

Sentencia T-215/08

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Caso en que se suspendió provisionalmente parte de mesada pensional de Excongresista sin esperar a que se resolviera apelación

La jurisprudencia contencioso administrativa ha reiterado la improcedencia de la acción de nulidad y restablecimiento para atacar este tipo de actos administrativos, como bien recuerda el juez de segunda instancia, pues éstos, en principio, no contienen una manifestación autónoma de la voluntad estatal que pueda ser controvertida jurisdiccionalmente, pues se limitan a dar cumplimiento a una providencia judicial que está en firme. En esa medida se tiene que en el caso concreto no existe un medio de defensa judicial idóneo para atacar la Resolución de FONPRECON, por tratarse de un acto administrativo de ejecución de una providencia judicial. Por otra parte este acto administrativo es claramente vulnerador del derecho al debido proceso del peticionario precisamente porque fue expedido antes que la providencia judicial a la cual pretende dar cumplimiento estuviera en firme. Se tiene, entonces, que la entidad accionada no podía expedir un acto administrativo para dar cumplimiento a la suspensión provisional decretada judicialmente mientras la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no estuviera en firme, lo cual en el caso concreto no ha acaecido porque el accionante interpuso oportunamente el recurso de apelación el cual aun se está tramitando ante el Consejo de Estado. No puede acogerse la postura defendida por el apoderado judicial de FONPRECON en sede de tutela en el sentido que la suspensión provisional fue solicitada como medida cautelar y que por lo tanto se rige por lo dispuesto en el artículo 327 de C. P. C. en virtud de la remisión contenida por el artículo 267 del C. C. A., debido a que este último estatuto expresamente regula lo relacionado con el cumplimiento de la orden judicial de suspensión provisional.

Referencia: expediente T-1.732.770

Acción de tutela instaurada por Luís Evelio Ortiz Calle contra el Fondo de Previsión Social del Congreso -FONPRECON-.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil ocho (2008).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de la sentencias proferidas por el Juzgado 33 Administrativo del Circuito de y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Luís Evelio Ortiz Calle contra el Fondo de Previsión Social del Congreso.

### I. ANTECEDENTES

El actor interpuso acción de tutela contra el Fondo de Previsión social del Congreso –en adelante FONPRECON- con el objeto de que se amparara su derecho fundamental al debido proceso, presuntamente desconocido por la autoridad pública demandada. Fundamenta la acción impetrada en los siguientes,

#### 1. Hechos

1. El Sr. Luís Evelio Ortiz Calle fue pensionado por la Caja Nacional de Previsión, mediante Resolución No. 3432 de 18 de octubre de 1977.

1. Mediante Resolución No. 1271 de 16 de diciembre de 1993, FONPRECON ordenó la afiliación de Sr. Luís Evelio Ortiz Calle a la entidad pensional del Congreso para efectos del pago de la pensión de jubilación.

1. Por medio de la Resolución No. 1272 de 16 de diciembre de 1993, FONPRECON reconoció a favor del Sr. Ortiz Calle un reajuste especial en su mesada pensional, de tal manera que ésta no podría ser inferior al 50% de la que tendrían derecho los congresistas para el 1º de enero de 1994.

1. La Resolución No. 1543 de 29 de diciembre de 1994, expedida por el Director General de FONPRECON, revocó la Resolución 1272 de 1993 y reconoció un reajuste especial a la pensión del demandante, consistente en un 75% del promedio de lo devengado por un congresista al momento del reconocimiento. Esta mesada pensional tuvo vigencia fiscal a partir del 1º de enero de 1994.

1. Mediante Resolución No. 125 de 15 de febrero de 1996, FONPRECON reconoció el reajuste especial de la pensión reconocida a Luís Evelio Ortiz Calle a partir del primero de enero de 1992.

1. La Resolución No. 1638 de 30 diciembre de 1996, expedida por el Director General de FONPRECON, reconoce al Sr. Ortiz Calle intereses de mora sobre los capitales pagados como reajustes por los años 1992 y 1993.

1. En la demanda el apoderado de FONPRECON solicitó la suspensión provisional parcial de los efectos de las Resoluciones No.1543 de 1994 y 125 de 1996, “para que de esta forma se limite el valor de la mesada pensional del doctor LUIS EVELIO ORTIZ CALLE, a la suma de \$7.212.791, monto que legalmente le corresponde”<sup>1</sup>.

1. La Sección Segunda Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante auto de veintidós (22) de febrero de 2007 admitió la demanda presentada por el apoderado judicial de FONPRECON contra las resoluciones antes citadas, en la misma providencia decretó la suspensión provisional de la Resolución No. 1543 de 1994 “pero sólo para evitar los efectos de las resoluciones acusadas en cuanto se refiere al pago del reajuste pensional especial con un porcentaje superior al 50% del promedio, de las pensiones a las que tendrían derecho los actuales congresistas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia”<sup>2</sup> y denegó la suspensión provisional de la Resolución 125 de 1996.

1. Contra dicha providencia el Sr. Ortiz Calle interpuso el día siguiente de su notificación – la cual se surtió el 28 de mayo de 2007- recurso de apelación cuyo trámite se está surtiendo ante el Consejo de Estado.

1. FONPRECON expidió la Resolución 1083 de 30 de mayo de 2007 cuyo propósito es dar cumplimiento a la decisión adoptada por la Sección Segunda Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca respecto de la suspensión provisional de la Resolución 1543 de 1994. Mediante este nuevo acto administrativo suspendió provisionalmente el valor de la mesada pensional reconocida a favor del Sr. Ortiz Calle en lo que excediera del límite del 50% del promedio de las pensiones a que tenían derecho los congresistas en el año 1994, en consecuencia el valor de la mesada pensional se redujo de catorce millones cuatrocientos setenta y un mil setecientos setenta y un pesos (\$14.471.771) a siete millones seiscientos sesenta y cuatro mil quinientos cincuenta y seis pesos (\$7.664.556). En el artículo cuarto de la citada resolución se consigna que se trata de un acto de ejecución contra el cual no cabe recurso alguno.

El Sr. Ortiz Calle, mediante apoderado judicial, impetra acción de tutela para solicitar la revocatoria de la Resolución No. 1083 de 2007, alega que este acto administrativo vulnera el derecho al debido proceso por dos razones, en primer lugar porque la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que decretó la suspensión provisional de la Resolución 1543 de 1994 no está ejecutoriada pues fue apelada de manera oportuna y actualmente se está surtiendo el trámite de la segunda instancia ante el Consejo de Estado,

considera por lo tanto que no se podía expedir un acto administrativo para dar cumplimiento a una decisión judicial que no está en firme. En segundo lugar alega que la Resolución 1083 de 2007 no es un acto administrativo de ejecución y en esa medida era posible interponer los recursos de la vía gubernativa contra la mencionada manifestación de la voluntad de la Administración, por lo tanto considera que FONPRECON vulneró su derecho al debido proceso al consignar que contra dicha resolución no cabía recurso alguno.

Posteriormente, mediante un escrito presentado durante el trámite de la primera instancia, el Sr. Ortiz Calle argumenta que el acto administrativo cuestionado mediante la acción de tutela vulnera también sus derechos fundamentales a la igualdad y a la vida. El derecho a la igualdad porque “frente a los más de 600 pensionados por el Fondo de Previsión social del Congreso de la República, que actualmente reciben el 75% del promedio mensual devengado por un parlamentario en ejercicio, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4 de 1991, dado que el él (El Sr. Ortiz Calle) sería el único que recibe el 50%”<sup>3</sup>. La conculcación del derecho a la vida tendría lugar porque con la reducción “abrupta” de la mesada pensional a aproximadamente el 50% del monto que se venía pagando, se recorta significativamente la única fuente de ingreso del demandante y de su esposa.

## 2. Solicitud de tutela.

El actor pide se tutelen los derechos invocados y en consecuencia se revoque la Resolución 1083 de 2007 de FONPRECON.

## 3. Pruebas relevantes que obran en el expediente.

Reposan en el expediente los siguientes documentos:

1. Copia de la Resolución No. 3423 de 18 de octubre de 1977, expedida por CAJANAL (folios 140-142 cuaderno principal).
2. Copia de la Resolución No. 1271 de 16 de diciembre de 1993, expedida por FONPRECON (folios 21-22 cuaderno principal).
3. Copia de la Resolución No. 1272 de 16 de diciembre de 1993, expedida por FONPRECON

(folios 23-27 cuaderno principal).

4. Copia de la Resolución No. 1543 de 29 de diciembre de 1994, expedida por el Director General de FONPRECON (folios 28-33 cuaderno principal).

5. Copia de la Resolución No. 125 de 15 de febrero de 1996 de FONPRECON (folios 34-37 cuaderno principal).

6. Copia de la demanda presentada por el apoderado judicial de FONPRECON contra los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 1271 de 1993, 1543 de 1994, 125 de 1996 y 1638 de 1996 (folios 38-50 cuaderno principal).

7. Copia del Auto proferido por la Sección Segunda Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el veintidós de febrero de 2007, Magistrada Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez (cuaderno principal folios 51-56).

8. Copia de la Resolución 1083 de 30 de mayo de 2007 (folios 16-20 cuaderno principal).

4. Intervención de la entidad demandada

En escrito presentado ante el juez de primera instancia, el apoderado judicial de FONPRECON solicitó al juez de conocimiento no acceder a las pretensiones del actor.

Argumenta que la suspensión provisional de la Resolución 1543 de 1994 fue solicitada en la demanda presentada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo como una medida cautelar, “con el fin de evitar un mayor y grave detrimento patrimonial del erario público producido por la ejecución de un acto administrativo”<sup>4</sup> abiertamente contrario a la ley. Por tal razón sostiene que la suspensión provisional decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se rige por lo dispuesto en el artículo 327 de Código de Procedimiento Civil, enunciado que prevé el cumplimiento inmediato de las medidas cautelares antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decreta, afirma que esta disposición es aplicable al caso concreto en virtud de la remisión prevista en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.

Añade que la acción impetrada por el Sr. Ortiz Calle es improcedente debido a que cuenta con diversos mecanismos judiciales para conseguir la revocatoria de la Resolución 1083 de

2007 y que el demandante no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que hiciera procedente el amparo constitucional de manera transitoria. Igualmente afirma que la acción de tutela es improcedente para el reconocimiento de prestaciones económicas, y que en definitiva la actuación de la Administración no vulneró los derechos fundamentales del demandante.

## 5. Sentencias objeto de revisión

Conoció en primera instancia el Juez 33 Administrativo del Circuito de Bogotá, el cual mediante sentencia proferida el diecisiete (17) de julio de dos mil siete (2007) denegó el amparo solicitado. Consideró el a quo que si bien la Resolución 1083 de 2007 constituía una vía de hecho administrativa y en esa medida vulneraba el derecho al debido proceso del demandante, este contaba con otros medios de defensa judicial a su alcance para conseguir la revocatoria del acto administrativo en cuestión y que no había acreditado la existencia de un perjuicio irremediable que hiciera procedente el amparo constitucional de manera transitoria.

La sentencia de primera instancia fue apelada y la Sub Sección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante fallo de once (11) de septiembre de dos mil siete (2007), la revocó y en su lugar concedió el amparo solicitado. Al igual que el juez de primera instancia considero el a quem que la Resolución 1083 de 2007, expedida por la Directora General de FONPRECON, vulneraba el derecho al debido proceso del Sr. Ortiz Calle sin embargo a diferencia del juez de primera instancia consideró que el demandante no contaba con un medio de defensa judicial eficaz para subsanar la vulneración alegada porque la resolución de la referencia es un acto administrativo de ejecución no susceptible de ser controvertido mediante la acción de nulidad y restablecimiento, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Por tal razón ordenó suspender de manera definitiva los efectos jurídicos de la Resolución No. 1083 de 2007 expedida por FONPRECON. Dispuso finalmente que en caso que el Consejo de Estado confirmara en apelación el auto de 22 de febrero proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda - Sub sección A, que ordenó la suspensión de la Resolución 1543 de 29 de diciembre de 1994, FONPRECON debía proceder a emitir el correspondiente acto administrativo para dar cumplimiento a la decisión judicial adoptada.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

### 2. Presentación del caso y problemas jurídicos objeto de estudio

El actor, inicialmente pensionado por CAJANAL, en el año de 1993 fue incorporado a la nómina de pensionados de FONPRECON y, posteriormente, mediante una serie de actos administrativos expedidos entre los años 1994 y 1996 su mesada pensional fue reajustada hasta el 75% del promedio de la pensión a que tendría derecho un congresista en aquel entonces. En el año 2006 FONPRECON impetró acción de nulidad y restablecimiento contra las resoluciones que ordenaron la afiliación del Sr. Ortiz Calle al mencionado Fondo y que reajustaron el monto de la prestación económica inicialmente reconocida. En la demanda se solicitó la suspensión provisional de las Resoluciones No. 1543 de 1994 y 125 de 1996, expedidas por FONPRECON, con el propósito de limitar el valor de la mesada pensional del Sr. Ortiz Calle al monto de lo que legalmente le correspondía según la entidad estatal, esto es, el 50% del promedio de las pensiones a que tendrían derecho los congresistas al momento en que fue reconocida la pensión. Mediante Auto de 22 de febrero de 2007 la Sub Sección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la suspensión provisional de la Resolución 1543 de 1994

“para evitar los efectos de las resoluciones acusadas en cuanto se refiere al pago del reajuste pensional especial con un porcentaje superior al 50% del promedio, de las pensiones a las que tendrían derecho los actuales congresistas”<sup>5</sup> y denegó la suspensión provisional de la Resolución No. 125 de 1996, esta providencia fue apelada por el apoderado judicial del Sr. Ortiz Calle. Para dar cumplimiento al Auto de 22 de febrero de 2007 FONPRECON expidió la Resolución 1083 de 2007, mediante la cual redujo el monto de la mesada pensional del Sr. Ortiz Calle, quien a su vez impetró acción de tutela contra este último acto administrativo por estimar que vulneraba sus derechos fundamentales al debido proceso, pues a su juicio la mentada resolución daba ejecución a una decisión judicial que no se encontraba ejecutoriada. También alegó que afectaba su derecho a la vida al reducir sustancialmente y

de manera abrupta el monto de su mesada pensional, y lo colocaba en una situación de desigualdad frente a otros pensionados de FONPRECON a los cuales se les pagaba una mesada correspondiente al 75% de la promedio de las pensiones a que tendría derecho un congresista. El juez de primera instancia, a pesar de constatar la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, denegó el amparo solicitado por considerar que el demandante contaba con otro medio de defensa judicial a su alcance y no había acreditado la existencia de un perjuicio irremediable, por su parte el juez de segunda instancia estimó que el demandado no contaba con remedios judiciales para reparar la vulneración del derecho al debido proceso, debido a que contra los actos administrativos de ejecución tales como la resolución atacada en sede de tutela no cabe la acción de nulidad y restablecimiento, razón por la cual concedió el amparo solicitado.

De conformidad con los hechos reseñados corresponde a esta Sala resolver (i) sobre la procedencia de la acción de tutela interpuesta por el Sr. Ortiz Calle para suspender los efectos de la Resolución No. 1083 de 2007 de FONPRECON, (ii) decidir el caso concreto.

3. La tutela como mecanismo definitivo o transitorio para la protección de los derechos fundamentales.

En el caso concreto los jueces de primera y segunda instancia disienten en cuanto a la procedencia de la acción de tutela, mientras el a quo sostiene que existe otro medio de defensa judicial para proteger el derecho al debido proceso del demandante -la acción de nulidad y restablecimiento- y que tampoco es procedente conceder un amparo transitorio debido a que el demandante no consiguió acreditar un perjuicio irremediable, el juez de segunda instancia considera que el actor no cuenta con otro medio de defensa judicial eficaz debido a que no pueden impetrarse actos administrativos de ejecución, es menester por lo tanto referirse brevemente a la procedencia de la tutela como mecanismo definitivo y como mecanismo transitorio para la protección de los derechos fundamentales.

Como punto de partida para este análisis cabe señalar que de conformidad con el artículo 86 constitucional existen dos modalidades de acción de tutela, como mecanismo definitivo para la protección de los derechos fundamentales o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esta inferencia surge de la simple lectura del inciso tercero de este precepto el cual señala que la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no

disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

El alcance de la disposición constitucional fue precisado por el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, precepto que consagra en su numeral primero que la acción de tutela no procederá “[c]uando 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”.

De conformidad con la precisión introducida por este último enunciado normativo, para que la acción de tutela se torne improcedente no basta la mera existencia de otro medio de defensa judicial, es necesario igualmente precisar su eficacia para la protección de los derechos fundamentales, apreciación que en definitiva implica realizar un estudio analítico del mecanismo judicial “ordinario” previsto por ordenamiento jurídico en cuanto a su idoneidad para conseguir el propósito perseguido, esto es, hacer cesar la vulneración o amenaza de los derechos constitucionales y, adicionalmente, realizar un estudio de las circunstancias del caso concreto en que se encuentra el solicitante.

Desde muy temprana jurisprudencia la Corte Constitucional ha intentado precisar cuales son los requisitos que ha de reunir el otro medio de defensa judicial para que se le considere eficaz para la protección de los derechos fundamentales. Así, en la sentencia T-003 de 1992 sostuvo esta Corporación que el enunciado normativo del inciso tercero del artículo 86 constitucional debía interpretarse en el sentido que el otro medio de defensa judicial “(...) tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho”. Por otra parte, en la sentencia T-006 de 1992, se aseveró que correspondía al juez de tutela indagar si la “acción legal alternativa, de existir, es capaz de garantizar la protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados”. En esa oportunidad la Corte acudió al artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>6</sup> para precisar las características que debía reunir el otro medio de defensa judicial para desplazar a la acción de tutela, y concluyó que éste debía ser sencillo, rápido y

efectivo<sup>7</sup>, de conformidad a lo previsto en dicho instrumento internacional.

Criterios que han sido reiterados en numerosos fallos posteriores. En definitiva, de la interpretación sistemática del artículo 86 de la Carta y del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, ha entendido esta Corporación<sup>8</sup>, que han de existir instrumentos realmente idóneos para la protección de los derechos; cuando ello ocurre la persona debe acudir a la vía judicial ordinaria y no a la tutela, pues el carácter subsidiario de esta acción así lo exige<sup>9</sup>. Contrario sensu, es posible que en virtud de circunstancias especiales el otro medio de defensa no se proyecte con la suficiente aptitud para salvaguardar los derechos de su titular, caso en el cual la tutela se erige como el instrumento válido de acción judicial<sup>10</sup>.

No obstante, en otras hipótesis el análisis del fallador no debe dirigirse a verificar la existencia e idoneidad de los otros medios de defensa judicial con que cuentan las víctimas de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales. Se trata de aquellos eventos en los cuales la acción de tutela es interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, casos en los cuales el estudio de procedencia debe concentrarse en el análisis de las circunstancias fácticas con el propósito de verificar si están presentes los elementos que configuran un perjuicio irremediable.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha señalado que el concepto de perjuicio irremediable no es susceptible de una definición legal o reglamentaria, porque se trata de un “concepto abierto” que debe ser precisado por el juez en cada caso concreto<sup>11</sup>, y a su vez permite que al funcionario judicial “darle contenido y sentido a su tarea de protección efectiva de los derechos fundamentales y ser el punto de confluencia del derecho y la realidad, de cuya adecuada interrelación depende la justicia de su decisión”<sup>12</sup>.

Por lo tanto es el juez de tutela en cada caso concreto el que debe apreciar si de las circunstancias fácticas que dan origen a la acción es posible deducir o no la existencia de un perjuicio irremediable. No obstante, esta Corporación en diversas oportunidades ha intentado precisar el alcance de la figura mediante la definición de los elementos que la configuran, un esfuerzo notable en ese sentido lo constituye la sentencia T-225 de 1993, en la cual se definió el concepto en torno a la gravedad del perjuicio, su inminencia, la necesidad de tomar medidas urgentes para conjurarlo, elementos que presentarse de consuno tornan la acción de tutela impostergable<sup>13</sup>.

Esta caracterización del perjuicio irremediable, que gravita en torno a su inminencia, gravedad y urgencia, ha sido reiterada en numerosas oportunidades por distintas salas de revisión<sup>14</sup>, sin embargo, como antes se consignó en cada caso concreto debe el juez de tutela ponderar si los anteriores elementos caracterizadores del perjuicio irremediable están presentes. En esa medida resulta relevante examinar algunos de los criterios interpretativos desarrollados por la jurisprudencia constitucional en torno a la figura en estudio:

\* Se ha sostenido en distintas oportunidades que cuando la acción de tutela es interpuesta por un sujeto de especial protección constitucional, tales como madres cabeza de familia<sup>15</sup>, mujeres trabajadoras embarazadas<sup>16</sup>, discapacitados<sup>17</sup> o personas de la tercera edad<sup>18</sup>, el concepto de perjuicio irremediable debe ser entendido en forma mucho más amplia “para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad”<sup>19</sup>, en estos casos debe tomar en consideración no solo las circunstancias personales del actor en el caso concreto, sino también “las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada”<sup>20</sup>.

\* Del mismo modo se ha argumentado que la imposición de una sanción disciplinaria que conlleva la imposibilidad jurídica para el afectado de acceder al ejercicio de cargos públicos puede ocasionar un perjuicio irremediable en ciertos eventos<sup>21</sup>.

\* También se ha deducido la existencia de un perjuicio irremediable en aquellos casos de afectación grave y evidente del derecho a la libertad individual cuando la persona privada de la libertad interpone la acción de tutela mientras está en trámite una acción de revisión<sup>22</sup>.

Relación que encuentra justificación en la necesidad de adoptar medidas urgentes e impostergables para la defensa de los sujetos de especial protección constitucional, por una parte, y en segundo lugar en el carácter temporal del goce de ciertos derechos fundamentales, pues en algunos casos la tardanza en su protección haría nugatorio su

ejercicio, por estar condicionados a términos constitucional o legalmente establecidos, o en otros eventos permitir la prolongación de su afectación configura un perjuicio grave e injustificado para su titular.

Hechas las anteriores precisiones sobre la procedencia de la acción de tutela se abordará el estudio del caso concreto.

#### 4. Caso concreto

En el caso concreto se trata de una acción de tutela interpuesta contra un acto administrativo, la Resolución No. 1083 de 2007, proferida por FONPRECON, razón por la cual cabría aducir que la acción de tutela es improcedente porque el demandante podía recurrir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para atacar esta manifestación de la voluntad de la Administración en virtud de la cual se redujo el monto de su mesada pensional, por tal razón se podría suponer que cuenta con otro medio de defensa judicial, el cual además como ha reiterado esta Corporación resulta idóneo para la protección del derecho al debido proceso debido a la posibilidad con la que cuenta el demandante de solicitar la suspensión provisional del acto administrativo demandado, medida que resulta eficaz para suspender sus efectos mientras se adopta una decisión final sobre su constitucionalidad o legalidad.

Adicionalmente el demandante no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que hiciera procedente el amparo transitorio pues con la reducción de su mesada pensional en ningún caso se afecta el mínimo vital, ya que sigue percibiendo de manera regular una prestación económica por valor superior a los siete millones de pesos.

Cabría entonces afirmar que no es procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo ni como mecanismo transitorio para la protección del derecho al debido proceso, sin embargo, el juez de segunda instancia realiza un juicioso análisis que demuestra la inexistencia de otro medio de defensa judicial en el caso concreto y en esa medida la procedencia de la tutela como mecanismo definitivo.

En efecto, cabe recordar, como se señaló previamente, que FONPRECON ha sostenido de manera reiterada que la Resolución No. 1083 de 2007 es un acto administrativo de ejecución de una providencia judicial<sup>23</sup>, el Auto de 22 de febrero proferido por la Subsección A de la

Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se suspendió provisionalmente la Resolución No. 1543 de 1994 también de FONPRECON.

Ahora bien, la jurisprudencia contencioso administrativa ha reiterado la improcedencia de la acción de nulidad y restablecimiento para atacar este tipo de actos administrativos, como bien recuerda el juez de segunda instancia, pues éstos, en principio, no contienen una manifestación autónoma de la voluntad estatal que pueda ser controvertida jurisdiccionalmente, pues se limitan a dar cumplimiento a una providencia judicial que está en firme. En esa medida se tiene que en el caso concreto no existe un medio de defensa judicial idóneo para atacar la Resolución No. 1083 de 2007 de FONPRECON, por tratarse de un acto administrativo de ejecución de una providencia judicial.

Por otra parte este acto administrativo es claramente vulnerador del derecho al debido proceso del Sr. Ortiz Calle precisamente porque fue expedido antes que la providencia judicial a la cual pretende dar cumplimiento estuviera en firme. A este respecto el segundo inciso del artículo 155 del C. C. A. señala textualmente:

“Contra el auto que resuelva la solicitud de suspensión provisional, en los procesos que conoce el Tribunal en única instancia, procede el recurso de reposición. En los de primera instancia el auto que decida la solicitud de suspensión provisional es apelable en el efecto suspensivo para ante el Consejo de Estado y la orden de suspensión se comunicará y cumplirá, si fuere el caso, solo cuando la decisión del superior quede ejecutoriada” (negritas añadidas).

Se tiene, entonces, que la entidad accionada no podía expedir un acto administrativo para dar cumplimiento a la suspensión provisional decretada judicialmente mientras la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no estuviera en firme, lo cual en el caso concreto no ha acaecido porque el Sr. Ortiz Calle interpuso oportunamente el recurso de apelación el cual aun se está tramitando ante el Consejo de Estado.

No puede acogerse la postura defendida por el apoderado judicial de FONPRECON en sede de tutela en el sentido que la suspensión provisional fue solicitada como medida cautelar y que por lo tanto se rige por lo dispuesto en el artículo 327 de C. P. C. en virtud de la remisión contenida por el artículo 267 del C. C. A., debido a que este último estatuto expresamente regula lo relacionado con el cumplimiento de la orden judicial de suspensión provisional.

Por las anteriores razones considera esta Sala de Revisión que la acción de tutela era procedente como mecanismo definitivo para restaurar el derecho al debido proceso vulnerado al Sr. Ortiz Calle y confirmará el fallo de segunda instancia.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR por las razones expuestas en la presente providencia, las sentencias proferidas en segunda instancia por la Sub Sección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el once (11) de septiembre de dos mil siete (2007), en la acción de tutela instaurada por Luís Evelio Ortiz Calle contra el Fondo de Seguridad Social del Congreso -FONPRECON-.

Segundo. LIBRENSE, por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

## SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA T-215 DE 2008 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-AI accionante le corresponde hacer uso de todos los recursos existentes por lo que la acción de tutela no puede reemplazarlos (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional a pesar de existir otro medio de defensa judicial (Salvamento de voto)

La acción de tutela no puede ser entendida como un medio de defensa judicial que pueda reemplazar o sustituir los mecanismos procesales dispuestos por el legislador para la protección de los derechos; tampoco puede entenderse que tiene la facultad de revivir términos vencidos u oportunidades procesales fenecidas por la negligencia o inactividad injustificada del actor. Sin embargo, es preciso señalar que ésta Corporación ha admitido de forma excepcional la procedencia de la acción de tutela en los casos en que, a pesar de que existan otros medios y recursos de defensa judiciales a disposición del actor, (i) se constate que tales mecanismos no son idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos amenazados o vulnerados; y, (ii) exista certeza sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable de no otorgarse el amparo constitucional invocado como mecanismo transitorio de protección. En el presente caso sí existía otra vía judicial para atacar el acto administrativo que se pretende desconocer a través de la tutela, por las siguientes razones: El acto administrativo que se ataca a través de la tutela en realidad no es un acto administrativo de ejecución, y no lo es por cuanto la decisión judicial que supuestamente lo ordenó no se encontraba ejecutoriada, está en apelación, en consecuencia no puede otorgársele el título de acto administrativo de ejecución si no tiene un sustento en una decisión judicial en firme. Por el contrario, el acto administrativo que se cuestiona por tutela, es un acto administrativo producto de la voluntad manifiesta y autónoma de la administración, la cual violando la legalidad, (lo que hace que no sea de ejecución) emite ese acto ficticio haciéndolo aparecer como de ejecución. Así las cosas, en realidad el acto administrativo emitido es fruto del capricho de la administración, es ilegal y por lo tanto, acorde con la jurisprudencia del propio Consejo de Estado, susceptible de ser demandado ante la jurisdicción constitucional.

ACTO ADMINISTRATIVO-Causales de firmeza establecidas en el artículo 62 del CCA

(Salvamento de voto)

Considero que en este caso la Acción de Tutela no debe prosperar, en primer lugar, si bien es cierto el acto administrativo que se ataca, afirma que contra éste no procede recurso alguno, implica lo anterior que el acto administrativo desde su expedición queda en firme y en consecuencia se encuentra dentro de las causales de firmeza del acto administrativo, establecidas en el art. 62 del Código Contencioso administrativo. En consecuencia, y en principio, acorde con lo establecido en el art. 63 del mismo código se entendería agotada la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la vía judicial. Si bien es cierto la jurisprudencia del Consejo de Estado ha afirmado que los actos administrativos de ejecución no son demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa, sí ha establecido excepciones en las cuales dichos actos pueden ser demandados por vía judicial.

ACTO DE EJECUCION-En el caso de autos no es tal y además fue dictado de manera irregular  
(Salvamento de voto)

Lo cierto dentro del expediente, es que el supuesto acto administrativo de ejecución no es tal y además fue dictado de manera irregular (está pendiente el fallo de segunda instancia del auto de suspensión provisional). Por consiguiente, no siendo materialmente un acto administrativo de ejecución, es una acto administrativo dictado por la voluntad de la administración, acto administrativo éste dictado de manera irregular e ilegal, y por lo tanto susceptible de ser demandado o a través de la acción de nulidad por ser dictado en forma irregular y en desconociendo del derecho de defensa o por la acción de nulidad y restablecimiento por las mismas razones.

Referencia: expediente T-1.732.770

Acción de tutela instaurada por Luis Evelio Ortiz contra Fondo de Previsión Social del Congreso- FONPRECON

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de esta Sala de Revisión, presento Salvamento de Voto a esta sentencia, y para ello expongo a continuación las

diversas razones de mi disenso:

1. El numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 consagra que la acción de tutela será improcedente en aquellos casos en que existan otros recursos o medios de defensa judicial al alcance del accionante. Ello significa que en el evento en que para el caso concreto existan otros mecanismos judiciales, corresponde al accionante agotar dichos recursos, es decir, hacer uso de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial que se encuentren a su disposición para invocar la protección de sus derechos.

En este orden de ideas, la acción de tutela no puede ser entendida como un medio de defensa judicial que pueda reemplazar o sustituir los mecanismos procesales dispuestos por el legislador para la protección de los derechos; tampoco puede entenderse que tiene la facultad de revivir términos vencidos u oportunidades procesales fenecidas por la negligencia o inactividad injustificada del actor. Sin embargo, es preciso señalar que ésta Corporación ha admitido de forma excepcional la procedencia de la acción de tutela en los casos en que, a pesar de que existan otros medios y recursos de defensa judiciales a disposición del actor, (i) se constate que tales mecanismos no son idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos amenazados o vulnerados; y, (ii) exista certeza sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable de no otorgarse el amparo constitucional invocado como mecanismo transitorio de protección<sup>24</sup>.

2. De conformidad con lo anterior, considero que en este caso la Acción de Tutela no debe prosperar, en primer lugar, si bien es cierto el acto administrativo que se ataca, afirma que contra éste no procede recurso alguno, implica lo anterior que el acto administrativo desde su expedición queda en firme y en consecuencia se encuentra dentro de las causales de firmeza del acto administrativo, establecidas en el art. 62 del Código Contencioso administrativo.

En consecuencia, y en principio, acorde con lo establecido en el art. 63 del mismo código se entendería agotada la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la vía judicial.

Ahora bien, y en segundo lugar, la tutela bajo estudio menciona que el Consejo de Estado ha afirmado en su jurisprudencia que contra actos administrativos de ejecución no es posible interponer acción de nulidad y restablecimiento, extrañamente la tutela no refiere a ninguna jurisprudencia al respecto.

Por tanto, si bien es cierto la jurisprudencia del Consejo de Estado ha afirmado que los actos administrativos de ejecución no son demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa, sí ha establecido excepciones en las cuales dichos actos pueden ser demandados por vía judicial.

Como ejemplos encontramos la decisión de la sección primera ( Rad. 6314 ) de 14 de septiembre de 2000, en la cual se afirma que “ ...conviene aclarar que si bien ambos [actos administrativos] fueron proferidos en virtud del mismo fallo, no pueden tomarse como actos de ejecución de éste , lo que en principio los sustraería del control de esta jurisdicción, sino como DECISIONES PROPIAS DE LA ADMINISTRACIÓN, en las cuales de una parte, se toma un comentario contenido en la parte motiva del fallo, que no en la parte resolutive de éste, (... ) . Por lo tanto, no les es aplicable la reiterada jurisprudencia de ésta corporación, según la cual los actos de ejecución de sentencias no son demandables ante la jurisdicción de lo contencioso, por cuanto todas las disposiciones que contienen son nuevas o distintas a las del fallo y tomadas POR CUENTA DE LA PROPIA ADMINISTRACION.” ( negrillas fuera del texto).

La anterior jurisprudencia, se basa en la Sentencia de la sección tercera de 9 de agosto de 1991 que al respecto señaló:

“ ...todo acto que se limite a generar el cumplimiento de la sentencia es un acto de ejecución. No obstante, si la administración al proferir el acto de ejecución se aparta del alcance del fallo, agregándole algo o suprimiéndole algo, resulta incuestionable que en el nuevo temperamento no puede predicarse que el acto sea de simple ejecución , pues nace un nuevo acto administrativo y por lo mismo es controvertible judicialmente ...” (negrillas fuera del texto). En el mismo sentido, sentencia de la sección segunda de 10 de octubre de 2002.

Por consiguiente, en el presente caso sí existía otra vía judicial para atacar el acto administrativo que se pretende desconocer a través de la tutela, por las siguientes razones:

2.1. El acto administrativo que se ataca a través de la tutela en realidad no es un acto administrativo de ejecución, y no lo es por cuanto la decisión judicial que supuestamente lo ordenó no se encontraba ejecutoriada, está en apelación, en consecuencia no puede otorgársele el título de acto administrativo de ejecución si no tiene un sustento en una

decisión judicial en firme.

2.2. Por el contrario, el acto administrativo que se cuestiona por tutela, es un acto administrativo producto de la voluntad manifiesta y autónoma de la administración, la cual violando la legalidad, (lo que hace que no sea de ejecución) emite ese acto ficticio haciéndolo aparecer como de ejecución.

2.3. Así las cosas, en realidad el acto administrativo emitido es fruto del capricho de la administración, es ilegal y por lo tanto, acorde con la jurisprudencia del propio Consejo de Estado, susceptible de ser demandado ante la jurisdicción constitucional.

Lo cierto dentro del expediente, es que el supuesto acto administrativo de ejecución no es tal y además fue dictado de manera irregular (está pendiente el fallo de segunda instancia del auto de suspensión provisional). Por consiguiente, no siendo materialmente un acto administrativo de ejecución, es un acto administrativo dictado por la voluntad de la administración, acto administrativo éste dictado de manera irregular e ilegal, y por lo tanto susceptible de ser demandado o a través de la acción de nulidad por ser dictado en forma irregular y desconociendo del derecho de defensa o por la acción de nulidad y restablecimiento por las mismas razones.

Con fundamento en las razones expuestas, salvo mi voto a la presente sentencia.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 Folio 47 cuaderno principal.

2 Folio 180 cuaderno principal.

3 Folio 78 cuaderno principal del Expediente.

4 Folio 125 cuaderno principal.

5 Folio 180 cuaderno principal.

6 Cuyo tenor es el siguiente:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

7 Términos cuyo alcance fue precisado de la siguiente manera:

“La “sencillez” del medio judicial se determina según la mayor o menor complejidad del procedimiento y las limitaciones de orden práctico que ello suponga para que el afectado pueda tener posibilidades reales de iniciar y mantener la correspondiente acción, atendidas sus condiciones socio-económicas, culturales y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se encuentre. Las peticiones que a este respecto formulen las personas pertenecientes a los grupos discriminados o marginados deben merecer especial consideración, pues la acción de tutela puede ser una medida de favor que mitigue en algo la desigualdad que tradicionalmente ha acompañado a estos grupos (C.P. art. 13).

La “rapidez” del medio judicial está relacionada con la mayor o menor duración del proceso y el efecto que el tiempo pueda tener sobre la actualización de la amenaza de violación del derecho o las consecuencias y perjuicios derivados de su vulneración, para lo cual deberán examinarse las circunstancias del caso.

La “efectividad” del medio judicial es una combinación de las dos notas anteriores, pero se orienta más al resultado del proceso y por ello se relaciona con la medida de protección ofrecida al afectado durante el proceso y a su culminación. Aquí el juez debe analizar a la luz de los procedimientos alternativos, cuál puede satisfacer en mayor grado el interés concreto del afectado, lo cual en modo alguno implica anticipar su resultado sino establecer frente a la situación concreta, el tipo de violación del derecho o de amenaza, la complejidad probatoria, las características del daño o perjuicio y las condiciones del afectado, entre otros factores, lo adecuado o inadecuado que puedan ser los medios judiciales ordinarios con miras a la eficaz protección de los derechos lesionados”.

8 Corte Constitucional, sentencias T-179 de 2003, T-620 de 2002, T-999 de 2001, T-968 de 2001, T-875 de 2001, T-037 de 1997.

9 Ver, entre muchas otras, las Sentencias T-179 de 2003, T-500 de 2002, T-135 de 2002, T-1062 de 2001, T-482 de 2001, SU-1052 de 2000, T-815 de 2000, T-418 de 2000, T-156 de 2000, T-716 de 1999, SU-086 de 1999, T-554 de 1998 y T- 287 de 1995.

10 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-127 de 2001, T-384 de 1998 y T-672/98

11 Eso sostuvo esta Corporación en la sentencia C-531 de 1993 mediante la cual declaró la inexecutable del inciso segundo del numeral primero del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, precepto que definía el perjuicio irremediable como aquel que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

12 Sentencia C-531 de 1993.

13 En esa oportunidad se sostuvo:

“Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término “amenaza” es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral”.

14 Por ejemplo en la sentencia T-1316 de 2001 se definen las características del perjuicio irremediable en los siguientes términos:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un

considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.”

Así mismo, en la sentencia T-719 de 2003 se sostiene:

“La jurisprudencia de esta Corte ha señalado que para efectos de esta disposición, únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) cierto e inminente -esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable”.

15 Sentencias T-719 de 2003, T-804 de 2005.

16 Sentencias T-992 y T-1244 de 2005.

17 Sentencias T-1128 y T- 1268 de 2005, T-491 de 2006.

18 Sentencia T-605 de 2005.

19 Sentencia T-719 de 2003.

20 Sentencia T-1316 de 2001.

21 Sentencia T-143 de 2003 y T-1093 de 2004.

22 Sentencia T-659 de 2005.

23 En encabezamiento de la citada resolución despeja cualquier duda al respecto: “Resolución 1083 de 30 de mayo de 2007 Por medio de la cual se acata una decisión judicial del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el sentido de suspender provisional y parcialmente del valor de la liquidación de una pensión vitalicia de jubilación la cuantía que exceda el límite del 50% del promedio de las pensiones a que tendrán derecho os actuales congresistas” (negrillas añadidas).

24 Al respecto, entre otras, consultar Sentencia T. 609 de 2005.