

Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali
Radicación nro. 2021-0049
Sentencia nro. 011

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI

SENTENCIA Nro. 011
Radicación Nro. 2021-0049

Cali, febrero diecinueve (19) de dos mil veintiuno (2021)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede esta instancia judicial a proferir sentencia en la presente actuación de tutela, en la que figura como accionante DANIELA MONTAÑO CARDENAS y accionado el INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACION DE LA EDUCACION ICFES, vinculada la PLATAFORMA SUMADI MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL.

II. ANTECEDENTES

1. La parte actora manifiesta que es estudiante de medicina y le fijaron fecha para la prueba Saber Pro el día 29 de noviembre de 2020, por lo que intentó conectarse de manera infructuosa inicialmente a la Plataforma SUMADI; cuando por fin pudo tener conectividad y con dificultades técnicas, sin mediar llamado de atención alguno la Plataforma le Expulsa de la Prueba de forma inmediata, sin realizar advertencias pertinentes, notificándosele que se había anulado la prueba por causal de uso indebido de audífonos, por lo que solicitó una explicación sin obtener respuesta. Precisa que radicó derecho petición al día siguiente sin recibir respuesta de fondo a la fecha, pues la respuesta que se dio en diciembre 11 de 2020 es genérica y no da solución de fondo.

Por lo anterior solicita la tutela de sus derechos al Debido Proceso, Honra, Calidad de Vida y Trabajo vulnerados por la accionada, ordenando a la accionada hacer llegar las llamadas de atención que le realizaron antes de aplicar la suspensión de las pruebas y realizar el examen antes del mes de julio del presente año, ya que la universidad no puede autorizar el grado sin el Certificado de Asistencia a las Pruebas Saber Pro, ya que es requisito del Ministerio de educación.

La parte actora acompañó a su solicitud tutelar los siguientes documentos en copia: resumen estado de cuenta ICETEX; Declaración juramentada ingeniero de sistemas Jair Yesid Cortes Tenorio; Declaración del médico Andrés Felipe Oleas Ramírez; respuesta ICFES 11 diciembre 2.020; Formula médica Dra. victoria Eugenia Montaña; reporte de pantalla periódico EL TIEMPO sobre el debido proceso pruebas saber pro 2.020. <https://www.eltiempo.com/vida/educacion/pruebas->

Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali
Radicación nro. 2021-0049
Sentencia nro. 011

[saberprorecomendaciones-para-presentar-el-examen-electronico-delicfes-2020-551008](#); derecho de petición.

2. En el término de traslado reglamentario conferido se brindó respuesta como lo hace constar la secretaría, la cual pasa a resumirse en lo pertinente (fls. 2 a 18).

La parte accionada Instituto Colombiano Para la Evaluación de la Educación ICFES por intermedio de su delegado para la actuación y luego de relacionar la actuación de su competencia, manifiesta que la accionante la señora DANIELA MONTAÑO CARDENAS fue inscrita para aplicar las pruebas Saber Pro 2020 virtual, el pasado 29 de noviembre de 2020 con el número de registro EK202031050087; no obstante, en virtud de los comportamientos realizados por esta durante el desarrollo del examen, se evidenció a través de las alertas emitidas por el software de vigilancia un comportamiento irregular que se tipifica en una falta y en una conducta prohibida, que ocasionó la anulación de su examen.

Relata que dicho procedimiento de anulación fue previamente comunicado por el funcionario del Icfes encargado de vigilar la prueba a DANIELA MONTAÑO CARDENAS a través del canal de comunicación que se habilita por un chat en doble vía en el cual informan, entre otras determinaciones, las medidas tomadas para cada caso en concreto. Así las cosas, y de conformidad con el informe remitido por el área respectiva encargada del proceso de vigilancia de las pruebas Saber Pro, la anulación del examen de la accionante se debió a que durante la realización de la prueba se detectó "Portar audífonos no autorizados. Esta conducta constituirá fraude cuando el software de vigilancia capture la imagen de supervisión en donde éste aparezca con los elementos señalados, en once (11) o más capturas sucesivas en la misma sesión; o veinte (20) o más capturas en toda la sesión.", es decir, que presuntamente incurrió en la conducta prohibida al hacer uso de audífonos evidenciado en once (11) capturas sucesivas o veinte (20) durante toda la sesión. Se aclara que, la comisión de esta conducta imposibilita al Icfes realizar un debido control y supervisión de la prueba, con lo cual pierde funcionalidad y utilidad el software de monitoreo y vigilancia y, se desvirtúa la transparencia y confiabilidad del examen.

En este punto, debe informarse al Despacho que contrario a lo que afirma la examinando DANIELA MONTAÑO CARDENAS para la realización del examen Saber Pro virtual 2020, en ningún momento se les indicó a los evaluados que debían portar audífonos para el desarrollo de la prueba, por cuanto de forma principal todas las comunicaciones relacionadas con el soporte en línea que se pudiera requerir se efectuarían por el chat en doble vía dispuesto para el efecto, empleado por el proveedor institucional CognosOnline como administrador de la plataforma SUMADI. Con relación a los requerimientos mínimos necesarios para el desarrollo exitoso del examen virtual, a los aspirantes según lo establecido en el protocolo de las pruebas, se les informó que debían contar con un centro de cómputo que contara con características técnicas que relaciona. En ese listado de requisitos tecnológicos mínimos para la presentación de la prueba en casa en ninguna parte se autoriza el uso de Audífonos por cuanto ello corresponde a una conducta

Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali
Radicación nro. 2021-0049
Sentencia nro. 011

prohibida tipificada como fraude en la Resolución 631 de 2015 ratificada en sus posteriores modificaciones.

Se advierte que, a los aspirantes de la precitada prueba, se les dio a conocer desde el inicio de la convocatoria a través de diferentes canales de comunicación las condiciones técnicas de la prueba electrónica en casa y los reglamentos de los exámenes de Estado, en donde se encuentran las disposiciones que preceptúan las conductas prohibidas y las sanciones que puede acarrear incurrir en las mismas, disposiciones que son aceptadas expresamente por los participantes desde el momento de la inscripción. Al respecto, se precisa que, dichas instrucciones y reglamentos fueron masivamente divulgados por el Icfes a la comunidad educativa, no solo a través de la página Web institucional, sino por medio de mensajes directos a los aspirantes y en las redes sociales como Facebook, Twitter e Instagram, donde se realizaron diferentes eventos en vivo invitando a los aspirantes a conservar una conducta proba durante el desarrollo de la prueba e indicándoles de manera gráfica lo que no podían hacer durante el desarrollo de la prueba, como es por ejemplo, no hacer uso de audífonos no autorizados durante el desarrollo de la prueba porque esto podría acarrear la anulación de su examen.

Aunado a ello, debe recalcar, los deberes que tienen los aspirantes de consultar de manera previa a la presentación del respectivo examen los reglamentos, cronogramas y manuales para la debida aplicación de las pruebas; en este caso, tanto al examinando como a las Instituciones de Educación Superior (encargados de realizar el proceso de preregistro de sus estudiantes ante la plataforma del Icfes) se les comunicó vía correo electrónico, a través de la página institucional y redes sociales del Icfes, todas las reglas que deben respetar los examinandos durante la presentación del examen; información de la cual no fue excluido la señora DANIELA MONTAÑO CARDENAS, a quien mediante correo electrónico dirigido a la dirección danimc-1002@hotmail.com el día 28 de octubre y 24 de noviembre del año 2021, el Icfes le remitió TODA la información concerniente a las reglas, conductas prohibidas, recomendaciones y advertencias, por lo cual, desconoce este Instituto las razones por las cuales esta no acató tales instrucciones o si accedió de manera parcial a la información que le fue suministrada. Situación que no la exime de responsabilidad y que escapa de la esfera de control de este Instituto, ya que las funciones del Icfes no se extienden a verificar si los aspirantes de las pruebas atienden o no las recomendaciones que deben tenerse en cuenta para la aplicación de la respectiva prueba, pues eso hace parte de sus deberes como evaluado y es de su exclusiva responsabilidad.

De manera adicional es relevante informar que, los aspirantes que estuvieran interesados en presentar la prueba electrónica en casa debían manifestar que contaban con las herramientas tecnológicas suficientes para desarrollar una prueba virtual, lo que significa verificar el correcto funcionamiento de su equipo de cómputo; por tanto, lo argüido por la accionante relacionado con las presuntas dificultades que se presentaron en su computador no resulta exculpatorio y en todo caso, no guarda relación con la conducta que se le endilga que corresponde al porte no autorizado de audífonos, por cuanto ese comportamiento puede afectar

Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali
Radicación nro. 2021-0049
Sentencia nro. 011

la confiabilidad y la transparencia de los exámenes de Estado. Aunado a ello, si la aspirante por razones de fuerza mayor no podía realizar la prueba así debió haberlo informado para que se procediera en su caso a reservar el saldo por concepto de la tarifa pagado para otro examen, sin embargo, esto no fue requerido por la ciudadana DANIELA MONTAÑO CARDENAS.

Destáquese que, la plataforma SUMADI estuvo en correcto funcionamiento durante la aplicación del examen Saber Pro 2020, frente a lo cual, es importante mencionar que para aquellos aspirantes que optaron por desarrollar la prueba en casa, el Icfes fue enfático en advertirles que debían verificar la debida funcionalidad de su centro de cómputo y encontrarse en un espacio físico idóneo para realizar la prueba en esa modalidad, porque de lo contrario debían realizar la prueba en un sitio de aplicación señalado por el Icfes. Es preciso señalar que omitir las directrices brindadas respecto a la consulta de los manuales y reglamentos que le fueron oportunamente remitidos a la accionante no la exime de responsabilidad y tal situación sale de la esfera de control de este Instituto, ya que las funciones del Icfes no se extienden a verificar si los aspirantes de las pruebas atienden o no las recomendaciones que deben tenerse en cuenta para la aplicación de la respectiva prueba, pues eso hace parte de sus deberes como evaluado y es de su exclusiva responsabilidad en este caso de la señora DANIELA MONTAÑO CARDENAS.

Se explica que, una de las conductas prohibidas descritas en el numeral 10° del artículo transitorio 4° de la Resolución 631 de 2015 adicionado por la Resolución 530 de 2020, es la relacionada con "Portar audífonos no autorizados. Esta conducta constituirá fraude cuando el software de vigilancia capture la imagen de supervisión en donde éste aparezca con los elementos señalados, en once (11) o más capturas sucesivas en la misma sesión; o veinte (20) o más capturas en toda la sesión. Esta conducta constituirá fraude.⁶ Su realización, trae como consecuencia la anulación del examen electrónico virtual en casa. Este comportamiento es particularmente especial porque requiere de la captura de un número determinado de imágenes por parte del monitor en donde se evidencie el despliegue de dicha conducta. Por lo tanto, dicha conducta va siendo monitoreada hasta que se cumpla el número de capturas de imágenes requeridas para ser considerado como falta contra el examen, situación que se evidenció en el caso de la accionante, a pesar de los llamados que se le hicieron. Frente a esto, llama la atención de este instituto que la estudiante MARÍA NAVARRO MANCILLA manifieste que ella no fue enterada de la anulación de su prueba toda vez que esto no corresponde con la realidad; pues lo cierto es que ella sí se enteró de esa situación durante el desarrollo mismo del examen y tuvo interacción con el monitor que vigiló su prueba mediante chat el día de la aplicación de la prueba, en donde se le requirió para que suspendiera la conducta en que estaba incurriendo o de lo contrario su prueba sería anulada por incurrir en una conducta prohibida, recomendación que no atendió y que dio lugar a la anulación. Las pruebas de ello serán plasmadas más adelante.

Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali
Radicación nro. 2021-0049
Sentencia nro. 011

Como consecuencia de lo anterior y, en virtud de la facultad legal sancionatoria otorgada al Icfes y realizada a través de la Oficina Asesora Jurídica, para aquellas personas a las que el software detectó como presunto infractor, incluyendo a DANIELA MONTAÑO CARDENAS, el Icfes procederá a iniciar la actuación administrativa sancionatoria en la forma y términos previstos en los artículos 47° y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y en la Resolución Icfes 631 de 2015, para lo cual, se propenderá por respetar sus garantías fundamentales, siendo así que se le correrá traslado para presentar descargos y para que allegue y/o solicite las pruebas que quiera hacer valer en ejercicio de su derecho de defensa y contradicción y, en general, se garantizará la debida notificación de las actuaciones que se surtan durante el proceso. Lo anterior se efectuará previo a un análisis de pertinencia que signifique abrir una investigación preliminar, con el objeto de depurar la información inicialmente obtenida y determinar la existencia o no de méritos para dar inicio a la actuación administrativa sancionatoria, que de resolverse a favor de la interesada podría retrotraer la situación presentada.

Ahora, en caso que se llegue a concluir como resultado de la averiguación preliminar la apertura de un proceso administrativo sancionatorio en contra de DANIELA MONTAÑO CARDENAS, quien asumiría la calidad de investigada, debe decirse que dicho proceso se adelantará con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción que le asisten; pues de conformidad con la norma que rige la materia, luego de notificado el pliego de cargos se abre la posibilidad para que ejerza sus derechos de defensa y contradicción y por tanto, pueda cuestionar las pruebas que el Icfes determine como sustento, así como controvertir los elementos fácticos y jurídicos de dichos pliegos; estableciendo también, la garantía para la investigada que al solicitar y aportar nuevas pruebas este Instituto solo podrá rechazarlas de manera motivada.

De otro lado, también se encuentra que la accionante en su escrito de tutela indica que no se dio respuesta de fondo a sus petición relacionada con este asunto, la cual corresponde al Oficio con radicado No. 20202102969952 del 30 de noviembre de 2020, en donde la peticionaria solicita que se le re programe la aplicación de la prueba Saber Pro ya que su prueba fue anulada por usar audífonos y que así mismo había tenido inconvenientes técnicos con la plataforma SUMADI. Con relación a esta situación expuesta, esta Oficina procedió a revisar la respuesta suministrada por parte de la Unidad de Atención al Ciudadano del Icfes y evidenció que la misma no suministró de manera detallada la información requerida por la usuaria, por lo cual, el día 16 de febrero de 2020, dando alcance a la respuesta ofrecida ofreciendo una respuesta clara, concreta y de fondo a sus pedimentos.

La nueva respuesta brindada se generó mediante el radicado de salida No. 20211100325421, en donde se le indicó a la señora DANIELA MONTAÑO CARDENAS que no era posible acceder a su petición de reprogramar la Prueba Saber Pro ya que la misma había sido anulada en virtud de la comisión de una conducta prohibida estipulada en la Resolución 631 de 2015. Se le manifestó así mismo, que su situación administrativa sería resuelta dentro del procedimiento administrativo

Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali
Radicación nro. 2021-0049
Sentencia nro. 011

sancionatorio correspondiente, en los plazos previstos en la Ley, en este caso, en el artículo 47 y siguientes del CPACA y en la Resolución Icfes 631 de 2015, escenario donde podrá ejercer su derecho de defensa y contradicción, frente a lo cual, se le indicó que sobre ello sería informada y debidamente notificada en su calidad de implicada e interesada, a la dirección electrónico reportada al momento de la inscripción, tal como ocurrió mediante el Auto de Averiguación preliminar de fecha 07 de diciembre de 2020 que le fue comunicado a su correo electrónico danimc-1002@hotmail.com el 09 de diciembre de 2020 en donde de manera puntual se le informa la presunta conducta en que incurrió, las pruebas con las que se cuenta y las pruebas que iban a ser solicitadas. En este sentido, se encuentra demostrado que el Icfes atendió cabalmente las petición de la actora. Finalmente, se le informó que toda vez que no existía una sanción en su contra podía inscribirse a la próxima convocatoria ordinaria que programara el Icfes.

Las evidencias de las respuestas dadas y las respectivas pruebas de envío son remitidas al Despacho para acreditar lo antedicho.

Con base en lo expuesto, en el presente asunto no se configura debidamente el carácter residual y subsidiario que debe identificar la solicitud de amparo constitucional, porque como se informó, a propósito que la actora pueda ejercer su derecho de defensa y contradicción contará con las etapas procesales correspondientes dentro del proceso administrativo sancionatorio que se adelantará y, que se resolverá a través un acto administrativo contra el cual la actora también podrá interponer recursos y, en todo caso, acudir ante la jurisdicción ordinaria, ante su juez natural, que no es el juez de tutela, para instaurar el medio de control respectivo. De manera que, la situación expuesta en la solicitud de amparo, es una materia que no debería ser discutida ante el juez de tutela porque esa discusión involucraría la revisión de aspectos técnicos que requerirían, por ejemplo, la participación de peritos, lo cual claramente desbordaría la órbita de competencia del juez de tutela.

Adicional a lo anterior, precisa al Despacho que al no haberse emitido una fallo que imponga una sanción con ocasión de una conducta prohibida sobre la cual se establezca con alto grado de certeza su comisión, en virtud del principio constitucional del debido proceso y de la presunción de inocencia, la señora DANIELA MONTAÑO CARDENAS cuenta con la posibilidad de poder presentarse nuevamente el examen de Estado Saber Pro en la nueva aplicación que se ha programado ordinariamente por parte del Icfes a través de la Resolución 000090 de 27 de enero de 2021, cuyo convocatoria se encuentra publicada en la página Web institucional, esto, al no encontrarse en la actualidad inhabilitada para eso y al no existir una sanción que imposibilite su inscripción, ya que como se itera, no se ha dado inicio siquiera a la actuación administrativa sancionatoria. Empero, no es posible reprogramar la misma prueba que le fue anulada el día 29 de noviembre de 2020 pues la misma será objeto análisis para determinar la existencia de los elementos probatorios que den mérito suficiente para llevar a cabo la actuación o la no la demostración del cometimiento de la conducta sancionable, lo cual se

Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali
Radicación nro. 2021-0049
Sentencia nro. 011

hará en su momento si se estima aperturar el proceso sancionatorio correspondiente.

Considera que la solicitud de amparo adolece del requisito de subsidiariedad que debe caracterizarla y por tanto se torna en improcedente, ya que al existir otros medios de defensa durante el proceso administrativo sancionatorio como son los descargos, los alegatos de conclusión, los recursos y hasta el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la acción de tutela no es el mecanismo de protección idóneo y eficaz para resolver las pretensiones de la señora DANIELA MONTAÑO CARDENAS, pues con ello, se hace entrever que esta pretende saltarse los procedimientos legales que se han establecido para resolver una controversia que se encuentra estrictamente reglada; máxime que al no haber sido impuesta una sanción en su contra no resultaría posible afirmar que se le hubiera ocasionado un perjuicio irremediable.

Resalta que el Icfes no vulneró ni amenazó con vulnerar los derechos fundamentales a la honra, trabajo, debido proceso y calidad de vida invocados por la accionante, toda vez que previo a la aplicación del examen es deber de los aspirantes consultar: reglamentos, cronogramas y manuales para la debida aplicación de las pruebas. Para el caso, se remitió de manera masiva a los correos electrónicos de los estudiantes, incluyendo a la señora DANIELA MONTAÑO CARDENAS, toda la información de interés relacionada con reglas del examen, advertencias y recomendaciones para el día de presentación del examen: a) Sanciones por faltas, b) Conductas prohibidas, c) Consideraciones sobre iluminación del lugar de presentación de la prueba, d) Requerimientos de su computador; por tanto, no puede endilgarse responsabilidad al Icfes frente al incumplimiento y la falta de atención de las reglas que únicamente son atribuibles al examinando.

Precisa que la estudiante investigada además de haber sido enterada en el momento mismo en que se detectó la presunta conducta prohibida en que incurrió, a través del chat en doble vía con el monitor de su prueba, esto es el día 29 de noviembre de 2020, también recibió respuesta oportuna a su petición, de las que fue debidamente enterada sobre la falta en que presuntamente incurrió y en donde se le remitieron las pruebas con que se cuenta en la actualidad y se le requirió para que remitiera algunas otras, frente a las cuales se determinará si hay lugar o no a abrir la actuación administrativa, y así mismo se le indicó, que su situación sería resuelta dentro de dicho procedimiento legal en los plazos previstos en el artículo 47 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 -CPACA y en la Resolución Icfes 631 de 2015, sobre lo cual se le indicó, que lo que se decidiera en su caso le sería debidamente notificado para que pudiera ejercer su derecho de defensa y contradicción.

En caso de que se llegue a concluir como resultado de la averiguación preliminar la apertura de un proceso administrativo sancionatorio en contra de DANIELA MONTAÑO CARDENAS, quien asumiría la calidad de investigada, este se adelantará con plena garantía de los derechos de representación, defensa y

Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali
Radicación nro. 2021-0049
Sentencia nro. 011

contradicción. Entendiendo con ello que, al existir otro medio de defensa durante el proceso administrativo sancionatorio como son los descargos, los alegatos de conclusión, los recursos, y el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, esta acción de tutela no es el mecanismo de protección idóneo y eficaz para resolver las pretensiones de la accionante, pues ello implicaría por ejemplo, la participación de peritos, lo cual claramente desbordaría la órbita de competencia del juez de tutela, haciéndose evidente que la accionante pretende saltarse los procedimientos legales que se han establecido para resolver esta controversia.

Con fundamento en lo expuesto, se solicita al Despacho, se niegue la presente acción de tutela, al considerar que el Instituto que represento ha demostrado que no incurrió en amenaza o vulneración por acción u omisión de las garantías constitucionales invocadas por la accionante.

La parte vinculada Ministerio de Educación Nacional manifiesta que no ha vulnerado el derecho fundamental invocado por la accionante DANIELAMONTAÑOCARDENAS, siendo ajeno a la discusión fáctica presentada en la acción. Precisa que no ha existido actuación que atente contra los derechos fundamentales invocados por la accionante, en consecuencia, la presente vinculación a la acción de tutela no está llamada a prosperar, por lo que solicita su desvinculación, toda vez que lo pretendido por la accionante, en la garantía de los derechos reclamados y demás derechos que encuentre amenazados o vulnerados, no han sido transgredidos por la entidad.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este despacho es competente para resolver sobre la presente actuación, con base en lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000 y normas concordantes.

2. El Problema Jurídico

Se deberá dilucidar en el presente caso, si se ha presentado vulneración al derecho fundamental invocado por el actor en protección tutelar y, si es esta la vía judicial procedente a dicha protección.

3. La existencia de otro mecanismo de defensa judicial eficaz, hace improcedente la acción de tutela, salvo que exista un perjuicio irremediable. Reiteración de jurisprudencia¹.

La Corte reiteradamente ha señalado que uno de los factores de procedencia de la acción de tutela está supeditado a la inexistencia o la ineficacia del medio de

¹ Corte Constitucional, Sen. T-623 de 2009. MP. Dr. Nilson Pinilla Pinilla

Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali
Radicación nro. 2021-0049
Sentencia nro. 011

defensa judicial ordinario, cuando éste es idóneo para restablecer el derecho atacado, situación que podrá determinarse por el juez de tutela en el caso concreto, frente a los hechos y el material probatorio correspondiente².

El inciso 3° del artículo 86 de la Constitución somete la acción de tutela al presupuesto de subsidiariedad, esto es, que el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En desarrollo de la norma superior, en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 taxativamente se consagraron las *causales de improcedencia de la acción de tutela* (num. 1°).

Esa subsidiaridad guarda relación con el papel que también le corresponde al juez en sus actividades comunes, como guardián de los derechos fundamentales y de la Constitución que en todo proceso le corresponde ser³. Así, deviene claramente que la acción de tutela, por su carácter excepcional, no es el mecanismo a utilizar *per se* para obtener el amparo de derechos fundamentales cuando exista otra vía de defensa judicial, salvo que se configure un perjuicio irremediable, el cual ha de estar probado y debe ser inminente y grave⁴.

Cabe repetir, de esta manera, que el carácter subsidiario y excepcional de la acción de tutela implica que ésta sólo pueda ser ejercida cuando no se disponga de otro mecanismo de defensa judicial, o en el evento en que aún existiendo resulte ineficaz, o que sea necesario el amparo, en forma transitoria, para evitar que se produzca un perjuicio irremediable.

Al respecto en sentencia T-128 de febrero 22 de 2007, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, esta corporación expuso:

“... dado que contra los actos administrativos que vulneran un derecho fundamental particular, procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y que al emplear dicha vía, el interesado puede solicitar la suspensión provisional del acto, la Corte ha considerado que ‘no le es dable al juez de tutela entrar, mediante una decisión judicial, a revivir los términos para interponer recursos que en su momento no fueron utilizados, o revivir los términos de caducidad establecidos para ejercer las acciones judiciales procedentes, pues la acción de tutela no es un mecanismo judicial, alterno, supletivo, concomitante o una tercera instancia, a la cual se pueda acudir para remediar aquellas actuaciones judiciales dejadas de hacer por la negligencia o mera liberalidad del particular, como tampoco para reemplazar al juez ordinario al que eventualmente le corresponda dirimir determinado asunto en virtud del ejercicio de la acción judicial correspondiente.’⁵

2 Cfr. T-1019 de 2008 (octubre 17), M. P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

3 Cfr. T-069 de enero 26 de 2001, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

4 Cfr. C-595 de julio 27 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

5 Nota de pie de página en el texto citado: “Corte Constitucional, sentencia T-1204 de 2001, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. En este caso los accionantes solicitaron la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la vivienda digna, el de petición y buen nombre al haber sido sancionados por una empresa de servicios públicos domiciliarios con ocasión de la detección de anomalías en sus medidores de energía”.

Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali
Radicación nro. 2021-0049
Sentencia nro. 011

La Corte Constitucional ha señalado que en los eventos excepcionales en los que procede la tutela contra actos administrativos que vulneren derechos fundamentales, por regla general, ésta se concede como mecanismo transitorio. Así lo señaló en la sentencia T-514 de 2003⁶ en donde indicó al respecto lo siguiente:

'la Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo'.

No obstante, esta Corporación también ha admitido que en ciertos casos, cuando existe una vía de hecho en un acto administrativo y se observa la existencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela procederá no sólo como mecanismo transitorio, sino que excepcionalmente podrá concederse de forma definitiva⁷."

Por tanto, como regla general relacionada con lo anteriormente expuesto, la acción de tutela que pretenda atacar un acto administrativo es improcedente, pues en el ordenamiento jurídico está consagrada la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, medio de defensa judicial propio, específico y eficaz, que inclusive prevé la suspensión provisional, excluyendo la protección prevista en el artículo 86 de la Carta, salvo la existencia de un perjuicio irremediable.

5. Sobre el Caso

Como se aprecia en la actuación, la parte actora, luego de precisar sus pretensiones con la presente acción, concreta que reclama por esta el trámite y resolución de asuntos que convocan su interés jurídico y que se adelantaron ante autoridades Administrativas.

Como se evidencia en la actuación, la accionada no ha vulnerado derecho fundamental alguno de la parte accionante, teniendo en cuenta que brindó respuesta de fondo a lo solicitado en la presente actuación de tutela, respuesta que no comparte la parte actora.

Así las cosas y conforme el precedente constitucional, ante actos de naturaleza administrativa, jurisdiccional o de dicha expectativa, amparados por la presunción de legalidad, que generen inconformidad en cuanto a la gestión, amparo, alcance o los resultados de los mismos, la preceptiva vigente prevé los mecanismos contenciosos ordinarios o especiales y al efecto los estrados administrativos y

⁶ Nota de pie de página en el texto citado: "*Corte Constitucional, sentencia T-514 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.*"

⁷ Nota original de pie de página en el texto citado. "*Ver entre otras, las sentencias T-806 de 2004, Clara Inés Vargas Hernández; T-418 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-811 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-571 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-470 de 2002, MP. Alfredo Beltrán Sierra.*"

Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali
Radicación nro. 2021-0049
Sentencia nro. 011

judiciales competentes. Consecuentemente, si la legalidad de los actos reprochados no ha sido cuestionada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo u ordinaria, no es la acción de tutela el medio idóneo para encauzar pretensiones no reclamadas apropiadamente.

Reiterando con el precedente constitucional en cita, en términos normativos y jurisprudenciales, la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de derechos fundamentales, frente a lo cual el sistema jurídico no tenga previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces.

Como lo ha recalcado la Corte Constitucional en desarrollo del inciso 3° del artículo 86 superior, hay lugar a la procedencia de la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamentó este instrumento de amparo, señala que la existencia de esos medios de defensa principales debe ser apreciada en concreto, en lo que respecta a su eficiencia, frente a las circunstancias particulares en las que se encuentra el solicitante.

Tampoco se hace procedente la tutela de manera transitoria por no reunirse los presupuestos establecidos al efecto: no se presenta la existencia de un perjuicio inevitable; no se produce de manera cierta y evidente una amenaza sobre un derecho fundamental, derivada de los actos administrativos emitidos que cuentan con la presunción de su legalidad; consecuentemente, no existe gravedad tal en el presente caso que haga impostergable la tutela solicitada; los medios de defensa previstos en nuestro sistema de justicia – jurisdicción contencioso administrativa u ordinaria - son idóneos para evitar o poner fin a la eventual vulneración que refiere el actor, incluidas las medidas provisionales que dicha instancia pueda disponer, si así lo considera conforme lo establecido normativamente.

En conclusión, en tales condiciones, no es la acción de tutela el instrumento idóneo para que la parte actora cuestione los actos o expectativas administrativas o judiciales.

Conforme lo anteriormente expuesto, la acción de tutela se considera improcedente, lo que así se dispondrá en la parte resolutive.

Con relación a la acción de tutela que ejerciera precedentemente el hoy accionante, puede adelantar el trámite incidental que considere pertinente, al interés jurídico que le asiste.

Finalmente, se ordenará la desvinculación de la parte vinculada, por no haber vulnerado derecho alguno de la parte accionante.

Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali
Radicación nro. 2021-0049
Sentencia nro. 011

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali – Valle del Cauca,

ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO Y POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA,

RESUELVE:

PRIMERO: **DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** la presente Sentencia a quienes corresponda conforme a la ley, advirtiendo sobre la posibilidad de su impugnación.

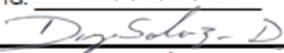
TERCERO: **DISPONER** la Desvinculación de las entidades objeto de dicha medida, conforme lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: **REMITIR** la presente actuación ante la Honorable Corte Constitucional, para lo de su competencia, previo trámite de la eventual impugnación.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

EL JUEZ,


ARMANDO DAVID RUIZ DOMINGUEZ

<p>JUZGADO 3 DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI</p> <p>En Estado No. <u>0025</u> de hoy se notifica a las partes el auto anterior.</p> <p>Fecha: <u>22/02/2021</u></p> <p> Secretario</p>
