

Sentencia T-132/10

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DEL ICFES-Procedencia excepcional/ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DEL ICFES-Requisitos de procedibilidad

ACTO ADMINISTRATIVO-Presunción de legalidad no excluye análisis por parte del juez constitucional

DAÑO CONSUMADO-Alcance respecto de bachiller que no fue incluido en la lista de mejores bachilleres del año 2008

ACCION DE TUTELA CONTRA EL ICFES-Caso en que procede excepcionalmente para incluir a un estudiante en listado oficial del Icfes que lo acredita como uno de los cincuenta mejores bachilleres

Referencia: expediente T-2372334

Acción de tutela instaurada por Sebastián Federico Brunal Milanés, contra el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES)

Procedencia: Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., febrero veinticuatro (24) de dos mil diez (2010)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo proferido en segunda instancia por la Sala Civil del Tribunal Superior

de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Sebastián Federico Brunal Milanés contra el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES)

El expediente arribó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el referido Tribunal, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección N° 10 de la corporación, en octubre 22 de 2009, eligió este asunto para su revisión.

I. ANTECEDENTES

El joven Sebastián Federico Brunal Milanés elevó acción de tutela en mayo 27 de 2009, contra el ICFES, aduciendo vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso, según los hechos que a continuación son resumidos

A. Hechos y relato contenido en la demanda

1. Señaló Sebastián Federico Brunal Milanés que siendo estudiante de bachillerato (calendario B) en el grado 11 del Colegio Británico de Montería, presentó en abril 27 de 2008 las pruebas de estado organizadas por el ICFES.

2. Así, “en la primera quincena” de mayo de 2008, el ICFES publicó en su página web un listado con los 100 mejores puntajes del examen, ocupando él “el primer lugar en el Departamento de Córdoba, y el dieciséis (16) a nivel nacional, con un puntaje promedio de 75.62” (fs. 38 y 39 cd. inicial).

3. Sostuvo el accionante que en noviembre siguiente, la entidad demandada publicó en su referida página, “con base en los resultados de las pruebas de Estado”, una lista que contenía los 50 bachilleres más sobresalientes del país, reunidos los de calendario A y B. En esa divulgación fueron incluidos algunos estudiantes de otras instituciones educativas que en principio obtuvieron puntajes inferiores al suyo, pero no lo incluyeron a él (f. 39 ib.).

4. Debido a esta situación elevó derecho de petición al ICFES en diciembre siguiente, en busca de una explicación. La accionada informó que el actor “se ubicó en el puesto dieciséis (16) del ordenamiento descendente calculado para el nivel nacional, y el primer (1) puesto del ordenamiento descendente, calculado para el departamento de Córdoba”, no obstante lo cual “nunca aparecí en la lista oficial que el instituto publicó” (f. 39 ib.).

5. Manifestó el actor que la misma contestación iba acompañada de copia de la Resolución 489 de octubre 20 de 2008, emitida por el ICFES, la cual contenía “una fórmula matemática y de difícil verificación... Según dicha fórmula, los estudiantes con mejores resultados promedio, no necesariamente serán los mejores bachilleres” (f. 39 ib.).

Adujo que el ICFES dio aplicación inmediata a este acto administrativo, a pesar de que fue publicado en fecha posterior a la presentación del examen de estado y a la divulgación de los resultados de los 50 mejores bachilleres.

6. Señaló que la publicación de dicha normativa sólo tuvo lugar a partir de diciembre 1° siguiente, con lo cual adquirió vigencia el acto administrativo, al cual no debía darse efectos retroactivos.

7. En mayo 6 de 2009, por intermedio de sus padres fue presentado ante el ICFES escrito indicando sus aspiraciones de acceder a una beca, sin que a la fecha de la demanda se hubiese obtenido respuesta.

B. Pretensión

En consecuencia, el actor pidió ser incluido dentro del listado de los mejores 50 bachilleres del país durante 2008, para poder acceder a los beneficios educativos reconocidos por algunas empresas.

C. Documentos relevantes cuya copia obra dentro del expediente

1. Certificación expedida por el ICFES, en la cual consta que durante el primer período de 2008, Sebastián Federico Brunal Milanés “se ubicó en el puesto dieciséis (16) del ordenamiento descendente calculado para el nivel nacional y el primer (1er) puesto del ordenamiento descendente calculado para el departamento de Córdoba” (f. 1 ib.).

2. Informe individual de resultados del examen de estado para ingreso a la educación superior, registro AC200810178772 (f. 2 ib.).

3. Copia de la Resolución 489 de octubre 20 de 2008, “Por la cual se adoptan las metodologías para seleccionar los mejores estudiantes de la Prueba de Estado Aplicada por el ICFES y para la clasificación de las Instituciones Educativas” (fs. 17 a 20 ib.).

II. ACTUACIÓN PROCESAL

2.1. Mediante auto de mayo 28 de 2009, el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá admitió la acción y corrió traslado de la demanda a la entidad accionada, para que se pronunciara “sobre cada uno de los hechos en que se fundamenta la solicitud de amparo” (f. 46 ib.).

Posteriormente, en proveído de junio 10 siguiente (f. 61 ib.), el mismo despacho judicial requirió al ICFES para que contestara lo siguiente:

“1. La fecha en que se publicó el acto administrativo Resolución No. 489 del 20 de Octubre de 2008.

2. La fecha del acto administrativo mediante el cual se seleccionaron los 50 mejores bachilleres del país para el año 2008.

3. La fecha en que se le comunicó a la Presidencia de la República la lista de los 50 mejores bachilleres del país para el año 2008.”

2.2. Respuesta del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES

La Jefe de la Oficina Jurídica del ICFES, en respuesta presentada en junio 4 de 2009, pidió declarar improcedente la tutela, por estimar vaga y confusa la situación fáctica alegada por el actor y porque, conforme al marco legal aplicado a las actuaciones de la institución, le asiste discrecionalidad para regular la forma en que deben ser evaluados los estudiantes, basándose para ello en criterios de “equidad y racionalidad” (f. 66 ib.).

Indicó que la Resolución 489 de octubre 20 de 2008, “corresponde con un acto administrativo expedido en ejercicio de expresas atribuciones de orden legal, conferidas a esta entidad y como tal se encuentra investida de la presunción de legalidad, razón por la cual surtió plenos efectos a partir de su publicación” (f. 69 ib.).

De otra parte, señaló que la supuesta vulneración a la solicitud de información a que hace referencia el actor, fue resuelta por la institución mediante oficio N° 007028 de mayo 22 de 2009.

Posteriormente, en escrito adicional respondió los requerimientos hechos en la providencia de junio 10 de 2009, así (fs. 74 y 75 ib.).

A la pregunta 1: “La Resolución ICFES No. 489 del 20 de Octubre de 2008 fue publicada en la página web www.icfes.gov.co el 1 de diciembre de 2008.”

A la pregunta 2: “Este ejercicio se realizó una vez expedida la mencionada resolución y se culminó en la última semana de octubre.”

A la pregunta 3: “El ICFES no comunica a la Presidencia la selección de los 50 mejores bachilleres del país.”

2.3. Sentencia de primera instancia

Mediante providencia dictada en junio 10 de 2009, el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá concedió el amparo solicitado, al estimar vulnerado en este caso el debido proceso, pues conforme señala el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos “de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto” (f. 90 ib.).

Concluyó que según lo expresado por el ICFES, la Resolución 489 de 2008 fue publicada en su página web en diciembre 1° de dicho año, y la selección de los 50 mejores puntajes logrados en la prueba de estado finalizó en octubre de esa misma anualidad, sin que dicha normatividad entrara en vigencia.

Así, ordenó a la accionada incluir a Sebastián Federico Brunal Milanés dentro del listado de los bachilleres más sobresalientes.

2.4. Impugnación

En escrito recibido en junio 18 de 2009, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICFES impugnó el fallo adoptado en primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la contestación inicial.

Agregó que la Resolución 489 reviste todas las particularidades propias de un acto administrativo de carácter general, por lo tanto el juez constitucional no tiene competencia para pronunciarse sobre sus efectos.

2.5. Sentencia de segunda instancia

La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, mediante providencia de julio 27 de 2009 revocó la decisión de primera instancia, con un salvamento de voto, al considerar que el accionante dispone de otros mecanismos de defensa judicial¹. Así, sostuvo que “el acto administrativo por medio del cual el ICFES seleccionó los estudiantes con mejores resultados en las pruebas de estado para el año 2008 está amparado por la presunción de legalidad y al existir desacuerdo con él o con su aplicación, el afectado debe acudir a la vía contencioso administrativa” (f. 23 cd. 2).

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. Competencia

Esta corporación es competente para decidir este asunto, en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de análisis

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si con la exclusión de Sebastián Federico Brunal Milanés del listado oficial del ICFES que relacionó los 50 mejores bachilleres del país durante 2008 y con la aplicación de la Resolución 489 de 2008, fueron violados los derechos del actor a la igualdad y al debido proceso.

Tercera. Procedencia excepcional de la acción de tutela frente a un acto administrativo

3.1. La acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual, subsidiario y cautelar, encaminado a la protección inmediata de derechos fundamentales, que estén siendo amenazados o conculcados² por la acción u omisión de las autoridades

públicas, o de los particulares en los precisos casos señalados en la ley.

3.2. Por su parte, el artículo 6° (numeral 5°) del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la tutela, su interposición frente a los “actos de carácter general, impersonal y abstracto”, emitidos por alguna autoridad administrativa, con lo cual se haría inviable cualquier protección mediante este singular medio de defensa.

3.3. No obstante, la jurisprudencia ha señalado puntuales situaciones que permiten solicitar tutela frente a actos administrativos con potencialidad de conculcar derechos fundamentales. Así, en sentencia T-359 de mayo 11 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería fueron señalados los criterios que dan lugar a que se proteja la vulneración de algún derecho conculcado por el contenido de un acto administrativo:

“Para reconocer las situaciones de facto en las que se debe encontrar una persona para que la acción de tutela proceda de manera excepcional contra actos administrativos, deben observarse ciertas condiciones que la hacen procedente, éstas son: (1) Que se produzca de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (2) que de ocurrir no exista forma de reparar el daño producido al mismo; (3) que su ocurrencia sea inminente; (4) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (5) que la gravedad de los hechos, sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.”

Quiere decir lo anterior que, aunque el acto administrativo sea expedido bajo la presunción de legalidad, no se excluye su análisis por parte del juez constitucional, siempre y cuando de sus efectos se perciba una clara afectación o amenaza a un derecho fundamental, con plena observancia de las particularidades de cada caso.

3.4. Aunado a lo anterior, el Código Contencioso Administrativo dispuso en el artículo 43 el “deber y forma de publicación” de los actos administrativos de carácter general, señalando que:

“... no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto.”

Cuarta. Ocurrencia de daño consumado frente a los hechos que originaron la interposición de una acción de tutela

Ahora, deberá apreciarse en concreto si los motivos que dieron lugar a incoar la acción de tutela aún subsisten o amenazan al actor, pues de lo contrario, un pronunciamiento de parte de las autoridades judiciales sería inoficioso, pues ha de tenerse presente que el efectivo amparo jurisdiccional a través de la acción de tutela debe procurar también la reparación del daño causado (cfr. numeral 4° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991). Bajo estos parámetros, la Corte Constitucional ha establecido que una vez cese la causa generadora del perjuicio, no habrá lugar a proferir una decisión judicial que ampare el derecho fundamental ya conculcado, a no ser que la situación continúe produciendo efectos³.

Quinta. Caso concreto

5.1. En el caso que ocupa la atención de esta Sala de Revisión, Sebastián Federico Brunal Milanés presentó en abril 27 de 2008 el examen de Estado organizado por el ICFES para los bachilleres del correspondiente período, obteniendo el primer lugar en el departamento de Córdoba y el 16° nacional.

Este resultado, de reconocerlo el ICFES, al estar dentro de los 50 mejores bachilleres del país, le abriría opciones de participar en programas favorables, como el de “Bachilleres por Colombia”, organizado por Ecopetrol.

Sin embargo, el 20 de octubre de 2008 el ICFES emitió la Resolución 489 de dicho año, “Por la cual se adoptan las metodologías para seleccionar los mejores estudiantes de la Prueba de Estado Aplicada por el ICFES y para la clasificación de las Instituciones Educativas”, reformulando la manera de escogencia de los más sobresalientes puntajes.

5.2. Se advierte que el mencionado acto administrativo fue publicado en el Diario Oficial N° 47448 de agosto 21 de 2009 y sus consecuencias tendrían efecto a partir de esa fecha, como se verifica además en el artículo 3° de la citada disposición, en cuanto indica que “la presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación”.

5.3. Sobre la publicación de los actos administrativos de carácter general, el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo señala que los efectos que se deriven de él no serán

obligatorios para los particulares hasta tanto “no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto”.

5.4. En la documentación incorporada al expediente, se aprecia que en orden a dar cumplimiento al fallo de primera instancia mediante el cual se concedió la tutela pedida, la institución demandada emitió en junio 16 de 2009 la Resolución 000273, cuyo artículo 2° ordenó “incluir en la lista de los cincuenta mejores resultados obtenidos por la presentación del examen de estado para el ingreso a la educación superior, por el período 2008 al estudiante Sebastián Federico Brunal Milanés” (f. 113 cd. inicial).

5.5. Con todo, debe tenerse en cuenta que la premiación del “Programa Bachilleres por Colombia”, organizado por Ecopetrol, al cual buscaba acceder el actor con base en su logro académico, se llevó a cabo el 1° de diciembre de 2008, lo cual, en términos del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, configura el daño consumado, conllevando que “no cabe orden de protección por la vía de la acción de tutela”, en cuanto lo que se ordenare “ya no puede cumplirse” (T-803 de agosto 3 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil).

5.6. De otra parte, no se observa quebrantamiento al derecho de petición, cuya conculcación también podría inferirse como demandada, pues a folio 59 del expediente obra la contestación dada por el Secretario General del ICFES al escrito presentado en mayo 6 de 2009.

5.7. En conclusión, ante las condiciones y circunstancias presentadas habría sido procedente tutelar el derecho al debido proceso, como lo hizo el Juzgado Séptimo Civil del Circuito, por haberse dado aplicación, en detrimento de la legítima expectativa del actor, a la Resolución 489 de 2008, que fue publicada en agosto 21 de 2009, en el Diario Oficial N° 47448, fecha a partir de la cual rige. Pero atendiendo a la consumación del daño causado, exclusivamente relacionado con no habersele mantenido al joven Sebastián Federico Brunal Milanés la expectativa de haber participado, como lo reclama, en el “Programa Bachilleres por Colombia”, organizado por Ecopetrol, que ya se realizó (diciembre 1° de 2008), no hay motivo para hacer un pronunciamiento sobre el hecho generador de la conculcación de los derechos invocados.

5.8. Sin embargo, a efectos de proteger los efectos morales del reconocimiento ordenado por

el referido despacho judicial de primera instancia, cumplido en su momento por la institución accionada, será revocada la sentencia de segunda instancia y se ordenará al ICFES, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces que, de haber dispuesto en el interregno algo diferente a partir de lo determinado por el ad quem, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a incluir a Sebastián Federico Brunal Milanés en el listado oficial que lo acredita como uno de los 50 bachilleres que obtuvieron el mejor puntaje, en las pruebas de estado correspondientes a 2008.

IV.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: REVOCAR el fallo denegatorio de la tutela pedida por Sebastián Federico Brunal Milanés contra el ICFES, proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá en julio 27 de 2009, que revocó el adoptado por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá en junio 10 del mismo año.

Segundo: ORDENAR al Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES), que dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces y si hubiere actuado en contrario, proceda a incluir nuevamente a Sebastián Federico Brunal Milanés en el listado oficial que lo acredita como uno de los 50 bachilleres que obtuvieron el mejor puntaje, en las pruebas de estado correspondientes a 2008.

Tercero: Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Aclaración de voto.

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA T- 132 DE 2010.

ACCION DE TUTELA CONTRA EL ICFES-La orden proferida por la Corte se torna a todas luces simbólica, tardía e ineficaz frente a la situación en que se encuentra el estudiante (Aclaración de voto)

La Corte se limitó a ordenar la mencionada inclusión, medida a todas luces simbólica, tardía e ineficaz frente a la situación en que se encuentra el estudiante. En tal sentido, lo procedente hubiera sido haber vinculado a ECOPETROL al proceso de tutela, y de esta forma no sólo haber ordenado incluir al destacado estudiante en el listado de los mejores bachilleres de Colombia, sino, consecuentemente, haber garantizado los efectos prácticos de tal inclusión

Referencia: expediente T- 2.372.334

Acción de tutela instaurada por Sebastián Federico Brunal Milanés contra el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES).

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Con el acostumbrado respeto, paso a exponer las razones por las cuales, si bien comparto la

decisión adoptada, decidí aclarar mi voto en relación con la sentencia T- 132 de 2010, mediante la cual la Sala Sexta de Revisión decidió lo siguiente:

“Primero: REVOCAR el fallo denegatorio de la tutela pedida por Sebastián Federico Brunal Milanés contra el ICFES, proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá en julio 27 de 2009, que revocó el adoptado por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá en junio 10 del mismo año.

Segundo: ORDENAR al Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES), que dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces y si hubiere actuado en contrario, proceda a incluir nuevamente a Sebastián Federico Brunal Milanés en el listado oficial que lo acredita como uno de los 50 bachilleres que obtuvieron el mejor puntaje, en las pruebas de estado correspondientes a 2008.

Así pues, la aclaración de voto se orienta a señalar que la Corte Constitucional, en sede de revisión, debe adoptar todas las medidas pertinentes y razonables encaminadas a hacerle frente a acciones u omisiones que amenacen o vulneren el ejercicio de los derechos fundamentales.

En el presente caso, ante la manifiesta violación de los derechos del peticionario por parte del ICFES, evidenciada en la negativa arbitraria de incluirlo dentro del listado de los cincuenta mejores bachilleres del país, lo cual, a su vez, le habría permitido participar en programas de educación superior como aquel denominado “Bachilleres por Colombia”, organizado por ECOPETROL, la Corte se limitó a ordenar la mencionada inclusión, medida a todas luces simbólica, tardía e ineficaz frente a la situación en que se encuentra el estudiante. En tal sentido, lo procedente hubiera sido haber vinculado a ECOPETROL al proceso de tutela, y de esta forma no sólo haber ordenado incluir al destacado estudiante en el listado de los mejores bachilleres de Colombia, sino, consecuentemente, haber garantizado los efectos prácticos de tal inclusión, los cuales, como se explicó, no son sólo de carácter simbólico u honorífico, sino que guardan una estrecha relación con el disfrute a la educación superior.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 Indicó que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho constituye el medio idóneo para controvertir un acto como la Resolución 489 de 2008.

2 Cfr. T-432 de mayo 28 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño y T-408 de abril 25 de 2008, M. P. Mauricio González Cuervo, entre muchas otras.

3 T-817 de noviembre 19 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

4 Situación corroborada por las mismas manifestaciones hechas por el accionante en su libelo y por las instancias procesales dentro de la acción de tutela.