

ACCIÓN DE TUTELA - Improcedente por incumplir el requisito de subsidiariedad / SUBSIDIARIEDAD - Omisión en el agotamiento de otros medios de defensa judicial / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Medio de control idóneo para controvertir el pago tardío del auxilio de cesantías y los intereses moratorios / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL - La calidad de persona de la tercera edad no genera la procedencia de la acción de tutela / PERJUICIO IRREMEDIABLE - Inexistencia / DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE INTERÉS EN LA PRETENSIÓN U OPOSICIÓN - Al autorizar la sentencia la deducción de lo que presuntamente le adeuda la demandante al departamento del Cauca

[P]ara esta colegiatura resulta evidente que la controversia aquí planteada debe ventilarse ante la secretaría de educación y cultura del Cauca en atención a los artículos 2 y 3 del Decreto 2831 de 2005, y en el eventual caso de que le sea negada su reclamación, puede demandar el correspondiente acto administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Y a este último mecanismo (medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho) puede acudir la peticionaria, y no a la acción de tutela, máxime cuando dentro del proceso contencioso-administrativo y al momento de incoar la respectiva demanda, puede solicitar las medidas cautelares que considere pertinentes conforme a los artículos 229 y siguientes del CPACA, con el fin de [...] proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia [...]. En tales condiciones (la existencia de otro medio de defensa judicial), resulta aplicable la preceptiva del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, norma que guarda estricta armonía con el artículo 86 de la Constitución Política, en virtud de los cuales la acción de tutela (...) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial. Además, si bien la actora afirma que tiene la condición de sujeto de especial protección por parte del Estado por ser una persona de la tercera edad, este hecho no genera la procedencia de la acción de tutela, por cuanto tal condición no involucra per se la amenaza de derechos constitucionales fundamentales que haga necesaria la adopción de medidas urgentes para salvaguardarlos. (...). Asimismo, aunque la actora padece de trastornos depresivos severos (...), dicha enfermedad es tratada por Cosmitet Ltda., por lo que no se encuentra en una situación de desamparo que configure un perjuicio irremediable y haga imperioso adoptar medidas urgentes para garantizar sus derechos constitucionales fundamentales. (...) En ese orden de ideas, la Sala observa que a pesar de que la accionante en el libelo introductorio pidió que se le pagaran sus cesantías definitivas sin la deducción del dinero que presuntamente le adeuda al departamento del Cauca, el a quo, al amparar su derecho constitucional fundamental de petición, declaró tácitamente que debía efectuarse dicha retención por así haberlo autorizado ella en la solicitud de 21 de abril de 2015. No obstante, para la Sala tal determinación perjudica la situación de la demandante porque ella en el escrito de tutela pretende que no se ordene deducción alguna del monto de sus cesantías. (...). Así las cosas, y comoquiera que el a quo desconoció el principio de interés en la pretensión u oposición, para la sentencia de fondo o mérito al autorizar tácitamente la deducción de lo que presuntamente le adeuda la demandante al departamento del Cauca, la Sala

revocará la sentencia impugnada y, en su lugar, rechazará la acción de tutela por no colmarse el requisito de subsidiariedad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 86 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 138 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 229 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 6 NUMERAL 1 / DECRETO 1382 DE 2000 / DECRETO 306 DE 1992 / DECRETO 2831 DE 2005 - ARTÍCULO 2 / DECRETO 2831 DE 2005 - ARTÍCULO 3

NOTA DE RELATORIA: Sobre tutela como mecanismo transitorio, consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 18 de marzo de 2010, exp. AC-2010-00032, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, y sentencia de 9 de diciembre de 2010, exp. AC-2010-01795-01, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez; en cuanto al principio de interés en la pretensión u oposición, para la sentencia de fondo o mérito, consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 6 de diciembre de 2015, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, exp. 11001-03-15-000-2016-03308-00(AC); frente al interés directo, consultar: Consejo de Estado, Subsección B, sentencia de 29 de enero de 2015, exp. 66001-23-31-000-2010-00258-01, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; en relación con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, ver: Corte Constitucional, sentencia T-480 de 13 de junio de 2011, M.P. Luis Ernesto Varga Silva; sobre la renuencia o el uso tardío de los medios ordinarios de defensa, ver: Corte Constitucional, sentencia T-807 de 28 de septiembre de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA



SUBSECCIÓN B

Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 19001 23 33 000 2016 00397 01 (AC)

Actor: LUZ ÁNGELA BENAVIDES MONCAYO

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO Y OTRO

Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER



Procede la Sala a decidir la impugnación formulada por la demandante contra la sentencia de 7 de septiembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que amparó su derecho constitucional fundamental de petición^[1].

I. ANTECEDENTES

1.1 La solicitud de amparo (f. 1 c. 1). La señora Luz Ángela Benavides Moncayo, quien actúa en nombre propio, presenta acción de tutela con el fin de que se le protejan sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, igualdad y mínimo vital, presuntamente quebrantos por los señores Ministra de Educación Nacional, gobernador del departamento del Cauca y presidente de la Fidupervisora SA.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene reconocerle y pagarle el auxilio de cesantías y los intereses moratorios a que haya lugar, por no cancelársele oportunamente dicha prestación, sin que se realice deducción alguna.

1.2 Hechos. Relata la accionante que tiene 61 años de edad y laboró como docente en el departamento del Cauca desde el 5 de febrero de 2004 hasta el 23 de enero de 2009, fecha en la que fue retirada forzosamente por padecer «trastorno mayor depresivo», dolencia por la que la secretaria de educación y cultura del ente territorial, con Resolución 2047 de 23 de noviembre siguiente, le reconoció una pensión de invalidez equivalente a «un salario mínimo legal mensual vigente».

Que luego de que se le reconocieran sus acreencias laborales, le informaron que debía reintegrar la suma de \$1' 510.649, toda vez que «no se alcanzaron a incluir en el sistema algunas licencias por enfermedad», las cuales disminuyen el valor de sus prestaciones.

Dice que no es dable devolver ese dinero ya que no cuenta con recursos económicos; además, de aceptar que sus prestaciones no se reconocieron en debida forma se reducirían sus cesantías a la mitad de lo que realmente le corresponde, en afectación de sus derechos constitucionales fundamentales invocados en la solicitud de amparo.



Que las autoridades accionadas no le han cancelado sus cesantías definitivas porque no le han otorgado un paz y salvo, el cual solo se expide cuando reintegre el \$1' 510.649 que las autoridades accionadas le exigen, suma con la que no cuenta, pues su pensión no le alcanza ni siquiera para satisfacer sus necesidades básicas, situación que constituye un perjuicio irremediable que hace necesario ordenar el pago urgente de la prestación reclamada, máxime cuando su edad le otorga la condición de sujeto de especial protección constitucional.

Afirma que el dinero que las autoridades tuteladas solicitan que les reembolse se encuentra prescrito, en razón a que aquellas no lo reclamaron dentro del término previsto en el ordenamiento jurídico para ello, cuanto más se si tiene en cuenta que lo percibió de buena fe.

1.3 Contestación de la acción.

1.3.1 La coordinadora de la oficina asesora jurídica del Ministerio de Educación Nacional (ff. 58 a 61 c. 1) pide desvincular a la jefe de esa cartera, ya que las secretarías de educación de los entes territoriales son las encargadas de resolver de fondo las inquietudes de los docentes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones, puesto que cuentan con la información suficiente por ser la autoridad nominadora.

1.3.2 El gobernador del departamento del Cauca (ff. 62 a 67 c. 1) solicita declarar improcedente la acción de tutela del epígrafe, puesto que no se colma el requisito de subsidiariedad, toda vez que el ordenamiento jurídico prevé otros mecanismos para reclamar el pago de acreencias laborales y la actora no se encuentra frente a un perjuicio irremediable, dado que no probó que su familia depende económicamente de ella.

Sostiene que las cesantías definitivas de la demandante no se le han reconocido porque no ha devuelto una suma de dinero que por equivocación se le pagó en un monto superior durante sus licencias por enfermedad, de manera que no es dable atribuirle desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales invocados.

1.4 Providencia impugnada (ff. 285 a 290 c. 2). Con sentencia de 7 de septiembre de 2016, el Tribunal Administrativo del Cauca tuteló el derecho fundamental de petición de la actora y le ordenó al gobernador



del Cauca que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, responda la solicitud de 21 de abril de 2015, en la que ella deprecó el pago de la prestación objeto de controversia y aceptó la deducción de la suma que le exigían reintegrar (\$1' 510.649).

Expresa que la acción de tutela de la referencia es improcedente respecto del pago de las cesantías definitivas de la accionante, junto con la sanción moratoria, toda vez que el sistema normativo dispone de otros mecanismos judiciales para tal propósito^[2], cuanto más si no se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable^[3].

Que la accionante, el 21 de abril de 2015, solicitó del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) el pago de sus cesantías, para lo cual autorizó el descuento de lo que le adeuda (presuntamente) al ente territorial accionado, petición contestada por la secretaría de educación y cultura del Cauca en el sentido de informarle el trámite que debía surtir para acceder a la prestación, el cual inicia con el diligenciamiento de un formulario de solicitud, con fundamento en el cual dicha dependencia elabora un proyecto de acto administrativo que es enviado a la Fiduprevisora SA, con el fin de que lo apruebe o rechace.

Considera que no obra prueba en el expediente de tutela de que la secretaría de educación y cultura del Cauca haya atendido la petición de la demandante en la que aceptó la deducción de la suma que (supuestamente) debía devolver, motivo por el cual se hace necesario ordenarle que se pronuncie al respecto.

1.5 La impugnación (ff. 299 a 305 c. 2). Inconforme con la decisión adoptada, la tutelante la impugna al estimar que el a quo no tuvo en cuenta que además del derecho fundamental de petición, las autoridades accionadas también vulneraron otras garantías constitucionales al retenerle las cesantías por no devolver un supuesto saldo a su favor.

Indica que en el fallo impugnado se ordenó descontar la suma que supuestamente se le pagó de más, por cuanto así lo aceptó en la petición radicada el 21 de abril de 2015, no obstante, dicha afirmación fue producto del desespero, por lo que adolece de un vicio «en el consentimiento», lo cual impide que se efectúe la deducción reclamada por el gobernador del Cauca.

II. CONSIDERACIONES



2.1 Competencia. En virtud del artículo 32 del Decreto ley 2591 de 1991, esta colegiatura es competente para conocer de la presente impugnación.

2.2 La acción. Como se sabe, la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000, como mecanismo directo y expedito para la protección de los derechos constitucionales fundamentales, permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de ellos cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

2.3 Problema jurídico. Se contrae a determinar si es dable a través de la acción de tutela, examinar el eventual quebranto de derechos de linaje constitucional fundamental que pueda comportar la presunta retención de las cesantías definitivas de la demandante, realizada bajo el argumento de que para acceder a la prestación es menester la devolución de una suma de dinero que se le pagó de más (supuestamente) durante sus licencias por enfermedad, y en caso afirmativo, si se han vulnerado las garantías superiores al debido proceso, igualdad y mínimo vital invocadas por ella.

2.4 Requisito de subsidiaridad de la acción de tutela. El carácter subsidiario de la acción de tutela hace referencia a que solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, sin embargo, no debe perderse de vista que aunque el trámite de esta acción es preferente y sumario, regido por los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, su carácter es eminentemente residual y subsidiario, es decir, que únicamente procede en aquellos eventos en que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que permita solicitar ante los jueces la protección de los derechos, salvo que se pretenda evitar la causación de un perjuicio irremediable.

Frente al particular, la Corte Constitucional, en sentencia T-480 de 2011, indicó:

[..] conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar “ una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos



constitucionales fundamentales” , razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos para controvertir las decisiones que se adopten durante su trámite.

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.

En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior.

Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo [destaca la Sala].

De acuerdo con la anterior pauta jurisprudencial y ante la naturaleza eminentemente subsidiaria de la acción de tutela, es menester que quien depreca el amparo de un derecho constitucional fundamental haya agotado todos los mecanismos de defensa judicial que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, previa la interposición de la acción.



De lo anotado se puede concluir, entonces, que la acción de tutela no solo es improcedente cuando el accionante aún cuenta (o contó) con otro medio de defensa judicial, sino también cuando este tiene (o tuvo) la posibilidad de acudir ante las autoridades que presuntamente han quebrantado sus derechos constitucionales fundamentales a efectos de solicitar de ellas una respuesta favorable o la satisfacción de sus intereses.

De manera que la falta de diligencia del demandante, entendida como la renuencia o el uso tardío de los medios ordinarios de defensa previstos en la normativa legal, constituye una causal válida para declarar la improcedencia de la acción constitucional frente al caso particular.

En ese sentido, la Corte Constitucional, en sentencia T-807 de 2007, precisó:

De acuerdo a la redacción del artículo 86 superior, una de las características esenciales de la acción de tutela se concreta en el principio de la subsidiariedad [...]

Tal comprensión de las instituciones que componen el engranaje del ordenamiento atribuye a la acción de tutela una vocación meramente subsidiaria, en virtud de la cual los ciudadanos sólo podrían acudir a ella en aquellos eventos en los cuales no existan cauces institucionales expeditos para reclamar la reparación de la vulneración padecida [se destaca].

Ahora bien, como se dejó explicado, la jurisprudencia constitucional ha dicho que la acción de tutela no resulta procedente cuando el ordenamiento jurídico ofrece otro mecanismo judicial para la protección de los derechos.

Sin embargo, si el sistema normativo dispone de otras herramientas jurídicas para el amparo de los derechos, estas deben ser suficientemente eficaces para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues de lo contrario la acción de tutela procede de manera transitoria.

En otras palabras, si la situación fáctica es de tal gravedad que los recursos judiciales ordinarios resultan ineficaces para defender los derechos fundamentales, el juez de tutela debe adoptar las



medidas necesarias que neutralicen las causas de vulneración o amenaza con la finalidad de evitar un menoscabo o de hacer cesar una violación a derechos inalienables.

La Corte Constitucional ha definido el perjuicio irremediable en los siguientes términos:

La irremediabilidad del perjuicio, implica que las cosas no puedan retornar a su estado anterior, y que sólo pueda ser invocada para solicitar al juez la concesión de la tutela como “ mecanismo transitorio” y no como fallo definitivo, ya que éste se reserva a la decisión del juez o tribunal competente. Es decir, se trata de un remedio temporal frente a una actuación arbitraria de autoridad pública, mientras se resuelve de fondo el asunto por el juez competente. En el caso que nos ocupa, la situación que se presenta no es irremediable, pues como el perjuicio alegado está en posibilidad de desaparecer, de prosperar el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la decisión de la Inspección, resulta ilógico considerarlo como irremediable. Por lo demás, tampoco se observa que dicho perjuicio, sea grave o inminente.^[4]

De la lectura del pasaje jurisprudencial citado, se colige que el perjuicio se considera irremediable cuando concurren unas circunstancias específicas que si bien deben ser valoradas en cada caso concreto, deben hallarse presentes:

- 1) Que se produzca de manera cierta y evidente una amenaza sobre un derecho fundamental.
- 2) Que de presentarse no exista forma de reparar el daño producido a ese derecho.
- 3) Que su ocurrencia sea inminente.
- 4) Que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra.
- 5) Que la gravedad de los hechos sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.



En consecuencia, cuando el caso bajo estudio reúna los supuestos anteriores se hará necesaria la intervención del juez constitucional para el restablecimiento de los derechos involucrados a través de medidas inmediatas de protección, por lo que se impone en este evento la tutela como mecanismo transitorio mientras el juez competente decide de fondo la acción correspondiente^[5].

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el perjuicio irremediable debe ser probado por la persona que lo alega, pues si bien no es dable exigir el cumplimiento de una carga probatoria rigurosa en asuntos donde se discute la violación de derechos fundamentales, el tutelante debe demostrar al menos someramente los posibles perjuicios que se llegaren a originar en los hechos que motivaron la presentación de la solicitud de amparo, pues al juez constitucional no le concierne probar las circunstancias fácticas en que se fundamenta la acción de tutela, salvo que sea evidente la inminencia del perjuicio.

Sobre la carga de la prueba del perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha afirmado que «En materia de interposición de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable existe una carga probatoria más exigente por parte de quien lo invoca, a menos que sea manifiesta la existencia del perjuicio irremediable, que debe ser cumplida por el accionante al momento de interponer la acción de tutela, carga que en todo caso no le compete a la Corte Constitucional satisfacer»^[6].

2.5 Caso concreto. Del escrito de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, se destaca lo siguiente:

a) La demandante nació el 29 de junio de 1955 (f. 12 c. 1) y durante el lapso comprendido entre el 1.º de abril de 2002 y el 30 de enero de 2009, se desempeñó como docente de la secretaría de educación y cultura del Cauca, pero en razón a un «trastorno severo depresivo», el jefe de la mencionada dependencia la pensionó por invalidez, a través de Resolución 2047 de 23 de noviembre de 2009 (ff. 20 a 22 c. 1).

b) En razón a que a la actora no se le hicieron las deducciones de las licencias por enfermedad desde el 31 de marzo de 2008 hasta el 23 de enero de 2009, mediante oficio NA 762 de 5 de mayo de 2009, la coordinadora de la oficina de nómina y afiliaciones de la secretaría de educación y cultura del Cauca determinó que debía reintegrar la suma de \$1' 510.649, por cuanto dicho valor se le pagó de más (f. 23 c. 1).



c) El 1.º de junio de 2012, la accionante pidió de la secretaría de educación y cultural del Cauca se le informaran los motivos por los cuales debía reintegrar el monto previsto en el oficio NA 762 de 5 de mayo de 2009 (f. 28 c. 1), solicitud resuelta por el jefe de esa dependencia, con oficio 1138 de 6 de junio de 2012, en el sentido de comunicarle que no se le descontaron unas sumas con ocasión de las licencias por enfermedad, por lo que se le reconocieron algunas acreencias laborales en un valor superior a lo que realmente debió recibir (f. 29 c. 1).

d) La accionante solicitó el 21 de abril de 2015 del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el pago de sus cesantías junto con la sanción moratoria a que hubiera lugar, para lo cual autorizó el descuento del dinero que presuntamente le debía al departamento del Cauca (f. 35 c. 1), petición decidida por la secretaría de educación y cultura del mencionado ente territorial, con oficio PSM-RC-1524 de 27 de los mismos mes y año, en el que le informó que debía agotar el trámite previsto en el Decreto 2831 de 2005^[7], el cual inicia con el diligenciamiento de un formulario para que esa dependencia elabore un proyecto de acto administrativo y lo envíe a la Fiduciaría SA para su aprobación (f. 37 c. 1).

Así las cosas, para esta colegiatura resulta evidente que la controversia aquí planteada debe ventilarse ante la secretaría de educación y cultura del Cauca en atención a los artículos 2.º^[8] y 3.º^[9] del Decreto 2831 de 2005, y en el eventual caso de que le sea negada su reclamación, puede demandar el correspondiente acto administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)^[10].

Y a este último mecanismo (medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho) puede acudir la peticionaria, y no a la acción de tutela, máxime cuando dentro del proceso contencioso-administrativo y al momento de incoar la respectiva demanda, puede solicitar las medidas cautelares que considere pertinentes conforme a los artículos 229 y siguientes del CPACA^[11], con el fin de «[...] proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia [...]».

A guisa de corolario de lo que se deja consignado, en este asunto el ejercicio de la acción de tutela resulta improcedente en razón a que dicho amparo se encuentra gobernado por el principio de subsidiariedad, según el cual esta no tiene cabida «Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales [...]»^[12], es decir, si los medios judiciales ordinarios pueden ser utilizados de



manera eficaz en el sub lite, la acción impetrada no es pertinente, pues la solicitante tiene a su disposición otro medio ordinario idóneo para la defensa judicial de sus derechos.

En tales condiciones (la existencia de otro medio de defensa judicial), resulta aplicable la preceptiva del numeral 1 del artículo 6.º del Decreto 2591 de 1991, norma que guarda estricta armonía con el artículo 86 de la Constitución Política, en virtud de los cuales la acción de tutela «[...] solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial [...]»^[13].

Además, si bien la actora afirma que tiene la condición de sujeto de especial protección por parte del Estado por ser una persona de la tercera edad, este hecho no genera la procedencia de la acción de tutela, por cuanto tal condición no involucra per se la amenaza de derechos constitucionales fundamentales que haga necesaria la adopción de medidas urgentes para salvaguardarlos. Sobre el particular, la Corte Constitucional explicó:

[...] ante la falta de justificación del accionante para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no puede convertirse la acción de tutela en un mecanismo alternativo o sustituto de los mecanismos judiciales establecidos en el ordenamiento jurídico, ni tampoco puede excudarse el actor únicamente en la edad, para hacer uso de la citada vía procesal constitucional, pues para ello debe demostrar la existencia de un perjuicio irremediable [...]. No sobra recordar que la sola circunstancia de que una persona sea de la tercera edad y en consecuencia sujeto de especial protección constitucional, no hace procedente por se la acción de tutela [...].^[14]

Asimismo, aunque la actora padece de trastornos depresivos severos (f. 225 c. 2), dicha enfermedad es tratada por Cosmitet Ltda, por lo que no se encuentra en una situación de desamparo que configure un perjuicio irremediable y haga imperioso adoptar medidas urgentes para garantizar sus derechos constitucionales fundamentales.

Ahora bien, en la sentencia impugnada el a quo amparó el derecho constitucional fundamental de petición de la demandante y ordenó a la secretaria de educación y cultura del Cauca resolver la solicitud formulada por ella el 21 de abril de 2015, en la que pidió el pago de sus cesantías definitivas y autorizó la deducción del monto que supuestamente le adeuda al ente territorial.

En otras palabras, el juez de primera instancia ordenó tácitamente que se le dedujera el saldo que la tutelante le adeuda (supuestamente) al departamento del Cauca al momento de decidir sobre el pago de sus cesantías, porque así lo pidió en el escrito de 21 de abril de 2015, sin embargo, en la impugnación que se decide aquella sostuvo que la aseveración plasmada en dicha solicitud no debe tenerse en cuenta, toda vez que obedeció a la desesperación de que le cancelaran la prestación pretendida.

En ese orden de ideas, la Sala observa que a pesar de que la accionante en el libelo introductorio pidió que se le pagaran sus cesantías definitivas sin la deducción del dinero que presuntamente le adeuda al departamento del Cauca, el a quo, al amparar su derecho constitucional fundamental de petición, declaró tácitamente que debía efectuarse dicha retención por así haberlo autorizado ella en la solicitud de 21 de abril de 2015.

No obstante, para la Sala tal determinación perjudica la situación de la demandante porque ella en el escrito de tutela pretende que no se ordene deducción alguna del monto de sus cesantías y, pese a ello, así lo dispuso el fallo impugnado, lo cual desconoce el principio de «interés en la pretensión u oposición, para la sentencia de fondo o mérito»^[15], en razón a que se presume que el demandante acude a la administración de justicia para recibir un beneficio y no para que se profieran órdenes que afecten sus intereses. Sobre el mencionado principio, esta corporación indicó:

Ese interés “ directo” ha sido entendido, en sentido amplio, como derivar del mismo un provecho o un perjuicio con relevancia jurídica, es decir, una utilidad o una pérdida, o lo que es lo mismo, experimentar en la esfera jurídica propia de quien dice tener interés, una afectación también jurídica como consecuencia del negocio celebrado. No se trata únicamente de un interés genérico, sino de un interés directo, lo que quiere decir, que tal interés tiene que surgir sin necesidad de acudir a intermediaciones o interpretaciones de ninguna índole.

[..]

Respecto del interés, sin necesidad de que su exigencia sea “ directa” , la doctrina italiana presenta los siguientes ejemplos de jurisprudencia:



“ La actividad jurisdiccional no puede ser ejercitada con un fin vejatorio o con fines puramente académicos, y debe ser rehusada cuando ningún interés jurídico asiste a quien promueve la acción en el presente ni el futuro, y solamente posibles eventos futuros pueden dar lugar a un interés” (Casación, abril 17 de 1942.)

“ Para accionar en juicio es necesario que el hecho de la lesión jurídica deducida irroque a la parte actora un perjuicio jurídico actual y concreto” (Casación, junio 11 de 1943)

El interés para accionar (interés procesal), en sus distintas configuraciones, se presenta siempre que, en relación con un Estado de hecho contrario a derecho, se determina una situación de perjuicio o de peligro que haga indispensable la intervención de la autoridad judicial, de modo que no se pueda de otro modo conseguir el resultado que se ha prefijado el que acciona (Casación, octubre 24 de 1954).^[16]

En un pronunciamiento más reciente, esta sección explicó:

Quien se dirige a la jurisdicción debe pretender obtener un beneficio o la protección de un derecho que considera está siendo vulnerado o amenazado, lo cual, haría imperiosa la actuación del Juez para restablecer el ordenamiento jurídico y resarcir el perjuicio irrogado al interesado.

Así las cosas, como la cuantía de la pensión que fue reconocida por CAJANAL al señor Gutiérrez Villada es superior a la que se deriva del cumplimiento de la Sentencia de Primera Instancia, se concluye que las resultas del proceso no le estarían reportando un beneficio, sino un perjuicio, situación que debe ser conjurada por el Juez de lo Contencioso Administrativo.^[17]

Así las cosas, y comoquiera que el a quo desconoció el principio de «interés en la pretensión u oposición, para la sentencia de fondo o mérito» al autorizar tácitamente la deducción de lo que presuntamente le adeuda la demandante al departamento del Cauca, la Sala revocará la sentencia impugnada y, en su lugar, rechazará la acción de tutela por no colmarse el requisito de subsidiariedad.



Resulta oportuno advertir que no hay lugar a amparar el derecho constitucional fundamental de petición de la accionante, toda vez que la solicitud formulada por ella el 21 de abril de 2015, fue resuelta por la secretaría de educación y cultura del Cauca, mediante oficio PSM-RC-1514 de 27 de los mismos mes y año, notificado el 30 siguiente, en el sentido de informarle que debía reclamar sus cesantías conforme al trámite previsto en los artículos 2.º y 3.º del Decreto 2831 de 2005, los cuales no exigen la presentación de un paz y salvo de la entidad territorial.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución Política,

FALLA:

1.º Revócase la sentencia de 7 de septiembre de 2016, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Cauca amparó el derecho constitucional fundamental de petición de la señora Luz Ángela Benavides Moncayo y, en su lugar, recházase por improcedente la acción de tutela del epígrafe, por las razones expuestas en la motivación.

2.º Notifíquese esta providencia a las partes por el medio más expedito, en la forma y término previstos en el Decreto 2591 de 1991.

3.º Comuníquese esta decisión al tribunal de origen y remítasele copia.

4.º Ejecutoriada esta providencia, como lo prevé el artículo 32 del Decreto ley 2591 de 1991 envíese el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,



Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ



CÉSAR PALOMINO CORTÉS

[1] En el libelo introductorio la actora no pidió la protección de dicha garantía constitucional.

[2] No especifica cuáles.

[3] En la parte decisoria de la providencia no se declaró la improcedencia de la tutela respecto de las cesantías pretendidas.

[4] Corte Constitucional, sentencia T-458 de 24 de octubre de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía.

[5] Consejo de Estado, sección segunda, sentencias AC-2010-00032 de 18 de marzo de 2010, y AC-2010-01795-01 de 9 de diciembre de 2010.

[6] Corte Constitucional, auto 164 de 21 de Julio de 2011, M. P., María Victoria Calle Correa.

[7] «Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones».

[8] «Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaria de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en I forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite».

[9] «De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de



Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces. Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente deberá: 1. Recibir y radicar en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo

[..]».

^[10] «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 a 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».

^[11] «Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. 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.

[..]

Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos [..]

Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.



El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso».

^[12] Numeral 1 del artículo 6º del Decreto ley 2591 de 1991.

^[13] Artículo 86 de la Carta Política.

^[14] Sentencia T-618 de 3 de septiembre de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

^[15] Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, sentencia de 6 de diciembre de 2015, M. P. Carmelo Perdomo Cuéter, expediente: 11001-03-15-000-2016-03308-00 (AC).

^[16] Sección tercera, auto de 12 de diciembre de 2001, M. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, expediente 20.456.

^[17] Subsección B, sentencia de 29 de enero de 2015, M. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente 66001-23-31-000-2010-00258-01.