

CONCURSO DE MERITOS - Procedencia excepcional de la acción de tutela cuando no se ha emitido lista de elegibles / CONCURSO DE MERITOS - Actos proferidos durante el trámite del concurso son preparatorios / ACTOS PREPARATORIOS - No son enjuiciables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo / ELIMINACION DE PREGUNTAS - No vulnera derechos fundamentales / DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, IGUALDAD Y CONFIANZA LEGITIMA - Ausencia de vulneración

En el caso específico de los concursos públicos, esta Sala venía prohijando lo considerado por la Corte Constitucional sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se trata de atacar las decisiones y el trámite proferidos al interior del mismo, en el entendido de que los mecanismos establecidos por el ordenamiento jurídico no resultaban idóneos. No obstante, la razón por la cual, hoy en día se acepta la procedencia de la acción de tutela contra los actos proferidos dentro de los concursos de méritos, radica, no en que dichos mecanismos no sean eficaces, pues para ello se cuenta con la posibilidad de solicitar el decreto de medidas cautelares, sino, porque esos actos, expedidos durante el trámite del concurso, si bien pueden definir la situación de ciertos aspirantes, son actos preparatorios, que no son enjuiciables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo... Pues bien, a partir de lo anterior, la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo para cuestionar dichos actos, por cuanto no se cuenta con otro medio de defensa judicial para hacerlo, y por ello, partiendo de la procedencia de la acción de tutela en estos casos, esta Sección fijó reglas claras sobre el tema... el actor cuestiona la Resolución... del 24 de septiembre de 2015, mediante la cual la Unidad de Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, resolvió los recursos de reposición presentados contra la Resolución... de 20 de febrero de 2015 que fijó los resultados de la prueba de conocimientos y psicotécnica, asignando al actor un puntaje de 768.83, quedando así excluido del proceso de selección, toda vez que se superaba con 800 puntos. El fundamento de la solicitud radicó en que: i) La convocatoria es la ley del concurso, y en ella no se facultó al Consejo Superior de la Judicatura ni a la Universidad de Pamplona para excluir preguntas; y, ii) desconoce cuáles preguntas de esas excluidas contestó acertadamente y bajo qué criterios se excluyeron esas 9 preguntas y no otras. Pues bien, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-617 de 2013... dejó claro que la eliminación de preguntas, lejos de vulnerar derechos fundamentales de los participantes, lo que hace es garantizar principios como la igualdad de oportunidades, mérito, publicidad, objetividad, imparcialidad, confiabilidad, transparencia, validez, eficacia y eficiencia. Por lo que no se entiende, cómo el Tribunal que resolvió la primera instancia, pudo considerar que la decisión de la Unidad de Administración de Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura... podía resultar transgresora de los derechos de los concursantes, quienes claramente, con esta medida son los más beneficiados.... Así las cosas, para la Sala resulta claro que no se evidencia la vulneración de los derechos fundamentales alegada por el actor, pues de acceder a lo pretendido por éste, se estaría desconociendo el derecho a la igualdad de los demás participantes a quienes no se les computaron esas preguntas en el puntaje final, de manera que la medida adoptada por la Unidad accionada, se advierte conforme a la Constitución y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional reseñada.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a los actos administrativos de trámite y la facultad que tiene la administración para eliminar preguntas aplicadas en pruebas de conocimientos practicadas en los concursos de méritos, consultar la sentencia SU-617 de 2013 de la Corte Constitucional. En relación con las reglas fijadas por la Sección Quinta sobre la procedencia de la acción de tutela cuando aún no se ha configurado una

lista de elegibles, ver la sentencia de 9 de febrero de 2012, exp. 15001-23-15-000-2011-00407-01(AC) y la sentencia de 4 de febrero de 2016, exp. 25000-23-36-000-2015-02718-01(AC).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-31-000-2016-00891-01(AC)

Actor: JULIAN DUQUE PEREZ

Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, SALA ADMINISTRATIVA, UNIDAD DE ADMINISTRACION DE CARRERA JUDICIAL Y OTRO

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación interpuesta la parte accionada, contra la sentencia de 18 de abril de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia amparó los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la confianza legítima y, en consecuencia, ordenó i) a la Universidad de Pamplona que certificara a la Unidad de Administración de Carrera de la Rama Judicial, cuál fue el contenido de las preguntas eliminadas de la prueba de conocimientos presentada por el actor, y cuáles de ellas, en el evento de ser así, fueron contestadas de manera correcta por éste; y, ii) a la Unidad de Administración de Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, recalificar la prueba de conocimientos presentada por el accionante, y notificarle el resultado de la misma.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

Con escrito radicado el 4 de abril de 2016¹ en la Oficina Judicial de Medellín, el señor Julián Duque Pérez, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela contra el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa – Unidad de Administración de Carrera Judicial, y la Universidad de Pamplona, a fin de que le

¹ Folios 1 – 10.

fueran amparados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la confianza legítima.

