación de programas y proyectos de fomento de la educación superior, de acuerdo con las políticas trazadas por el Ministerio de Educación Nacional y, además, entre sus funciones generales, contempladas en su artículo 3º, ordinal 3.13, la de *"Desarrollar la fundamentación teórica, diseñar, elaborar y aplicar instrumentos de evaluación para el ingreso de docentes y directivos docentes al servicio educativo estatal, de acuerdo con las orientaciones que para el efecto defina el Gobierno Nacional."*

Ahora bien, al tomar en consideración los hechos expuestos por el accionante que, en lo básico, coinciden con aquellos sobre los que se pronunció el ICFES y que, no resultan ser de contenido particular para el señor JORGE ALBERTO LONDOÑO NOREÑA, sino para la totalidad de las personas que se inscribieron al mismo; se tiene que la accionada, como razones para la eliminación de calificación de las preguntas 39 y 47 del concurso en mención, entre otras, expuso:

> *"De acuerdo con los procedimientos establecidos para el Procesamiento de Datos de la prueba de Docentes (y en general para cualquier prueba del ICFES),* ***antes*** *de realizar cualquier procesamiento de datos es necesario eliminar de la calibración o de la calificación,* ***las preguntas con problemas de formulación, eliminación que queda plasmada*** *en el Informe de Preguntas Dudosas.*
>
> *"Para el caso del concurso docente, se tomó la decisión de eliminar, y por consiguiente no tener en cuenta las respuestas dadas a, dos preguntas del componente de aptitud numérica la 39 y 47. De manera que las preguntas 39 y 47 nunca fueron procesadas ya que por los controles establecidos* ***se eliminaron antes de cualquier procesamiento de datos.*** *Esta práctica garantiza que los valores obtenidos por las personas en la calificación sean los más precisos posibles.*
>
> *"Esto se hizo antes de correr el modelo para determinar las habilidades de los evaluados, de forma que no hay lugar a realizar ajustes posteriores sobre los puntajes de las pruebas.* ***De otra parte, en la medida en que las preguntas mal formuladas afectaron a todos los evaluados, no tiene ningún sentido otorgarle a algunos de ellos, como consecuencia de la eliminación, un puntaje adicional. Una tal decisión es flagrantemente violatoria de los derechos al debido proceso y a la igualdad de los demás.***

*"(...)*

*"A las preguntas no se les asigna un valor ni un puntaje en el momento del diseño antes de la aplicación, estos resultan del análisis estadístico que se realiza con los datos obtenidos después de eliminar las preguntas que presentan problemas, como la 39 y 47..."*

Al tomar en consideración lo afirmado por la parte Accionada, no se ve de que manera se violentó el derecho al debido proceso administrativo en la Convocatoria Docente 2009, con la eliminación de las preguntas 39 y 47 que, según se infiere de los argumentos presentados por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICFES, estas presentaban problemas de formulación, en tanto que, cree la Sala, en primer lugar, de dejarlas como válidas para calificación, se afectaba a un número indeterminado de concursantes que pudieran dar una respuesta que no correspondía con la pregunta; en segundo lugar, porque tal eliminación se hizo en forma general para todos los concursantes y, finalmente, tal proceder se realizó antes de realizar cualquier procesamiento de datos.

El procedimiento realizado por el ICFES, según se infiere del escaso caudal probatorio aportado por la parte accionante, corresponde al que técnicamente es aplicable a este tipo de evaluación, en cumplimiento de su objeto fundamenta y con acatamiento de la función general de desarrollar la fundamentación teórica, diseño, elaboración y aplicación de instrumentos de evaluación para el ingreso de docentes y directivos docentes al servicio educativo estatal, que lo han convertido en una institución altamente calificada y especializada en la evaluación de distintas las aptitudes, competencias básicas y psicotécnicas y, respecto del cual es presumible la buena fe y el cumplimiento estricto de las normas legales que regulan su actuación.

Es más, tal como lo precisó la accionada, al no asignarse un valor o puntaje cuando apenas se están diseñando las preguntas, porque el resultado obtenido por todos y cada uno de los concursantes corresponde a un análisis estadístico que se efectúa con los datos obtenidos al finalizar la evaluación; no se puede inferir de qué manera, cuando el ICFES procedió en tal forma, alteró las bases esenciales de la convocatoria al concurso docente 2009 y, ello conduce a decir que no sea posible acceder al reconocimiento de la vulneración del debido proceso administrativo y, por lo mismo, a la asignación de un valor adicional de 6.666 puntos al obtenido por el señor JORGE ALBERTO LONDOÑO NOREÑA, máxime cuando se ignora si su

respuestas fueron correctas o no.

El proceder del ICFES, al eliminar las mencionadas preguntas de la evaluación a que se ha venido haciendo referencia, estaba dentro de su competencia, según las normas mencionadas anteriormente, en tanto que el procedimiento para la evaluación de los resultados obtenidos por cada uno de los concursantes, no está sustentado en un valor o porcentaje determinado previamente para cada respuesta, sino en la ponderación estadística utilizada para éste y otros concursos clasificatorios y de evaluación educativa, tal como lo hizo conocer a la opinión pública y a los participantes en las convocatorios 056-122, al explicar:

> *"El modelo de calificación empleado por el ICFES para asignar los puntajes de las distintas pruebas de que se componía el examen de la CNSC (aptitudes verbal y numérica y competencias específicas) es el mismo que se usa para calificar las pruebas de los exámenes de Estado. Se trata de un modelo estadístico sofisticado, conocido en la literatura como Modelo de Rasch, que asigna un puntaje con base en la totalidad de las respuestas de todos los evaluados,* ***no solo las habilidades de estos sino también, y simultáneamente y en la misma escala, la dificultad de cada una de las preguntas aplicadas.*** *Como resultado de esta doble asignación la habilidad de un evaluado que tiene N respuestas correctas corresponde al nivel de dificultad de la N-ésima pregunta, cuando estas se ordenan por su dificultad. La habilidad de un evaluado no resulta de esa forma proporcional al número de respuestas que responde correctamente; por lo tanto no es correcto multiplicar por un número de puntos el número de respuestas correctas para obtener el puntaje de los evaluados."*

Ahora bien, respecto al derecho al trabajo, resulta claro que la inscripción en un concurso, se constituye en una mera expectativa o la posibilidad de acceder a un empleo si supera todas las etapas del mismo y, por ello, no constituye un derecho adquirido.

En torno a este derecho, se dijo en la Sentencia T-014 de 1992 con Ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz, lo siguiente:

> *"Ciertamente el derecho al trabajo está hoy encuadrado entre los derechos sociales y libertades económicas, pero es claro que, como lo ha señalado la doctrina en estas materias, los derechos sociales no constituyen más que una parte de las libertades de contenido económico, que a su vez constituyen un conjunto más desarrollado de las libertades públicas.*
>
> *"Analizado desde este punto de vista, el derecho del trabajo implica el derecho a obtener un empleo. Pero ello no quiere decir, como también se encarga de esclarecerlo la doctrina, que este derecho implica que exista una prestación u ofrecimiento necesario de trabajo a todo ciudadano que se halle en condiciones*

*de realizarlo. Aparece únicamente bajo la virtualidad que le presta el principio de acceso a los cargos según el mérito y capacidad de los aspirantes, requisitos que tienen su aplicación más rigurosa en el ámbito público. En el sector privado, inclusive bajo las formas relativas de libertad de empresa que coexisten con la dirección económica a cargo del Estado, el derecho del trabajo se ejercita dentro de la libertad de contratación que le permite al empresario la facultad de elegir entre los aspirantes al trabajo, aún en el supuesto de que tal elección deba efectuarse entre quienes se hallen en determinadas circunstancias.*

*"Por tanto este derecho fundamental no llega hasta el extremo de tutelar la aspiración de acceder a un empleo público o privado, pues ello desbordaría el legítimo alcance de su concepción y el marco de las demás libertades y garantías consagradas en el estatuto fundamental..."*

Siendo así las cosas, ninguna vulneración de derechos fundamentales se puede atribuir al ICFES.

Ahora bien, por resultar aplicable, se trae a colación la reciente posición de la Corte Constitucional sobre temas de expectativa nacional, complejos y pasibles de diferentes interpretaciones, contenidos en la sentencia T-858/09 (nov. 26), en los siguientes términos:

*"La tutela no debe ser otorgada en temas de expectativa nacional, complejos y pasibles de diferentes interpretaciones, cuando los criterios a aplicar deben ser los mismos, para evitar desigualdades por la flexibilidad de las tesis predicadas. Puede ocurrir, como aquí mismo se aprecia por la diferente valoración efectuada en cada instancia, que jueces de la República, dentro de la autonomía que les es inmanente, arriben a conclusiones distintas y lo que debe ser un concurso homogéneo en requerimientos y sistemas de valoración cualitativa y cuantitativa, termine descuadernándose y generando inequidades.*

*"En este caso, la actora quedó ubicada en una posición de privilegio, al valorarse judicialmente su situación en circunstancias distintas a las previamente contempladas, lo cual desvirtúa la finalidad del concurso y contradice las reglas dentro de las cuales fue creado, en desmedro de los derechos de otros participantes que no acudieron a la acción de tutela, o que habiéndolo hecho, los respectivos jueces estuvieron de acuerdo con la métrica utilizada por la mencionada Comisión de la Carrera, a través de la institución técnica y neutral a la que se acudió al efecto (Universidad Nacional de Colombia).*

*"En tales circunstancias, las respectivas acciones que pudieren proceder, sólo deben debatirse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por el procedimiento común, sin que pueda predicarse la existencia de un perjuicio irremediable, pues la inscripción a un concurso es una expectativa y no un derecho adquirido.*

*"Así, ninguna vulneración de derechos fundamentales se puede atribuir cuando han sido cumplidas las reglas previamente fijadas y publicadas para un*

> *concurso, de manera igual para todos los potenciales aspirantes, que de antemano saben a que atenerse...”*

En virtud de lo anterior, la **Sala de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia que por impugnación ha conocido.

**SEGUNDO:** Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**TERCERO:** Notificar esta sentencia a las partes, por medio eficaz.

**CUARTO:** Remítase copia de la presente providencia al funcionario de primera instancia.

**Notifíquese y Cúmplase.**

**Los Magistrados,**

**ALBERTO RESTREPO ALZATE**

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**
**En uso de permiso**

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**EDNA PATRICIA DUQUE ISAZA**

**Secretaria.**