

CONCURSO DE MERITOS DE DOCENTES – Aumento del valor de preguntas vía tutela, vulnera el derecho de igualdad / CONCURSO DE MERITOS DE DOCENTES – Improcedencia de la tutela para recalificación de pruebas / CALIFICACION DE PRUEBAS EN CONCURSO DE MERITOS DE DOCENTES – Medios de defensa

Como en el sub-examine no se solicitó informe al ICFES sobre la metodología de calificación utilizada y forma de ponderación de la prueba, la Sala está en la imposibilidad procedimental de asumir por cierta la situación fáctica respecto del error en la valoración del examen. En estas condiciones, no es posible acceder a la tutela incoada. Adicionalmente advierte la Sala que la eliminación de las preguntas 39 y 47 de las pruebas practicadas, se efectuó como consecuencia de las reclamaciones que los participantes efectuaron con posterioridad al examen escrito tomando la decisión de que no fueran consideradas para la evaluación respectiva por cuanto estuvieron mal formuladas, modificando los factores de ponderación para todos los concursantes sin que exista posibilidad alguna de otorgar un puntaje adicional a la actora, y sin que exista valoración del derecho fundamental a la igualdad. Como la metodología utilizada para la calificación de la prueba de aptitudes numéricas fue la misma para todos los concursantes, no es pertinente ordenar el aumento de la calificación para unos colocando en desventaja a los otros, pues de ser así en criterio de justicia, o se valoran las 2 preguntas para todos o se acepta la ponderación aplicada por el ICFES para la generalidad de aspirantes. La Sala ha sostenido en situaciones similares a la planteada que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, si el accionante tiene otro medio judicial para la defensa de sus derechos no cabe la acción de tutela, salvo que se esté ante la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable. El carácter subsidiario de la acción de tutela está sustentado en la posibilidad que ofrece el ordenamiento jurídico de proteger los derechos constitucionales fundamentales, a través de medios de defensa judicial diferentes a la acción de tutela. En este caso la actora tuvo a su alcance el término dispuesto en la convocatoria para presentar las reclamaciones que estimara pertinentes contra los resultados de las pruebas de aptitudes y competencias y psicotécnica a través de la página web del ICFES. Además de lo anterior, cuenta con otro medio de defensa judicial como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para lograr la nulidad del acto que publicó los resultados de las pruebas y del que resolvió las reclamaciones presentadas fechado el 8 de septiembre de 2009 y, como medida provisional, solicitar la suspensión del mismo.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la improcedencia de la tutela si existe otro medio judicial para la defensa de sus derechos: Corte Constitucional, sentencias SU- 636 de 31 de julio de 2003 y T-899 de 16 de septiembre de 2004.

EN CONCURSO DE MERITOS DE DOCENTES – No se vulneró el derecho al debido proceso por calificación de pruebas de aptitudes y competencias básicas / MATERIA DE EXAMEN EN CONCURSO DE MERITOS – Reserva

Ahora bien, en relación con la violación del derecho al debido proceso observa la Sala que el ICFES informó la forma en que sería calificada la prueba de aptitudes y competencias básicas, el porcentaje que tendría cada una de las secciones en que la dividió y el número de preguntas que las conformaban y explicó que el procedimiento adoptado para la calificación fue técnico para evitar margen de error, ello es, que todos estos aspectos estaban debidamente discriminados en la Convocatoria. Igualmente informó que el material del examen (cuadernillo y hojas de respuestas) era confidencial y de uso exclusivo de los concursantes mientras

transcurre la prueba tal como lo dispone la Ley 1324 de 2009; y que una vez comprobada la formulación errónea de alguna pregunta la misma sería eliminada y en consecuencia excluida del proceso de calificación, tal como ocurrió con las preguntas 39 y 47.

FUENTE FORMAL: LEY 1324 DE 2009

NOTA DE RELATORIA: Sobre la calificación de pruebas de aptitudes y competencias básicas en el concurso de méritos de docentes: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de tutela de 26 de noviembre de 2009, Rad. 2009-01268(AC) MP. Bertha Lucia Ramirez de Páez.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., tres (3) de junio de dos mil diez (2010).

Radicación número: 15001-23-31-000-2010-00120-01(AC)

Actor: CENAYDA BARRERA BARRERA

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO PARA EL FOMENTO DE LA EDUCACION SUPERIOR, ICFES

Decide la Sala la impugnación propuesta por la demandante contra la sentencia de 20 de abril de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que rechazó por improcedente la tutela incoada por la señora Cenayda Barrera Barrera contra el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES y el Ministerio de Educación Nacional.

