El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 08 de mayo de 2018

Proceso: Acción de Tutela – Subsidiariedad - Improcedente

Radicación Nro. : 2018-00077-01

Accionante: Yhon Alexánder Vargas García

Accionado: Ministerio de Educación Nacional y otra

Litisconsorte: Secretaría de Educación Municipal de Dosquebradas y otros

Magistrado Ponente: DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: IGUALDAD / DEBIDO PROCESO / DOCENTE / EVALUACIÓN PARA AUMENTO SALARIAL / ACTO ADMINISTRATIVO / SUBSIDIARIEDAD / IMPROCEDENTE -** Cuestiona el actor el acto administrativo que confirmó la calificación obtenida en el proceso de evaluación de carácter diagnóstico formativo, pues considera que no se valoraron de forma objetiva todos los instrumentos aportados; además, se debió excluir la encuesta, tal como se dispuso con los profesores que se encontraban en paro, porque se hizo durante una semana que no había jornada estudiantil.

Para esta Sala los argumentos de la impugnación son infundados, y por lo tanto, deberá confirmarse la decisión de primera instancia, toda vez que se avino a los postulados jurisprudenciales previamente referenciados; en efecto, el accionante cuenta con mecanismos judiciales diferentes a esta acción para la defensa de sus derechos, en consideración a que el acto administrativo de carácter particular reprochado, es susceptible de control judicial ante la jurisdicción administrativa.

Nuestro sistema jurídico, tiene previstos los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho y de simple nulidad (Artículos 137 y 138-2 del CPACA) a través de los cuales se puede demandar y solicitar, entre otras, la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del actor administrativo (Artículo 230-3º, CPACA), que no requiere de caución (Artículo 232, inciso 3º, CPACA) y que de ser decretada, perduraría hasta el día en que se imparta la decisión definitiva por el juez ordinario, lo que plano descarta la posible configuración de un agravio irreversible al acci0nante.

Recuérdese que los actos administrativos están amparados por la presunción de legalidad, de tal suerte, que el examen del juez constitucional es excepcional y solo procede, cuando se demuestre un perjuicio irremediable , que aquí no se probó.

Para esta Magistratura la imposibilidad de acceder a un aumento salarial, con ocasión de la decisión rebatida, por sí misma, es insuficiente para advertir la urgencia e impostergabilidad del amparo constitucional; en manera alguna se alegó y probó la afectación al mínimo vital; el actor no es una persona de especial protección constitucional ni se encuentra en estado de debilidad manifiesta; por manera que el amparo también es improcedente como mecanismo transitorio; puede ejercitar los mentados medios de control administrativo, idóneos y eficaces para resolver la cuestión litigiosa.

Por último, es inexistente la vulneración del derecho a la igualdad invocado; se carece de prueba que acredite que la parte accionada dio un trato diferente a personas que se encontraban en la misma situación del actor; y, tampoco que con base en criterios dudosos - haya decidido excluir el requisito de la encuesta estudiantil en la evaluación de los profesores que se encontraban en paro que, en todo caso, es una circunstancia diferente a la del interesado, quien sí continuó con sus labores docentes. (…)


REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

 Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

 Accionante : Yhon Alexánder Vargas García

 Accionado (s) : Ministerio de Educación Nacional y otra

 Litisconsorte (s) : Secretaría de Educación Municipal de Dosquebradas y otros

 Radicación : 2018-00077-01

 Despacho de origen : Juzgado Primero de Familia de Pereira

 Temas : Acto administrativo – Subsidiariedad - Perjuicio irremediable Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 148 de 08-05-2018

Pereira, R., ocho (8) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. LA SÍNTESIS FÁCTICA

Expuso el actor que se inscribió en el proceso de evaluación para reubicación salarial en el escalafón nacional docente; elaboró y resolvió todos los instrumentos requeridos; sin embargo, el puntaje dado careció de la valoración objetiva de su labor educativa, pues contiene los mismos argumentos expuestos para otros educadores.

Agregó que la encuesta estudiantil fue defectuosa puesto que el Centro Nacional de Consultoría (CNC) la realizó durante *“(…) la semana de desarrollo institucional, sin estudiantes, me confirman que la aplicaron a los estudiantes que encontraban en la institución y preguntaban si conocían al docente y listo (…)”,* en lugar de descartar este elemento evaluativo como lo hicieron con profesores que estaba en paro.

Anotó que formuló varias peticiones y reclamaciones orientadas a que se le brindara información sobre la calificación de otro docentes y se descartara la encuesta estudiantil, pero fueron despachadas desfavorablemente por el ICFES, incluso, respondieron que ya había pasado el tiempo para hacerlo (Folios 2 a 5, cuaderno principal).

1. LOS DERECHOS INVOCADOS

Los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso (Folio 2, cuaderno principal).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Pretende el accionante que: (i) Se tutelen los derechos invocados; y, en consecuencia, se ordene al Ministerio de Educación y al ICFES: (ii) Corregir los errores en incurrió en el proceso de evaluación, sin tener en cuenta la encuesta estudiantil; además, validar la respuesta entregada y adjuntar la retroalimentación del tercer evaluador (Folios 2 a 5, cuaderno principal).

1. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

Con providencia del 14-02-2018 se admitió y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folio 58, ibídem). El 26-02-2018 se profirió sentencia (Folios 119 a 122, ibídem); y, con proveído del 03-03-2018 se concedió la impugnación formulada por la parte actora (Folio 131, ibídem).

Ya ante este Tribunal, con decisión del 14-03-2018 se declaró la nulidad de lo actuado porque no se hizo la vinculación de todas las autoridades que integran la parte pasiva (Folios 4 y 5, cuaderno No.2.); retornado el asunto, la *a quo* con auto del 16-03-2018 enmendó dicha inconsistencia (Folio 139, cuaderno principal), el 23-03-2018 dictó sentencia (Folios 198 a 202, ib.) y el 23-05-04-2018 concedió la impugnación presentada por el actor (Folio 212, ibídem).

Mediante la sentencia de instancia se declaró improcedente el amparo constitucional por carecer de subsidiariedad, puesto que cuenta con el mecanismo ordinario para debatir los actos administrativos ante la autoridad competente y tampoco probó un perjuicio irremediable (Folios 198 a 202, ib.).

El opugnante adujo que el mecanismo ordinario ante la jurisdicción contencioso administrativa no es idóneo ni eficaz para proteger sus derechos fundamentales, toda vez su trámite extendería de manera injustificada la vulneración de sus derechos fundamentales. Tambien expuso que la respuesta del CNC es incompleta, puesto que no aclara el trato diferenciado a los docentes en paro. Agregó que sí hay perjuicio irremediable en la medida que las decisiones cuestionadas le impidieron obtener un nuevo ingreso (Folios 207 a 208, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA RESOLVER
	1. La competencia funcional. Esta Sala especializada está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Despacho que conoció en primera instancia.
	2. El problema jurídico a resolver. ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Primero de Familia de Pereira, según la impugnación presentada?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa

Por activa se cumple en consideración a que quien ejerce la acción, el señor Yhon Alexánder Vargas García, participó en el proceso de escalafón nacional docente. Por pasiva, el ICFES en su calidad de operador de la evaluación de carácter diagnóstico formativo y la Unidad de Atención al Ciudadano del ICFES, puesto que resolvieron las reclamaciones presentadas por el actor (Folios 25 a 32, 35 y 36, cuaderno principal); y el Centro Nacional de Consultoría porque fue la encargada de llevar a cabo la encuesta estudiantil.

Como el Ministerio de Educación Nacional, la Secretaría de Educación Municipal de Dosquebradas y la Institución Educativa Santa Juana de Lestonnac, no expidieron el acto administrativo que supuestamente vulnera o amenaza los derechos fundamentales invocados, carecen de legitimación, por lo que se declarará improcedente el amparo en su contra.

* + 1. La inmediatez y la subsidiariedad

El artículo 86 de la Constitución Política, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; empero, dispone que este mecanismo *“(…) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”.*

Nuestra Corte Constitucional tiene establecido que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales[[1]](#footnote-1).

El presupuesto de la inmediatez, no merece reparo, pues la acción se formuló dentro de los seis (6) meses siguientes a los hechos supuestamente violatarios, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[2]](#footnote-2), critero tambien reseñado por la CSJ[[3]](#footnote-3) en su jurisprudencia; nótese que la decisión que confirmó la calificación del accionante en la evaluación para escalafon nacional docente data del mes de febrero de 2018 (Folios 25 a 32, ibídem) y la tutela se radicó el 12-02-2018 (Folio 1, ib.). En cambio la subsidiariedad esta incumplida, tal como pasará a explicarse.

* 1. la subsidiariedad de la acción de tutela contra actos administrativos

La Corte Constitucional[[4]](#footnote-4) enseña que el juez de tutela no puede asumir la facultad para sustituir al juez administrativo en la definición de la validez de los actos administrativos, ni suponer que podría suspenderlos provisionalmente pues ello representaría invadir el ámbito de dicha jurisdicción; por lo tanto, tiene explicado que, por regla general, es improcedente la acción de tutela frente a actos administrativos[[5]](#footnote-5)-[[6]](#footnote-6), *“(…) toda vez que, para controvertir su legalidad está previsto el respectivo mecanismo ordinario en la jurisdicción de lo contencioso administrativa (…)”[[7]](#footnote-7)*.

Dicha Corporación[[8]](#footnote-8), luego de analizar la Ley 1437, concluyó que la tutela es improcedente, porque los interesados cuentan con un mecanismo judicial idóneo y eficaz, que puede promover ante el juez natural, y que solo podría considerarse deficiente si en juez constitucional advierte que *“(…) (i) …la aplicación de las normas del CPACA no proporcione una protección oportuna de los derechos fundamentales o (ii) cuando el contenido o interpretación de las disposiciones de dicho Código no provean un amparo integral de tales derechos (…)”.*

* + 1. La procedencia excepcional de la tutela

Además de lo anterior, esa Corporación también ha señalado que existen, al menos, dos

excepciones a la regla general[[9]](#footnote-9): (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran[[10]](#footnote-10) o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional[[11]](#footnote-11), y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable[[12]](#footnote-12).

Así las cosas, sobreviene memorar la noción de perjuicio irremediable, puesto que como se ha visto, es presupuesto de procedibilidad para examinar, en sede constitucional, la violación o amenaza al debido proceso administrativo, que alega la parte actora. A propósito, valga recordar que ninguna discusión amerita comprender que ese derecho alegado, tiene la estirpe *iusfundamental* pretendida; en realidad, la cuestión medular se centra en la viabilidad por virtud del daño irreparable que se logre invocar y probar.

Sobre la irremediabilidad del perjuicio, la CC[[13]](#footnote-13) estima indispensable concurran las siguientes notas características: “*(i) la inminencia del daño, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente, entendiendo por amenaza no la simple posibilidad de lesión, sino la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de forma injustificada; (ii) la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) la urgencia, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; (iv) la impostergabilidad de la tutela, que implica acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales*[[14]](#footnote-14) ”.

Es que no basta la constatación de cualquier perjuicio, en sede de tutela es insuficiente pregonar que todo daño pueda precaverse por esta excepcionalísima vía, debe estar provisto de las características apuntadas, explica la Corte[[15]](#footnote-15): “*En consecuencia, no todo perjuicio puede ser considerado como irremediable, sino solo aquel que por sus características de inminencia y gravedad, requiera de medidas de protección urgentes e impostergables.”.*

Las características del perjuicio irremediable conservan vigencia[[16]](#footnote-16). Al respecto existe precedente horizontal de esta Sala del Tribunal[[17]](#footnote-17).

También la Sala de Casación Civil de la CSJ[[18]](#footnote-18), órgano de cierre de esta Corporación, ha sido reiterativa en cuanto a la improcedencia del amparo constitucional por el incumplimiento del supuesto de subsidiariedad y la ausencia de demostración del perjuicio irremediable y al efecto ha dicho[[19]](#footnote-19):

… puede concluirse que «no se cumplen los elementos determinantes del perjuicio irremediable y, por tanto, no puede tenerse en cuenta dicho perjuicio para admitir la presente acción como mecanismo transitorio», ya que «dentro de un eventual proceso contencioso- administrativo, (…) [se] tiene la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto que presuntamente vulnera [los] derechos, con lo cual se desvirtúa también la inminencia del perjuicio» (CSJ STC, 24 ene. 2007, rad. 2006-00227-01; criterio reiterado en STC7077-2014 y STC16698-2015). (STC4676-2016, 15 abr. 2016, rad. 2016-00039-01).

1. EL ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

Cuestiona el actor el acto administrativo que confirmó la calificación obtenida en el proceso de evaluación de carácter diagnóstico formativo, pues considera que no se valoraron de forma objetiva todos los instrumentos aportados; además, se debió excluir la encuesta, tal como se dispuso con los profesores que se encontraban en paro, porque se hizo durante una semana que no había jornada estudiantil.

Para esta Sala los argumentos de la impugnación son infundados, y por lo tanto, deberá confirmarse la decisión de primera instancia, toda vez que se avino a los postulados jurisprudenciales previamente referenciados; en efecto, el accionante cuenta con mecanismos judiciales diferentes a esta acción para la defensa de sus derechos, en consideración a que el acto administrativo de carácter particular reprochado, es susceptible de control judicial ante la jurisdicción administrativa.

Nuestro sistema jurídico, tiene previstos los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho y de simple nulidad (Artículos 137 y 138-2 del CPACA) a través de los cuales se puede demandar y solicitar, entre otras, la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del actor administrativo (Artículo 230-3º, CPACA), que no requiere de caución (Artículo 232, inciso 3º, CPACA) y que de ser decretada, perduraría hasta el día en que se imparta la decisión definitiva por el juez ordinario, lo que plano descarta la posible configuración de un agravio irreversible al acci0nante.

Recuérdese que los actos administrativos están amparados por la presunción de legalidad, de tal suerte, que el examen del juez constitucional es excepcional y solo procede, cuando se demuestre un perjuicio irremediable[[20]](#footnote-20), que aquí no se probó.

Para esta Magistratura la imposibilidad de acceder a un aumento salarial, con ocasión de la decisión rebatida, por sí misma, es insuficiente para advertir la urgencia e impostergabilidad del amparo constitucional; en manera alguna se alegó y probó la afectación al mínimo vital; el actor no es una persona de especial protección constitucional ni se encuentra en estado de debilidad manifiesta; por manera que el amparo también es improcedente como mecanismo transitorio; puede ejercitar los mentados medios de control administrativo, idóneos y eficaces para resolver la cuestión litigiosa.

Por último, es inexistente la vulneración del derecho a la igualdad invocado; se carece de prueba que acredite que la parte accionada dio un trato diferente a personas que se encontraban en la misma situación del actor; y, tampoco que con base en criterios dudosos[[21]](#footnote-21)-[[22]](#footnote-22) haya decidido excluir el requisito de la encuesta estudiantil en la evaluación de los profesores que se encontraban en paro que, en todo caso, es una circunstancia diferente a la del interesado, quien sí continuó con sus labores docentes.

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con las premisas expuestas en los acápites anteriores: (i) Se confirmará el fallo de primera sede, pues el actor cuenta con un mecanismo eficaz para salvaguardar los derechos alegados y no demostró un daño irreparable para hacer viable el amparo; y, (ii) Se adicionará para negar el amparo del derecho a la igualdad, por inexistencia de vulneración o amenaza.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

 F A L L A,

1. CONFIRMAR la sentencia dictada el 15-03-2018 por el Juzgado Primero de Familia de Pereira.
2. ADICIONAR un numeral para NEGAR la tutela respecto del derecho a la igualdad, por la ausencia de vulneración o amenaza.
3. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
4. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

 M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

DGH/ODCD/2018

1. CC. T-324 de 1993. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf) y y T-137 de 2017. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ. STC2154-2016 y STC10383-2016. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. SU-439 de 2017 yT-203 de 1993, entre otras.. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-315 de 1998. En esta oportunidad la Corte, luego de examinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo judicial transitorio, encontró que no era posible inscribir al actor en la carrera judicial por cuanto el proceso de selección utilizado en su caso no constituía un concurso de méritos como el ordenado por la Ley 270 de 1996. En el mismo sentido ver las sentencias SU-458 de 1993 y T-1998 de 2001. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-722 de 2014, T-247 de 2015 y T-572 de 2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-135 de 2015, T-471 de 2015, [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf) y T-610 de 2017. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T- 572 de 2015. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-046 de 1995 referida en las T-722 de 2014 yT-572 de 2015, entre otras. La Corte analizó en esta decisión el caso de una empresa industrial y comercial del Estado, cuyos empleados son trabajadores oficiales, y a pesar de no estar obligada a hacerlo, realiza un concurso de méritos para proveer un cargo. El actor obtiene el primer lugar entre los participantes y es nombrado provisionalmente en el cargo, mediante contratos temporales. Posteriormente, se le informó que no había partida presupuestal para su nombramiento y, finalmente, en su lugar se nombró a otra persona que no había participado en el concurso. La Sala encontró que las acciones contencioso administrativas no eran idóneas para proteger los derechos del actor y procedió a tutelar sus derechos por considerar que la administración había desconocido el principio de buena fe, al iniciar un procedimiento de concurso y posteriormente, no haber proveído el cargo de conformidad con sus resultados. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-100 de 1994, T-256 de 1995, T-325 de 1995, T-455 de 1996, T-459 de 1996, T-083 de 1997, SU-133 de 1998 y T-247 de 2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-225 de 1993, reiterada en las T-082 de 2016 y T-095 de 2016, entre otras: según esta sentencia el perjuicio irremediable se caracteriza i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-082 de 2016. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-225 de 1993, T-436 de 2007, T-016 de 2008, T-1238 de 2008, T-273 de 2009,  [T-660 de 2010](http://www.lexbase.biz/lexbase/jurisprudencia/tutelas/corte%20constitucional/2010/T0660de2010.htm) y T-082 de 2016, entre otras. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. T-1316 de 2001. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. T-972 de 2014, T-082 de 2016 y T-095 de 2016. [↑](#footnote-ref-16)
17. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencia del 05-08-2015; MP: Grisales H., exp.No.2015-00284-00. [↑](#footnote-ref-17)
18. CSJ. STC1390-2018, STC6880-2016,STC7686-2016,STC8200-2016 y STC8324-2016, entre otras. [↑](#footnote-ref-18)
19. CSJ. STC8200-2016 y STC8324-2016. [↑](#footnote-ref-19)
20. CC. T-082 de 2016. [↑](#footnote-ref-20)
21. CC. T-030 de 2017. [↑](#footnote-ref-21)
22. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencia del 17-04-2018, MP: Sánchez C., Exp.2018-00090-01. [↑](#footnote-ref-22)