

RV: CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA 11001333400420180030600

Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C.

<correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 3/11/2021 3:47 PM

Para: Juzgado 04 Administrativo Seccion Primera - Bogotá - Bogotá D.C. <jadmin04bta@notificacionesrj.gov.co>

Cordial saludo,

De manera atenta informamos que ha sido radicado el presente correo como memorial para el proceso relacionado en el mismo, dentro del registro en el aplicativo siglo XXI podrá confirmar los datos del mensaje como Asunto, fecha y hora de recibo.

Atentamente,

Grupo de Correspondencia
Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos
Sede Judicial CAN
RJLP

De: Jose Gabriel Calderon Garcia <jgcalderon@icfes.gov.co>

Enviado: martes, 2 de noviembre de 2021 4:23 p. m.

Para: Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C. <correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Carlos Alberto Chinchilla Imbett <carlos_chinchilla@hotmail.com>

Asunto: CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA 11001333400420180030600

Señor

JUEZ CUARTO (4°) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

RADICADO: 11001333400420180030600

DEMANDANTE: NICOLÁS GÓMEZ OSPINA

DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN - ICFES-

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA

JOSE GABRIEL CALDERÓN GARCÍA

Oficina Asesora Jurídica

jgcalderon@icfes.gov.co

3017728625

[Calle 26 N. 69-76](#)

Edificio Elemento, Torre II, piso15



Este mensaje y cualquier archivo que se adjunte podría contener información pública clasificada y/o pública reservada en custodia o de propiedad del Icfes, para el uso exclusivo de su(s) destinatario(s), esta información debe ser tratada con la finalidad con la que ha sido acordada y cumpliendo con la normatividad que aplique. Si usted no es el receptor autorizado o recibió esta información por error, por favor, hacer caso omiso de su contenido, informe al remitente y borre el mensaje recibido inmediatamente, tenga en cuenta que cualquier retención, difusión, distribución o copia de este mensaje es prohibida y sancionada por la ley. Para más información conozca nuestras [Políticas De Seguridad Y Privacidad De La Información](#), [Manual De Políticas De Seguridad Y Privacidad De La Información](#) y [Políticas de Tratamiento de la Información de Datos Personales](#)



Señor

JUEZ CUARTO (4°) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

RADICADO: 11001333400420180030600

DEMANDANTE: NICOLÁS GÓMEZ OSPINA

DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN -ICFES-

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA

JOSÉ GABRIEL CALDERÓN GARCÍA, de condiciones civiles y profesionales reconocidas por su Despacho, actuando en nombre y representación judicial del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación -ICFES- conforme al poder que adjunto al presente escrito, me permito **CONTESTAR** la reforma demanda de la referencia y proponer excepciones en los siguientes términos:

I. CONTROL DE TÉRMINOS

- 1.1. El día 27 de mayo de 2019 se radicó la reforma de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.
- 1.2. El 7 de octubre de 2021 el Despacho rechazó la inclusión de las pretensiones primera, segunda y quinta y el concepto de violación del artículo 1° de la Resolución No. 402 de 2017 y admitió en todo lo demás la reforma de la demanda.
Así mismo, el Despacho corrió traslado de la reforma de la demanda por el término de quince días.
- 1.3. El día viernes 8 de octubre de 2021 se notificó por estado el auto que admitió la reforma de la demanda.
- 1.4. Siendo ello así, el término de traslado inició el día 11 de octubre de 2021 y vencería el 2 de noviembre de 2021.

Teniendo en cuenta lo anterior, la presente contestación se radica dentro de los 15 días siguientes a la notificación por estado del auto admisorio de la reforma de la demanda.

II. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS

- 2.1. Es cierto.
- 2.2. Es cierto.
- 2.3. Es cierto.
- 2.4. Es parcialmente cierto. El Icfes notificó los resultados el 24 de febrero de 2018. No me consta la valoración que el demandante haya hecho sobre los resultados.



- 2.5.** Es cierto
- 2.6.** Es cierto que el ICFES recibió, no solo esas peticiones sino varias adicionales que se centraban en el análisis que el propio actor tuvo frente a sus resultados en la prueba de Comunicación Escrita. Pero también es cierto que la entidad dio respuesta a todas y cada una de ellas, aludiendo a la reglamentación que para el efecto se ha establecido por el propio Instituto y por la Ley procedimental administrativa, la Resolución 113 de 2016 y demás disposiciones concordantes y complementarias.
- 2.7.** Es cierto que el ICFES respondió a los dos derechos de petición del 25 y 26 de febrero de 2018. El hecho de que las respuestas no satisficieran la pretensión del demandante, no quiere decir que la respuesta dada por el ICFES sea incompleta o reiterada.
- 2.8.** Es cierto que el 10 de marzo de 2018 el actor elevó un nuevo derecho de petición de insistencia. Los demás apartes de este hecho corresponden a una apreciación subjetiva del demandante.
- 2.9.** Es parcialmente cierto. Es cierto que el ICFES dio respuesta a los derechos de petición de insistencia interpuestos por el demandante.

No es cierto que las afirmaciones del ICFES carecen de sustento subyacente. La calificación de la prueba de Comunicación Escrita se realizó conforme a criterios técnicos y en las respuestas a sus derechos de petición se relacionaron algunas de las observaciones de los calificadores. El hecho de que el ICFES no haya remitido al demandante la copia de la prueba de comunicación escrita no implica que la respuesta se haya emitido sin motivación.

- 2.10.** Es cierto que el actor elevó dos nuevos derechos de petición, a manera de insistencia y como un nuevo derecho de petición de consulta. Los demás apartes de este hecho corresponden a una apreciación subjetiva del demandante, pues, se reitera, si la respuesta a los anteriores derechos de petición no fue satisfactoria para el demandante, no quiere decir que no haya sido de fondo.
- 2.11.** Es cierto que el ICFES atendió todas y cada una de las peticiones que el actor presentó, garantizando así su derecho de audiencia y el debido proceso.
- 2.12.** Es cierto que el señor Nicolás Gómez Ospina interpuso una acción de tutela en contra del ICFES solicitando la protección de su derecho fundamental de petición y acceso a la información.

No es cierto que el ICFES haya eludido contestar de fondo los reiterados derechos de petición interpuestos por el demandante. En las respuestas se indicó la imposibilidad de entregar al evaluado la copia de la prueba de comunicación escrita, por tener carácter reservado en los términos de la Ley 1712 de 2014, la Ley 1324 de 2009, artículo 4, y la Resolución 135 de 2017, artículo 20.



- 2.13. Es cierto.
- 2.14. Es cierto. Dentro de los argumentos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al resolver el recurso de insistencia contemplado en el artículo 26 de la Ley 1755 de 2015, se tiene por bien negada la información requerida por el demandante, en tanto que los esfuerzos del ICFES para la producción y conformación de un banco de preguntas gozan de reserva legal para el cumplimiento de los propósitos del Instituto, que consisten en evaluar los conocimientos y competencias de los profesionales en formación.
- 2.15. Es cierto.
- 2.16. Es cierto. Dentro de los argumentos del juez de tutela se indica que la controversia radica en la inconformidad del accionante con los resultados de la calificación del módulo de Comunicación Escrita, no que se le haya vulnerado o puesto en peligro el derecho de petición invocado.
- 2.17. Es cierto
- 2.18. Es cierto
- 2.19. Es cierto. El Tribunal que resolvió la acción de tutela en segunda instancia ordenó al ICFES indicar al actor la manera en que se puede impugnar el resultado de la prueba.

Respecto a la reserva de la información, reiteró los argumentos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que resolvió el recurso de insistencia.

- 2.20. Es cierto.
- 2.21. Es parcialmente cierto. El ICFES dio cabal cumplimiento al fallo de tutela de segunda instancia y al incidente de desacato.

No es cierto que el Instituto se haya sustraído de responder lo solicitado por el actor.

III. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES

Pretensión tercera Por carecer de fundamento fáctico y jurídico, me opongo a la presente pretensión.

Pretensión cuarta. Por carecer de fundamento fáctico y jurídico, me opongo a la presente pretensión.

Pretensión subsidiaria de la pretensión cuarta. Por carecer de fundamento fáctico y jurídico, me opongo a la presente pretensión.



Pretensión segunda subsidiaria de la pretensión cuarta. Por carecer de fundamento fáctico y jurídico, me opongo a la presente pretensión.

En general, me pongo a todas y cada una de las pretensiones formuladas por el demandante.

IV. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO Y FIJACIÓN DEL LITIGIO

De conformidad con los reproches efectuados en la demanda, se proponen los siguientes problemas jurídicos:

- a) ¿Cuál es el acto administrativo que dio a conocer los resultados del examen *Saber Pro* llevado a cabo el día 29 de octubre de 2017?
- b) ¿Se agotó debidamente el requisito de conciliación respecto a la pretensión cuarta, en el sentido de que le sea repetida la prueba correspondiente?
- c) ¿Existe falsa motivación de los resultados obtenidos por el demandante?
- d) ¿Está debidamente probada la pérdida de oportunidad alegada por el demandante?
- e) ¿Quién es el titular de la información de las preguntas realizadas en los exámenes *Saber Pro*?

V. EXCEPCIONES DE FONDO

5.1. INPETITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA

5.1.1. Los resultados emitidos por el ICFES no son un acto administrativo

Respecto a la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha mencionado lo siguiente:

“El ordenamiento jurídico colombiano consagra de manera expresa la excepción previa denominada “Ineptitud de la demanda”, encaminada fundamentalmente a que se adecúe la misma a los requisitos de forma que permitan su análisis en sede judicial, so pena de la terminación anticipada del proceso. Esta se da por dos razones:

1. *por falta de los requisitos formales y*
2. *por indebida acumulación de pretensiones.*

(...) De lo expuesto se puede advertir que legalmente no hay vocación para formular una excepción en términos diferentes a los ya señalados cuando lo pretendido sea ponerle fin al medio de control invocado por razones de vicios de forma respecto de la demanda y los actos o actuación enjuiciada, en tanto que tales vicios encuadran en la de falta de requisitos formales de la demanda, mientras que los demás previstos en el artículo 100 del Código General del Proceso hacen alusión a otros temas relativos a:

1. *Posibilidad de que el funcionario falle el asunto (falta de jurisdicción o competencia o cláusula compromisoria),*



2. Falta de vinculación y/o de citación de personas que obligatoriamente deben comparecer al proceso (litisconsortes necesarios o citación de personas que la ley dispone citar)
3. Haberse notificado la demanda a persona distinta de la que fue demandada
4. Haberse dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.
5. Existencia de un proceso diferente sobre el mismo asunto y entre las mismas partes
6. Inexistencia de la persona que cita como demandado o de quien demanda o la incapacidad legal de los mismos.
7. No haberse aportado alguna prueba de las que ley exige (núm. 6 ib., que a su vez constituye un requisito de la demanda al tenor del artículo 166 núm. 3 del CPACA)

Las primeras cuatro de ellas darán lugar a que se remita el proceso al competente (salvo la cláusula compromisoria que obliga a la terminación del proceso), o se vincule o notifique a quien debe hacerse adicionalmente o se adecúe el procedimiento. Por su parte, las tres últimas darán lugar a la terminación del proceso por haber uno ya en trámite sobre la misma situación o por no demostrarse la existencia o representación de la parte que demanda o contra quien se promueve el proceso.”¹

Uno de los requisitos para el estudio de fondo de la demanda, entre otros, es que el acto que se demanda sea un acto administrativo definitivo.

En el presente caso, los resultados obtenidos por el demandante no pueden tenerse como un acto administrativo, pues no son una manifestación unilateral de la administración, sino que son la consecuencia de una calificación que se realiza sobre unas preguntas, lo cual implica que en su formación también interviene la voluntad del administrado.

Respecto al concepto de acto administrativo, el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

*El acto administrativo, como expresión de la **voluntad administrativa unilateral encaminada a producir efectos jurídicos a nivel general y/o particular y concreto**, se forma por la concurrencia de elementos de tipo subjetivo (órgano competente), objetivo (presupuestos de hecho a partir de un contenido en el que se identifique objeto, causa, motivo y finalidad, y elementos esenciales referidos a la efectiva expresión de una voluntad unilateral emitida en ejercicio de la función administrativa) y formal (procedimiento de expedición). Sin tales elementos el acto no sería tal y adolecería de vicios de formación generadores de invalidez, que afectan su legalidad.*

Aunado a lo anterior, el acto administrativo se emite como consecuencia del desarrollo de una respectiva actuación administrativa.

En el presente caso, los resultados demandados no se emitieron por una decisión unilateral de la administración, sino que simplemente son la consecuencia natural de calificar una

¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, auto de 21 de abril de 2016, exp. 47001233300020130017101 (1416-2016), C.P. William Hernández Gómez.



serie de preguntas, lo que indica que aquellos no son la manifestación de la voluntad unilateral de la administración.

Aunado a lo anterior, los resultados obtenidos en las pruebas Saber Pro no pueden, por sí mismos, generar efectos jurídicos que crean, modifica o extinguen situaciones jurídicas de los administrados, una cosa distinta es que aquellos sirvan de insumos para que diferentes entidades públicas o privadas emitan decisiones, lo cual confirma que los resultados, por sí solos, no son un acto administrativo.

A continuación, se realizarán algunas precisiones respecto de la naturaleza y aplicación de las pruebas de estado *SABER PRO*, específicamente del módulo de Comunicación Escrita:

La Ley 1324 del 13 de julio de 2009 dispuso la transformación del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación en una empresa estatal de carácter social del sector Educación Nacional, entidad pública descentralizada del orden nacional, de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculada al Ministerio de Educación Nacional.

El ICFES, de conformidad con lo señalado en la mencionada ley, tiene por objeto ofrecer el servicio de evaluación de la educación en todos sus niveles y adelantar investigación sobre los factores que inciden en la calidad educativa, con la finalidad de ofrecer información para mejorar la calidad de la educación.

Así mismo, la Ley 1324 de 2009 también le atribuye al ICFES la facultad para la realización de los exámenes de Estado, como apoyo al Ministerio de Educación Nacional, en su artículo 3° sobre los principios rectores de la evaluación de la educación, cuando establece que *“Es responsabilidad del Ministerio de Educación con el apoyo del ICFES la realización de las evaluaciones de que trata esta Ley, promover la formación del recurso humano en el nivel territorial y local. Tal compromiso deberá ser monitoreado en cada ocasión”*

Lo anterior tiene su asidero legal en el artículo 27 de la Ley 30 de 1992, el cual hace parte del capítulo V de los Títulos y Exámenes de Estado, que en el literal a) establece que los exámenes de estado son de carácter oficial.

Estos exámenes fueron reglamentados mediante los decretos 3963 del 14 de octubre de 2009 y 4216 del 30 de octubre de 2009, en los cuales se definieron aspectos tales como los objetivos de la prueba, su estructura y organización, entre otros.

Así mismo, las resoluciones ICFES No. 455 del 14 de julio de 2016 y 750 del 30 de octubre de 2017 establecieron la escala de los resultados del Examen de Estado de Calidad de la Educación Superior *“SABER PRO”* y dictó otras disposiciones.

El examen de Estado de la Calidad de la Educación Superior, Saber Pro es un instrumento estandarizado para la evaluación externa de la calidad de la educación superior. Forma parte, con otros procesos y acciones de un conjunto de instrumentos para evaluar la calidad del servicio público educativo y ejercer su inspección y vigilancia. Este examen está compuesto por un grupo de competencias genéricas y otro de específicas. El primer conjunto evalúa cinco módulos genéricos: Lectura Crítica, Razonamiento Cuantitativo, Competencias Ciudadanas, Comunicación Escrita e Inglés. El segundo grupo está



compuesto por módulos asociados a temáticas y contenidos específicos que los estudiantes pueden presentar de acuerdo con su área de formación.

Los lineamientos para el diseño del examen Saber Pro se definieron de acuerdo con la política de formación por competencias del Ministerio de Educación Nacional, tanto en el nivel universitario, como en el nivel tecnológico y técnico profesional, y en su desarrollo han participado las comunidades académicas, asociaciones y redes de facultades y programas.

Los resultados que se obtienen con este examen dan información a nivel individual y, a partir de ellos, se producen reportes de resultados agregados por programa y por institución de educación superior, los cuales pueden ser analizados teniendo en cuenta características de estas últimas, como carácter, sector o acreditación.

Las pruebas aplicadas por el Icfes son calificadas de acuerdo con metodologías psicométricas que permiten estimar los logros de las personas evaluadas. En particular, se emplean modelos de Teoría de Respuesta al Ítem (TRI), los cuales modelan la relación entre rasgos no observables directamente, como una competencia o el dominio de ciertos conocimientos, y la probabilidad de responder correctamente un ítem. En este sentido, se fundamenta en el postulado de que la ejecución de una persona en una prueba puede predecirse y explicarse por un conjunto de factores personales llamados, en conjunto, “habilidad” y en el hecho de que la relación entre la ejecución de la persona evaluada y la habilidad que la soporta puede describirse por una función.

Las disposiciones aplicables a este tipo de evaluaciones son la Ley 1324 de 2009, el Decreto 3963 de 2009, el Decreto 4216 de 2009, el Decreto 869 de 2010 y la Resolución del ICFES 379 de 2010.

Las guías orientadoras del examen son de conocimiento público y pueden ser consultadas en la página del ICFES. <https://www.icfes.gov.co/web/guest/acerca-del-examen-saber-pro#Informaci%C3%B3n%20general>

El Módulo de Comunicación Escrita corresponde a competencias genéricas, componente que se aplica en la primera sesión del examen Saber Pro y cuya guía orientadora específica se encuentra en la página del ICFES:

- ⇒ <https://www.icfes.gov.co/documents/20143/1143061/Ejemplos+de+preguntas+explicados+comunicacion+escrita+saber+pro+2019.pdf/c36d0cd5-663c-e87e-9d59-cd4e4debf10>.
- ⇒ <https://www.icfes.gov.co/documents/20143/1210078/Cuadernillo+de+preguntas+comunicacion+escrita+Saber+Pro+2018.pdf/b1bb2c8d-7375-d239-2611-33c726a4c5bc>.

Según la guía orientadora, las competencias que se evalúan en la prueba, que a continuación se ilustran², permiten conocer la metodología de evaluación para el Módulo de Comunicación Escrita. Como allí se menciona, las rúbricas utilizadas para esta prueba describen el proceso mediante el cual deben interpretarse y evaluarse las propiedades del

² Especificaciones de la prueba y rúbrica de evaluación.

<https://www.icfes.gov.co/documents/20143/1143061/Ejemplos+de+preguntas+explicados+comunicacion+escrita+saber+pro+2019.pdf/c36d0cd5-663c-e87e-9d59-cd4e4debf10>.



producto del texto producido por un evaluado. Cada una de estas propiedades se asume como una variable observable, mediante la cual las características de los productos de trabajo son entendidas y evaluadas como variables observables. Estas, a su vez, brindan información sobre algunos aspectos del proceso o del producto según el perfil del estudiante. En la presente prueba se ha usado una holística, la cual se presenta a continuación:

Tabla 3. Matriz de especificaciones

Competencia en comunicación escrita	
Afirmación	Evidencia
1. Construye un texto legible a partir del uso adecuado de la lengua.	1.1 Usa apropiadamente las reglas de escritura. 1.2 Usa apropiadamente la acentuación.
2. Escribe un texto con cohesión.	2.1 Utiliza operadores oracionales para establecer relaciones semánticas adecuadas en un párrafo. 2.2 Usa apropiadamente la gramática.
3. Compone un texto argumentativo con coherencia local y global.	3.1 Redacta un texto pertinente. 3.2 Redacta un texto con la estructura básica de un texto argumentativo. 3.3 El texto tiene consistencia global. 3.4 El texto es claro globalmente. 3.5 El texto es conciso.
4. Defiende de manera plausible una postura.	4.1 Emplea una estrategia argumentativa transversal para defender una tesis. 4.2 Emplea estrategias retóricas transversales para apoyar una posición.

La Subdirección de producción de Instrumentos, al calificar la prueba de comunicación escrita del demandante, dio una explicación suficiente en los siguientes términos:

“Se debe tener en cuenta, en primera instancia, que la prueba de comunicación escrita no busca evaluar el conocimiento del estudiante sobre una determinada temática, sino la efectividad en la comunicación de sus ideas por escrito, mediante un texto argumentativo. En segundo lugar y teniendo en cuenta el tipo de texto que se pide al estudiante, este se clasifica, según sus características en los siguientes niveles:



Tabla 4. Descripción de Niveles de desempeño

Nivel 1

Descripción

Se deben clasificar en este nivel los textos que:

- **Responden a la pregunta** planteada en la tarea. (Si este aspecto no se cumple, los textos deben ser clasificados como impertinentes).
- Presenten dificultades en el manejo de la convención (sintaxis, escritura de las palabras, segmentación, omisión de letras, etc.) que **no permiten la comprensión de sus ideas**.
- Expresen ideas desarticuladas entre sí, que **no den cuenta de un planteamiento**.

Nivel 2

Descripción

Se deben clasificar en este nivel los textos que:

- Evidencien un **planteamiento** o posición personal para cumplir una intención comunicativa.
- Incluyen argumentos que buscan **justificar la posición defendida**.

- Presenten algunas fallas en su estructura y organización, por lo que **carecen de unidad semántica**.
- Muestren algunas contradicciones o repeticiones que afectan la comprensión del texto.
- Presenten algunos errores en el manejo de la convención, que **afecten la comunicación de sus ideas**.

Nivel 3

Descripción

Además de evidenciar un planteamiento, los textos que se ubican en este nivel:

- Emplean una **estructura básica** con un inicio, un desarrollo y una conclusión.
- Desarrollan **argumentos** que apoyan la posición planteada.
- Tienen **unidad semántica**, aunque pueden incluir información innecesaria que afecta la **fluidez**.
- Poseen buena cohesión local, aunque se identifican **algunos errores**.





Nivel 4

Descripción

Además de lo descrito en el nivel anterior, los textos que se ubican en este nivel:

- Muestran **diferentes perspectivas** sobre el tema que complejizan el planteamiento y permiten cumplir satisfactoriamente con el propósito comunicativo propuesto en la pregunta.
- Presentan ideas complejas y **argumentos** que se apoyan en una variedad de estrategias como citas, ejemplos, explicaciones, etc.
- Presentan **recursos** semánticos, pragmáticos y estilísticos que apoyan el planteamiento del texto.
- Usan signos de puntuación, referencias gramaticales, conectores, entre otros mecanismos cohesivos, que garantizan la coherencia y fluidez del texto.
- Presentan una cohesión adecuada mediante el uso de nexos y conectores. No se omiten palabras, ni se pierden referentes.

Es importante resaltar que se deben satisfacer unas condiciones sine qua non para pasar de un nivel a otro.

Como se puede observar, para la evaluación del texto se toman en cuenta simultáneamente aspectos de contenido (lo que se expresa) y de forma (cómo se expresa). En este caso particular, en cuanto al aspecto formal del texto se hacen las siguientes aclaraciones: en primer lugar, el evaluado usa términos cuyo significado habitual según el diccionario, no coinciden con el texto de la pregunta. Por ello debe hacerse un esfuerzo de interpretación para dilucidar lo que parece intentar decir en su texto. De acuerdo con esto, el escrito presenta ideas desarticuladas entre sí que no permiten comprender de manera clara el planteamiento. En segundo lugar, el uso de signos de puntuación no es claro: cada oración es prácticamente de un párrafo e ignora signos importantes. Esto dificulta la comprensión. En tercer lugar, deja oraciones incompletas, de manera que aparecen sujetos sin predicado o predicados sin sujeto. Con respecto al contenido del texto, la estructura no es clara: se presenta un primer párrafo confuso que no trata directamente el problema, presenta argumentos dispersos que no dejan claro cuál tesis quiere defender y termina con un párrafo final donde, a pesar de todo, parece responder la pregunta, razón por la cual no es calificado como impertinente.

En esta misma línea, se debe anotar que la característica fundamental para que un texto pueda ser ubicado en un nivel 2 es la identificación de un planteamiento claro. Un escrito que cumple con este requisito incluye un planteamiento o posición personal que va más allá de una opinión aislada sobre el tema. Es decir, el texto de nivel 2 incluye una tesis que responde de manera coherente, clara, contundente y precisa a la pregunta planteada en el estímulo. En ese sentido, en un texto de nivel 2 se debe evidenciar una intención comunicativa que no se limita a una aseveración inconexa relacionada con la pregunta dada. Esto implica que se ubiquen en nivel 1 aquellos escritos cuyas ideas no apuntan a la defensa de esta posición. Como se mencionó en el párrafo anterior, el texto evaluado presenta varios argumentos inconexos que no apuntan claramente a defender una posición, sino,



aparentemente, varias posiciones que no son relacionadas en la estructura del escrito.

En conclusión, aunque se puede rastrear una posible respuesta a la pregunta, la argumentación no es clara (los argumentos son dispersos y no precisan cuál tesis se quiere defender) y se presentan problemas en el manejo de la convención que dificultan la comprensión de las ideas. Al no cumplir estas condiciones de expresión clara de las ideas y de redacción, el texto queda ubicado en el nivel 1, no puede ser clasificado en el nivel 2”.

Dichos argumentos técnicos se acompañan con la metodología y requisitos para la calificación de este módulo y ofrecen una explicación suficiente y razonada del nivel al que se ubicó el escrito del demandante.

En los diversos derechos de petición elevados por el demandante, se solicitó informar cuál es el acto administrativo por medio del cual se decidió y emitió el informe de resultados de la prueba *SABER PRO* presentada por el demandante.

En la respuesta al derecho de petición del día 4 de abril de 2018 se indicó al demandante que el acto administrativo mediante el cual se establecieron las fechas de inscripción, requisitos, fecha de citaciones y **publicación de resultados** es la Resolución ICFES No. 876 del 21 de diciembre de 2016, que reguló el calendario 2017 de la prueba *SABER PRO*.

Es decir, la Resolución 876 del 21 de diciembre de 2016 es el único acto administrativo respecto del cual se pueden efectuar reproches relacionados con la calificación de la prueba *SABER PRO* presentada por el demandante Nicolás Gómez Ospina.

5.2. INEXISTENCIA DE FALTA DE MOTIVACIÓN

El demandante afirma que el ICFES se negó a darle a conocer la motivación del acto administrativo que publicó los resultados de la prueba *Saber Pro*, específicamente del módulo de Comunicación Escrita y que con ello, el ICFES vulneró el derecho de audiencia y defensa del demandante, pues este no pudo revisar su prueba para advertir inconsistencias en su calificación que pudieran ser controvertidas.

La motivación del acto administrativo que reguló la forma de calificación de las pruebas y la publicación de resultados, así como las reiteradas respuestas a sus derechos de petición no tienen relación directa con la reserva de la información. En las diversas respuestas a los derechos de petición elevados por el demandante, se indicaron las razones por las cuales se había dado la calificación a este módulo, incluso en la respuesta a la acción de tutela impetrada por él, se citaron apartes de la prueba, realizando la debida argumentación del puntaje asignado.

No es obligación del ICFES entregar al demandante la copia de la prueba de Comunicación Escrita, por lo que el respeto de la reserva de dichos instrumentos, no implica que la calificación se haya realizado de forma deliberada y arbitraria, ni que las respuestas a sus peticiones no hayan sido de fondo o que su motivación haya sido insuficiente.

La respuesta a los dos primeros derechos de petición del mes de febrero de 2018 se le respondió al demandante lo siguiente:



“Es importante señalar que todos los escritos son asignados a dos calificadores, en caso de que los dos coincidan en juzgar el escrito, se asigna la calificación de acuerdo con los parámetros establecidos. Por el contrario, si uno de los calificadores emite un juicio diferente, es asignado a un tercer calificador. Para su caso particular, verificados los procesos académicos de los jurados y técnicos que garantizan la confiabilidad de los resultados que se publican en nuestra página institucional, le confirmamos que éstos son correctos y concordantes con las disposiciones vigentes sobre el particular.”

Así mismo, en la respuesta a la acción de tutela, se detallaron los pormenores de la calificación realizada al demandante, de acuerdo a los requisitos técnicos que rigen la prueba de comunicación escrita:

- Como se puede observar, un texto nivel 1 tiene las siguientes características:
1. **Responde a la pregunta planteada en la tarea (si este aspecto no se cumple, los textos deben ser clasificados como impertinentes).**

En este caso particular, ante la pregunta propuesta ([...] algunas personas afirman que plagiar un texto académico no siempre es grave, porque el plagio beneficia la difusión del conocimiento. ¿Está de acuerdo con estas personas?) se plantea que la proscripción del plagio es una medida penal razonable y proporcional para el fin de proteger la iniciativa e ingenio de los individuos, sin que ello se convierta en un obstáculo para la circulación de conocimiento.

Es bajo las anteriores consideraciones que se afirma que la proscripción del plagio es una medida penal razonable y proporcional para el fin de proteger la iniciativa e ingenio de los individuos, sin que ello se convierta en un obstáculo para la circulación de conocimiento.

2. **Expresa ideas desarticuladas entre sí, que no dan cuenta de un planteamiento.**

La característica fundamental para que un texto pueda ser ubicado en un nivel 2 es la identificación de un planteamiento claro y dé argumentos que sustenten el planteamiento. En este sentido, se evidencia una intención comunicativa que no se limita a una aseveración inconexa relacionada con la pregunta dada. Esto implica que se ubiquen en nivel 1 aquellos escritos cuyas ideas (a pesar de que estas estén bien formadas) no apuntan a la defensa de una posición. En esta misma línea, se deben ubicar en el primer nivel aquellos textos en los cuales se identifican dos o más posiciones opuestas.

En este punto, se puede observar una posición inicial relacionada con la pregunta, sin embargo, las ideas planteadas en los párrafos de desarrollo no argumentan esta posición. Esto debido a que la pregunta va dirigida hacia



si se está de acuerdo o no con las personas que afirman que el plagio **no es grave porque beneficia la difusión del conocimiento**. En esta línea, se procede al análisis textual:

- a. En el primer párrafo se introduce el tema mediante algunas acotaciones sobre la protección de los derechos de autor en Colombia y se intenta hacer una paráfrasis del contexto y una reformulación de la pregunta.
 - b. En el segundo párrafo del texto, el evaluado intenta realizar un juicio sobre el espíritu de la legislación sobre los derechos de autor ("no es represiva, sino liberalista") y acota que la penalización es una consecuencia de un fin mayor, que es el progreso intelectual. Así pues, debe aclararse que, aunque es un tema relacionado, el progreso intelectual no es lo mismo, ni se relaciona efectivamente en el texto con la difusión del conocimiento, que tiene que ver con las actividades que hacen accesible el conocimiento a una comunidad.
 - c. En el tercer párrafo, se introduce el tema del derecho penal como instrumento del Estado para ejercer su política criminal (se hace énfasis en por qué el plagio sería evaluado, en ocasiones, como una "bagatela" y no sería penalizable si no afecta materialmente la finalidad legal de los derechos de autor –proteger el ingenio y la iniciativa de las personas-). En esta ocasión, el estudiante tampoco relaciona efectivamente el tema del derecho penal con la difusión del conocimiento, sino con los casos en que se penalizaría o no el plagio.
 - d. En el cuarto párrafo, se habla sobre ejemplos de escenarios en los que no se aplican las leyes de los derechos de autor y en donde, por ende, no se consideran ciertas conductas como plagio. Algunos de los que se introducen son "la toma de notas" y la "adecuada citación de un autor", de los cuales emite algunos juicios que no se relacionan directamente con su planteamiento.
- En suma, el estudiante desarrolla su escrito dentro de la temática general de los derechos de autor, sin embargo, su argumentación no se desarrolla con base en por qué la proscripción del plagio **no es un obstáculo para la circulación del conocimiento** (la parte clave de la pregunta).
3. **Presenta dificultades en el manejo de la convención (sintaxis, escritura de las palabras, segmentación, omisión de letras, etc.) que no permiten la comprensión de sus ideas.**

Por otro lado, en su texto, el evaluado utiliza términos cuyo significado habitual, según el diccionario, no coinciden con el contexto de la pregunta. Esto conlleva a que se presenten problemas semánticos graves. Por ejemplo, en la frase "dichas conductas soberanas del Estado han sido reprochadas por quienes abanderan una idiosincrasia librepensadora...".

Cartagena. No obstante, dichas conductas soberanas del Estado han sido reprochadas por quienes abanderan una idiosincrasia libre pensadora y de libertad de las barreras

Dicha frase tiene un sentido difícil de captar. En efecto, "conductas soberanas" une varios términos que pertenecen a categorías diferentes: la conducta es una manera de comportarse: se usa en expresiones como "conducta intachable", por ejemplo. "Soberano" es quien detenta el poder. La frase continúa diciendo que dicha conducta "ha sido reprochada". Un reproche es una queja dirigida a una persona debido a sus sentimientos o actos. La "idiosincrasia" es el conjunto de rasgos, temperamento, carácter, etc., distintivos y propios de un individuo o de una colectividad. Así las cosas, la frase en cuestión significa que "se ha presentado una queja contra quien detenta el poder por su manera de comportarse, queja presentada por personas con rasgos, temperamento y carácter librepensadores". Eso carece, en el contexto de la pregunta formulada, de sentido. Haciendo un esfuerzo de interpretación quizás el autor quería decir lo siguiente: "los tratados suscritos por el Estado Colombiano que defienden los derechos de autor han sido cuestionados por quienes defienden el libre acceso al conocimiento". Por supuesto, esto siempre que se hubiese dejado claro en el texto de cuáles tratados se habla, qué se entiende por derechos de autor y qué por libre acceso al conocimiento. Y aun así, la frase no es una respuesta clara a la pregunta de si está de acuerdo con la afirmación "plagiar un texto académico no siempre es grave porque contribuye con la difusión del conocimiento". En general todo el texto utiliza un lenguaje de difícil, si no de imposible comprensión, lo que no le permite pasar al nivel 2.

Adicional a este lenguaje confuso, se presentan continuos y reiterados errores de redacción. Por ejemplo, las ideas no se separan con punto seguido, sino con comas, haciendo las frases extensas y, en ocasiones, el sujeto de las oraciones se desvanece. Así, se encuentran sujetos sin predicado o predicados sin objeto del cual predicar. Por ejemplo, la frase "Otra arista de la academia permitido es la adecuada citación del autor, lo que supone una carga razonable de identificación y reconocimiento de las fuentes empleadas".

La actividad educativa .Otra arista de la academia
permitido es la adecuada citación del autor, lo que
supone una carga razonable de identificación y
reconocimiento de las fuentes empleadas

Finalmente, la estructura del texto es confusa. Tal y como se anotó en párrafos anteriores inicia con lo que parece una formulación del problema, y luego ofrece argumentos cuyo objeto no es claro: no es claro si defiende la protección de los derechos de autor, o los cuestiona, o considera que protegerlos no va en contra vía de la difusión del conocimiento, que es el argumento expuesto al final del texto. En suma, el texto carece de una relación argumental eficaz para sustentar el planteamiento y de la estructura "introducción, desarrollo, conclusión" que se pide en el enunciado del ejercicio

Por todos los elementos señalados anteriormente, el texto del evaluado se ubica en el nivel 1."

Respecto al reproche del demandante relacionado con la inexistencia de una respuesta de fondo y evasión de las preguntas planteadas por parte del ICFES, la Corte Constitucional en Sentencia T-369 de 2013, argumenta que la respuesta de fondo al derecho de petición no necesariamente debe ser favorable a los intereses del peticionario:

*El derecho de petición consagra de un lado la facultad de presentar solicitudes respetuosas a las entidades públicas y privadas. Y de otro lado, el derecho a obtener respuesta oportuna, clara, completa y de fondo al asunto solicitado. La jurisprudencia constitucional también ha resaltado que la respuesta de la autoridad debe incluir un análisis profundo y detallado de los supuestos fácticos y normativos que rigen el tema, así, se requiere **"una contestación plena que asegure que el derecho de petición se ha respetado y que el particular ha obtenido la correspondiente respuesta, sin importar que la misma sea favorable o no a sus intereses"**.*

Por lo anterior, habría de entenderse que existe vulneración del núcleo esencial de este derecho, cuando la entidad no emite una respuesta en un lapso que, en los términos de la Constitución, se ajuste a la noción de "pronta resolución", o, cuando la supuesta respuesta se limita a evadir la petición planteada, al no dar una solución de fondo al asunto sometido a su consideración.

De la lectura de las respuestas a los derechos de petición, la contestación a la acción de tutela y el oficio que da cumplimiento al incidente de desacato emitidos por el ICFES, se puede evidenciar lo siguiente:

- i) Se indicó el procedimiento de evaluación de la prueba de comunicación escrita.
- ii) Se indicaron las apreciaciones de la subdirección de producción de instrumentos y de los pares evaluadores que revisaron su prueba en concreto, argumentando las razones por las que se le asignó el puntaje en el Módulo de Comunicación Escrita.



- iii) Se informó que, por motivo de reserva de la información, no es posible entregar copia de su prueba de comunicación escrita y se indicaron los referentes normativos que soportan dicha reserva.
- iv) Se informó la imposibilidad de asignar un tercer evaluador para su prueba, dado que no había discrepancias entre los dos pares evaluadores que calificaron su prueba inicialmente.
- v) Se indicó que en el procedimiento de la prueba SABER PRO no existía un mecanismo para impugnar sus resultados.

Es por lo anterior que en todas las comunicaciones del ICFES con ocasión a la prueba y a las reclamaciones del demandante se tuvo en cuenta las razones de hecho y de derecho particulares, se sustentó de manera suficiente la adopción de determinada decisión, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada, otorgando, en definitiva, una respuesta de fondo al peticionario.

5.3. TITULARIDAD Y RESERVA DE LA INFORMACIÓN

Señala el demandante que, en su calidad de evaluado, ostenta la titularidad de la información de la prueba y que por tanto el ICFES está en la obligación de entregarle la copia del módulo de Comunicación Escrita.

El artículo 4° de la Ley 1324 de 2009 establece lo siguiente:

Artículo 4°. De la publicidad y reserva.

Los resultados agregados de las evaluaciones externas de que trata esta ley serán públicos.

Los resultados individuales podrán comunicarse a terceros que los requieran con el fin exclusivo de adelantar investigaciones sobre educación, si garantizan que el dato individual no será divulgado sin consentimiento previo de la persona evaluada.

Sin perjuicio de la comunicación de datos agregados, o para investigaciones, los datos relativos a cada persona pertenecerán a aquella y no podrán ser divulgados sino con su autorización.

La persona evaluada tendrá derecho a conocer el resultado de su evaluación, a exigir y obtener la corrección que sea del caso si comprueba que está errada, en los términos que defina el reglamento.

Gozarán del privilegio de la reserva los bancos de preguntas que se utilicen en las evaluaciones externas.

Es por ello que la negativa del ICFES a la solicitud de entrega de los documentos solicitados por el demandante, **no obedece a razones arbitrarias ni al capricho de la entidad**, pues la misma se ha sustentado en el carácter de reserva legal a la que se sujetan los materiales de los Exámenes de Estado, en razón al principio de comparabilidad que atañe a la evaluación de la educación y que obliga a este Instituto a impedir el conocimiento de estos elementos por parte de terceros a efecto de garantizar la transparencia, la objetividad y la



seriedad de las evaluaciones y; evitar las posibles fugas de información y vulneración de protocolos de seguridad.

El artículo 20 de la Resolución ICFES No. 135 de 2017 dispone que el material empleado en los exámenes de Estado es de propiedad del Instituto y que su contenido tiene carácter reservado, salvo las liberaciones de cuadernillos efectuadas por la entidad.

En ese orden de ideas, se puede concluir:

- ⇒ Que los materiales de los exámenes de Estado son de propiedad y titularidad del ICFES y no de sus examinados,
- ⇒ Que se encuentra a cargo del Instituto el deber de garantizar la idoneidad y transparencia de las pruebas que efectúa,
- ⇒ Que en razón a lo anterior se hizo necesario investir de reserva legal el material empleado para la realización de las pruebas.
- ⇒ Que no se han vulnerado los derechos invocados por el demandante, por cuanto se ha brindado el acceso a la administración de justicia y se ha respetado el debido proceso.

5.3.1. Las sentencias citadas por el demandante no hacen referencia a una prueba de estado, por lo que no pueden tenerse como precedente ni referente válido

El demandante citó varios apartes de providencias en las que se referían a la reserva del cuestionario y a la posibilidad de impugnar los resultados en el marco de concursos de méritos (25000-23-36-000-2015-02553-01, 110010325000200900014-00, entre otros).

No debería ser aplicado el precedente citado por el demandante, toda vez que la naturaleza y los objetivos de los exámenes que se realizan dentro de los concursos públicos de méritos que aplica la CNSC son sustancialmente diferentes a las pruebas de Estado que realiza el ICFES.

Si se levantara la reserva respecto a los instrumentos de evaluación utilizados en las pruebas SABER PRO, se estaría dando lugar a la liberación y pérdida de información necesaria para realizar la comparabilidad de las evaluaciones, afectando gravemente el interés general.

La reserva legal contenida en la Ley 1712 de 2014, restringe el acceso a los materiales de los exámenes de los terceros y de los mismos evaluados con el objetivo de proteger los secretos comerciales, industriales y profesionales, cuyo acceso puede afectar el ejercicio de las libertades económicas.

Por lo anterior, no es procedente aplicar las disposiciones citadas por el demandante, debido a que las pruebas de estado SABER PRO tienen una naturaleza y finalidad diferente a las evaluaciones de competencias realizadas en los concursos de méritos.

5.4. COSA JUZGADA RESPECTO A LA RESERVA DE LA INFORMACIÓN



En la providencia de fecha 17 de julio de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se declaró bien denegado el acceso a los documentos con fundamento en que del contenido del artículo 4 de la Ley 1324 de 2009.

De dicha decisión se desprende de manera clara que el banco de preguntas que se utilicen en las evaluaciones externas aplicadas por el ICFES gozan de reserva legal, es decir que las preguntas que se encuentran contenidas en los cuadernillos que se utilizan en cada una de las pruebas que realiza el ICFES, incluyendo las pruebas de comunicación escrita no son del dominio público y los evaluados únicamente tienen acceso a dicho material durante el momento en que transcurre la aplicación de las pruebas.

Esta decisión se ajusta a derecho y fue debidamente motivada desde los puntos de vista fáctico, jurídico, probatorio y jurisprudencial y las razones de ser de aquella se encuentran consignadas en ella.

Así mismo, en la sentencia de tutela de segunda instancia del 12 de septiembre de 2018, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá se refirió a la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, señalando que ya se le indicó al accionante sobre la reserva que reviste el documento solicitado y, por ende, no controversió esta decisión.

5.5. IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR UNA SEGUNDA CALIFICACIÓN

El demandante solicita que se asigne un segundo calificador a su prueba de comunicación escrita, ya que se encuentra inconforme con la calificación obtenida.

Al respecto, es necesario advertir que en las disposiciones normativas que regulan la prueba de estado *ICFES SABER PRO*, no se contempla la posibilidad de realizar una segunda calificación ni de repetir la evaluación presentada en la fecha establecida en el cronograma.

Por lo anterior, no es procedente solicitar la aplicación de una medida que aún no ha sido contemplada por las autoridades que reglamentan el examen Saber Pro aplicado por el ICFES.

5.5.1. Inexistencia de pretermisión por parte del ICFES

El demandante asume que es responsabilidad del ICFES regular el procedimiento de segundas revisiones a las pruebas de estado Saber Pro ya presentadas por los estudiantes.

De igual manera, manifiesta que el ICFES incurre en una clara pretermisión de sus deberes, al no establecer un mecanismo de revisar por segunda vez las pruebas de estado.

El artículo 1° del Decreto No. 3963 del 14 de octubre de 2009 establece:

Artículo 1°. Definición y objetivos. *El Examen de Estado de Calidad de la Educación Superior, es un instrumento estandarizado para la evaluación externa de la calidad de la Educación Superior. Forma parte, con otros procesos y acciones, de un conjunto de*



instrumentos que el Gobierno Nacional dispone para evaluar la calidad del servicio público educativo y ejercer su inspección y vigilancia.

Lo anterior indica que el Gobierno Nacional, en conjunto con el Ministerio de Educación Nacional, son las autoridades encargadas de diseñar e implementar medidas en el marco del sistema de evaluación de resultados de la calidad de la educación. Si bien ICFES es el encargado de coordinar la aplicación de las pruebas de conocimientos Saber Pro, no es la autoridad competente para regular algunos aspectos de la evaluación de la educación referentes a la posibilidad de asignar un segundo calificador a las pruebas ya presentadas o la segunda aplicación de la prueba, como lo solicita en este caso el demandante.

5.6. IMPOSIBILIDAD DE IMPUGNAR EL RESULTADO DE LA PRUEBA DE COMUNICACIÓN ESCRITA

El artículo 4° de la Ley 1324 de 2009 establece lo siguiente:

Artículo 4°. De la publicidad y reserva.

(...)

La persona evaluada tendrá derecho a conocer el resultado de su evaluación, a exigir y obtener la corrección que sea del caso si comprueba que está errada, en los términos que defina el reglamento.

El ICFES, en cumplimiento del calendario de evaluación establecido por la Resolución No. 876 del 21 de diciembre de 2016, que reguló el calendario 2017 de aplicación de las pruebas Saber Pro, dio a conocer los resultados de la prueba presentada por el demandante.

El artículo citado establece que los evaluados tendrán derecho de exigir y obtener la corrección de su evaluación, siempre y cuando se compruebe que dicha calificación está errada. Pues bien, en las diferentes respuestas a los derechos de petición del demandante se sustentaron al detalle los argumentos por los cuales se asignó la calificación a la prueba de comunicación escrita del demandante, sin que éste advirtiera una irregularidad específica, basado en la metodología dispuesta para calificar este instrumento.

El único argumento esgrimido por el demandante es que, si el evaluado pudo contestar los demás módulos de la evaluación de manera sobresaliente, el módulo de comunicación escrita, al no tener una calificación concordante con los demás componentes, tiene vicios en su calificación, sin aportar argumentos técnicos que soporten su afirmación.

De igual manera, se informó en respuesta del 20 de noviembre de 2018 que no existe en el procedimiento un medio análogo para impugnar los resultados obtenidos en su prueba de comunicación escrita. Por lo anterior, no es procedente la impugnación de la calificación de la prueba presentada por el demandante.



5.7. LA ACCIÓN DE NULIDAD Y ESTABLECIMIENTO DEL DERECHO NO ES EL MEDIO DE CONTROL IDÓNEO PARA SOLICITAR CUBRIR VACÍOS NORMATIVOS

Como se mencionó en el acápite anterior, existe un vacío normativo respecto al procedimiento de segunda revisión y reaplicación de las pruebas Saber Pro.

La nulidad y restablecimiento del derecho es un medio de control de naturaleza subjetiva, a través del cual la persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, como efecto de la vigencia de un acto administrativo viciado, puede solicitar que se declare la nulidad del mismo y que como consecuencia, se le restablezca su derecho o se repare el daño. Este medio de control no tiene la vocación de suplir vacíos normativos en cuanto a la regulación de segundas aplicaciones y revisiones de calificación a la prueba Saber Pro, pues su finalidad es resolver la legalidad de determinado acto administrativo, que en este caso es el reporte de resultados de la prueba Saber Pro.

Por lo anterior, no es procedente utilizar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para solicitar la regulación del procedimiento de evaluación de las pruebas de estado Saber Pro por parte del ICFES.

5.8. FALTA DE AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD RESPECTO A LA PRETENSIÓN CUARTA

En la pretensión cuarta y en varios apartes de la demanda, el demandante establece la necesidad de realizar una nueva aplicación de la prueba de comunicación escrita, ya presentada en el año 2017.

En la solicitud de conciliación presentada por el demandante el 30 de mayo de 2018 se formuló como pretensión a título de restablecimiento de derechos que se lleve a cabo una **segunda revisión** sobre la prueba de comunicación escrita.

En la reforma de la demanda, el numeral cuarto de las pretensiones presenta una nueva pretensión encaminada a la **aplicación de la prueba de comunicación escrita por segunda vez** al demandante. Dicha pretensión no fue incluida en la solicitud de conciliación y por lo tanto, no se agotó el requisito de procedibilidad.

Por lo anterior, el demandante no agotó el respectivo trámite de conciliación extrajudicial frente a dicha pretensión del 10 de julio de 2018. En consecuencia, no se debe tener en cuenta esta pretensión.

5.9. INEXISTENCIA DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

La pérdida de oportunidad en la responsabilidad en la doctrina y la jurisprudencia se ha concebido como una modalidad autónoma del daño, o bien, como una técnica de facilitación probatoria en los casos de incertidumbre causal, en los cuales resulte para la víctima una carga excesiva la demostración del nexo entre el daño que padece y la actuación de la entidad a la que se le imputa y solo logre demostrar que dicha relación es probable, pero no cierta o segura.



La Sección Tercera del Consejo de Estado precisó que el daño por pérdida de oportunidad puede presentarse en dos supuestos: uno positivo y otro negativo:

El positivo se presenta cuando la víctima tiene la expectativa legítima de recibir un beneficio o adquirir un derecho, pero por la acción u omisión de un tercero se frustra definitivamente la esperanza de su concreción.

El supuesto negativo ocurre cuando la víctima afronta una situación o curso causal desfavorable y tiene la expectativa cierta que la intervención de un tercero evite o eluda un perjuicio, pero que en razón de la omisión o de la intervención defectuosa de dicho tercero el resultado dañoso se produce y la víctima padece el perjuicio indeseado.

El Consejo de Estado³ ha establecido unos requisitos específicos para el reconocimiento del perjuicio de pérdida de oportunidad:

Para la Sala, para que se configure la pérdida de oportunidad es necesario verificar la concurrencia de tres elementos:

- i) falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar;*
- ii) certeza de la existencia de una oportunidad;*
- iii) certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible para la víctima.*

En otra oportunidad⁴, el Consejo de Estado definió cada uno de los requisitos así:

Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar: *Para la Sala, el requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción.*

Certeza de la existencia de una oportunidad: *La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que, en caso de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente.*

Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima: *Si el beneficio final o el perjuicio eludido aún dependen de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad*

³ Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 19001233100019980057101 (21554), 04/03/20.

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia 17001233100020000064501 (25706), Abr. 5/17



se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual.

En las pruebas de la demanda no se evidencia la **certeza de la existencia de una oportunidad** a favor del demandante. No existen pruebas suficientes que determinen las probabilidades de que el entonces estudiante Nicolás Gómez Ospina obtuviera el beneficio de una beca de estudio, ni que por ocasión de la actuación del ICFES éste lo hubiera perdido.

Por lo anterior, no está demostrado el perjuicio alegado.

VI. MEDIOS DE PRUEBA

6.1. Documentales

6.1.1. Las aportadas con la contestación inicial de la demanda.

6.2. Testimonial

De conformidad con lo establecido en el inciso 3° del artículo 220 del C.G.P., respetuosamente solicito se decreten y practiquen los siguientes **testimonios técnicos o especializados**:⁵

6.2.1. Nubia Rocío Sánchez Martínez, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.054.331, en su calidad de Subdirectora de Producción de Instrumentos del ICFES, quien puede ser notificada en el correo electrónico nrsanchez@icfes.gov.co.

Dicho testimonio técnico tiene como fin demostrar el diseño y respuesta de las preguntas de las pruebas Saber Pro, así como la metodología de calificación efectuada.

6.3. Declaración de parte

De conformidad con lo establecido en el artículo 191 y siguientes del C.G.P. comedidamente solicito se cite a la persona que integra la parte demandante para absolver interrogatorio que se formulará en la respectiva audiencia.

⁵ El testigo técnico en nuestro ordenamiento procesal es aquella persona que, además de haber presenciado los hechos, posee especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre ellos (art. 227 C.P.C., inc. 3º; y art. 220 inc. 3º C.G.P.), cuyos conceptos y juicios de valor limitados al área de su saber aportan al proceso información calificada y valiosa sobre la ocurrencia de los hechos concretos que se debaten. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del veintiocho de junio de dos mil diecisiete. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ Magistrado Ponente, SC9193-2017, Radicación No. 11001-31-03-039-2011-00108-01.



VII. NOTIFICACIONES

El ICFES recibe notificaciones en el correo electrónico jgcalderon@icfes.gov.co y notificacionesjudiciales@icfes.gov.co.

Cordialmente,

JOSE GABRIEL CALDERÓN GARCÍA

C.C. 80.854.567 de Bogotá D.C.

T.P. 216.235 del C. S de la J.