Consideró vulnerados esos derechos fundamentales por parte de esas autoridades administrativas, con la expedición de la Resolución No. CJRES115-252 del 24 de septiembre de 2015, mediante la cual la Unidad de Carrera Judicial de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura resolvió los recursos de reposición presentados contra la Resolución CJRES1520 de 20 de febrero de 2015 que fijó los resultados de la prueba de conocimientos y psicotécnica, en el sentido de asignar al actor un puntaje de 768.83, quedando así excluido del proceso de selección, toda vez que se superaba con 800 puntos.

1.2. Hechos

El accionante sustentó la solicitud de amparo en los siguientes supuestos fácticos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en esta sentencia:

- El actor se inscribió en la convocatoria a concurso de méritos, publicada mediante Acuerdo PSAA13-9939 de 25 de junio de 2013, para proveer cargos de jueces y magistrados en todo el país.
- Participó para aspirar al cargo de juez penal municipal y fue admitido.
- Mediante Resolución No. CJERES15-20 de 12 de febrero de 2015, la entidad accionada expidió el listado de resultados de la prueba de conocimientos y psicotécnica, en la cual el actor obtuvo un puntaje de 768.83, quedando así excluido del proceso de selección, toda vez que se superaba con 800 puntos.
- El actor presentó recurso de reposición, el cual fue resuelto a través de Resolución No. CJERES No. 15-252 de 24 de septiembre de 2015, en la que se decidió confirmar el puntaje obtenido por éste y por ende, debido al carácter eliminatorio de esta etapa, confirmó su exclusión del concurso.
- En este último acto administrativo se explicó que, para el cargo aspirado por el accionante, se eliminaron 9 de las preguntas aplicadas, toda vez que *“algunos ítems no presentaron buenos indicadores de desempeño (respondidos por*

menos del 10% de los aspirantes que abordaron la misma prueba o con bajos índices de discriminación), debido a varias razones como ausencia de posibilidad de respuesta, mala redacción o ambigüedad, entre otras, por lo que en virtud a que la técnica psicométrica se recomendó excluirlos de la calificación con el objeto de tener una medición más confiable y válida...”.

1.3. Fundamentos de la solicitud

El accionante sustentó la vulneración de sus derechos en lo siguiente:

- i) La convocatoria es la ley del concurso, y en ella no se facultó al Consejo Superior de la Judicatura ni a la Universidad de Pamplona para excluir preguntas.
- ii) Desconoce cuáles preguntas de esas excluidas contestó acertadamente y bajo qué criterios se excluyeron esas 9 preguntas y no otras, situación que implica que la prueba de conocimientos se convirtió en una cuestión de azar, en la que quienes contestaron mal esos cuestionamientos se vieron beneficiados frente a aquellos que sí se esforzaron y los contestaron correctamente.

1.4. Petición de amparo

El actor solicitó que se ordene al Consejo Superior de la Judicatura – Unidad de Carrera Judicial y a la Universidad de Pamplona, determinar cuáles de esas 9 preguntas excluidas de la prueba de conocimientos fueron contestadas correctamente por él, y en ese orden, adicionarlas al puntaje inicial de 768.83 y así superar la etapa eliminatoria y continuar concursando para el cargo de juez penal municipal.

1.5. Trámite de la acción de tutela

Con auto de 6 de abril de 2016², el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la solicitud de amparo de la referencia, ordenó su notificación a las autoridades administrativas accionadas y se aceptó la intervención como coadyuvante de la

² Folio 52.

señora Laura Freidel Betancourt “y de cualquier otra persona que pueda resultar vinculada con la sentencia”.

1.6. Contestación de las autoridades administrativas accionadas

1.6.1. La Unidad de Administración de la Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura

Con escrito de 8 de abril de 2016³, la Directora de la Unidad solicitó declarar improcedente la acción de tutela de la referencia, en los siguientes términos:

Precisó que la solicitud de amparo deviene improcedente, toda vez que lo que pretende el accionante es controvertir los actos administrativos que lo excluyeron del concurso, para lo cual cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por tratarse de actos que para él tienen el carácter de definitivos, con la posibilidad de solicitar medidas cautelares.

Para fundamentar lo anterior, citó la providencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, de 6 de noviembre de 2014⁴ en la que se señaló que en atención a la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo la acción de tutela es improcedente para alegar las presuntas irregularidades que afecten la legalidad de actos administrativos definitivos dentro de un concurso de méritos, por cuanto estos pueden ser enjuiciados a través del medio de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según sea el caso, y en ellos, se puede solicitar que se decreten medidas cautelares para la protección de los derechos fundamentales⁵.

Agregó que el actor no demostró la existencia de un perjuicio irremediable.

Finalmente, respecto del fondo del asunto, adujo que de conformidad con la Sentencia SU-617 de 2013, es válida la eliminación de preguntas de un concurso cuando las mismas se tornen ambiguas, lo cual permite garantizar los principios de la función pública como los eficiencia, igualdad de oportunidades publicidad, mérito, objetividad, imparcialidad, confianza, transparencia, validez.

³ Folios 41 a 54.

⁴ Radicado 17001-23-33-000-2014-00295-01

⁵ Fl. 44 y 45.

En ese orden, como en el caso concreto, se verificó la existencia de preguntas sin posibilidad de respuesta, ambiguas o mal redactadas, se decidió su eliminación, precisamente en aras de garantizar la transparencia, idoneidad y legitimidad del concurso, situación que se aplicó a todos los concursantes en condiciones de igualdad.

Al respecto, citó apartes de la mencionada providencia, en los que la Corte Constitucional señaló que *“era deber de la entidad eliminar las preguntas que generaban duda para dar estricto cumplimiento a las normas reguladoras del concurso y a las reglas sobre la calificación de las pruebas”*.

1.6.2. Intervención de terceros

Luego de admitida la acción de tutela, intervinieron como terceros con interés, por cuanto participaron en el concurso, los señores Enver Iván Álvarez Rojas, Carlos Cristófer Viveros Echeverri, Gloria Patricia Ruano Bolaños, Mónica Jimena Reyes Martínez, Andrés Medina Pineda, Yazmín del Rosario Castilla Badel, Karen Elizabeth Jurado Paredes, Fabián Orlando Cabrales Guzmán, Álvaro Eduardo Ordoñez Guzmán, Leidy Diana Holguín García y Diana Patricia Ureña Sanabria, quienes solicitaron que se declarara improcedente la presente acción, comoquiera que el actor contaba con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Adujeron que lo que el actor pretende es revivir términos procesales, toda vez que la acción contenciosa correspondiente ya caducó, y concluyeron que, lo cierto es que las reglas del concurso no fueron desconocidas con la forma como se aplicaron y calificaron las pruebas de conocimiento.

1.7. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia de 18 de abril de 2016⁶ amparó los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la confianza legítima y, en consecuencia, ordenó i) a la Universidad de Pamplona que certificara a la Unidad de Administración de Carrera de la Rama Judicial, cuál fue el contenido de las preguntas eliminadas de la prueba de conocimientos presentada por el actor, y cuáles de ellas, en el evento de ser así, fueron

⁶ Folios 154 al 164.

contestadas de manera correcta por el éste; y, ii) a la Unidad de Administración de Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, recalificar la prueba de conocimientos presentada por el accionante, y notificarle el resultado de la misma.

Como fundamento de la decisión, señaló que de conformidad con las reglas del concurso, *“no era una potestad de la entidad cambiar unilateralmente las condiciones de evaluación y calificación, so pena de incurrir en violación al derecho fundamental al debido proceso administrativo y a la confianza legítima”*.

1.9. La impugnación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la Directora de la Unidad de Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura la impugnó, así como el apoderado de la Universidad de Pamplona.

Los argumentos se explican a continuación:

1.9.1. La Directora de la Unidad de Administración de Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura alegó que la tutela debió declararse improcedente porque: i) no cumplió con el requisito de subsidiariedad porque el actor contaba con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con la posibilidad de solicitar medidas cautelares, y para ello reiteró la sentencia de 6 de noviembre de 2014, dictada por la Sección Quinta de esta Corporación, relacionada con la idoneidad de los medios de control y de las medidas cautelares para debatir la legalidad de esos actos administrativos.

Agregó que el juez de primera instancia se extralimitó al decidir sobre la legalidad de esa decisión administrativa y ordenar que se tengan en cuenta preguntas que no cumplieron con los estándares mínimos de calidad, lo cual, de aplicarse solo al actor, claramente vulnera el derecho a la igualdad de los demás participantes

Adicionalmente, alegó que no se cumple con el requisito de la inmediatez, toda vez que el acto administrativo que se cuestiona es de 24 de septiembre de 2015, y la tutela se presentó hasta el 4 de abril de 2016.

Respecto del fondo del asunto, señaló que no fue la organización del concurso la que quebrantó las reglas del mismo, sino la decisión del Tribunal, por cuanto:

“contrario a lo afirmado en el fallo con total desconocimiento del proceso, la exclusión, anulación de las preguntas es un procedimiento técnico (definido en las condiciones técnicas del contrato celebrado con la Entidad experta para la aplicación de las pruebas en la presente convocatoria y en general en todas las que realiza el Consejo Superior de la Judicatura) que debe realizarse con posterioridad a la aplicación de las pruebas, pero previo a la calificación de las mismas, por lo tanto se trata de medidas tomadas al momento de asignar puntaje en el examen se efectuaron en cumplimiento de las condiciones técnicas previstas para ello, con fundamento en procedimientos técnicos avalados para este tipo de evaluaciones”.

Finalmente, alegó que con la decisión impugnada se desconoció el precedente de la Corte Constitucional fijado en la sentencia SU-617 de 2013, en la que llegó a la conclusión de que no sólo es válida la eliminación de preguntas en el trámite de estos concursos de méritos, sino que además, es un deber de sus organizadores.

1.9.2. La Universidad de Pamplona adujo que basta con consultar cualquier fuente académica sobre las pruebas y los procedimientos que se utilizan, estandarizados en la estadística y la psicometría, para entender que en el caso concreto la prueba de conocimientos se calificó aplicando un procedimiento denominado con referencia a la norma, es decir, que las ejecuciones de un aspirante son puntuadas e interpretadas con respecto al desempeño de los demás aspirantes que abordan la misma prueba. En este caso se calculan ciertos estadísticos de la población para determinar la escala de resultados.

Explicó que en primer lugar, se obtiene el número de respuestas correctas de cada persona que aborda las preguntas; con este dato, se calcula el promedio y la desviación estándar de todos y finalmente, con estos datos, se realiza el proceso de estandarización de puntajes, y por último se transforma este resultado en una escala particular, por lo que resulta irrelevante en el puntaje del actor la calificación de esas preguntas eliminadas, pues ello se hace partiendo del comportamiento de todos los que ejecutaron la misma pregunta.

Luego explicó el proceso cuantitativo y cualitativo *“mediante el cual se establece la calidad de los ítems de un instrumento, en relación con los propósitos para los*

cuales ellos fueron elaborados, para concluir que la eliminación es un procedimiento técnico usado a partir de los resultados del análisis de ítems, con el cual se busca mejorar la calidad de las pruebas en cuanto a confiabilidad, sin disminuir la cantidad de reactivos necesaria para evaluar un constructo o contenido. De esta manera, al identificar y excluir los elementos que aumentan el error estadístico de medida de todo el instrumento, mejora la confiabilidad del mismo y permite evaluar a los examinados con los ítems que permiten detectar a los mejores aspirantes”.

Así, concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada porque con ella se desconoce el derecho a la igualdad de los demás concursantes, y sobre todo, las reglas del concurso.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada por el señor Julián Duque Pérez, contra la sentencia de 18 de abril de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, si tal y como lo consideró el *a quo*, las autoridades accionadas vulneraron los derechos fundamentales del actor al eliminar unilateralmente 9 preguntas aplicadas en el examen de conocimientos, por cuanto ello desconoce las reglas del concurso, o si hay lugar a revocar esta decisión, en consideración a los argumentos expuestos en la impugnación.

Para resolver el problema jurídico planteado la Sala estudiara (i) el panorama general de la acción de tutela; y (ii) el caso concreto.

2.3. Panorama general de la acción de tutela

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede ejercer la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus

derechos fundamentales siempre que sean violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los precisos casos en que indica el Decreto 2591 de 1991.

Constituyen rasgos distintivos de esta acción: la inmediatez y la subsidiariedad. El primero apunta al amparo efectivo, concreto y actual del derecho fundamental que se dice vulnerado o amenazado.

El segundo, condiciona el ejercicio de esta acción a la inexistencia de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para evitar la lesión del derecho fundamental.

2.4. Procedencia de la acción de tutela en el marco de concursos de méritos para cargos públicos de carrera

En el caso específico de los concursos públicos, esta Sala venía prohijando lo considerado por la Corte Constitucional sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se trata de atacar las decisiones y el trámite proferidos al interior del mismo, en el entendido de que los mecanismos establecidos por el ordenamiento jurídico no resultaban idóneos.

No obstante, la razón por la cual, hoy en día se acepta la procedencia de la acción de tutela contra los actos proferidos dentro de los concursos de méritos, radica, no en que dichos mecanismos no sean eficaces, pues para ello se cuenta con la posibilidad de solicitar el decreto de medidas cautelares, sino, porque esos actos, expedidos durante el trámite del concurso, si bien pueden definir la situación de ciertos aspirantes, **son actos preparatorios**, que no son enjuiciables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-617 de 2013, señaló:

“Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a los actos administrativos de trámite, es importante precisar con respecto a su definición que estos no expresan en conjunto la voluntad de la administración, pues simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias, que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo y, en la mayoría de los casos, no crean, definen, modifican o extinguen situaciones

jurídicas.

(...)

Con el fin de garantizar la eficiencia y celeridad de las funciones que le competen a la administración, el artículo 75 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA, Ley 1437 de 2011) ha previsto que los actos de trámite no sean susceptibles, por regla general, de recursos en vía gubernativa, de forma que su control solamente es viable frente al acto definitivo, bien sea interponiendo los recursos procedentes contra él, o bien denotando alguna causal de anulación ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo”.

Pues bien, a partir de lo anterior, la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo para cuestionar dichos actos, por cuanto no se cuenta con otro medio de defensa judicial para hacerlo, y por ello, partiendo de la procedencia de la acción de tutela en estos casos, esta Sección fijó reglas claras sobre el tema, en el siguiente sentido⁷:

“(...) ésta Sala⁸ ha precisado que la tutela será procedente, en estos casos, solamente si no se ha configurado una lista definitiva de elegibles, dado que una vez la mencionada lista se encuentre en firme, se podría atentar contra los derechos subjetivos de sus integrantes, los cuales pueden tener situaciones jurídicas consolidadas, motivo por el cual ha considerado que no es pertinente la modificación y mucho menos la suspensión de la lista. (...)”.

En síntesis, esta Sala considera que la acción de tutela procede de forma excepcional contra actuaciones proferidas dentro de concursos públicos de méritos, siempre y cuando no se haya emitido lista de elegibles, caso contrario en el cual resulta improcedente el amparo, ante la existencia de situaciones consolidadas y derechos adquiridos por cada uno de los concursantes designados en cargos de carrera.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro, providencia de febrero cuatro (4) de dos mil dieciséis (2016), radicación número: 25000-23-36-000-2015-02718-01(AC).

⁸ Entre otras en la sentencia de 9 de febrero de 2012, dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el proceso radicado No. 15001-23-15-000-2011-00407-01(AC) siendo accionante: EDWIN IGNACIO FONSECA SALAMANCA.

2.4. Caso concreto

Comoquiera que en el caso concreto aún no existe lista de elegibles, toda vez que el proceso se encuentra en la etapa de curso concurso, la petición de amparo resulta procedente en la medida en que el actor no cuenta con otro mecanismo judicial para cuestionar las decisiones que lo excluyeron del mismo.

Ahora bien, respecto de la falta de cumplimiento del requisito de la inmediatez, la Sala advierte que también se cumple con éste, toda vez que la Resolución No. CJRES115-252 del 24 de septiembre de 2015, se publicó al día siguiente de su expedición por el término de 3 días, quedando en firme el 29 del mismo mes y año, y la acción de tutela se presentó el 4 de abril de 2016, término que la Sala encuentra razonable, en consideración a que el concurso aún se encuentra en trámite.

Pues bien, el actor cuestiona la Resolución No. CJRES115-252 del 24 de septiembre de 2015, mediante la cual la Unidad de Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, resolvió los recursos de reposición presentados contra la Resolución CJRES1520 de 20 de febrero de 2015 que fijó los resultados de la prueba de conocimientos y psicotécnica, asignando al actor un puntaje de 768.83, quedando así excluido del proceso de selección, toda vez que se superaba con 800 puntos.

El fundamento de la solicitud radicó en que: i) La convocatoria es la ley del concurso, y en ella no se facultó al Consejo Superior de la Judicatura ni a la Universidad de Pamplona para excluir preguntas; y, ii) desconoce cuáles preguntas de esas excluidas contestó acertadamente y bajo qué criterios se excluyeron esas 9 preguntas y no otras.

Pues bien, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-617 de 2013, citada por la parte accionada en la presente petición de amparo, dispuso, respecto de la facultad que tiene la administración de eliminar preguntas aplicadas en las pruebas de conocimientos practicadas en los concursos de méritos, lo siguiente:

“... era deber de la entidad eliminar las preguntas que generaban duda para dar estricto cumplimiento a las normas reguladoras del concurso y a las reglas sobre la calificación de las pruebas.

Por el contrario, resulta errada la forma de calificación propuesta por los actores, dado que ni en la convocatoria, ni en los Decretos 1278 de 2002 y 3982 de 2006, ni en el Convenio Interadministrativo N° 100 de abril 20 de 2009, ni en la Guía de Contenido Mínimo para los Manuales de Procesamiento y Reporte se encuentra contemplada disposición alguna que permita esa forma de promediar los puntajes obtenidos. Lo cierto es que los actores no aprobaron una de las pruebas programadas, al no superar el puntaje mínimo exigido.

En consecuencia, dado el carácter eliminatorio que impuso la convocatoria como norma reguladora del concurso, quienes no completaron el puntaje mínimo previsto en cada paso debían ser excluidos. Lo contrario, es decir, acceder a la insistencia de ser llamados a las demás etapas del concurso, hasta la inclusión en la lista de elegibles, implica desigualdad contra quienes si aprobaron, lo cual desvirtúa la finalidad del concurso y contradice las reglas que previamente se fijaron.

En síntesis sobre este aspecto, el ICFES obró amparado en el cumplimiento de los principios superiores dentro de los que se desarrolla la función pública, a los que se debe sujetar todo concurso, a saber, igualdad de oportunidades, mérito, publicidad, objetividad, imparcialidad, confiabilidad, transparencia, validez, eficacia y eficiencia” (Subrayado fuera de texto).

Así, la Corte Constitucional, en la citada sentencia de unificación, dejó claro que la eliminación de preguntas, lejos de vulnerar derechos fundamentales de los participantes, lo que hace es garantizar principios como la “*igualdad de oportunidades, mérito, publicidad, objetividad, imparcialidad, confiabilidad, transparencia, validez, eficacia y eficiencia*”.

Por lo que no se entiende, cómo el Tribunal que resolvió la primera instancia, pudo considerar que la decisión de la Unidad de Administración de Carrera

Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, consistente en que como *“algunos ítems no presentaron buenos indicadores de desempeño (respondidos por menos del 10% de los aspirantes que abordaron la misma prueba o con bajos índices de discriminación), debido a varias razones como ausencia de posibilidad de respuesta, mala redacción o ambigüedad, entre otras, por lo que en virtud a que la técnica psicométrica se recomendó excluirlos de la calificación con el objeto de tener una medición más confiable y válida”* podía resultar transgresora de los derechos de los concursantes, quienes claramente, con esta medida son los más beneficiados.

Ahora bien, el actor cuestiona que desconoce bajo qué criterios se excluyeron esas 9 preguntas y no otras, frente a lo cual basta con observar la Resolución No. CJERES15-20 de 12 de febrero de 2015 en la que se informó sobre la eliminación de esas preguntas, las razones de dicha eliminación, y el procedimiento técnico por medio del cual se tomó dicha determinación, además de que la Resolución No. CJRES115-252 del 24 de septiembre de 2015, al resolver los recursos de reposición elevados contra esa decisión, explicó nuevamente por qué esas preguntas fueron excluidas y no calificadas, y no otras.

Así las cosas, para la Sala resulta claro que no se evidencia la vulneración de los derechos fundamentales alegada por el actor, pues de acceder a lo pretendido por éste, se estaría desconociendo el derecho a la igualdad de los demás participantes a quienes no se les computaron esas preguntas en el puntaje final, de manera que la medida adoptada por la Unidad accionada, se advierte conforme a la Constitución y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional reseñada.

Por todo lo anterior, la Sala revocará la sentencia de primera instancia de 18 de abril de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

III. DECISIÓN

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVOCAR la decisión de 18 de abril de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que amparó los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la confianza legítima del señor Julián Duque Pérez y, en su lugar,

PRIMERO: NEGAR de la solicitud de amparo interpuesta por el señor Julián Duque Pérez, contra el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa – Unidad de Administración de Carrera Judicial, y la Universidad de Pamplona, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR este expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado