

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA

SALA SEGUNDA LABORAL

Magistrado Ponente:
CARLOS ALBERTO QUANT ARÉVALO

MARZO, DIEZ (10) DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023).

RADICADO: 47-001-31-05-005-2023-00007-01

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA

DEMANDANTE: MIGUEL ÁNGEL CHICO CASTILLO

DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN-ICFES y DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL

ASUNTO: IMPUGNACIÓN

I. ASUNTO A RESOLVER:

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto Laboral Del Circuito De Santa Marta, el 27 de enero de 2023 dentro de la acción de tutela, interpuesta por MIGUEL ÁNGEL CHICO CASTILLO contra el INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN-ICFES Y DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

1. HECHOS

Como fundamentos fácticos relevantes de la acción se expusieron esencialmente los siguientes:

1. Que ingresó a la institución como alumno nivel ejecutivo y aprobó los estudios académicos, logrando acceder al grado de patrullero mediante Resolución 04604 del 12 de diciembre del 2007 y nunca fue objeto de sanciones ni suspensiones cuando estaba adscrito a la Policía Metropolitana de Santa Marta, con sede de la misma ciudad.
2. Que de acuerdo con lo dispuesto por el Mando Institucional, fue convocado para inscribirse al concurso previo de capacitación para el ingreso al grado de Subintendente a realizarse en la vigencia 2022.
3. Que la Policía Nacional y el ICFES suscribieron el Contrato Interadministrativo PN DINA E No. 80-5-10059-22 cuyo fin fue la construcción, diagramación, aplicación, calificación, publicación de resultados y atención de reclamaciones de las pruebas psicotécnica y de Conocimientos Policiales para el concurso de Patrulleros previo al curso de capacitación para ingreso al grado de Subintendente, que dicho concurso estaba conformado por dos componentes, la prueba escrita que componía a su vez; prueba psicotécnica y prueba de conocimientos policiales, y el segundo componente, el puntaje por tiempo servido como patrullero (antigüedad), que la prueba escrita era aplicada por el ICFES de acuerdo con el perfil del Subintendente suministrado por la Dirección de Incorporación de la Policía

Nacional. Que el primer objetivo que tenía la prueba escrita era evaluar a los patrulleros que eran candidatos a ser admitidos al curso de capacitación para el ingreso al grado de Subintendente y para ello, se estableció la aplicación de otras dos pruebas, que tenían como segundo objetivo, aportar información para identificar a los candidatos que se aproximasen al perfil establecido para el grado de Subintendente, suministrado por la Policía Nacional.

4. Que, conforme al cronograma establecido y en obediencia a información oficial publicada en la página oficial del ICFES, como en la Directiva Administrativa Transitoria 024 DIPON-DITAH del 04 de mayo de 2022, Convocatoria para el concurso de patrulleros de 2022, previo al curso de capacitación para el ingreso al grado de Subintendente, se presentó en Santa Marta, en la fecha y hora establecida, siguió todos y cada uno de los protocolos exigidos para la misma, y consultó los resultados oficiales publicados por el ICFES de acuerdo al cronograma el 19 de noviembre de 2022 (*folio 2, Doc. 02*).
5. Que el 19 de noviembre 2022 la Policía Nacional emitió un comunicado en el cual fueron habilitados 10.000 cupos para los patrulleros que aprobaron la prueba de acuerdo al puntaje obtenido (*folio 3, Doc. 02*) y de acuerdo al punto 4 del comunicado, adoptó la notificación como motivo de celebración de carácter oficial al lado de sus seres queridos, compañeros de trabajo, amigos y personas cercanas, debido a que los resultados lo ubicaban dentro de los beneficiados a los que hacía referencia el Gobierno Nacional, y a partir de la notificación, planificó múltiples eventos dentro de las cuales incurrió en gastos particulares como celebraciones y festejos, además organizó complejas situaciones familiares y personales en torno a lo que implica la realización del curso de manera virtual o presencial.
6. Que el 16 de diciembre de 2022, la Policía Nacional y el ICFES, emitieron un comunicado en el cual notificaron que, se encontró una falla técnica en el cargue y procesamiento de una de las variables relacionadas con el ordenamiento de los resultados que afectó el orden de los resultados que habían sido previamente publicados, dando el ICFES una nueva publicación oficial con los nuevos resultados, en donde se disminuyó de manera considerable el puesto que se había obtenido, sin recibir hasta la presente una explicación detallada, justa y completa sobre la falla que se presentó y lo dejó por fuera de los cupos asignados, siendo un acto irresponsable del Gobierno Nacional al haber notificado la oficialidad de los resultados, causándole graves e irreparables consecuencias a la salud y dignidad junto con su familia, estableciéndose un nuevo periodo de reclamaciones entre el 19 y 23 de diciembre de 2022. (*folio 4 y 5 Doc. 02*).
7. Que, no le es posible confiar en la corrección de los resultados sin que nuevamente se hayan equivocado, siendo responsable la entidad estatal como sus aliados en el proceso, que una falla de tal magnitud solo deja en evidencia la incompetencia y la culpabilidad de la entidad estatal para calificar un examen de 200 preguntas.
8. Que el 19 de diciembre de 2022, radicó escrito de reclamación ante el ICFES, con radicado No. 242139, poniendo en conocimiento lo acontecido y solicitando copias del examen, obteniendo como respuesta la forma en que se realizan las validaciones sobre el proceso de calificación de la prueba, que la entidad procedió a modificar de manera arbitraria el listado, bajo el presupuesto que se

subsano la falla, aspecto que rechaza al encontrarse primero en el puesto No. 2691 y en el segundo listado en el puesto No. 16237, estando por fuera de los cupos autorizados por la Policía Nacional, afectándose la credibilidad del ICFES

9. Que la Policía Nacional ya tenía conocimiento del riesgo identificado de las anomalías y errores en el procedimiento de estas pruebas al existir un antecedente en el que se contrató con la Universidad Nacional Abierta y a Distancia se presentaron errores similares que llevaron al General Palomino, director de la Policía Nacional para la época a tomar la decisión de anular de manera definitiva los resultados de la prueba y proceder a convocar un nuevo concurso, por lo que no es dable que se reciba con beneplácitos los resultados del concurso realizado por el ICFES y no repitió la prueba como anteriormente se había realizado, evitándose el inconveniente de índole económico, perjudicando de manera flagrante la moral, el derecho a la igualdad y consigo los derechos fundamentales del personal policial.
10. Que a pesar de existir otro medio idóneo de justicia, como es la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho a través de la jurisdicción contenciosa administrativa, teniendo en cuenta el tiempo en que los despachos por la cantidad de procesos, estos se toman demasiado tiempo en admitir la misma y la Policía Nacional de manera inmediata organizó los ciclos de los cursos de ascensos en la escuela de suboficiales, es fundamental que se garantizaran los derechos a través de la acción de tutela y no permitir que se ocasione el daño.

2. PRETENSIONES

El accionante persigue que se tutelen los derechos fundamentales a la igualdad de tratamiento y de oportunidades que le asisten en la aspiración a ocupar el cargo público de Subintendente de la Policía Nacional, ordenar al ICFES que tenga en cuenta el primer resultado difundido y la clasificación de la prueba de conocimientos aplicada por la entidad y sea convocado a integrar el curso de capacitación grado Subintendente y en caso de no prosperar las precitadas pretensiones, se ordene a la Dirección General de la Policía Nacional, no aceptar los segundos resultados otorgados por el ICFES del concurso de Subintendente 2022 para que se convoque nuevamente al concurso para obtener el grado de Subintendente.

