

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD - Existencia de otro medio de defensa judicial / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RECURSO DE INSISTENCIA

[L]a Sala estima pertinente establecer si la presente acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad. (...) [L]a Sala concluye que, en cuanto a la discusión relacionada con la asignación de los puntajes definitivos en las pruebas de conocimientos y psicotécnica, y con la entrega de los documentos solicitados por la actora, la acción de tutela es improcedente, porque existen otros medios judiciales para la defensa de los derechos de la demandante, esto es, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto que conformó la lista de elegibles y el recurso de insistencia contra la denegación de acceso a los documentos que la actora requiere.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 138

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01791-00(AC)

Actor: KATHERINE ANDREA ROLONG ARIAS

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

La Sala decide la acción de tutela interpuesta por Katherine Andrea Rolong Arias contra el Consejo Superior de la Judicatura, Unidad de Carrera Judicial, y la Universidad de Pamplona, con ocasión del puntaje asignado en las pruebas de conocimientos y psicotécnica del concurso de méritos para la provisión de los cargos de funcionarios de la Rama Judicial (Convocatoria 22).

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio de la acción de tutela, la señora Katherine Andrea Rolong Arias solicitó la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a cargos públicos, que estimó vulnerados por el Consejo Superior de la Judicatura, Unidad de Carrera Judicial, y la Universidad de Pamplona. En concreto, formuló las siguientes pretensiones:

PRIMERA: Que sean tutelados mis derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, a la defensa, al acceso a los documentos públicos, al

acceso a los cargos públicos producto del concurso de méritos, el principio de buena fe, integrado por la confianza legítima y el respeto a acto propio y que materializan la seguridad jurídica; además el de petición, por todo lo antes expuesto.

SEGUNDA: Que como consecuencia de ello, se ordene al CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA a través de la UNIDAD DE CARRERA JUDICIAL o a quien corresponda que proceda a asignarme la calificación de 414,28 en la prueba de conocimientos producto de aplicar de manera correcta y de conformidad a su actuar previo en concurso anterior, la fórmula $Y = 300 + ((500-300)*(X-P_{min}) / (P_{max}-P_{min}))$ atendiendo lo establecido en el acuerdo de convocatoria 22 contenido en la resolución PSAA13-9939 de Junio 25 de 2013.

TERCERA: Que me sea respondido por parte de la Unidad de Carrera Judicial y a la Universidad de Pamplona (dependiendo de quien haya realizado la aplicación de la fórmula matemática antes referida o a quien corresponda), el derecho de petición presentado a cada una de ellas en relación con las siguientes preguntas, frente a las cuales a la fecha, no he obtenido respuesta alguna:

- Se me explique de manera clara y justificada la razón por la cual cambiaron la manera de aplicar la fórmula $Y = 300 + ((500-300)*(X-P_{min}) / (P_{max}-P_{min}))$, entre la Convocatoria 18 y la Convocatoria 22, no obstante, que los dos acuerdos de convocatoria en tal sentido eran exactamente iguales?
- Por qué razón a todos los integrantes del concurso correspondiente a la Convocatoria 22 al momento de asignarnos el nuevo puntaje en la escala de 300 500, simplemente se nos restaron 500 puntos de plano al puntaje obtenido inicialmente, se desgastan explicando elaborados conceptos de proporcionalidad así como del plano xy, para terminar aplicando de manera errada la fórmula anterior, cuando bastaba con realizar una elemental operación matemática para obtener el resultado final?
- Por qué razón en la resolución 645 de junio 28 de 2011 la cual fue expedida por el Consejo Superior de la Judicatura-Unidad de Carrera Judicial, defendieron la aplicación correcta de la fórmula que yo ahora les alego; para negarle el recurso a otra concursante de la Convocatoria 18 y; ahora en la Convocatoria 22 cambian la aplicación de la fórmula? En qué queda el principio de confianza legítima?

CUARTA: Que se le ordene a la UNIDAD DE CARRERA JUDICIAL DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA o a quien corresponda, que me permita tener acceso tanto a la hoja de preguntas como de respuestas relativas a la prueba psicotécnica presentada por mí en la Convocatoria No. 22 (Acuerdo PSAA13-9939 de 2013) y que además se me informe la institución pública con asiento en la ciudad de Medellín, al ser éste el lugar de presentación de la prueba y ante qué funcionario debo presentarme para efectos de consultar tal documentación en forma personal, entendiendo la reserva de los mismos, consagrada en el art. 31 de la Ley 909 de 2004 y en el art. 34.4 del Decreto Ley 765 de 2005, pero amparada por la excepción, que le sustrae el carácter de absoluta a tal premisa, tal y como lo ha

entendido la Corte Constitucional en Sentencia T-180 de 2015, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio.

QUINTA: Que se ordene a la UNIDAD DE CARRERA JUDICIAL DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA y a la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, que procedan a dar respuesta las preguntas que les presenté en el derecho de petición del 21 de febrero a cada uno de ellas, y frente a las cuales, a la fecha no he obtenido respuesta, solicitándoles que se pronuncien frente a cada una de las preguntas de manera individual, de la misma manera en que respetuosamente se las presenté. Dichas preguntas son las siguientes:

(...)

SEXTA: ORDENAR a la UNIDAD DE CARRERA JUDICIAL DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA que una vez me todas las anteriores preguntas y me haya sido permitido el acceso a toda la documentación relativa a la prueba psicotécnica, me conceda el término de ley, a fin que se me garantice el derecho de impugnar la resolución PCSJSR 18 del 12 de enero de 2018, exclusivamente en lo relativo al factor prueba psicotécnica.

SÉPTIMA: Como consecuencia de lo anterior, que se ORDENE a la UNIDAD DE CARRERA JUDICIAL DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, que hasta tanto, no se me garantice el derecho a impugnar lo relativo a la prueba psicotécnica y me sea resuelto el recurso, no proceda a expedir la lista definitiva de elegibles para Magistrado Sala de Familia.

OCTAVA: Que en caso de contar con la prueba psicotécnica por mi presentada, se le ORDENE a la UNIDAD DE CARRERA JUDICIAL y a la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA que realicen la revisión manual de la misma, a fin de que pueda dar respuesta a los interrogantes que al respecto se les plantearon en los derechos de petición a ellos presentados.

NOVENA: En el evento de contar con la prueba psicotécnica por mi presentada, les solicito, se le ORDENE a la UNIDAD DE CARRERA JUDICIAL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA sea designado un perito diferente a quien realizó la calificación de la misma, a fin de que proceda a revisar el cuestionario de preguntas y lleve a cabo la calificación, el cual deberá tener en cuenta todos los elementos técnicos de orden nacional e internacional que se manejan en este tipo de pruebas y obviamente los parámetros establecidos en la Convocatoria.

DÉCIMA: En el evento de no contar con la prueba psicotécnica por mi presentada, les solicito, se le ORDENE a la UNIDAD DE CARRERA JUDICIAL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA me sea practicada una nueva prueba, que respete los parámetros de la Convocatoria 22 y en general todos los elementos técnicos de orden nacional e internacional que se manejan en este tipo de pruebas, en condiciones de igualdad a la presentada por el resto de los concursantes.

DÉCIMA PRIMERA: Que en el evento de que se considere que la medida provisional no es procedente, o resulte siendo innecesaria porque al momento de pronunciarse frente a ella, ya se haya publicado la lista de elegibles para Magistrado Sala de Familia, le solicito se le ORDENE a la UNIDAD DE CARRERA JUDICIAL DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA el elaborar una nueva lista de elegibles en la que reposen los

nuevos puntajes que me sean asignados como consecuencia de la orden que pueda darse producto de esta acción de tutela¹.

2. Hechos

Del expediente, la Sala destaca los siguientes hechos relevantes:

2.1. La señora Katherine Andrea Rolong Arias participó en el concurso de méritos para la provisión de los cargos de funcionarios de la Rama Judicial (Convocatoria 22), reglamentado mediante el Acuerdo PSAA13-9939 del 25 de junio de 2013, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para el cargo de magistrada de Tribunal Superior, Sala de Familia.

2.2. Mediante Resolución CJRES15-20 del 12 de febrero de 2015, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Unidad de Carrera Judicial, expidió los resultados de la prueba de conocimientos, y la demandante obtuvo un puntaje de 856,62, puntaje que, según la actora, fue el segundo a nivel nacional para ese cargo.

2.3. Mediante Resolución PCSJSR18-1 del 12 de enero de 2018, la presidenta del Consejo Superior de la judicatura conformó los registros de elegibles, y, en el correspondiente al cargo de magistrada de Tribunal Superior, Sala de Familia, la demandante ocupó el séptimo puesto, con un puntaje total de 658,68.

2.4. La demandante interpuso recurso de reposición contra el anterior acto administrativo, y, mediante Resolución CJR18-307 del 24 de mayo de 2018, la directora de la Unidad Administrativa de Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura lo modificó en cuanto a los factores de capacitación adicional y publicaciones, y asignó un puntaje total de 664,68.

2.5. El 21 de febrero de 2018, la demandante solicitó al Consejo Superior de la Judicatura, Unidad de Carrera Judicial, y a la Universidad de Pamplona — operador logístico del concurso—, que le informaran, entre otros aspectos, cuál fue la operación matemática que se aplicó para asignar la nueva puntuación en la prueba de conocimientos, publicada en la Resolución PCSJSR18-1 de 2018, y por qué si obtuvo el segundo puntaje en la prueba de conocimientos, luego, ocupó el séptimo lugar en la lista de elegibles.

2.6. Mediante oficio del 22 de febrero de 2018, la Universidad de Pamplona manifestó a la demandante que toda la información relacionada con la Convocatoria 22 había sido entregada al Consejo Superior de la Judicatura.

2.7. La Unidad Administrativa de Carrera Judicial, en Resolución CJR18-307 de 2018, que resolvió el recurso de reposición contra el acto que conformó la lista de elegibles, respondió los interrogantes presentados por la demandante, con fundamento en el criterio suministrado por el psicólogo Diego León Reyes Bernal, contratado por la Universidad de Pamplona para elaborar la prueba psicotécnica. Empero, le dijo que la información correspondiente a las pruebas estaba sujeta a reserva legal, conforme con el artículo 164 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

3. Argumentos de la tutela

¹ Folios 32 a 37.

3.1. La señora Katherine Andrea Rolong Arias alegó que el Acuerdo PSAA13-9939 de 2013, que reglamentó la convocatoria, estableció que la calificación final sería de hasta 500 puntos para la prueba de conocimientos; de hasta 200 puntos para la prueba psicotécnica; de hasta 200 puntos para el curso de formación judicial, y que los 100 puntos restantes, para un total de 1000, correspondían a capacitación (30 puntos), experiencia adicional (60 puntos) y publicaciones (10 puntos).

3.1.1. Que, de acuerdo con lo anterior, la prueba de conocimientos equivalía al 50 % del puntaje total, lo que implicaba que ese ítem tendría una repercusión significativa en el resultado final.

3.1.2. Señaló que el Acuerdo PSAA13-9939 de 2013 estableció que al concursante que obtuviera la máxima nota en la prueba de conocimientos se le asignarían 500 puntos en el resultado final, y que a quien obtuviera la nota más baja se le asignarían 300 puntos, y a los demás participantes se les asignarían puntajes proporcionales a esos topes.

Que, no obstante, la Unidad de Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, al fijar los puntajes definitivos para conformar la lista de elegibles, no asignó 500 puntos al concursante con mayor puntaje en la prueba de conocimientos ni 300 al de menor, sino que simplemente tomó el puntaje obtenido por cada uno y le restó 500 puntos. Que, en concreto, a la demandante, que obtuvo 856,62 puntos, le asignó 356,62, por lo que, a su juicio, resultó gravemente perjudicada, pues, al obtener la segunda mayor calificación, su puntaje final debió ser cercano a 500.

3.1.3. Sostuvo que, en el anterior concurso para la provisión de cargos de funcionarios de la Rama Judicial, abierto mediante el Acuerdo PSAA08-4528 del 4 de febrero de 2008 (Convocatoria 18), se estableció esa misma regla, y allí sí se asignaron los puntajes de 500 al de mayor calificación, de 300 al de menor, y de manera proporcional a los demás.

3.1.4. Alegó que, para efectuar correctamente la asignación de los puntajes, debía aplicarse la ecuación $Y = 300 + ((500-300) * (X - P_{\min}) / (P_{\max} - P_{\min}))$, «*que es una fórmula de escala y proporcional, que relaciona factores porcentuales de máximos vs mínimos, de lo que se deriva la escala de quienes se encuentran dentro de los topes frente a un cargo específico y puntaje de clasificación*».

Que, al aplicar esa fórmula a su caso concreto, su puntaje final en el ítem de prueba de conocimientos sería de 414,8842, y que ella ocuparía el tercer lugar de la lista de elegibles, lo que hace evidente la repercusión negativa de la indebida ejecución del cálculo matemático y la consecuente vulneración de sus derechos fundamentales.

3.1.5. Que es evidente que el Consejo Superior de la Judicatura aplicó indebidamente los criterios P_{\min} y P_{\max} de la fórmula. Que el criterio P_{\min} corresponde al puntaje mínimo obtenido por los concursantes en la prueba de conocimientos, para el respectivo cargo (802,05, para el empleo de magistrado de Tribunal Superior, Sala de Familia), pero que la entidad lo aplicó en la fórmula como 800, que es el puntaje mínimo exigido para aprobar la prueba. Que, asimismo, el criterio P_{\max} corresponde al puntaje máximo obtenido por alguno de los concursantes (897,55), pero que la entidad lo cambió por 1000, que es el

puntaje máximo que se podría obtener².

Dijo que el presidente del Consejo Superior de la Judicatura, mediante Resolución PSAR11-645 del 28 de junio de 2011, resolvió un recurso de reposición interpuesto por una participante de la Convocatoria 18, efectuó la operación matemática como la demandante alega que debía hacerse. Con base en eso, alegó que el Consejo Superior de la Judicatura incurrió en desconocimiento de sus propios actos, lo que pone en peligro el principio de seguridad jurídica y la confianza legítima.

3.2. Por otra parte, adujo que, mediante la petición del 21 de febrero de 2018, con el objeto de sustentar el recurso de reposición contra el puntaje asignado en la prueba psicotécnica, solicitó a la Unidad de Carrera Judicial y la Universidad de Pamplona que entregaran las hojas de preguntas y de respuestas, pero que, en la Resolución CJR18-307 de 2018, la Unidad de Carrera Judicial le respondió que no era posible, porque se trataba de documentos sujetos a reserva legal. Que, en contraste con esa respuesta, mediante Resolución CJRES15-252 del 24 de septiembre de 2015, la entidad ordenó remitir el cuadernillo de respuestas a la Universidad de Pamplona, para que se coordinara el acceso de otros participantes que lo solicitaron. Que, por lo tanto, la entidad rompió el principio de igualdad.

Que, como consecuencia de la negativa, al interponer el recurso de reposición contra la resolución que conformó la lista de elegibles, el único argumento que la demandante pudo exponer frente al puntaje asignado en la prueba psicotécnica fue que tenía el perfil para desempeñar el cargo, lo que sustentó en las calificaciones de servicios que obtuvo como juez de familia desde el año 2012.

3.2.1. Que, a su juicio, la Unidad de Carrera Judicial resolvió de manera antitécnica los 20 interrogantes que les formuló, pues no los atendió uno a uno, sino todos en conjunto.

3.2.2. Que, además, solicitó a la Universidad de Pamplona que le informara en poder de quién se encontraba la prueba psicotécnica, a lo que la entidad respondió, de manera escueta, que la documentación había sido entregada al Consejo Superior de la Judicatura, respuesta que le sorprendió, porque la directora de la Unidad de Carrera Judicial manifestó a otra autoridad judicial, en un asunto de tutela, que la documentación relativa a las pruebas se encontraba en poder de la Fiscalía General de la Nación, que la requirió en el curso de una investigación penal.

Que, además, mediante escrito del 21 de marzo de 2018, la Universidad de Pamplona manifestó a la Unidad de Carrera Judicial que el constructor de la prueba psicotécnica había padecido una calamidad personal, por la que no había podido dedicar tiempo a suministrar a la universidad los últimos elementos técnicos.

Que, en consecuencia, la demandante no tiene certeza de qué entidad tiene en su poder la prueba psicotécnica, situación que le dificulta injustificadamente el ejercicio del derecho de contradicción.

3.2.3. Finalmente, alegó que la tutela es procedente, porque si bien existe otro medio de defensa para controvertir los actos expedidos a lo largo del concurso,

² Señaló que, alternativamente, si se aplica el método de interpolación lineal, que corresponde a la ecuación $(X_M - X_m) * Pendiente = (Y_M - Y_m)$, tendría que asignársele un puntaje final en el ítem de prueba de conocimientos, con efectos sobre la lista de elegibles, de 414,28.

esto es, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cierto es que la actora la ejerció como mecanismo transitorio, para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, que, en concreto, consiste en no poder ocupar el tercer lugar en la lista de elegibles, que es el que por derecho le corresponde.

4. Trámite procesal

4.1. Mediante auto del 13 de junio de 2018, el despacho sustanciador admitió la tutela y ordenó notificar, en calidad de demandados, al presidente del Consejo Superior de la Judicatura, a la directora de la Unidad de Carrera Judicial y al rector de la Universidad de Pamplona. Como terceros con interés, ordenó notificar a los señores Óscar Fabián Combariza Camargo, José Antonio Cruz Suárez, Antonio Fabio Díaz Nieves, Claudia Consuelo García Reyes, Germán Márquez Herrera, Dora Evelia Corredor Cruz, Martha Cecilia Villadiego Caballero, Mónica del Carmen Gómez Coronel, Alba Lucía Carvajal Espinel, Libardo de Jesús Acebedo Osorio y Edgar Gerardo Romo Lucero, quienes conforman la lista de elegibles para el cargo de magistrado de Tribunal Superior, Sala de Familia, publicada mediante Resolución PCSJSR18-1 de 2018.

4.2. La Secretaría General del Consejo de Estado, mediante oficios del 18 y 22 de junio de 2018, enviados por correo electrónico, notificó el auto admisorio de la demanda a la señora Katherine Andrea Rolong Arias, al presidente del Consejo Superior de la Judicatura, a la directora de la Unidad de Carrera Judicial, al rector de la Universidad de Pamplona³ y a las personas que integran la lista de elegibles⁴. Además, el auto admisorio fue publicado en la página de internet del Consejo de Estado⁵.

5. Intervenciones

5.1. La directora de la **Unidad de Carrera Judicial** alegó que la acción de tutela es improcedente, porque la demandante cuenta tiene a su alcance otro medio de defensa eficaz, esto es, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Acuerdo PSAA13-9939 de 2013, regulatorio del concurso, la Resolución PCSJSR18-1 de 2018, que conformó la lista de elegibles, y la Resolución CJR18-307 de 2018, que resolvió el recurso de reposición.

5.1.1. Que, de hecho, los argumentos que expuso la demandante en la tutela son los mismos que planteó en el recurso de reposición contra la Resolución PCSJSR18-1 de 2018, por lo que es claro que simplemente pretende reabrir el debate y que se emita un nuevo pronunciamiento sobre la aplicación de la fórmula matemática que asignó los puntajes definitivos, finalidad para la que no es competente el juez de tutela.

5.1.2. Sostuvo que, contra lo argumentado por la demandante, el Acuerdo PSAA08-4528 de 2008, que reglamentó la Convocatoria 18, es diferente al Acuerdo PSAA13-9939 de 2013, reglamentario de la Convocatoria 22, en la que ella participó. Que éste último acto es ley para las partes y, como tal, obliga a la entidad convocante y a los participantes del concurso, que se sometieron a las reglas allí establecidas.

5.1.3. Que, de acuerdo con las reglas del Acuerdo PSAA13-9939 de 2013, en la fórmula $Y = 300 + ((500-300)*(X-P_{min}) / (P_{max}-P_{min}))$, el criterio P_{min} siempre

³ Folios 118 a 124.

⁴ Folios 129 a 134.

⁵ Folio 126.

corresponde a 800 (puntaje mínimo para aprobar la prueba), y el criterio Pmax siempre corresponde a 1000 (puntaje máximo que podía obtener el participante). Que, por lo tanto, las Resoluciones PCSJSR18-1 y CJR18-307 de 2018 se ajustaron a derecho al asignar a la demandante un puntaje de 356,62 en el ítem de prueba de conocimientos.

5.1.4. Que no tendría sentido que, como solicita la demandante, a todos los concursantes que obtuvieron la mayor calificación para cada uno de los cargos, se les asignara un puntaje de 500, pues el desempeño de cada uno de ellos fue diferente. Que, por ejemplo, no podrían asignar 500 puntos a una persona que obtuvo una calificación de 825,81 y a una que obtuvo 933,34.

Que, por tanto, el puntaje asignado a los concursantes en la Resolución PCSJSR18-1 de 2018 es proporcional al que efectivamente obtuvieron en la prueba de conocimientos, lo que no ocurriría si se aplicara la fórmula como lo pretende la demandante. Que, en todo caso, el criterio de aplicación de la ecuación fue el mismo para todos los participantes.

5.1.5. Por otro lado, señaló que la petición presentada por la demandante el 21 de febrero de 2018, y los argumentos del recurso de reposición contra el acto que conformó la lista de elegibles, relacionados con la prueba psicotécnica, fueron resueltos en la Resolución CJR18-307 de 2018, con base en la respuesta dada por el constructor de esa prueba. Que, en particular, ese acto indicó a la demandante que no podía tener acceso a los documentos relacionados con la prueba, porque tenían carácter reservado.

5.1.6. Además, en cuanto a la inquietud de la demandante sobre la ubicación de los documentos relativos a la construcción de las pruebas, esto es, cuadernillos, hojas de respuestas y calificaciones, precisó que estos se encuentran bajo custodia de la Fiscalía General de la Nación. Que la Universidad de Pamplona subcontrató a la empresa de valores Thomas Greg and Sons para la custodia de la información relacionada con las pruebas de conocimientos y psicotécnica, y aún no la ha entregado al Consejo Superior de la Judicatura.

5.1.7. Por último, alegó que la demandante no puede pretender que se apliquen en la Convocatoria 22 los métodos que tuvieron lugar en concursos anteriores, que, insistió, se rigieron por normas diferentes.

5.2. El coordinador de tecnología de la **Universidad de Pamplona**, exgerente del proyecto Contrato 112-13 Convocatoria 22, alegó que el resultado que obtenga el concursante en la prueba psicotécnica depende de las respuestas dadas a los planteamientos formulados, y no de su entorno ni de sus condiciones laborales o académicas.

5.2.1. Sostuvo que las pruebas psicotécnicas aplicadas en la Convocatoria 22 fueron construidas bajo procedimientos sistemáticos y rigurosos de validación y calificación, reconocidos por la comunidad científica. Que la prueba busca evaluar las competencias requeridas por los cargos del proceso de selección, mediante atributos de la personalidad relevantes en la predicción del desempeño laboral. Que, para eso, la prueba está dividida en dos partes: una, que corresponde a las competencias y atributos de la personalidad, y la otra, que evalúa el funcionamiento ejecutivo, relacionado con las competencias laborales.

5.2.2. Finalmente, alegó que la universidad no vulneró el derecho a la igualdad de la demandante, y que lo que pretende con la tutela es que se tengan por correctas

algunas respuestas que ella dio, y no las que fueron diseñadas, construidas y validadas por un grupo de expertos. Que, además, la entidad no vulneró el debido proceso de la actora, y que, por el contrario, se le respetaron las garantías constitucionales, para ejercer los derechos de defensa y contradicción. En cuanto al derecho fundamental de acceso a cargos públicos, señaló que el concurso solo genera el derecho a participar en igualdad de condiciones con los demás concursantes, y no necesariamente a acceder al cargo para el que se inscribe.

5.3. El **Consejo Superior de la Judicatura**, entidad demandada, y los señores **Oscar Fabián Combariza Camargo, José Antonio Cruz Suárez, Antonio Fabio Díaz Nieves, Claudia Consuelo García Reyes, Germán Márquez Herrera, Dora Evelia Corredor Cruz, Martha Cecilia Villadiego Caballero, Mónica del Carmen Gómez Coronel, Alba Lucía Carvajal Espinel, Libardo de Jesús Acebedo Osorio y Edgar Gerardo Romo Lucero**, vinculados como terceros con interés, guardaron silencio, a pesar de que fueron notificados de la tutela.

CONSIDERACIONES

1. De la acción de tutela

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, es una acción residual que permite a todas las personas reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales que sean vulnerados o amenazados, por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La acción procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el otro mecanismo de defensa debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá determinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, debe examinar de fondo los argumentos que proponga el demandante.

2. Caso concreto

2.1. Antes de efectuar cualquier consideración respecto del fondo del asunto, la Sala estima pertinente establecer si la presente acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad.

2.1.1. La subsidiariedad consiste en impedir que la acción de tutela, que tiene un campo restrictivo de aplicación, se convierta en un mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales, pues eso sería tanto como desconocer que la Constitución y la ley estipulan una serie de mecanismos judiciales igualmente eficaces e idóneos para garantizar el ejercicio pleno de los derechos.

No en vano los artículos 86 de la Constitución Política y el 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 prevén como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia de otros medios de defensa para la protección de los derechos invocados. De manera que la acción de tutela sólo puede utilizarse cuando se han agotado los mecanismos de protección que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para la protección idónea y eficaz de los derechos fundamentales. En ese sentido, la Corte Constitucional manifestó⁶:

⁶ Sentencia C-543 de 1992. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

La acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho. La tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece —con la excepción dicha— la acción ordinaria. La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales (...).

2.1.2. Entonces, para que el juez estudie una solicitud de tutela, el interesado debe, por lo menos, probar que se agotaron los recursos que tenía a su disposición, pues, de lo contrario, la tutela deviene improcedente. El requisito de subsidiariedad no solo involucra la interposición de los recursos que proceden, sino también que en éstos se cuestionen las decisiones que, en concreto, se atacan en la acción de tutela.

2.2. En el *sub lite*, la señora Katherine Andrea Rolong Arias cuestiona el puntaje definitivo asignado por el Consejo Superior de la Judicatura, Unidad de Carrera Judicial, en las pruebas de conocimientos y psicotécnica practicadas en el concurso de méritos para la provisión de los cargos de funcionarios de la Rama Judicial (Convocatoria 22). Esos puntajes fueron asignados en la Resolución PCSJSR18-1 de 2018, que conformó la lista de elegibles para el cargo de magistrada de Tribunal Superior, Sala de Familia.

2.2.1. En síntesis, la demandante alegó que: **(i)** al calcular el puntaje final de la prueba de conocimientos, previo a expedir la Resolución PCSJSR18-1 de 2018, la entidad aplicó equivocadamente la fórmula matemática establecida para el efecto⁷; **(ii)** el puntaje asignado en la prueba psicotécnica es muy bajo, pues estima que cuenta con la idoneidad personal y profesional para el ejercicio del cargo; **(iii)** mediante escritos presentados el 21 de febrero de 2018, solicitó a la Unidad de Carrera Judicial y a la Universidad de Pamplona que le suministraran los documentos correspondientes a la prueba psicotécnica, que requería para argumentar debidamente el recurso de reposición contra el acto que conformó la lista de elegibles, pero que las entidades demandadas no se los entregaron, porque estaban sujetos a reserva legal, y **(iv)** en esos mismos escritos, planteó varios interrogantes a esas entidades, que los atendieron de manera antitécnica.

2.3. De entrada, conviene señalar que, por lo general, las decisiones que se dictan en los concursos de méritos son actos administrativos de trámite, expedidos justamente para impulsar y dar continuidad a la convocatoria. Contra ese tipo de actos no proceden los recursos ni las acciones contencioso administrativas. Por lo

⁷ Se refiere a la fórmula $Y = 300 + ((500-300)*(X-Pmin) / (Pmax-Pmin))$, que, alega, fue aplicada correctamente en el anterior concurso de funcionarios de la Rama Judicial (Convocatoria 18).

tanto, la tutela se ve como el remedio judicial expedito y eficaz para la protección de los derechos fundamentales de los concursantes⁸.

2.3.1. Sin embargo, en estos concursos también se expiden actos administrativos definitivos, como ocurre cuando han culminado las etapas del concurso y se conforma la lista de elegibles para proveer los cargos ofertados. En ese caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo judicial procedente para la protección de los derechos de las personas que participan en un concurso de méritos⁹, pues se trata de un acto administrativo definitivo de contenido particular, que fija el número de plazas a ocupar y el orden de elegibilidad, según el puntaje obtenido. Por lo tanto, en ese evento, la tutela es improcedente, habida cuenta de que existe otro medio para la protección de los derechos fundamentales violados o en situación de amenaza, salvo que se configure un perjuicio irremediable.

2.3.2. La acción de tutela es procedente, pues, contra las decisiones que se dicten en un concurso de méritos, siempre que se trate de actos de trámite. Empero, si se discute una decisión definitiva (el acto que contiene el registro de elegibles, por ejemplo) la acción de tutela es improcedente, porque existen otros medios de defensa judicial, como los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

2.3.3. No sobra advertir que, en materia de concursos de méritos, la competencia del juez de tutela es extremadamente restringida. Por eso, debe ser cuidadoso en examinar la vulneración de los derechos fundamentales de los concursantes. Solo en los casos en que aparezca bien probada la vulneración o amenaza puede adoptar medidas razonables y pertinentes para conjurarla. El cuidado que debe tener el juez de tutela lo obliga a prevenir que la protección que concede no haga traumático el concurso de méritos, al punto de volverlo interminable. Esto es, las decisiones que adopte no pueden llegar a afectar las condiciones normales en que se desarrolla el concurso ni afectar los derechos fundamentales de los demás concursantes.

2.3.4. En este caso, mediante la Resolución PCSJSR18-1 de 2018, la presidenta del Consejo Superior de la judicatura publicó las listas de elegibles para el cargo de magistrado de Tribunal Superior, Sala de Familia, en la que la señora Katherine Andrea Rolong Arias ocupó el séptimo puesto, con un puntaje total de 658,68. La demandante instauró el recurso de reposición contra ese acto y, mediante Resolución CJR18-307 de 2018, la directora de la Unidad Administrativa de Carrera Judicial lo modificó, en cuanto a los factores de capacitación adicional y publicaciones, y le asignó un puntaje total de 664,68, por lo que la actora actualmente ocupa el puesto 6 de la lista¹⁰.

⁸ Así lo sostuvo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en sentencia de AC-00698. La providencia dice: *«las decisiones dictadas durante un concurso docente son actos de trámite, expedidos dentro de la actuación propia del mismo y las determinaciones que en ellos se adoptan se hacen justamente para impulsar y dar continuidad al proceso de las convocatorias, en cumplimiento de los deberes legales de las entidades involucradas. Contra los actos de trámite no proceden los recursos de la vía gubernativa ni las acciones contencioso-administrativas, por lo tanto, en el caso objeto de estudio, la actora no cuenta con otros medios de defensa para lograr la continuidad en el concurso docente y las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, no son eficaces para lograr la protección a los derechos fundamentales invocados»*.

⁹ Al respecto, ver, entre otras, las sentencias del 10 de junio de 2010. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Expedientes No. 2010-00475-01, 2010-00496-01 y 2010-00583-01.

¹⁰ De acuerdo con la verificación efetuada por la Sala en la página de la Rama Judicial. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/7227621/15745902/220401+-+MSF.pdf/b44f794d-7263-4f28-b85e-95a8313b5897>.

2.3.5. Por lo tanto, la tutela es improcedente, pues ya se expidieron los actos administrativos definitivos en el concurso de méritos, y contra éstos existen otros mecanismos de defensa judicial, esto es, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011¹¹, contra el acto administrativo que conformó la listas de elegibles. A través de ese medio procesal, la interesada puede cuestionar la legalidad del procedimiento adelantado en la Convocatoria 22, en concreto, en lo relacionado con la aplicación de la fórmula para obtener el puntaje definitivo en la prueba de conocimientos y para evaluar la prueba psicotécnica. El juez de lo contencioso administrativo, y no el juez de tutela, es el competente para definir si el acto cuestionado está o no viciado de ilegalidad y, en consecuencia, de estimarlo procedente, ordenar el restablecimiento del derecho que corresponda.

2.4. En cuanto a la solicitud de la demandante, relacionada con el acceso a los documentos de la prueba psicotécnica, que fue denegado por las autoridades demandadas, con fundamento en que están sujetos a reserva legal, la Sala Advierte que la actora cuenta con otro medio de defensa. En efecto, en materia de información sometida a reserva legal¹², el artículo 26 de la Ley 1437 de 2011¹³ establece que si la persona interesada persiste en la entrega de documentos reservados, puede interponer el recurso de insistencia ante el tribunal administrativo del lugar en el que se encuentren los documentos.

2.4.1. Conviene decir, además, que el recurso de insistencia es un trámite ágil, en cuanto debe resolverse en 10 días, lo que, a su vez, permite concluir que se trata de un medio eficaz para la protección del derecho de acceso a la información y, por ende, no es necesaria la intervención del juez de tutela.

¹¹ Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

¹² La Ley 1712 de 2014 también regula el derecho de acceso a la información pública nacional.

¹³ Artículo 26. Insistencia del solicitante en caso de reserva. Si la persona interesada insistiere en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada.

Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo, el cual decidirá dentro de los diez (10) días siguientes. Este término se interrumpirá en los siguientes casos:

1. Cuando el tribunal o el juez administrativo solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir, o cualquier otra información que requieran, y hasta la fecha en la cual las reciba oficialmente.

2. Cuando la autoridad solicite, a la sección del Consejo de Estado que el reglamento disponga, asumir conocimiento del asunto en atención a su importancia jurídica o con el objeto de unificar criterios sobre el tema. Si al cabo de cinco (5) días la sección guarda silencio, o decide no avocar conocimiento, la actuación continuará ante el respectivo tribunal o juzgado administrativo.

Parágrafo. El recurso de insistencia deberá interponerse por escrito y sustentado en la diligencia de notificación, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella.

2.4.2. Lo anterior quiere decir que la demandante podía ejercer el recurso de insistencia, para que el tribunal administrativo del lugar en que se encuentren los documentos determinara si era procedente o no la entrega de los documentos relacionados con el diseño, construcción y calificación de la prueba psicotécnica practicada en la Convocatoria 22.

2.5. De conformidad con lo expuesto, la Sala concluye que, en cuanto a la discusión relacionada con la asignación de los puntajes definitivos en las pruebas de conocimientos y psicotécnica, y con la entrega de los documentos solicitados por la actora, la acción de tutela es improcedente, porque existen otros medios judiciales para la defensa de los derechos de la demandante, esto es, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto que conformó la lista de elegibles y el recurso de insistencia contra la denegación de acceso a los documentos que la actora requiere.

La actora no puede valerse de este medio excepcional para reemplazar los mecanismos establecidos en la ley para la defensa de los derechos. La tutela, se repite, no procede cuando el interesado cuenta con otros mecanismos que el ordenamiento jurídico ha previsto para proteger eficazmente sus derechos.

2.5.1. Sobre el particular, la Corte Constitucional, en la sentencia T-520 de 1992, explicó que la persona que *«no ha hecho uso oportuno y adecuado de los medios procesales que la ley le ofrece para obtener el reconocimiento de sus derechos o prerrogativas se abandona voluntariamente a las consecuencias de los fallos que le son adversos. De su conducta omisiva no es responsable el Estado ni puede admitirse que la firmeza de los proveídos sobre los cuales el interesado no ejerció recurso constituya transgresión u ofensa a unos derechos que, pudiendo, no hizo valer en ocasión propicia. Es inútil, por tanto, apelar a la tutela, cual si se tratara de una instancia nueva y extraordinaria, con el propósito de resarcir los daños causados por el propio descuido procesal»*.

2.6. Ahora, la demandante alegó que ejerció la acción de tutela como mecanismo transitorio, para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, que, en concreto, consiste en no poder ocupar el tercer lugar en la lista de elegibles, que es el que por derecho le corresponde.

2.6.1. Como se sabe, el perjuicio irremediable que hace procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección no debe verse únicamente desde la perspectiva de las consecuencias nocivas, adversas, perjudiciales, dañinas, que suelen producir las decisiones administrativas o judiciales. Esas decisiones pueden estar revestidas de legalidad y, por ende, las consecuencias perjudiciales de quienes las sufren no son, *per se*, ilegítimas o ilícitas. Justamente, por eso el ordenamiento jurídico prevé los medios de control de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho, para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos¹⁴.

Es natural sufrir daños por causa de las actuaciones de la administración. Empero, no por resultar perjudicial la decisión tomada por la autoridad competente debe asumirse que existe un perjuicio irremediable evitable mediante la acción de tutela. De lo contrario, todas decisiones judiciales o administrativas que establecen

¹⁴ En ese sentido, se pronunció la Sección, en sentencia de tutela del 20 de febrero de 2017, Magistrado ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, expediente N°: 25000-23-42-000-2016-03163-01.

Demandante: Carlos Enrique Garibello Galarza

situaciones desfavorables a los destinatarios tendrían que ser suspendidas por vía de tutela.

2.6.2. Para la Sala, las decisiones de la Administración que la demandante cuestiona en la tutela no parecen, a simple vista, ilegales o contrarias a los derechos fundamentales en cuestión. Por tanto, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con las medidas cautelares consagradas en los artículos 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, es un medio procesal eficaz para la defensa de los derechos de la señora Katherine Andrea Rolong Arias. A través de ese medio procesal, la demandante podrá solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos que cuestiona e, incluso, del trámite del concurso de méritos, para que no se provea el cargo hasta que se determine si la actora debe ocupar el tercer puesto en la lista de elegibles, que es al que cree tener derecho.

2.7. Finalmente, la Sala observa que, el 21 de febrero de 2018, la demandante elevó solicitudes a la Unidad Administrativa de Carrera Judicial y a la Universidad de Pamplona, en las que, en síntesis, requirió, en cuanto a la prueba de conocimientos, que le informaran: **(i)** cuál fue la operación matemática aplicada para establecer la puntuación definitiva; **(ii)** si se tuvo en cuenta el mecanismo establecido en el acuerdo de la convocatoria, que dijo que al concursante con mayor calificación se le asignarían 500 puntos, y, al de menor calificación, 300; **(iii)** por qué si ella obtuvo el segundo mayor puntaje en la prueba de conocimientos, se le asignaron solo 356,65 puntos en la calificación definitiva, y **(iv)** por qué la fórmula no se aplicó de la misma manera que en la Convocatoria 18. En cuanto a la prueba psicotécnica, solicitó que: **(i)** se le permitiera tener acceso a toda la documentación e información correspondiente al diseño, ejecución y evaluación de la prueba, **(ii)** se le entregara copia del contrato suscrito entre el Consejo Superior de la Judicatura y la Universidad de Pamplona, para adelantar las pruebas, y **(iii)** se le informara por qué los resultados solo se publicaron el 15 de enero de 2018.

2.7.1. La Sala advierte que, mediante oficio del 22 de febrero de 2018, la Universidad de Pamplona dio respuesta a la solicitud de la demandante, y le manifestó que toda la documentación relacionada con la Convocatoria 22 había sido entregada al Consejo Superior de la Judicatura, por lo que no era posible absolver los interrogantes planteados ni suministrarle la información requerida.

2.7.2. Por su parte, la directora de la Unidad Administrativa de Carrera Judicial, en la Resolución CJR18-307 de 2018, que resolvió el recurso de reposición contra el acto que conformó la lista de elegibles, respondió en extenso los interrogantes presentados por la demandante en la solicitud del 21 de febrero de 2018, con fundamento en el criterio suministrado por el psicólogo Diego León Reyes Bernal, contratado por la Universidad de Pamplona para construir la prueba psicotécnica. Empero, en cuanto a la solicitud de acceso a la información correspondiente a las pruebas, manifestó que ésta se encontraba sujeta a reserva legal, de conformidad con lo establecido en el artículo 164 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

2.7.3. Siendo así, la Sala estima que las autoridades demandadas dieron respuesta concluyente a las solicitudes elevadas el 21 de febrero de 2018, objeto de tutela. Otra cosa es que la demandante no esté conforme con las respuestas que recibió, pero eso no implica que se le hayan desconocido los derechos fundamentales.

En especial, en cuanto a la denegación de acceso a documentos, por tener el carácter de reservados, como ya se indicó, la demandante tiene a su alcance el recurso de insistencia, para que el tribunal administrativo del lugar en el que se encuentre la información que ella requiere determine si las entidades demandadas deben o no suministrarla.

2.8. De acuerdo con lo expuesto, como la demandante no ha empleado los mecanismos establecidos en la ley para la defensa de sus derechos, la Sala declarará improcedente la tutela.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

- 1. Declarar** improcedente el amparo solicitado por la señora Katherine Andrea Rolong Arias.
- 2. Notificar** a las partes por el medio más expedito.
- 3.** Si no se impugna, **enviar** el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