

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**



**JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE CARTAGENA
Cartagena de Indias, dieciocho (18) de enero de dos mil veintidós (2022)**

REFERENCIA	ACCIÓN DE TUTELA
EXPEDIENTE.	No 13-001-31-10-004-2021-00612-00
ACCIONANTE	SHIRLEY SANDRA BUENO BUSTOS
ACCIONADA	ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-ESAP-

Procede el Despacho a proferir fallo de primera instancia dentro de la acción de tutela incoada por la señora **SHIRLEY SANDRA BUENO BUSTOS**, en contra de la **ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-ESAP-** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, debido proceso, igualdad y mínimo vital.

ANTECEDENTES

Manifiesta la accionante, señora **SHIRLEY SANDRA BUENO BUSTOS**, estar laborando desde el año 2017, hasta el 18 de diciembre de 2021, cuando culminó su último contrato, como instructora del **SENA**. Que, a través del convenio realizado por el **SENA** con la **ESAP**, se inscribió en la convocatoria para admitir docentes para esta anualidad, siendo citada a la realización del examen virtual, el día siete (7) de noviembre de 2021. Manifiesta la accionante haber verificado que las condiciones de sus instalaciones del sistema estuvieran óptimas para la presentación de dicho examen; sin embargo, luego de cuarenta y cinco minutos de haber iniciado el examen, el servicio de internet presentó fallas dejando la pantalla de su PC en blanco. Considerando pues de que se trata de inconveniente de fuerza mayor, presentó queja ante la **ESAP** y la consecuente solicitud de que fuera repetido el examen; que la encartada **ESAP** se niega a la reprogramación de la prueba, toda vez que es responsabilidad del aspirante garantizar las condiciones técnicas para la presentación de su examen. Considera la accionante que la encartada **ESAP** vulnera sus derechos fundamentales invocados en esta acción de tutela.

Solicita la accionante, señora **SHIRLEY SANDRA BUENO BUSTOS**, que se conceda la tutela de sus derechos fundamentales y se ordene a la encartada repetir particularmente su evaluación y que hasta tanto se obtenga el puntaje de esta, suspenda el trámite de las etapas subsiguientes del concurso.

La solicitud de esta tutela fue admitida por auto de fecha trece (13) de diciembre de 2021, notificándose a las partes, y solicitando a la entidad accionada y a los vinculados, rindieran un informe sobre los hechos que dieron lugar a esta acción.

A esta acción de tutela fueron vinculados: el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA**, la empresa de telefonía móvil **MOVISTAR** y a los participantes del concurso realizado por el **SENA** en convenio con la **ESAP**

Síntesis de la contestación de la demanda por parte de la ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Manifiesta la jefe de Oficina asesora jurídica de la **ESAP**, en lo pertinente y relevante al caso que nos ocupa, luego de realizar un informe detallado de la programación del concurso, que, si bien la accionante alega una falla en el internet y que la misma es una circunstancia de fuerza mayor, el proceso de selección se desarrolló bajo las reglas preestablecidas y conocida por la aspirante, a las que se ajustó la **ESAP** para garantizar la participación de todos los aspirantes. Que, de acuerdo con las reglas del concurso, era del resorte del aspirante adecuar su equipo técnico conforme las

especificaciones dadas, las que fueron publicadas, así como en videos guía ilustrada y simulacro o prueba y disponiendo canales de acompañamiento para el proceso de preparación para la presentación de la prueba. Así las cosas, concluye no ser responsabilidad de la entidad la falla de la internet reportada por la accionante en su escrito de queja, la que fue respondida de fondo respetando su derecho de petición. De igual manera hace referencia a la subsidiariedad de esta acción, toda vez que la accionante debe recurrir a la jurisdicción administrativa y no a este procedimiento constitucional, por lo que solicita se declare la improcedencia de esta.

Síntesis de la contestación por parte del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA-

Manifiesta la Subdirectora del Centro de Comercio y Servicios del **SENA** Regional Bolívar, que se opone a las pretensiones de la accionante, ya que esa entidad no tiene injerencias en el manejo de la plataforma SUMADI y solicita su desvinculación de esta acción de tutela; agrega que en cuanto a la suspensión del proceso de selección para la contratación del año 2022, que hay aspirantes que sí cumplen con los requisitos para la conformación del banco de instructores, los cuales presentaron sus pruebas ante la **ESAP**, cumpliendo con los términos de referencia del proceso.

Problema Jurídico.

Establecer en principio, la procedibilidad de la acción de tutela para efectos de la prosperidad de las pretensiones invocadas por la señora **SHIRLEY SANDRA BUENO BUSTOS**.

CONSIDERACIONES

La Acción de Tutela fue consagrada por el Art. 86 de la Constitución Nacional, reglamentada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, con el objetivo de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos; por lo anterior, cualquier persona podrá solicitar esta acción, cuando considere que estos Derechos Fundamentales se encuentran de una u otra manera violentada o se encuentran amenazados por la acción u omisión de cualquier Autoridad Pública.

La acción de tutela es un instrumento jurídico que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando de acuerdo con las circunstancias concretas de cada caso y a falta de otro medio de orden legal que permita el debido amparo de los derechos, éstos sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos que señale la ley.

Pretende la accionante señora **SHIRLEY SANDRA BUENO BUSTOS**, que, a través de esta acción constitucional, se le protejan sus derechos fundamentales y se ordene a la encartada **ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA -ESAP-**, repetir de manera particular, su evaluación y hasta tanto se obtenga el puntaje de esta, se suspenda el trámite de las etapas subsiguientes del concurso del **SENA** para la conformación de instructores del año 2022.

Este Despacho estima, en relación con los derechos presuntamente conculcados, cuya protección pretende el accionante, están inmersos sin discusión alguna, en el ámbito de los fundamentales de aplicación inmediata, porque así lo determinó el constituyente de 1991 en la Carta Política, sin embargo, previo a adentrarnos al estudio de los derechos fundamentales invocados por la accionante señora **SHIRLEY SANDRA BUENO BUSTOS**, es necesario establecer la procedibilidad de la acción de tutela para la prosperidad de la pretensión de la accionante.

Artículo 6°. Del Decreto 2591 de 1991

“La acción de tutela no procederá:

1. *Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*
2. *(...)*”

De igual manera así lo ordena nuestra Constitucional Nacional, en su artículo 86:

(...)

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

Artículo 138. CPACA

“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel

Artículo 229 CPACA

“En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo. La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento. “

“PARÁGRAFO. *Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.”*

Criterio de la Corte Constitucional.

En apoyo a la decisión a adoptarse, es necesario acudir al criterio de la Corte Constitucional y es por ello por lo que se transcriben apartes de la sentencia T-264/18 en la que aborda el concepto de la subsidiariedad de la acción de tutela como requisito para su procedibilidad.

Sentencia T-264/18

...

Subsidiariedad:

La Constitución Política dispone que la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En desarrollo de esta norma, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció que “la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.” En ese sentido, no se trata de un análisis de existencia formal sino material en virtud del cual se debe determinar si, en las circunstancias del caso concreto, el mecanismo existente resulta idóneo, es decir, que es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y efectivo, esto es, que está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados. En consecuencia, en el presente caso se debe analizar la existencia, idoneidad y eficacia de otros mecanismos para la defensa judicial del accionante

Al respecto se debe tener en cuenta que los actos administrativos de carácter particular y concreto pueden ser controvertidos con otros mecanismos, tanto administrativos como judiciales, para conseguir la protección de los derechos fundamentales, principalmente al debido proceso. Tal es el caso también de los actos administrativos proferidos en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal, puesto que, como lo ha señalado esta Corte, “la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se constituye en un mecanismo judicial idóneo para garantizar la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por un órgano de control, más aún cuando en esa instancia se puede solicitar y obtener la suspensión provisional de ciertos actos administrativos desde el momento mismo de la admisión de la demanda. Al respecto esta Corporación, en varias oportunidades, ha precisado que la suspensión provisional es un mecanismo no menos importante y efectivo que la acción de tutela, el cual se concibe como medida cautelar cuando una entidad vulnera en forma manifiesta los derechos del administrado.”

Así, la vía gubernativa o la vía judicial ordinaria constituyen medios idóneos para la defensa de los derechos fundamentales con ocasión de procedimientos administrativos, no así la acción de tutela. En consecuencia, la

Corte ha considerado que, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la acción de tutela resulta improcedente contra este tipo de actos.

Lo mismo ocurre con los actos administrativos de trámite. En efecto, comoquiera que ellos “se limitan a ordenar que se adelante una actuación administrativa dispuesta por la ley, de manera oficiosa por la administración, en ejercicio del derecho de petición de un particular o cuando éste actúa en cumplimiento de un deber legal”, tampoco son controvertibles por la vía de la acción de tutela.

Con ello se pretende evitar “(i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior) y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios).”

“De manera que esta Corporación ha señalado que, solo de manera excepcional, podrá ser procedente la acción de tutela contra los actos administrativos de trámite. Para ello, sin embargo, no basta que se alegue cualquier irregularidad dentro del proceso, “pues para que ello opere la misma debe ser de tal magnitud que comprometa de forma sustancial un derecho fundamental y trascienda negativamente en el enfoque de la decisión final”.

Corresponderá entonces al juez de tutela “examinar en cada caso concreto y según las especiales circunstancias que lo rodeen, si un determinado acto de trámite o preparatorio tiene la virtud de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa, que de alguna manera se proyecte en la decisión principal y, por consiguiente, sea susceptible de ocasionar la vulneración o amenaza de violación de un derecho constitucional fundamental, en cuyo caso, la tutela es procedente como mecanismo definitivo destinado a proteger un derecho fundamental vulnerado o amenazado por la acción de la administración.”

Descendiendo al caso que nos ocupa, como quiera que corresponde al juez de tutela, el análisis de la eficacia de los otros medios de defensa judiciales, a efectos de establecer la excepcionalidad de la procedencia de la acción de tutela, cuando quiera que exista un perjuicio irremediable, en esta instancia, la accionante no ha demostrado el peligro inminente, para que de manera excepcional pueda proceder esta acción, amén que la controversia se da dentro del ámbito de un concurso en el que la accionante no tiene aún un derecho reconocido.

Así las cosas, conforme a las normas legales y constitucionales, así como el criterio de la Corte Constitucional plasmado en los apartes de la sentencia acabados de transcribir, cuenta la accionante con la jurisdicción de lo contencioso administrativo y al no demostrar un perjuicio irremediable, se torna improcedente la presente acción de tutela, y así se declarará.

En razón y mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela incoada por la señora **SHIRLEY SANDRA BUENO BUSTOS**, por las razones esbozadas en la parte interna de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el articulado 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: En el evento de no ser impugnado este fallo, désele estricto cumplimiento, por Secretaría, a lo previsto en el artículo 31 del decreto 2591 de 1991

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


RODOLFO GUERRERO VENTURA
 JUEZ