3. ACTUACIÓN PROCESAL PRIMERA INSTANCIA

La presente acción constitucional, fue presentada en la oficina de reparto el día 17 de enero de 2023 y repartida al Juzgado Quinto Laboral Del Circuito De Santa Marta, el cual, mediante auto del 18 de enero del 2023, admitió la acción de tutela, en contra de EL INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN-ICFES Y DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA. Por otro lado, ordenó a la DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA que publicara a través de su portal web todas las actuaciones a que haya lugar dentro de esta acción de tutela, a efectos de NOTIFICAR de ellas a las personas que hagan parte del “CONCURSO DE PATRULLEROS, PREVIO AL CURSO DE CAPACITACIÓN PARA EL INGRESO AL GRADO DE SUBINTENDENTE 2022-2”, al cual participó el accionante, para que, si a bien lo tienen, intervengan en el presente trámite de tutela.

4. CONTESTACIÓN

EL INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN-I.C.F.E.S., allegó contestación a la acción de tutela manifestando que debe negarse el amparo deprecado ante la ausencia de vulneración de las prerrogativas constitucionales invocadas por la parte accionante debido a que, la acción de tutela no es el escenario propicio para cuestionar las decisiones administrativas proferidas por cualquier autoridad y/o entidades, sea estatal o no, en virtud de lo contemplado con el numeral 1° del artículo 6 del decreto 2591 de 1991.

Manifestó que no es cierto que no se haya suministrado una explicación detallada, justa y completa de la situación que se presentó con los resultados del Concurso de Patrulleros previo al curso de capacitación para el ingreso al grado de Subintendente de la Policía Nacional vigencia 2022, pues, a través de informe técnico expusieron a la Policía Nacional, en calidad de contratante, el motivo por el cual se generó la actualización de los resultados de las pruebas, la fase de la prueba en que se presentó el error y se detallaron las actuaciones administrativas y operativas tendientes a sanear la situación presentada y actualizar los resultados de manera definitiva. Que producto de una revisión de las reclamaciones presentadas por los evaluados, se realizó la respectiva verificación del proceso de calificación y se identificó una falla de carácter masivo en el cargue y procesamiento de una de las variables relacionadas con el ordenamiento de los resultados, por lo que se procedió a corregir una inconsistencia en la ficha de armado “1.PATRULLEROS_TEC_2022_2.xls” y al ejecutar nuevamente cada uno de los pasos en la base de armado para el proceso de calificación en el nuevo cargue de armado del módulo ANALITEM-INTERACTIVO, se procedió a ejecutar la fase “procesamiento y calificación”, cuyas actualizaciones se dieron en todas las pruebas de los participantes, a excepción de la de conocimientos policiales, toda vez que esta no presento afectación alguna, que la hoja de respuestas de cada evaluado corresponde efectivamente a la hoja entregada por la persona al momento de terminar la aplicación de la prueba, y el 29 diciembre de 2022 se dieron los resultados obtenidos al calificar la prueba plenamente de cada patrullero, habiéndose dado un periodo de reclamaciones contra los nuevos resultados para garantizar el debido proceso.

Afirman que no hay lugar a repetir las pruebas del concurso de patrulleros debido a que la falla técnica se presentó en la etapa de procesamiento y la calificación de las pruebas, no en la aplicación de la prueba en sí misma sino en etapas posteriores, en donde reiteran, las hojas de respuestas calificadas estaban plenamente identificadas de cada evaluado, sin que fuera evitable que se presentaran situaciones como la del accionante, cuyo resultado no le fue favorable en sus aspiraciones para acceder al curso de ascenso, como casos de participantes que la actualización de resultados sí le es satisfactoria a sus intereses, por lo que indistintamente del resultado aprobatorio o no, el ICFES salvaguardó el derecho de igualdad de todos los participantes a obtener puntajes acordes a las respuestas dadas por los evaluados y a los criterios de evaluación más calificación previamente establecidos y conocidos por los interesados, gozando de plena validez, ejecutoriedad y confiabilidad respecto del Concurso de Patrulleros previo al curso de capacitación para el ingreso al grado de subteniente de la vigencia 2022.

DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL., dio contestación a la acción constitucional manifestando que el accionante, el día 25 de septiembre de 2022, presentó las pruebas correspondientes al concurso en la ciudad de Santa Marta y de acuerdo a la publicación inicial de los resultados realizada por el ICFES el 19 de noviembre de 2022, ocupo el puesto No. 2.691, sin embargo fue necesario realizar una publicación final de los resultados, de acuerdo a la Directiva Administrativa Transitoria 024 DIPON-DITAH del 4 de mayo de 2022 y la Directiva Transitoria 051 DIPON-DITAH dl 16 de diciembre de 2022, por lo que el ICFES publico los

resultados actualizados y el accionante ocupó el puesto No. 16.237, no habiendo alcanzado el cupo dentro de las vacantes para el llamamiento al curso de capacitación para el ingreso al grado de Subintendente, que las pretensiones incoadas son improcedentes, toda vez que los actos administrativos que reglamentaron el concurso de patrulleros 2022, establecieron una publicación inicial de resultados, un periodo de reclamaciones y una publicación final, que el ICFES mediante radicado No. 202210145531 informó que en atención a 148 reclamaciones, se identificó una falla técnica en el cargue y procesamiento de una de las variables relacionadas con el ordenamiento que afectó el resultado de las pruebas publicadas el 19 de noviembre de 2022, fue necesario actualizar y realizar una publicación final de resultados. Atendiendo lo anterior, el ICFES, publicó a través del medio autorizado, el comunicado a la opinión pública donde dieron a conocer la falla presentada y los resultados actualizados el 16 de diciembre de 2022, y la Policía Nacional a través de la POLIRED, se estableció la nueva publicación de resultados y el periodo para la atención de reclamaciones hasta el 20 de diciembre de 2022, para ser el 29 de diciembre del mismo año, cuando se publicaron los resultados finales de la prueba, siendo el ICFES la institución la que debe ejercer el derecho de defensa y contradicción directamente ante el despacho judicial, para explicar las razones particulares del caso, por ser un asunto de su competencia en el desarrollo del objeto contractual del negocio juicio celebrado mediante contrato interadministrativo No. PN DINA E 80-5-10059-22, además la Policía Nacional – Dirección Talento Humano carece de competencia para resolver las reclamaciones frente a la calificación de las pruebas aplicadas y no le ha vulnerado ningún derecho fundamental, puesto que la construcción diagramación, aplicación, calificación, publicación de resultados y atención de reclamaciones, compete de igual forma a la entidad contratada ICFES.

5. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA, mediante Sentencia del 27 de enero de 2023, resolvió:

“PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE la acción de tutela promovida por MIGUEL ÁNGEL CHICO CASTILLO contra el INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN-ICFES y DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta providencia a las partes como lo prevé el artículo 30 del D.L. 2591 de 1991. Se ORDENA a las entidades accionadas que realicen la publicación del presente fallo a través de su portal web, a efectos de NOTIFICAR de él a los terceros con interés en la acción constitucional de referencia.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si no es impugnado el fallo (artículo 32 Decreto 2591 de 1991).”

Para arribar a esta conclusión, el A-quo consideró que al contrastar las premisas fácticas de cara al precedente jurisprudencial citado, el amparo constitucional es improcedente puesto que no cumplió con el principio de subsidiariedad, que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para lograr la protección deprecada, pues para ello el actor cuenta con un medio de defensa idóneo y eficaz para demandar la ilegalidad o alegar el correspondiente vicio de nulidad de los resultados obtenidos en el marco del concurso de méritos, afirmó que el accionante pudo solicitar el decreto de medidas cautelares para garantizar el objeto del proceso y dentro de la

actuación no se demostró sumariamente la calidad de sujeto de especial protección constitucional del actor o que se encontrase imposibilitado para acudir a los medios idóneos establecidos por el ordenamientos jurídico para controvertir la decisión reprochada, sumado a lo anterior manifestó que, tampoco se acreditó la configuración o inminencia de un perjuicio irremediable que exigiese la intervención constitucional como medida de protección transitoria de las prerrogativas fundamentales invocadas, por lo cual dispuso que al no cumplirse con el requisito de subsidiariedad, negó por improcedente el amparo solicitado.

6. IMPUGNACIÓN

El señor MIGUEL ÁNGEL CHICO CASTILLO impugnó la Sentencia de Primera Instancia manifestando que no comparte la decisión tomada, por cuanto:

a) No se ajusta a los hechos antecedentes que motivaron la tutela ni al derecho impetrado, por error de hecho y de derecho, en el examen y consideración de la petición.

b) Se niega a cumplir el mandato legal de garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, como lo establece la ley

Que el juez se limitó a comparar el concurso de méritos que realizó la Comisión Nacional del Servicio Civil para garantizar la provisión de empleos públicos a distintas entidades u órganos del Estado, con el realizado por la Policía Nacional, el cual es un régimen especial, contrario a otras entidades, que el juez hizo alusión a los pronunciamientos de la corte a través de sus sentencias, en los casos presentados en los concursos de méritos que realizó la Comisión Nacional del Servicio Civil, sin embargo, no existe jurisprudencia con la Policía Nacional, en donde se evidencie los perjuicios irremediables como en el presente caso se han de originar; que en ningún concurso para ascenso promovido por CNSC se debe realizar un curso de ascenso, pues la Policía Nacional lo había establecido como previo al concurso y las circunstancias son diferentes con la Convocatoria de la CNSC, toda vez que la Policía Nacional toma decisiones inmediatas respecto de los resultados obtenidos, y es allí en donde se causa un perjuicio irremediable, el cual no puede ser abordado en un proceso contencioso administrativo, habida cuenta que para poder acudir al medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, se debe agotar la conciliación extrajudicial el cual está constituido como un requisito procesal para una demanda administrativa, dilatando el derecho que tiene toda persona al acceso de pronta justicia, el cual puede oscilar entre dos a seis meses.

Alega que, la Policía Nacional, no se pronunció de fondo al escrito de tutela respecto del conocimiento de los riesgos que se han presentado en años anteriores, en los cuales se presentaron las mismas circunstancias, los resultados fueron declarados desiertos y procedieron a repetir nuevamente las pruebas y contrario a ello, alegaron la falta de legitimación en la causa por pasiva y procedieron a llamar al curso de ascenso para Subintendente de manera inmediata, solicitando así al ICFES, que medidas preventivas adoptó para prevenir los riesgos presentados en años anteriores con la calificación de las pruebas de los concursos de la Policía Nacional.

I. CONSIDERACIONES

II. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el Decreto 1382 de 2000, esta Sala resulta competente para conocer de la acción de tutela referenciada.

2.1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1.-) El artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991 establecen que la acción de tutela es un mecanismo de carácter residual y subsidiario que las personas pueden interponer para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad.

En virtud de la naturaleza residual y subsidiaria de tal mecanismo, por regla general se tiene que un asunto debe ser resuelto por la autoridad más próxima al objeto del problema, y por tanto, el juez de tutela solo puede entrar a participa en aquellas cuestiones que, por diferentes razones, no puedan resolverse eficientemente por el primero. Luego entonces, la persona que desea interponerlo está obligado a agotar todas las vías o mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico, y en tal sentido, no puede ser utilizado válidamente para pretender sustituir recursos ordinarios o extraordinarios, tampoco para desplazar o variar los procedimientos de reclamo judicial preestablecidos, ni para revivir con ella términos precluidos o acciones caducadas.

En consideración a lo anterior, la acción de tutela sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo cuando: (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o (ii) cuando existiendo, no es idóneo, ni eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de acuerdo a las circunstancias que rodean el caso concreto; de otro lado, procederá como mecanismo transitorio, (iii) cuando existiendo el medio de defensa judicial idóneo y eficaz, se pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

2.-) Sobre la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos, la corte constitucional en sentencia T-090 de 2013, dispuso:

3.1. En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.

3.2. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.

La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la

defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado.

Centrando nuestro estudio en la primera subregla antedicha, esto es, cuando la tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, esta Corporación ha sido constante en afirmar que, tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones: “(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la imposterabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”. Si el accionante no demuestra que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo que le genera inconformidad.

3.3. En este orden de ideas, podemos concluir que en materia de acción de tutela contra actos administrativos, la regla general es la improcedencia, lo cual no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez pueda conceder la protección transitoria en forma de suspensión de los efectos del acto administrativo, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto.

Quiero ello decir que si el afectado no demuestra la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte o amenace algún derecho fundamental, la acción de tutela se torna improcedente aun cuando fuere invocada como mecanismo transitorio, toda vez que en atención al carácter subsidiario, residual y proteccionista de derechos fundamentales que la Constitución asignó a la tutela, no es posible pasar por alto u obviar los otros medios de defensa con que cuenta el interesado, máxime cuando se trata de acciones contenciosas administrativas en las cuales se puede solicitar como cautela la suspensión del acto cuestionado en procura de hallar idoneidad y eficacia suficiente para evitar la consumación de un posible daño.

III. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

1.-) En el caso bajo estudio el señor MIGUEL ÁNGEL CHICO CASTILLO interpuso acción de tutela, contra INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN-ICFES y DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL, por considerar que se vulneraron sus derechos fundamentales a la igualdad de tratamiento y de oportunidades que le asisten en la aspiración a ocupar el cargo público de Subintendente de la Policía Nacional, tras cambiar el orden de los puestos y con ello disminuir el puntaje de su calificación, alejándolo del puesto que había obtenido.

2.-) Pues bien, de los elementos a juicio allegados a la actuación, se desprende que a través de contrato interadministrativo PN-DINAE N°80-5-10001-22, suscrito entre la POLICIA NACIONAL – DIRECCION NACIONAL DE ESCUELAS y EL INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACION DE LA EDUCACION – ICFES, cuyo objeto es la “APLICACIÓN, CALIFICACIÓN, PUBLICACIÓN DE RESULTADOS Y ATENCION DE RECLAMACIONES DE LAS PRUEBAS PSICOTÉCNICA Y DE CONOCIMIENTOS POLICIALES PARA EL CONCURSO PARA INGRESO AL GRADO DE SUBINTENDENTE.” (fl. 31 a 44 doc. 6)

Que el 19 de noviembre de 2022 el ICFES publicó los primeros resultados de las pruebas practicadas en su portal web, en los que el accionante obtuvo como puntaje 81,41667 y ocupó el puesto N. 2691. (fl. 133 y 143 doc. 6)

Que la POLICÍA NACIONAL mediante comunicado del 19 de noviembre 2022 informó a los concursantes la asignación de 10.000 cupos para el curso de ingreso al grado de subintendente de la institución, para los patrulleros que aprobaran y clasificaran en dicho rango. (fl. 133 doc. 6)

Posteriormente, el 16 de diciembre de 2022, el ICFES a través de comunicado informó que debido a una falla técnica en el cargue y procesamiento de las variables de ponderación relacionadas con el orden de los resultados ya publicados, por lo que los resultados fueron sujetos de verificación. (fl. 136 doc. 6)

Que en los resultados verificados por el ICFES, el señor MIGUEL ÁNGEL CHICO CASTILLO obtuvo como puntaje 81,08333 y ocupó el puesto N. 16.237. (fl. 137 y 143 doc. 6)

Por otro lado, según constancia emitida por el ICFES, el señor MIGUEL ÁNGEL CHICO CASTILLO presentó reclamación N° 202220108483 del 22 de diciembre de 2022 (fl. 144 y 145 doc. 5), y en tal sentido, se observa misiva dirigida al ICFES, bajo el asunto “DERECHO DE PETICIÓN”, a través del cual, el accionante entre otras cosas, solicitó: *“DÉCIMO SEGUNDA: Revisar y rectificar los resultados obtenidos en mi examen de forma detallada y minuciosa, especificando si mi hoja de respuestas presenta fallas como: 1- Varias evidencias marcadas en un solo enunciado. 2- Tinta de lápiz borrosa o débil. 3- Deterioro de la hoja de respuestas con arrugas o dobleces que impidan la correcta lectura en la máquina. 4- Otro tipo de errores que impidieran la correcta lectura. Anexar evidencia del proceso realizado.”* (fl. 131 a 141 doc. 6)

Al respecto, se observa oficio N° 202210152186 del 27 de diciembre de 2022, dirigida al señor MIGUEL ÁNGEL CHICO CASTILLO, bajo la referencia: “202220108483”, mediante la cual, el ICFES le informó: *“Conforme lo anterior, en su caso particular, el Icfes revisó nuevamente los resultados de sus pruebas y encontró que la sumatoria de los componentes evaluados en la prueba psicotécnica y en la prueba de conocimientos policiales que corresponde a su puntaje global fue de 49,08333, al cual se le suma un puntaje de antigüedad entregado por la Policía Nacional y correspondiente a 32,00000; por lo que su puntaje total es igual a 81,08333.”* (fl. 31 a 59 doc. 2)

3.-) Sobre lo anteriormente indicado cabe resaltar que la decisión de determinación del puntaje total obtenido por parte del accionante, esto es del 81,08333, acorde al cual, ocupó el puesto N. 16.237, es un acto administrativo definitivo, por cuanto, solo existían 10.000 cupos, lo que significa que el accionante quedo excluido del concurso.

Al respecto, se tiene que el Consejo de Estado a dispuesto que cuando el acto de trámite le impide al aspirante continuar su participación se convierte en el acto definitivo que definió su situación jurídica y, en consecuencia, puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En efecto, en sentencia rad. 25000234100020120068001, con ponencia del Magistrado RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS, expuso:

“Por regla general son los actos definitivos los únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados. Excepcionalmente también lo son los de trámite cuando impiden la continuación de este.

En los concursos de méritos la jurisprudencia ha sido del criterio que los actos administrativos que se expiden durante el transcurrir del proceso son preparatorios y de trámite y que solo la lista de elegibles es el acto definitivo susceptible de ser enjuiciado. Sin embargo, también se ha dicho que cuando el acto de trámite le impide al aspirante continuar su participación se convierte en el acto

definitivo que definió su situación jurídica y, en consecuencia, puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.¹

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado, en relación con los actos administrativos de calificación que eliminan a los participantes que, al igual que la lista de elegibles «son actos típicamente definitorios de situaciones jurídicas, en la medida en que al asignar un puntaje o establecer la ubicación de los convocados para efectos de proveer un cargo en propiedad, otorgan un estatus al participante y afectan su interés de acceder a la carrera administrativa».²

En tal sentido, se tiene que el accionante cuenta con un medio de defensa judicial como lo es el medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, el cual, se entiende como un medio de defensa que es eficaz, pues desde un comienzo se pueden pedir y decretar medidas cautelares y la suspensión provisional del acto acusado.

En efecto, la ley 1437 en su artículo **229 dispuso que “en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo”.**

Y en el artículo **230 numeral 3), dispuso que** el Juez o Magistrado Ponente podría decretar como medida cautelar, entre otras, **“3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”.**

Adicionalmente, el artículo **234 de dicha ley, habilitó la posibilidad de solicitar medidas cautelares de urgencia**, sin previa notificación a la otra parte, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que, por su urgencia, no es posible agotar el trámite general previsto en el artículo 233.

De modo que, en el asunto que ocupa la atención de la Sala, el interesado tenía a su disposición otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz ante la jurisdicción contencioso administrativa para debatir su inconformidad, y que lo habilitaba para solicitar, desde la demanda, medidas cautelares tendientes a la suspensión provisional del referido acto administrativo, y para que se ejerciera un control jurisdiccional que superaba el simple juicio de legalidad, para llegar a un juicio sustancial con relación al ordenamiento constitucional.

Por otro lado, no se advirtió la demostración de la existencia de un eventual perjuicio irremediable.

Cabe agregar, que en lo que atañe a ese perjuicio irremediable, hay que señalar que no basta su mera enunciación por la parte interesada, sino que

1 Posición asumida en la siguiente providencia: Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Bogotá D.C. 1 de septiembre de 2014. Radicación: 05001-23-31-000-2008-01185-01(2271-10) Actor: Liliana del Pilar Fernández Muñoz. Demandado: Fiscalía General de la Nación.

2 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación: 66001-23-33-000-2016-00794-01(2162-18). Actor: María Isabelle González Pelchat. Demandado: Procuraduría General De La Nación. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D.C. 2 de octubre de 2019.

es necesario, que explique en qué consiste dicho perjuicio y las circunstancias que lo enfrentan al mismo, y además que se demuestre de manera fehaciente, pues el contexto fáctico en que el habría tenido ocurrencia no podría ser imaginado ni proyectado por el Juez.

En efecto, sobre el punto, la Honorable Corte Constitucional en **Sentencia T-309 del 30 de abril de 2010** con ponencia de la **Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA**, enseñó:

*“...la Corte ha exigido, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, **que tal perjuicio se encuentre probado en el proceso, puesto que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable.***³ Es por esto que la Corporación ha sostenido enfáticamente que no basta con afirmar que un derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable, es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y **aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión**”.⁴

Como ha de notarse, ante la existencia de medio de defensa judicial, es necesario para que proceda la tutela, que el perjuicio irremediable **se encuentre probado en el proceso, ya que el juzgador no estaría en capacidad de imaginar, concebir, proyectar y estructurar por sí mismo el escenario factico en el que habría ocurrido el irreparable daño**, requiriéndose que el interesado explique en que consiste el referido perjuicio y aporte los medios probatorios respectivos que permitan verificarlo.

Aquí cabe destacar que la Corte Constitucional en la Sentencia T-613 de 2003 expresó:

*“De manera reiterada, la Corte ha sostenido que la acción de tutela es improcedente cuando, **con ella, se pretenden sustituir mecanismos ordinarios de defensa que, por negligencia, descuido o incuria de quien solicita el amparo constitucional,** no fueron utilizados a su debido tiempo. (...) la integridad de la función estatal de administrar justicia resultaría gravemente comprometida si se permitiera que un mecanismo especial y extraordinario como la acción de tutela, dirigido exclusivamente a la protección de los derechos fundamentales, pudiera suplir los instrumentos y recursos ordinarios que el ordenamiento pone a disposición de aquellas personas que persiguen la definición de alguna situación jurídica mediante un proceso judicial.”*

De manera que, en este orden de ideas, la tutela solicitada por el señor MIGUEL ÁNGEL CHICO CASTILLO, resulta improcedente.

Ahora, sea del caso precisar que el Juez de primera instancia negó por improcedente la tutela, lo que resulta técnicamente inapropiado, por cuanto, las tutelas se niegan cuando se encuentra que no se ha demostrado la vulneración del derecho invocado, o se declaran improcedentes si existe alguna causal consagrada en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 o de los establecidos jurisprudencialmente.

En tal sentido, y como quiera que el Juez de primera instancia no efectuó un estudio de fondo que le llevara a concluir que no existían derechos

3 Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias SU-995 de 1999 (MP. Carlos Gaviria Díaz), T-1155 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero) y T-290 de 2005 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

4 Sentencias T-449 de 1998 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), T-1068 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-290 de 2005 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1059 de 2005 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), T-407 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-467 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1067 de 2007 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-472 de 2008 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-104 de 2009 (MP. Jaime Córdoba Triviño) y T-273 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), entre otras.

fundamentales vulnerados, sino que consideró que no se había superado el requisito de subsidiariedad, lo pertinente era declarar improcedente el amparo constitucional invocado.

En consecuencia, se revocará la decisión que negó la acción constitucional y, en su lugar, se declarara improcedente.

DECISIÓN

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 27 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Quinto Laboral Del Circuito De Santa Marta, para en su lugar, declarar Improcedente la Acción de Tutela promovida por MIGUEL ÁNGEL CHICO CASTILLO contra el INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN-ICFES y DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO Notifíquese a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 306 de 1992, reglamentario del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.



CARLOS ALBERTO QUANT ARÉVALO

Magistrado



ROBERTO VICENTE LAFAURIE PACHECO

Magistrado



ISIS EMILIA BALLESTEROS CANTILLO

Magistrada