PRETENSIONES Y HECHOS DE LA TUTELA

La señora Cenayda Barrera Barrera, actuando en nombre propio, instauró acción de tutela contra el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES y el Ministerio de Educación Nacional, con el fin de que se le amparen sus derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo.

Como consecuencia solicitó ordenarle a las entidades demandadas que recalifiquen la prueba de aptitudes aplicando los parámetros establecidos en la Convocatoria dándole a cada pregunta un valor específico para respetar el debido

proceso administrativo y aplique el principio de favorabilidad en el sentido de dar un valor superior a las dos preguntas anuladas por culpa del error cometido por la entidad de no poner la opción de respuesta acertada; se le permita continuar el proceso de selección y se de aplicación a la sentencia de tutela de 10 de diciembre de 2009 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, M.P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón.

Sustentó las pretensiones en los siguientes hechos:

La actora se inscribió en la Convocatoria No. 035 de 2009 para seleccionar Docentes y Directivos Docentes en el ente territorial de Boyacá.

El 5 de julio de 2009 presentó las pruebas de aptitudes y competencias básicas y la psicotécnica que realizó el ICFES.

El 21 de agosto de ese año el ICFES publicó los resultados de las pruebas otorgándole a la tutelante un puntaje de 59.65 puntos en la prueba de competencias básicas y 60.25 en la psicotécnica.

El artículo 21 de la Convocatoria establece que la calificación numérica de los resultados va de 0 a 100 puntos, por ende, cada pregunta de aptitud verbal tenía un valor de 3.333 que multiplicado por 30 preguntas da un resultado de 99.99. Cada pregunta de competencias básicas tenía un valor de 2.50 que multiplicado por 40 preguntas da un total de 100 y respecto de la aptitud numérica el ICFES anuló 2 preguntas, es decir, que el valor de cada pregunta debió ser de 3.57 que multiplicado por 28 preguntas arroja como resultado 100 puntos.

Como la prueba eliminatoria es la de aptitudes y competencias básicas que se supera con 60 puntos, la calificación debía ser ponderada y se expresaría numéricamente con una parte entera y dos decimales, que no aparecen en el informe de resultados de los concursantes.

Los resultados publicados no concuerdan con la forma determinada para la calificación de cada una de las pruebas según la cual serían 40 preguntas de competencias básicas, 30 de aptitud verbal y 30 de aptitud numérica, menos dos que fueron anuladas en ésta última prueba.

Al anular el ICFES las preguntas 39 y 47 de la prueba de aptitud numérica violó el debido proceso de los concursantes máxime si se tiene en cuenta que sólo eran 30 preguntas.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Boyacá rechazó por improcedente la tutela incoada (fls. 70 a 78), con base en los siguientes argumentos:

La procedencia de la tutela como mecanismo definitivo en contra de actos administrativos de trámite se produce bajo el entendido de que sean fruto de una vía de hecho violatoria del debido proceso del administrado y sin que el Juez de tutela pueda interferir en el sentido de la decisión definitiva que debe tomar la Administración. Para que la acción de tutela proceda en contra del Auto de trámite es necesario que la actuación administrativa no haya finalizado ya que si es así se impone atacar los actos mediante los mecanismos ordinarios previstos por el legislador.

Advierte que el mecanismo ordinario de defensa judicial como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se encuentra caducada, siendo improcedente tutelar las garantías Constitucionales como mecanismo transitorio. Se refiere al principio de inmediatez para indicar que la tutela no fue presentada dentro del término para evitar un perjuicio irremediable.

IMPUGNACION

La actora impugnó el anterior proveído (fl. 168-171), conforme a la siguiente fundamentación:

La tutela es el medio expedito para la defensa de los derechos de la actora. No existe otro mecanismo eficaz para la defensa del Trabajo y el Debido Proceso.

Existe un perjuicio irremediable por cuanto se negó la continuidad en el proceso de selección que está pronto a concluir. Indica que no ejerció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho pues considera que es ineficaz y extremadamente demorada para la defensa de sus intereses, procediendo en consecuencia la tutela.

