

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN CIVIL

Santiago de Cali, veintiuno de marzo de dos mil veintitrés.

Magistrado Ponente: CÉSAR EVARISTO LEÓN VERGARA.

Rad: 012-2023-00006-01

Aprobado en Acta No. 042

Decide la Sala en segunda instancia la impugnación al fallo No. 024 del 01 de febrero de dos mil veintitrés proferido por el Juzgado Doce Civil del Circuito de esta ciudad, dentro de la acción de tutela interpuesta por JAVIER ORLANDO ARGUELLO SUAREZ contra el INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACION DE LA EDUCACION – ICFES, vinculado POLICIA NACIONAL DIRECCION GENERAL.

I. ANTECEDENTES

1.- Invocando la protección de los derechos fundamentales del debido proceso administrativo, la honra, buen nombre, dignidad, petición, educación, igualdad y acceso a la administración de justicia, solicita se ordene al ICFES brinde una respuesta de fondo sobre la razón por la que su puntaje y puesto obtenido en el concurso de méritos, inicialmente publicado el 19 de noviembre de 2.022 cambio negativamente al realizar una segunda publicación el 16 de diciembre de 2.022.

También que realice la verificación individual de sus resultados, de manera que se le asigne un puesto que quede dentro de las 10.000 vacantes que hay como había quedado anteriormente

Y que se le brinde una respuesta de fondo y congruente a la petición y reclamación impetrada, subsanando los errores y que proceda a realizar los trámites administrativos para el inicio de estudios para el grado de Subintendente.

Como apoyo de sus pretensiones refiere que el 25 de septiembre de 2.022 se llevaron a cabo las pruebas previas al concurso para ingresar al grado de Subintendente en la Policía Nacional, de las cuales el Icfes publicó los resultados el 19 noviembre de 2.022, obteniendo un puntaje de 78,95833 y ocupando el puesto 5424.

Señala que el 16 de diciembre de 2.022 el Icfes realiza una nueva publicación de resultados debido a una falla técnica en el ordenamiento de los mismos, estableciendo un nuevo período de reclamaciones entre el 19 y 23 de diciembre de 2.022 y cambiando el orden de los puestos y su puntaje, quedando de esa manera por fuera de los 10.000 cupos asignados para el cargo.

Manifiesta que todo concurso público debe ser claro sobre las reglas del proceso y las razones objetivas de selección, lo que hace imperiosa la necesidad de que

se revise nuevamente su hoja de respuestas a fin de verificar y corregir su puntuación, pues considera que reúne los requisitos para lograr el ascenso a través del concurso de méritos.

2.- *El juez a quo, decidió negar la protección de los derechos fundamentales del actor, teniendo en cuenta que, las actuaciones administrativas agotadas se han surtido conforme al marco legal, contando el interesado con las oportunidades y términos pertinentes para plantear sus diferencias y reparos frente aquello que en su sentir le es desfavorable, indica que se ha dado respuesta oportuna las peticiones presentadas por el accionante y que no se cumple con el principio de subsidiariedad, pues el accionante cuenta con otros medios o mecanismos de defensa ordinarios para la protección de sus derechos, y además, no existe inminencia de un daño irreparable que justifique una protección transitoria por vía de tutela.*

3.- *Dentro del término legal la decisión de primera instancia fue impugnada por el tutelante; donde cita variada jurisprudencia sobre la procedencia de la acción de tutela para debatir actos administrativos relacionados con un proceso de concurso de méritos y sobre la subsidiariedad, concretando que se vislumbra un perjuicio irremediable en su carrera policial ya que no podrá realizar el curso de Subintendente porque la entidad accionada revocó sus primeros resultados sin haber realizado una debida investigación administrativa sobre los resultados obtenidos en la última publicación.*

Ostenta que en su derecho de petición desea esclarecer las causas de porqué se dio el cambio de puntaje y de puesto, lo cual considera no fue contestado, solicita se revoque el fallo de primera instancia, en su lugar se amparen sus derechos fundamentales y reitera las pretensiones de la acción de tutela, añadiendo el suministro de la plantilla de las preguntas realizadas en la prueba.

II. CONSIDERACIONES

1. *Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades o de particulares en los casos que señala la Ley, y procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

Esta acción tiene dos particularidades esenciales a saber: la subsidiariedad y la inmediatez; la primera, por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y; la segunda, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso administrar la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

2. *Con relación a la procedencia de la acción de tutela para garantizar derechos fundamentales, frente a las actuaciones surtidas en desarrollo de los concursos de méritos, la jurisprudencia constitucional ha considerado:*

*"Supuestos específicos de procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de trámite expedidos en el marco de los concursos de méritos. Con fundamento en las razones expuestas hasta este punto, la Sala Plena de esta corporación ha propuesto los siguientes requisitos, que permiten evaluar la procedibilidad específica de la acción de tutela contra estos actos en particular: «i) que la actuación administrativa de la cual hace parte el acto no haya concluido; ii) que el acto acusado defina una situación especial y sustancial que se proyecte en la decisión final; y iii) que ocasione la vulneración o amenaza real de un derecho constitucional fundamental" **SU 067/22.***

3. *El mérito es un principio constitucional de indiscutible importancia, que otorga sentido al postulado de la carrera administrativa. El concurso de méritos, por su parte, es el mecanismo que permite evaluar, con garantías de objetividad e imparcialidad, la idoneidad y la competencia de los servidores públicos; por tal motivo, ha de ser utilizado, como regla general, al llevar a cabo la vinculación de los funcionarios al servicio público.*

4. *La convocatoria constituye sin duda el alma del concurso de méritos, es la ley del procedimiento al cual se debe ajustar el aspirante y la administración dentro de su realización, sin embargo, dentro de su desarrollo se puede incurrir en diferentes clases de errores, los mismos en cuanto actos de trámite, hasta que no se publiquen los resultados de la lista de elegibles, pueden ser abrogados o modificados de conformidad al artículo 41 de la Ley 1437 de 2019, según se ha expresado en la sentencia de 2 de Julio de 2020 de la sección 5 del Consejo de Estado.*

Sin que válidamente se pueda replicar que debe prevalecer el principio de la confianza legítima, pues la administración no puede perseverar en errores advertidos o en la violación de los principios de la Constitución, en estos casos el del mérito para acceder a los cargos, los cuales una vez descubiertos deberán ser corregidos.

5. *Por otra parte, las pruebas y los resultados de los concursos no pueden tener reserva frente a quién los ha presentado, pues de ser así se le impediría obtener los elementos necesarios para efectuar las reclamaciones o adelantar las acciones judiciales que considere pertinentes.*

6. *Los actos administrativos que dan a conocer los resultados de las pruebas son de mero trámite, en tanto le dan impulso al proceso de selección, pero no definen la actuación, en consecuencia, la aplicación de las reglas consignadas en el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011 carece de fundamento (Revocatoria de actos de carácter particular y concreto), dado que ese acto*

de publicidad de los resultados de una prueba dentro de un concurso de méritos no crea ninguna situación jurídica de carácter particular y concreta ni reconocen derecho subjetivo alguno. Cfr.: SU-617 de 2013.

La jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional señalan de manera unánime que la lista de elegibles es el único acto administrativo que otorga derechos subjetivos.

7. *Con relación al derecho de petición de manera reciente, en la Sentencia SU-213 de 2021, se precisó el contenido del derecho en cuestión en los siguientes términos:*

"el derecho de petición está integrado por cuatro elementos fundamentales, a saber: (i) la formulación de la petición, (ii) la pronta resolución, (iii) la respuesta de fondo y (iv) la notificación de la decisión».

En cuanto al tercer elemento, se expresó lo siguiente:

"la respuesta debe ser de fondo, esto es: (i) clara, "inteligible y de fácil comprensión"; (ii) precisa, de forma tal que "atienda, de manera concreta, lo solicitado, sin información impertinente" y "sin incurrir en fórmulas evasivas o elusivas"; (iii) congruente, es decir, que "abarque la materia objeto de la petición y sea conforme con lo solicitado", y (iv) consecuente, lo cual implica "que no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada (...) sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente".

8. *No procediendo la acción de tutela en forma directa, habrá de estudiarse su procedencia como mecanismo transitorio el cual se basa en la existencia de un perjuicio irremediable.*

"Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término amenaza es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.

Pero para que proceda la acción como mecanismo transitorio no basta que se reúnan los anteriores requisitos, sino que además es necesario que obre la evidencia que refleje de manera desprevenida, que ese perjuicio es injustificado y que no proviene de una acción legítima de la autoridad contra quien se interpone, que en términos generales apunta a lo que la jurisprudencia en la materia, tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación, han denominado presupuestos de procedibilidad.

*Ese actuar injustificado y carente de legitimidad se presenta por falta absoluta de competencia, actuación al margen del procedimiento establecido, ausencia de apoyo probatorio, decisión fundamentada en normas inexistentes o en un engaño, ausencia absoluta de fundamentos fácticos y jurídicos, desconocimiento del precedente con fuerza vinculante o evidencia de una violación directa de la Constitución, que son los denominados requisitos de procedibilidad que ha venido trazando la jurisprudencia". Cfr.: **T. 350 de 2011.***

9. *Aplicando los anteriores postulados normativos al asunto que nos ocupa, emerge:*

Se reúnen las condiciones señaladas por la jurisprudencia constitucional para que proceda el análisis de la publicación del puntaje del accionante dentro del concurso de méritos de la Policía Nacional para ascenso, a saber: La actuación administrativa no ha finalizado en la medida que a la presente fecha no existe registro de elegibles; la publicación del puntaje define una situación especial y sustancial que tendrá efectos en el resultado final del concurso, pues deja al accionante por fuera del mismo a partir de la ejecutoria de dicha notificación; tal situación genera indudablemente un riesgo para los derechos fundamentales invocados por el accionante, así que es procedente el estudio de la presente acción en forma directa y no como mecanismo transitorio.

Así las cosas, en criterio de la Sala de decisión, las calificaciones publicadas el día 19 de noviembre de 2022 en modo alguno implicó la vulneración de los mencionados derechos, por las siguientes razones:

i) El ICFES detecto un conjunto de irregularidades que afectaban gravemente el principio constitucional del mérito, así expresó en su intervención:

"Acorde con lo anterior y con posterioridad a la publicación de resultados del 19 de noviembre, se recibieron algunas reclamaciones que alertaron al Instituto de la existencia de casos atípicos, los cuales motivaron a realizar un proceso de validación y verificación del proceso de calificación, en donde se identificó una falla técnica masiva en el cargue y procesamiento de una de las variables relacionadas con el ordenamiento de los resultados, circunstancia que afectó el orden de estos, razón por la cual se procedió a

analizar y comparar las cadenas de respuesta de la lectura con las descargadas desde el módulo ANALITEM-INTERACTIVO, identificando diferencias en su contenido.

De tal manera que, se revisaron las tablas que contienen la información del módulo de ANALITEM-INTERACTIVO, y como resultado se obtuvo que, el campo en donde se almacena el orden de las pruebas dentro del cuadernillo presentaba inconsistencias que provocaban que el módulo generará de manera incorrecta las cadenas de respuestas para la calificación. De forma inmediata, se logró identificar la causa de la inconsistencia que ocurrió en el procedimiento descrito en la "base de armado para el proceso de calificación".

Así mismo, para asegurar la confiabilidad de los resultados obtenidos producto de la actualización, se realizaron validaciones adicionales a las exigidas en los procedimientos del Instituto, las cuales se describen a continuación (...)" Cfr: Respuesta del ICFES.

ii) Al expedir el acto administrativo que contenía las nuevas calificaciones de las pruebas en cuestión, el concurso de méritos se encontraba en una fase inicial, lo que implica que aún faltaban varias etapas para que fuese elaborada la lista de elegibles, único acto que otorga derechos subjetivos a quienes se inscriben en ella;

iii) El artículo 41 de la Ley 1437 de 2011 permite, llevar a cabo la corrección de irregularidades que ocurran en desarrollo de una actuación administrativa, lo cual pretende ajustar a derecho el rumbo de tales actuaciones y, de tal suerte, garantizar la satisfacción efectiva de los fines constitucionales y legales pertinentes; y

iv) El accionante carecía de derechos adquiridos, solo contaba con una expectativa de pasar a la siguiente etapa del concurso, por lo que no contaba con un título jurídico que le permitiera reclamar el puntaje que se había publicado inicialmente.

Las anteriores razones impedían que pudieran permanecer inalteradas las primeras calificaciones obtenidas por el accionante, debiendo prevalecer el principio del mérito sobre cualquier error en el que se pudiera haber incurrido al momento de evaluar las pruebas.

10. *Descartada la procedencia de la acción en forma directa, tampoco se presentan los elementos que llevan a su procedencia, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, dado que no obra de manera ostensible, un actuar injustificado y carente de legitimidad, pues el ente a cuyo cargo se encuentra la calificación de las pruebas, tiene competencia para ello, no actuó al margen del procedimiento establecido en la convocatoria del concurso, su actuación no se fundamentó en normas inexistentes, ni se basó en un engaño, no se observa ausencia de*

fundamentos fácticos y jurídicos, ni desatendió algún precedente jurisprudencial con fuerza vinculante.

Por lo demás, los alegatos del accionante son bastantes endebles, y apuntan más a su necesidad de mantener la nota inicialmente publicada que a la existencia de una lesión a un bien que constituya en perjuicio con el carácter de irremediable.

11. *Pasando a la revisión de las respuestas que se le brindaron al accionante a su derecho de petición, tenemos que, de 15 formuladas, le fueron resueltas catorce de ellas acorde a los requerimientos expuestos por la Corte Constitucional; empero, la pregunta 15 que consistía en la solicitud para que se le expidiera copia del examen, no fue atendida por el ICFES, pues dentro de la actuación digital no obra ninguna copia del mismo y muchísimo menos de su remisión al accionante, razón por la cual habrá de prosperar la acción en ese específico punto.*

12. *En lo que concierne a la decisión de primera instancia, pretermiñó tener en cuenta reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional que permite interponer la acción en contra de actos de trámite cuando se cumplan los requisitos por ella señalados, encasillando el problema exclusivamente en el tema de la residualidad, tampoco deslindo que la acción se interponía por dos aspectos bien diferenciados: El primero relacionado a la modificación de su puntaje y el segundo, relacionado con el derecho de petición, además de no verificar que la pregunta 15, que se satisfacía con la expedición de la copia del examen, lo cual no se demostró dentro de lo actuado.*

13. *En mérito de lo brevemente expuesto la Sala Civil de decisión administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,*

III. RESUELVE.

PRIMERO. REVOCAR la Sentencia de tutela No. No. 024 del 01 de febrero de dos mil veintitrés proferida por el Juzgado Doce Civil del Circuito de esta ciudad, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, para en su lugar **CONCEDER** la tutela del derecho de petición, del señor JAVIER ORLANDO ARGUELLO SUÁREZ, vulnerado por el INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUCIÓN DE LA EDUCACIÓN – ICFES.

SEGUNDO: En consecuencia, se **ORDENA** al INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUCIÓN DE LA EDUCACIÓN – ICFES, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a remitir al señor JAVIER ORLANDO ARGUELLO SUÁREZ copia del examen y los resultados obtenidos por él, tal como fue pedido en la pregunta 15 de la reclamación de fecha 19 de diciembre de 2.022 al correo electrónico

que éste informó para efecto de sus notificaciones, según se expuso en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: *Líbrese por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.*

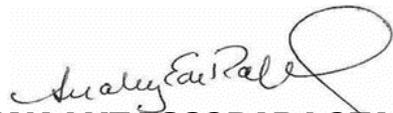
CUARTO: *Remítase el expediente a la Corte Constitucional de conformidad con los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, cumpliendo las pautas del Acuerdo PCSJA20-17-07-20, por el que se regula la remisión de expedientes.*

Notifíquese y cúmplase;

Los Magistrados,



CÉSAR EVARISTO LEON VERGARA



ANA LUZ ESCOBAR LOZANO.



JORGE JARAMILLO VILLARREAL.

Esta decisión fue enviada por medios virtuales por el Magistrado Ponente a los demás integrantes de la Sala y aprobada por ellos en igual forma.