En cuanto al principio de inmediatez adujo que si bien presentó la tutela después de acaecido el daño, lo hizo porque interpuso los mecanismos de impugnación con la finalidad de que fuera incluida en la lista de elegibles.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si las entidades accionadas, al calificar las pruebas de aptitudes hechas en el concurso para nombrar Docentes y Directivos Docentes en Boyacá, violaron los derechos fundamentales al Debido Proceso y Trabajo de la actora al no fijar en forma específica el valor asignado a cada una de las respuestas acertadas; luego de las respuestas anuladas.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

A folio 7 del expediente obra el informe de resultados del concurso de méritos de Docentes y Directivos Docentes realizado mediante la Convocatoria No. 056-122, en el que aparece el puntaje obtenido por la accionante en las pruebas de aptitudes y competencias básicas y la prueba psicotécnica así:

	PUNTAJE PRUEBA
<i>PRUEBA DE APTITUDES Y COMPETENCIAS BÁSICAS</i>	
	APTITUD NUMERICA 56.52
	APTITUD VERBAL 58.97
	COMPETENCIAS BASICAS 60.51
<i>PRUEBA PSICOTECNICA</i>	60.25

A través de Acuerdo No. 035 de 25 de marzo de 2009, la Comisión Nacional del Servicio Civil, convocó a concurso abierto de méritos para proveer cargos vacantes de Docentes y Directivos Docentes de las instituciones educativas oficiales del Departamento de Boyacá. En dicho acto determinó que la selección se realizaría mediante pruebas de aptitudes y competencias básicas y psicotécnicas diseñadas, construidas y aplicadas por el ICFES, con el análisis de antecedentes y entrevista.

La calificación mínima establecida para superar cada una de las pruebas de aptitudes y competencias básicas, y psicotécnica, y por ende ser admitido a la valoración de antecedentes y entrevista, es de 60 puntos para cargos Docentes y 70 para cargos Directivos Docentes (fl. 7).

El artículo 19 del Acuerdo No. 035 de 2009 determinó el carácter y la ponderación de las pruebas que se aplicarán en el proceso así (fl. 61 vto):

Prueba	Carácter	Calificación aprobatoria	Valor en el concurso		Responsable
			Para docentes	Para directivos docentes	
Aptitudes y competencias	Eliminatoria y clasificatoria	60/100 para docentes y 70/100 para directivos docentes	55%	45%	ICFES
Psicotécnica	Clasificatoria	NA	10%	10%	ICFES
Antecedentes	Clasificatoria	NA	20%	30%	CNSC o delegado
Entrevista	Clasificatoria	NA	15%	15%	CNSC o delegado

El Acuerdo estableció que el resultado de las pruebas se expresaría en una calificación numérica en escala de cero a cien puntos (artículo 21) reiterando en el artículo 23 que la calificación sería debidamente ponderada por la participación de cada prueba en el valor total del concurso en forma numérica con una parte entera y dos decimales.

A través de Comunicado proferido por el ICFES el 8 de septiembre de 2009, se dio respuesta conjunta a las reclamaciones presentadas con el fin de que se explicara la forma como se calificó la prueba de aptitudes y competencias básicas, en el siguiente sentido (fls.146-150):

“En cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución No. 426 de 31 de agosto de 2009, se publica el presente COMUNICADO para dar respuesta conjunta a las reclamaciones, recursos, derechos de petición y demás escritos recibidos, con el mismo contenido ante el ICFES y/o la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC-, con ocasión de la publicación de

resultados efectuada el 21 de agosto de 2009 en desarrollo del concurso docentes y directivos docentes -2009.

1. ¿Cómo se calificó la prueba de Aptitudes y Competencias Básicas?

De acuerdo con lo anunciado en la Guía de Orientación del Concurso Docente 2009, publicada en la página de la Comisión Nacional del Servicio Civil y en la página del ICFES, la prueba de Aptitudes y Competencias Básicas estaba conformada por un componente de aptitud numérica, con 30 preguntas, un componente de aptitud verbal, con 30 preguntas y un componente de competencias básicas, con 40 preguntas. Se le asignó al puntaje de competencias básicas, un valor del 40%. El puntaje total de la prueba de Aptitudes y Competencias Básicas es el resultado ponderado los tres (sic) componentes mencionados.”.

(...)

4. ¿Es posible efectuar una nueva revisión manual de resultados tanto de las pruebas de aptitudes y competencias básicas como de la psicotécnica?

El procedimiento adoptado para la evaluación de las respuestas es un procedimiento eminentemente técnico, en el que una máquina realiza la lectura óptica de las hojas de respuesta y posteriormente, mediante un proceso sistematizado, se aplican las fórmulas para obtener el puntaje.

Este procedimiento garantiza la objetividad de la calificación, sin que exista margen de error. Estos factores difícilmente podrían garantizarse de efectuarse ésta manualmente, como lo sugieren algunos de los reclamantes.

Desde esta perspectiva y teniendo en cuenta que las reclamaciones sólo se contraen a solicitar una revisión general de los resultados, se estima que ésta resultaría inocua toda vez que la garantía de exactitud de los resultados está dada por las auditorias periódicas que realiza el ICFES al funcionamiento de los equipos y de los procesamientos, sobre los cuales no procede una revisión manual.

9. ¿Las preguntas que los evaluados reportaron como mal formuladas se tuvieron en cuenta en la calificación?

Uno de los procesos posteriores a la aplicación de las pruebas consiste en revisar las preguntas reportadas como inconsistentes o dudosas por quienes presentaron el examen, a través del formulario dispuesto para tal fin en cada uno de los salones de aplicación. **Si como producto de la revisión de dichas preguntas, se comprueban las inconsistencias reportadas, se procede a la eliminación de las mismas y a su exclusión del proceso de calificación.**

Para el caso de la prueba aplicada el 5 de julio de 2009, el ICFES eliminó de la calificación las preguntas 39 y 47 de la prueba de aptitud numérica. (Negrillas fuera del texto)

(...).”.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES, solicitó negar la tutela por no existir vulneración de derechos fundamentales (fls. 36-49).

Luego de citar las normas que gobiernan el concurso y las que le atribuyen la competencia al ICFES para realizar las pruebas sostuvo que la condición de participante en un proceso de selección no otorga el derecho para acceder a los cargos públicos vacantes; ello ocurre sólo cuando se superan todas las etapas del concurso y se entra a conformar la lista de elegibles.

En el escrito de tutela se alega la violación del derecho al debido proceso pero no se explica como operó la posible vulneración y tampoco indica en qué etapa específica del concurso ocurrió, es decir, que no demostró su afirmación.

El ICFES observó rigurosamente el procedimiento legalmente establecido en lo que se refiere a sus funciones y competencias y cumplió con las indicaciones que al respecto le impartió la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Respecto a la eliminación de las preguntas 39 y 47 de las pruebas efectuadas, indicó que "...luego de analizar que el ejercicio efectuado por el accionante parte del supuesto equivocado **según el cual se utilizó el mismo factor de ponderación para todas las respuestas**, sin tener en cuenta que dicho factor no es aplicable para el caso específico de las preguntas 39 y 47, puesto que estas no fueron consideradas para el (sic) evaluación respectiva, pues según se advirtió por parte de los participantes dichas preguntas "estuvieron mal formuladas"": (Negrillas y Subrayas del texto)

De igual forma continuó la argumentación aduciendo: "En este contexto fácilmente se advierte que no le asiste razón al accionante en el cálculo efectuado respecto de los factores de ponderación utilizados, pues para calcular dicho factor **NO ES POSIBLE CONSIDERAR LAS RESPUESTAS CORRESPONDIENTES A LA (SIC) PREGUNTAS 39 Y 47, COMO LO HACE EL ACTOR**, pues tales respuestas fueron eliminadas, lo cual conllevó la modificación de los factores de ponderación."

"A este respecto cabe agregar, de acuerdo con comunicación enviada por la Subdirección Académica, que el procedimiento de calificación utilizado comprendió primero una revisión de las preguntas que fueron reportadas durante la aplicación con problemas de formulación. Como resultado de esta revisión se tomó la decisión de eliminar, de no tener en cuenta las respuestas dadas a, dos preguntas de aptitud numérica. 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 ellos, como consecuencia de la eliminación, un puntaje adicional.” (Negrillas del Texto).

“Por otra parte, si se toma la decisión de hacer valer para todos los evaluados las preguntas que se habían eliminado como correctas, se estaría alterando la escala de calificación de la prueba de aptitud numérica (con un corrimiento a la derecha) y como consecuencia se distorsionaría la ponderación establecida para el promedio. Una decisión en tal sentido sería flagrantemente violatoria de los derechos al debido proceso y a la igualdad de los demás. (...)”

El Ministerio de Educación Nacional a folios 67 a 69 informó que la Ley 715 de 2001, otorgó precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el nuevo régimen de carrera docente y administrativa para los Docentes y Directivos Docentes al servicio de la educación.

El Gobierno Nacional a través de los Decretos 3238, 4235 de 2004 y 3333 de 2005, reglamentó los concursos que rigen para la carrera docente, disposiciones que fueron derogadas expresamente por el Decreto 3982 de 11 de noviembre de 2006, por tanto con fundamento en dicha normativa se surtió el proceso de selección.

Lo pretendido en el sub-lite no puede ser reconocido a través de la tutela pues para ello existen medios judiciales ordinarios debiéndose decretar su improcedencia.

ANÁLISIS DE LA SALA

Como la actora en la alzada solicitó la aplicación de la sentencia de Tutela de 10 de diciembre de 2009, Sección Quinta del Consejo de Estado, M.P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón, Exp. 05001-23-31-000-2009-01273-01 por constituir una situación fáctica similar, tomando como acertadas las respuestas dadas a las preguntas 39 y 47 de la prueba de aptitud numérica que fueron excluidas, la Sala pasa al análisis de este tema en el siguiente orden:

De la Tutela proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

“En opinión de la accionante sus derechos fundamentales resultaron lesionados con la calificación que obtuvo en la Prueba de Aptitud Numérica, cuya ponderación no comparte, en particular porque considera que se le han debido computar como acertadas las preguntas 39 y 47.

(...)

Retomando los parámetros normativos señalados líneas arriba, se tiene que las reglas establecidas para la calificación de la prueba fueron, en términos generales, las siguientes: (i) La prueba de Aptitudes y Competencias Básicas era eliminatoria y clasificatoria, aprobándose en el caso de docentes con un puntaje de 60/100; (ii) Los resultados de la prueba se expresarían numéricamente de 0 a 100 puntos, con una cifra en enteros y dos decimales, por lo que no existe la posibilidad de aproximaciones; (iii) Esa prueba se componía de los siguientes ítems: a.) Aptitud Numérica 30 preguntas equivalente a un 30%, b.) Aptitud Verbal 30 preguntas equivalente a un 30% y **c.) Competencias Básicas 40 preguntas equivalente a un 40%; además, por la decisión de suprimir a la prueba de Aptitud Numérica las dos preguntas arriba señaladas, tácitamente se modificó en el sentido de que se calificaría 100/28, lo que en todo momento reconoció el ICFES.** (Negrillas).

Junto a los anteriores parámetros también se tuvo en cuenta por parte del ICFES la Guía Contenido Mínimo para los Manuales de Procesamiento y Reportes, preparada por la Comisión Nacional del Servicio Civil con el propósito de servir de instrumento para la Calificación del Concurso Docentes 2009, que corresponde a una herramienta altamente técnica que se basa en la Teoría Psicométrica y Modelo Psicométrico, fundado en la Teoría de Respuesta al Ítem¹ y en el Modelo de Rasch².

Si se tomaran los parámetros generales, sin incluir la metodología establecida en la Guía anterior, sería razonable pensar que el puntaje asignado a cada una de las preguntas formuladas dentro de las distintas subpruebas, sería el sugerido por la demandante en su demanda. Es decir, que en la prueba de Aptitud Numérica a cada pregunta correctamente respondida se le asignaría un valor de 3.57, resultado de dividir el número de preguntas por cien (100/28), que en la prueba de Aptitud Verbal cada acierto recibía un valor de 3.33 (100/30) y que en la prueba de Competencias Básicas a cada acierto se le asignaría un valor de 2,50 (100/40).

¹ Según la citada Guía esta teoría “se fundamentan en el postulado de que la ejecución de una persona en una prueba puede predecirse y explicarse por un conjunto de factores personales llamados, en conjunto, “habilidad” y en el hecho de que la relación entre la ejecución de la persona evaluada y la habilidad que la soporta puede describirse por una función monótona creciente.”

² En la Guía se dice sobre el particular: “Este modelo establece la probabilidad de respuesta de una persona ante un estímulo dado en términos de la diferencia entre la medida del rasgo de la persona (denominada “habilidad” de ahora en adelante) y la medida del estímulo utilizado. El modelo general considera que la respuesta a un ítem sólo depende de la interacción entre la habilidad del sujeto y la dificultad del ítem, es decir, de θ y de b . La Curva Característica del Ítem (CCI) viene dada por la función logística, y el único parámetro de los ítems que se tiene en cuenta es b , el índice de dificultad. No se hacen hipótesis globales sobre el patrón de respuesta de un grupo, ni sobre la adivinación sistemática. Por el contrario, se plantea que la adivinación es un patrón personal y puede ser detectada en función del ajuste o desajuste de las respuestas de una persona al modelo. Esta misma hipótesis aplica para los ítems. La medida de una persona es independiente de la prueba empleada y la calibración del ítem es independiente de la población que la aborda. La ecuación 1 expresa el modelo. $P_i(\theta) = e^{(\theta - b_i)} / 1 + e^{(\theta - b_i)} \dots$ ”

Por el contrario, si se tuvieran que conjugar esos parámetros generales con los establecidos en la Guía Contenido Mínimo para los Manuales de Procesamiento y Reportes, como es lo correcto, **no se podría por parte de la Sala determinar cuál es el puntaje que cada acierto otorga en las diferentes pruebas que se han mencionado. Esa imposibilidad tiene su origen en la limitante generada por la especialidad del conocimiento de quienes fungen como jueces en esta Sección, puesto que el manejo de la Teoría de Respuesta al Ítem y del Modelo de Rasch, requieren de un conocimiento especializado que escapa a la formación de los jueces de la República.** (Negrillas)

Con el ánimo de superar esa dificultad de orden técnico se ordenó con auto del 18 de noviembre de 2009 y como prueba de oficio, que la Secretaría de la Sección solicitara al ICFES lo siguiente:

“b) **Cuáles** fueron los criterios cualitativos y cuantitativos de calificación aplicados para obtener el resultado final de su prueba de aptitudes y competencias básicas. Es decir, señale **cómo fue calificada** su prueba, cuántas preguntas correctas tuvo y cuál fue el valor que se le asignó a cada una.”

No obstante lo anterior, la Jefa Oficina Asesora Jurídica del ICFES con escrito recibido vía fax el 27 de noviembre de 2009 (fls. 97 a 103), no dio las explicaciones que se le pidieron, conformándose con decir, por ejemplo, que:

“Con las precisiones anotadas hay que concluir que así como en el lenguaje jurídico las cosas deben llamarse como se les denomina en el medio, en el lenguaje de las evaluaciones ocurre lo mismo. De manera que no es posible modificar las expresiones utilizadas por el ICFES, sobre el tema de calificación de las pruebas del aludido concurso, las fórmulas y la metodología, pues tales expresiones son las reconocidas por los expertos en la materia y por ende, forzosamente deben ser utilizadas.”

Agregando más adelante:

“La explicación de la calificación de las mencionadas pruebas es la siguiente:

Dentro del DOCUMENTO TÉCNICO denominado “GUÍA DE CONTENIDO MÍNIMO PARA LOS MANUALES DE PROCESAMIENTO Y REPORTES”, el cual fue propuesto por este Instituto para la calificación de las pruebas de aptitudes, competencias básicas y psicotécnicas aplicadas en el mencionado Concurso de Méritos, y adoptado en consenso con la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, que es la entidad convocante del proceso de selección de docentes y directivos docentes, se encuentra en la ponderación en la calificación de cada una de las pruebas evaluadas, dentro del Modelo de Procesamiento de Resultados, previamente establecido así:

‘Obtener el promedio ponderado en aptitudes y competencias de acuerdo con el tamaño relativo de cada prueba, es decir, para aptitud verbal se pondera por 3, aptitud matemática se pondera por 3 y

competencias específicas se pondera por 4. El promedio corresponde a la suma directa de los valores ponderados de “habilidad” dividido entre el número total de valores de ponderación (en este caso 10). El promedio ponderado se denomina p.’

En cuanto a la solicitud de CUÁNTAS PREGUNTAS CORRECTAS TUVO Y CUÁL FUE EL VALOR QUE SE LE ASIGNÓ A CADA UNA... La señora OFELIA ARELIS GÓMEZ DUQUE sólo contestó correctamente 13 preguntas del total [de 28 de Aptitud Numérica]”

En este orden de ideas, observa la Sala que a pesar de habersele solicitado al ICFES una explicación de cómo opera el modelo matemático contenido en la Guía de Contenido Mínimo para los Manuales de Procesamiento y Reportes, la orden no fue cabalmente acogida. Al contrario, su desinterés por aclarar las dudas existentes sobre el particular no se ocultó, pues se conformó con señalar que ese era el lenguaje técnico utilizado en la materia y que no era “posible modificar las expresiones utilizadas por el ICFES”, cuando bien claro se le pidió que en forma sencilla ilustrara a la Sección sobre la manera de implementar las diferentes fórmulas matemáticas que hacen parte de la Teoría Psicométrica y Modelo Psicométrico, y no que lo modificara pues la Sala es conciente de que ello no lo puede ordenar.

Además, pese a que expresamente se le pidió a esa entidad que informara cuántos aciertos tuvo la demandante en las subpruebas que componen la Prueba de Aptitudes y Competencias Básicas, y qué puntaje correspondía a cada una de las preguntas, también se obtuvo una respuesta incompleta, ya que solamente dijo que la tutelante había contestado bien 13 de las 28 preguntas formuladas en la prueba de Aptitud Numérica, dejando de suministrar información en lo atinente a las pruebas de Aptitud Verbal y de Competencias Básicas.

Emerge de lo discurrido hasta el momento, que la demandante propone una metodología que en principio resulta razonable y que de ser la correcta llevaría a pensar que los 13 aciertos que tuvo frente a las 28 preguntas absueltas, le darían un guarismo de 46,41 puntos en la prueba de Aptitud Numérica, desde luego disonantes con los 57.62 puntos que le reportó la entidad. De igual forma se tiene que el ICFES, por su incuria para aclarar la metodología de calificación, no demostró que la calificación dada a la demandante fuera la correcta, es decir no desvirtuó la hipótesis anterior no obstante contar con las herramientas necesarias para hacerlo, ya que allí se cuenta con el personal calificado para explicar cómo opera y de dónde surgió la calificación de la accionante. (Negrillas)

Reconoce la Sala que la acción de tutela no es ajena al principio de la carga de la prueba previsto en el artículo 177 del C. de P. C., según el cual “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, y que gracias al mismo es a la accionante a quien compete probar sus afirmaciones para de allí derivar los pretendidos efectos jurídicos. Sin embargo, se trata de una regla general que admite excepciones, contándose entre las mismas la metodología implementada por las entidades públicas para calificar las pruebas presentadas por los concursantes.

Ha hecho carrera en las entidades públicas la tesis de que los modelos matemáticos utilizados para calificar esas pruebas, por su misma naturaleza matemática, valga la redundancia, y por ser operados por computadoras, son infalibles, de suerte que sus resultados son irrefutables. La Sala es

conciente de que en eso tienen razón las entidades públicas, dado que pasada la hoja de respuestas por los lectores ópticos y bajo un programa de computador que define la asignación de puntajes, el resultado elimina cualquier probabilidad de error...” (Negrillas)

(...)

“Además, la inversión de la carga de la prueba en esta materia igualmente encuentra justificación en lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, según el cual **“Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”**. Si se le pidió al ICFES una explicación clara sobre la forma como se obtuvo la calificación de la demandante, dada la alta complejidad que representaba la metodología contenida en la Guía de Contenido Mínimo para los Manuales de Procesamiento y Reportes, y la entidad no lo hizo o lo hizo en forma incompleta, de modo que nada aclaró, no hay duda que deja insatisfecha la carga de la prueba, como si no hubiera rendido el informe que se le pidió, omisión que habilita legalmente a la Sala para tener por ciertos los planteamientos de la demandante, es decir que su evaluación no fue correctamente calificada en lo que respecta a la Prueba de Aptitud Numérica por la supresión de las preguntas 39 y 47 y que por tanto se le violó su derecho fundamental constitucional al debido proceso, pues en él se ubica el derecho a poder controvertir esas decisiones de la administración, imposible de llevar a cabo cuando la misma administración se guarece en unos modelos matemáticos que ni sus propios funcionarios pudieron explicar a la jurisdicción...” (Negrillas)

De la anterior sentencia se concluye lo siguiente:

1. La anulación de las preguntas 39 y 47 de la prueba de Aptitud Numérica tuvo como consecuencia que se calificara 100/28.
2. El ICFES utilizó la Guía Contenido Mínimo para los Manuales de Procesamiento y Reportes, con el propósito de que sirvieran de instrumento para la Calificación del Concurso Docente 2009, siendo una herramienta técnica que se basa en la teoría y modelo psicométrico, fundado en la teoría de respuestas y modelo Rasch.
3. No le corresponde al Juez determinar cuál es el puntaje que cada acierto otorga, dada la imposibilidad generada por la especialidad en el manejo de la Teoría de Respuesta y Modelo Rasch.
4. En vista de tal imposibilidad técnica, se ofició al ICFES para que informara los criterios cualitativos y cuantitativos de calificación, es decir, cómo fue calificada.
5. El ICFES contesta que así como en el lenguaje jurídico las cosas deben llamarse como se les denomina, en el lenguaje de las evaluaciones ocurre lo mismo. De manera que no es posible modificar las expresiones del ICFES sobre el tema de

calificación. Advierte la entidad que la calificación es ponderada en cada prueba, obteniendo la actora 13 preguntas acertadas del total de 28.

6. La orden de la Sección Quinta del Consejo de Estado al ICFES para que explicara la metodología de calificación no fue acogida por la entidad, demostrando el desinterés para aclarar las dudas sobre la materia.
7. Acepta que los modelos matemáticos utilizados para calificar las pruebas al ser operados por computadoras son infalibles, de suerte que son irrefutables, dado que pasada la hoja de respuestas por los lectores ópticos y bajo un programa de computador que define la asignación de puntajes, el resultado elimina cualquier probabilidad de error.
8. Empero, como la entidad tutelada no dio respuesta satisfactoria a la solicitud de esta Corporación, se procedió a dar aplicación al artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, teniendo como ciertos los hechos de la tutela para acceder a las pretensiones de la misma.

En este orden de ideas, la situación fáctica descrita por la Sección Quinta del Consejo de Estado, es diferente a la realidad procesal del plenario, por cuanto el fundamento para la tutela se estableció en el incumplimiento de la orden que se emitió para que se indicara la metodología de la calificación de la prueba de aptitud numérica. Como el ICFES no absolvió satisfactoriamente el requerimiento judicial persistiendo la incógnita sobre la evaluación, se dispuso en aplicación del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 aceptar por cierto que la prueba estuvo mal calificada.

Como en el sub-examine no se solicitó informe al ICFES sobre la metodología de calificación utilizada y forma de ponderación de la prueba, la Sala está en la imposibilidad procedimental de asumir por cierta la situación fáctica respecto del error en la valoración del examen. En estas condiciones, no es posible acceder a la tutela incoada.

Adicionalmente advierte la Sala que la eliminación de las preguntas 39 y 47 de las pruebas practicadas, se efectuó como consecuencia de las reclamaciones que los participantes efectuaron con posterioridad al examen escrito tomando la decisión de que no fueran consideradas para la evaluación respectiva por cuanto estuvieron mal formuladas, modificando los factores de ponderación para todos los concursantes sin que exista posibilidad alguna de otorgar un puntaje adicional a la actora, y sin que exista valoración del derecho fundamental a la Igualdad.

Como la metodología utilizada para la calificación de la prueba de aptitudes numéricas fue la misma para todos los concursantes, no es pertinente ordenar el aumento de la calificación para unos colocando en desventaja a los otros, pues de ser así en criterio de justicia, o se valoran las 2 preguntas para todos o se acepta la ponderación aplicada por el ICFES para la generalidad de aspirantes.

La Sala ha sostenido en situaciones similares a la planteada que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, si el accionante tiene otro medio judicial para la defensa de sus derechos no cabe la acción de tutela, salvo que se esté ante la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable³.

El carácter subsidiario de la acción de tutela está sustentado en la posibilidad que ofrece el ordenamiento jurídico de proteger los derechos constitucionales fundamentales, a través de medios de defensa judicial diferentes a la acción de tutela.

En este caso la actora tuvo a su alcance el término dispuesto en la convocatoria para presentar las reclamaciones que estimara pertinentes contra los resultados de las pruebas de aptitudes y competencias y psicotécnica a través de la página web del ICFES (fl. 62).

Además de lo anterior, cuenta con otro medio de defensa judicial como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para lograr la nulidad del acto que publicó los resultados de las pruebas y del que resolvió las reclamaciones presentadas fechado el 8 de septiembre de 2009 y, como medida provisional, solicitar la suspensión del mismo.

Ahora bien, en relación con la violación del derecho al debido proceso observa la Sala que el ICFES informó la forma en que sería calificada la prueba de aptitudes y competencias básicas, el porcentaje que tendría cada una de las secciones en que la dividió y el número de preguntas que las conformaban y explicó que el procedimiento adoptado para la calificación fue técnico para evitar margen de

³ Corte Constitucional, sentencias SU- 636 de 31 de julio de 2003 y T-899 de 16 de septiembre de 2004.

error⁴, ello es, que todos estos aspectos estaban debidamente discriminados en la Convocatoria.

Igualmente informó que el material del examen (cuadernillo y hojas de respuestas) era confidencial y de uso exclusivo de los concursantes mientras transcurre la prueba tal como lo dispone la Ley 1324 de 2009; y que una vez comprobada la formulación errónea de alguna pregunta la misma sería eliminada y en consecuencia excluida del proceso de calificación, tal como ocurrió con las preguntas 39 y 47.

Respecto del derecho al trabajo se dirá que tampoco fue probada su vulneración pues la presentación al concurso de méritos constituye una mera expectativa que sólo puede concretarse al finalizar el mismo.

Como de las probanzas que obran en el informativo no se evidencia la vulneración de ningún derecho fundamental ni la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable la acción, pese a la existencia de un mecanismo de defensa judicial, el fallo impugnado que negó la acción incoada debe ser confirmado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 20 de abril de 2009 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, que rechazó por improcedente la solicitud de tutela incoada por la señora Cenayda Barrera Barrera contra el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES y el Ministerio de Educación Nacional.

Cópiese, notifíquese, remítase copia al Tribunal de origen y envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

⁴ Consejo de Estado, **Sección Segunda, Subsección "B"**, M.P. Dra. Bertha Lucia Ramirez de Páez, sentencia de tutela de 26 de noviembre de 2009, EXP. No. 05001-23-31-000-2009-01268-01, actora María Eugenia Bedoya Sánchez contra el ICFES y Comisión Nacional del Servicio Civil.

La presente providencia fue discutida y aprobada en Sala de la fecha.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO