



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
ACCIÓN:	ACCIÓN DE TUTELA.
PROCESO:	70-001-33-33-004-2016-00201-01.
DEMANDANTE:	DONALDO JOSÉ VERGARA GARAVITO.
DEMANDADO:	SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO, DEPARTAMENTO DE SUCRE, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala la impugnación interpuesta por las partes accionante y accionada en oposición a la sentencia proferida por el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO – SUCRE el día 27 de septiembre de 2016, en el proceso que en ejercicio de la ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA instauró DONALDO JOSÉ VERGARA GARAVITO en contra de la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO, EL DEPARTAMENTO DE SUCRE y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

1. ANTECEDENTES

1.1 LA SOLICITUD DE TUTELA.

DONALDO JOSÉ VERGARA GARAVITO, presentó Acción de Tutela en contra de la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO, EL DEPARTAMENTO DE SUCRE Y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., puesto que estima se la han vulnerado sus derechos fundamentales al trabajo, estabilidad laboral la seguridad social y a la protección especial a personas de la tercera edad, Petición, Salud, Vida, Igualdad, Ingreso mínimo Vital, dignidad, debido proceso administrativo permanencia y estabilidad en los cargos públicos.

En amparo definitivo de sus derechos de sus derechos fundamentales **PRETENDE** que ordene a la Gobernación de Sucre expida un acto administrativo en el que se deje sin efectos y suspenda los decretos y oficios No 0374 de 01 de abril de 2.016 donde lo retira del cargo al accionante y el Decreto No 0705 de agosto 1 de 2.016 mediante el cual nombró al señor Doctor **ANIBAL JOSE GARCIA AMADOR** identificado con cedula de ciudadanía 6.819.188 por derecho de preferencia como Notario Único de SAN MARCOS SUCRE que se abstenga de posesionarlo.

Que se ordene el cumplimiento de esta decisión dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas. Sírvase revocar la orden impartida mediante por los decretos y oficios, por la cual se ordenó el retiro del cargo del señor Notario ,para que en su lugar, se restablezca el derecho, ordenando el reintegro del señor DONALDO JOSÉ VERGARA GARAVITO en el cargo de Notario Único de San Marcos, la figura del reintegro opere sin solución de continuidad Que como consecuencia de lo anterior, hasta tanto sea reconocida su pensión e incluido en la respectiva nómina de pensionado por parte de Administradora PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A mientras se resuelve la presente acción de amparo.

Se oficie a la Administradora **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** A efectos de que informara el estado actual en el que se encuentra el trámite de la pensión de vejez reclamada .y cuando se concedería incluyéndola en la nómina de pensionado y notificándole al accionante y hasta tanto La Administradora PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A se pronuncie de manera definitiva sobre la pensión de vejez del señor DONALDO VERGARA G y éste se encuentre incluido en nómina.

Que las entidades accionadas condicionen o supediten la aplicación de los decretos y oficios expedido por medio del cual se dispuso su retiro del servicio del actor, al efectivo reconocimiento e inclusión de su nombre en la nómina de pensionados de.-el accionante que ha presentado todos los documentos necesarios le reconozca la pensión de vejez, a la cual tiene derecho pero hasta la fecha no ha proferido.

Se le conceda al accionante un término prudencial de cuatro (4) meses como mecanismo transitorio debería realizar las gestiones necesarias que de él y del Fondo de Pensiones se demanden para acceder a la pensión de vejez.

Como ***SUPUESTOS FÁCTICOS***, manifiesta el señor Donaldo José Vergara Garavito, haberse desempeñado como notario único del circuito de San Marcos - Sucre, nombrado el 28 de marzo de 1995 mediante Decreto 0096 y posesionado el 20 de abril de 1995 con acta de posesión 10230 de la Gobernación – Sucre. Y finalmente nombrado en propiedad en el cargo de Notario por Decreto 1038 de 2008 el 15 de octubre de 2008.

Indica el accionante que el día 7 de marzo de 2016 cumplió 65 años de edad, razón por la cual fue retirado del servicio notarial debido a que la anotada circunstancia se halla descrita en la Ley como una causal de retiro forzoso, comunicándole mediante oficio No. SNR 2016ee 004657 DANS .002834 de la superintendencia de notariado y registro del 18 de febrero de 2016.

Afirma el accionante haber sido retirado sin adquirir la pensión de vejez, cuyo reconocimiento y pago, fue solicitado desde el 28 de febrero de 2016, fecha desde la cual se encuentra a la espera de una respuesta de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Señala el señor Donado José Vergara, que mediante Decreto No. 0705 de 1 de agosto de 2016 de la Gobernación de Sucre se resolvió nombrar, en ejercicio del derecho de preferencia al Doc. Aníbal García como su remplazo, quien tenía a su cargo la Notaria única de Majagual – Sucre.

Finalmente argumenta que los únicos ingresos que tiene el accionante y su grupo familiar son los estipendios que como notario recibe de esta labor.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 13 de septiembre de 2016 (fol. 18).
- Admisión de la demanda: 15 septiembre de 2016 (fol. 66 a 67).
- Notificación a las partes: 15 de septiembre de 2016 (fol. 60 a 81).
- Contestación de la demanda: 20 de septiembre de 2016 (fol. 82 a 91).
- Contestación de la demanda Gobernación de sucre: 20 de septiembre de 2016 (fol. 104 a 107).
- Contestación de la demanda Protecciones pensiones y cesantías: 22 de septiembre de 2016 (fol. 179 a 183).
- Sentencia de primera instancia: 27 de septiembre de 2016 (fol. 221 a 229).

- Notificación a las partes: 27 de septiembre de 2016 (fol. 230 a 239).
- Impugnación administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A: 30 de septiembre de 2016 (fol. 254 a 257).
- Impugnación parte accionante: 30 de septiembre de 2016 (fol. 258 a 267).
- Concesión de la impugnación: 4 de octubre de 2016 (fol. 275).
- En la oficina judicial- reparto: 4 de octubre de 2016 (fol. 2 C-2).
- Secretaria del Tribunal: 4 de octubre de 2016 (fol. 3 C-2)

1.3. CONTESTACION DE LA DEMANDA

• DEL TERCERO INTERESADO – ANÍBAL JOSÉ GARCÍA AMADOR

Manifestó que la tutela debe ser denegada por los siguientes fundamentos facticos y de derechos: Indica que la superintendencia de notariado y registro suscribió la Circular No. 1021 con fecha de 18 de junio de 2014 en donde advierte y conmina a los notarios a tomar las medidas pertinentes para preparar su retiro forzoso de manera inmediata una vez cumplidos los 65 años de edad, y en consecuencia obtener su pensión para esa fecha, basado, entre otros , haciendo referencia a varias normas legales, dentro de las cuales hizo referencia a los Artículos 181,182 y 147 del Decreto Ley 690 de 1970, Artículo 74 y 78 del Decreto 2148 de 1983 y artículo 1 del Decreto 3047 de 1989.

Señala que de acuerdo con el marco normativo enunciado, dentro del mes siguiente al cumplimiento de la edad de retiro forzoso, es deber de la superintendencia, adelantar ante los nominadores los trámites correspondientes, los trámites y solicitudes pertinentes para el retiro. Así mismo, los nominadores (Presidente e la Republica en el caso de las notarías de primera categoría y el Gobernador correspondiente en el caso de las notarías de segunda y tercera categoría deben adelantar los trámites necesarios dentro del mismo plazo establecido para el retiro de los notarios que cumplan edad de retiro forzoso.

Afirma que el accionante conoce que en su condición de notario que su retiro del servicio se produciría una vez cumplido los 65 años de edad hecho advertido por la Superintendencia de Notariado y Registro desde junio de 2014, haciendo caso omiso de esto y solo hasta el mes de Abril de 2016, es decir 1 año y 10 meses después, solicita a su entidad pensional el reconocimiento de la misma.

Indica que la tutela debe ser declarada improcedente por existir otros mecanismos judiciales a los que puede el accionante acudir, como lo es “la nulidad y el restablecimiento del derecho”. La razón fundamental del accionante en su tutela es el “perjuicio irremediable” que sufriría al ser retirado de la notaria por haber cumplido los 65 años y no haber obtenido aún su pensión, no obstante que desde junio de 2014 sabía que pasos seguir para obtenerla. Por lo tanto, la excusa del demandante de no tener pensión no es válida, ya que como se ha podido observar durante este escrito, él tenía conocimiento de que debía hacer para cuando llegara la edad de retiro forzoso no se le presentara el impase de no tener la pensión aprobada, por lo anterior no es excusa que su falta de diligencia llegara al extremo de no adelantar los tramites de su pensión con el tiempo suficiente para obtenerla antes de que llegara el retiro forzoso.

Por último, indica que su nombramiento y posesión se ajustan a la normatividad vigente, razón por la cual solicita se niegue la acción de tutela.

• **DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE**

Dicha entidad en su respuesta manifestó que mediante oficio de 18 de febrero de 2016 recibido en esta entidad el 22 del mismo mes y año, la directora de administración Notarial – Superintendencia de notariado y registro, le comunicó que verificado el historial del accionado Notario Único del Círculo de San Marcos – Sucre, cumplía 65 años- edad de retiro forzoso- , el 7 de marzo de 2016, transcribiendo en dicho requerimiento las normas que regulan estos asuntos y finaliza diciendo que se dispusiera designar remplazo cuando se surtiera el procedimiento de derecho de preferencia si había lugar a ello; en vista de lo anterior, esa entidad emitió el Decreto No. 0374 de 1 de abril de 2016, retirando del servicio por haber llegado a la edad de retiro forzoso, al Dr. DONALDO VERGARA, Notario Único del Circulo de San Marcos- Sucre, haciendo las comunicaciones de rigor.

Indica que el 11 de julio de 2016 llegó al señor Gobernador el oficio OAJ-1710 de 8 de julio de 2016 suscrito por el jefe de la oficina Jurídica – Secretario Técnico del Consejo Superior de la carrera Notarial, Dr. Marcos Jaher Parra, informándonos sobre el trámite de derecho de preferencia de los Notarios, que para la notaria de San Marcos lo tenía el Dr. Raymundo Vélez – Notario de Colosó-Sucre quien no aceptó la designación de San Marcos y en consecuencia de derecho preferencial cayo al Dr. Aníbal José García Amador.

Teniendo en cuenta lo antes mencionado la Gobernación de Sucre, profirió el Decreto No.0705 de 1 de agosto de 2016, nombrando en propiedad al Dr. Aníbal, como Notario Único de San Marcos Sucre.

Concluye diciendo que el retiro del Notario obedece al cumplimiento de la norma, para ser más exactos, a lo dispuesto en el Art 1 del Decreto 3047 de 1989, en concordancia con el Decreto Ley 960 de 1970, los que señalan que la edad de retiro forzoso para los notarios será de 65 años y que dicho retiro deberá acontecer “dentro del mes siguiente a la ocurrencia del causal” lo cual es de obligatorio cumplimiento.

Agrega que los Notarios son particulares que en ejercicio de la figura de la descentralización por colaboración prestan algunas funciones públicas, allí que sea la responsabilidad de cada cual, tramitar el conocimiento de su pensión, por tal razón no es del recibo de esta entidad el argumento del actor en aducir que se encuentra tramitando su pensión, de igual forma y en la eventualidad de que en el trámite de dicha pensión se observen demoras injustificadas, son los representantes de las entidades que regulan el Sistema Nacional de Salud y Pensiones y sus operadores, los llamados a responder por daños y perjuicios ocasionados al saliente Notario.

• DE LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CENSANTÍAS “PROTECCIÓN”.

Señala la entidad que no ha existido de su parte conducta alguna que constituya violación de derechos fundamentales del accionante, porque esta entidad gestionó oportunamente la prestación económica solicitada por el actor, mientras que al mismo tiempo se encuentra realizando los trámites necesarios para la reconstrucción de la historia laboral del accionante.

Por lo motivado anteriormente, sostiene que a esta entidad, al no violentar los derechos del actor, no le procede condena alguna por la acción de tutela.

1.4. LA SENTENCIA DE TUTELA IMPUGNADA¹

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo falla tutelando el derecho de petición del señor Donaldo José Vergara y niega el amparo tutelar respecto a los otros derechos fundamentales incoados por el

¹ Folios 221-229.

accionante, ordenando asimismo, levantar la medida provisional que fue dispuesta en el auto admisorio de la demanda².

Para el efecto, considera que existe un acto administrativo en el cual se retira del servicio al actor y otro acto diferente que nombra su remplazo, por lo que estima que esta frente a una solicitud de amparo tutelar como un mecanismo residual en atención a que existen otros mecanismos para atacar la legalidad del acto con el que se dio retiro al demandante, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Arguye que las razones que esgrime no demuestran la existencia de un perjuicio irremediable y las circunstancias especiales que alega como presentes en su caso, no evidencian que se encuentren en una situación de indefensión con las características que ha señalado la Corte constitucional para que pueda calificarse como irremediable (inminencia del perjuicio, urgencia de las medidas que debe adoptar el juez para evitar la materialización de un daño, gravedad de la vulneración e postergabilidad de las medidas de restablecimiento) y que posibiliten por este motivo la prosperidad de la tutela pese a que existan otros mecanismos de defensa judicial.

Así mismo, señala el *A quo* el tutelante no acreditó ni sustentó cual sería la realidad económica que padecería por cuenta de la desvinculación como Notario y también se observó que la esposa del demandante es dueña de un establecimiento comercial, lo cual desvirtúa la afirmación de no tener más ingresos.

De otro lado, indica que en la solicitud pensional hecha por el demandante han transcurrido cuatro meses sin que el demandante haya recibido respuesta a la solicitud presentada estando PROTECCIÓN en la obligación de hacerlo, por lo que el despacho tuteló el derecho de petición al accionante para que en un término de 15 días dicha empresa resuelva la solicitud pensional del accionante.

1.5. LA IMPUGNACIÓN

Inconformes con la sentencia de primera instancia, proceden a impugnarla la parte actora y la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A., bajo los siguientes argumentos:

² Consistente en la suspensión del trámite de confirmación y posesión respectiva del señor Aníbal José García Amador, como Notario del Circulo de San Marcos. Ver folios 66-67.

• **IMPUGNACIÓN DE LA PARTE ACCIONANTE³ (FOLIOS 258-267)**

La P. Accionante impugnó la sentencia en mención, manifestando que antes de su retiro se encontraba adelantando los trámites para el reconocimiento de la pensión de vejez, pero la administradora de pensiones y cesantías PROTECCION S.A., dice que la historia laboral presenta inconsistencias y era necesario reconstruirla para verificar el derecho pensional.

Argumenta que la facultad de desvincularlo por haber cumplido la edad de retiro forzoso se aplicó sin observancia de sus circunstancias particulares, como que no ha sido reconocida la pensión de vejez, por lo que ante la ausencia de un ingreso regular la decisión de retiro resulta desproporcionada constitucionalmente.

Señala el demandante en una sentencia T-463 de 2016 tomada de ámbito jurídico, se indica que el manejo de la información corresponde a la administradoras de pensiones, quienes tienen diversos deberes, que van desde asegurar la integridad y exactitud de la información consignada, hasta guardar y custodiar la base de datos.

Manifiesta que se debe requerir a la administradora de Pensiones PROTECCIONES S.A que diligencie ante el banco BBVA sucursal San Marcos, información al respecto al tiempo de servicio y haga exigible el bono pensional para que dentro de un plazo determinado se pronuncie acerca del reconocimiento de la pensión de vejez y su inclusión en la nómina de pensionado por eso la acción de tutela fue instaurada como mecanismo transitorio y medida provisional.

En cuanto al perjuicio irremediable, la Corte ha precisado que la desvinculación de un funcionario por alcanzar la edad de retiro forzoso no puede llevarse a cabo de manera objetiva y automática, sin analizar antes las particularidades de cada caso. Refiriéndose en el caso concreto, pudo comprobarse que el accionante depende económicamente de los ingresos que percibe como Notario y reposan como prueba inmueble con deuda cuantiosa, los bienes que aduce el tercero se encuentran en comunidad y no reportan utilidad alguna, razón por la cual la inminente situación de ser desvinculado del cargo en virtud del nombramiento de una persona en propiedad, constituye una amenaza a su

³ Folios 258-267

remuneración mínima vital y móvil, al generar la suspensión de la única fuente de ingresos.

Por lo expuesto anteriormente, pretende el accionante que se revoque la sentencia de impugnada y se amparen los derechos fundamentales, ordenando a la Superintendencia de Notariado y Registro que mantengan en el cargo actual al accionante y suspenda el trámite de confirmación y posesión del señor ANIBAL JOSE GARCIA AMADOR.

- **IMPUGNACIÓN ADMINISTRADORA DE PENSIONES PROTECCION S.A⁴.**

El Fondo de Pensiones impugnó la sentencia, pues considera que la orden de Tutela debe dirigirse al Banco Ganadero, hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A – BBVA COLOMBIA, debido a que dicha entidad debe participar activamente en el trámite de la reconstrucción del historial laboral del petitionario, tendientes a verificar el total de semanas cotizadas con anterioridad al traslado de régimen para posteriormente obtener el pago y liquidación del bono pensional; dicha entidad debe aportar los soportes de cotización a Colpensiones, en su momento instituto de la Seguridad Social, o asumir los tiempos laborados, ya que el actor reporta la mencionada vinculación laboral.

Expresa igualmente, que solicitó a Colpensiones la reconstrucción de dichos periodos de cotización y la entidad negó la misma argumentando falta de pruebas de la relación laboral. Arguye la administradora que es muy importante la reconstrucción de la historia laboral, para establecer con certeza el tiempo total de semanas cotizadas del afiliado. Por tal motivo se encuentra imposibilitada jurídicamente para dar una respuesta de fondo a la solicitud del actor.

Finalmente, concluye la entidad diciendo que condicionó el tiempo para resolver la solicitud pensional a que el afiliado allegue la documentación requerida para acreditar el derecho y cuando la pensión se financie con el bono pensional, se requiere que este en estado “emitido” para dar una respuesta de fondo.

En razón de lo anterior, solicita la revocatoria de la decisión de primera instancia.

⁴ Folios 254-256.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la impugnación interpuesta en la presente Acción Constitucional, según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32.

2.2. FONDO DEL ASUNTO.

Como se puede advertir, la parte actora muestra su inconformismo con la decisión de primera instancia en lo concerniente a la negativa en ordenar su permanencia en el cargo de Notario Único del Circulo Notarial de San Marcos mientras es incluido en nómina de pensionados, considerando que con la expedición del acto administrativo del retiro del servicio del cargo de Notario por el solo cumplimiento de la edad de retiro forzoso sin mirar sus condiciones particulares de sostenimiento, las cuales se verán afectadas por la ausencia de ingresos para solventarlas, constituye un perjuicio irremediable que hace procedente el amparo constitucional invocado y por consiguiente solicita se le mantenga en dicho cargo y se suspenda trámite de confirmación y posesión del señor ANIBAL JOSE GARCIA AMADOR.

Por su parte, la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A., expresa su desacuerdo con la sentencia de primera instancia, en lo relativo al amparo del derecho de petición y la orden que le fue dada por el A quo, estimando que la misma debió dirigirse al Banco Ganadero, hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A – BBVA COLOMBIA, pues es la entidad donde reposan los documentos necesarios para reconstruir la historia laboral del actor y con ello, dar curso a su solicitud pensional, puesto que los mismos resultan indispensables para la correcta emisión y pago del bono pensional que existe en favor del señor DONALDO JOSE VERGARA GARAVITO.

2.2.1 PROBLEMA JURIDICO

De acuerdo con los antecedentes reconstruidos, corresponde a esta Sala determinar en primer lugar, *si se reúnen los requisitos de procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar la suspensión de los efectos de los actos administrativos que determinaron el retiro del servicio del actor como Notario del Circulo de San Marcos por cumplir la edad de retiro forzoso, así como el acto administrativo a través del cual se dispuso el nombramiento del*

señor ANIBAL GARCIA AMADOR en su remplazo, dada la vacancia generada por su retiro.

Asimismo, se deberá establecer si se ha vulnerado el derecho fundamental de petición del actor en conexidad con el derecho a la seguridad social en pensiones al no dar curso pronto y eficaz al trámite de su pensión de vejez.

En aras de desatar la impugnación que ocupa la atención de este Tribunal, se abordara el siguiente ítem temático: i) procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto, viabilidad e idoneidad del mecanismo constitucional, para buscar la suspensión de un acto administrativo; ii) el derecho de petición en pensiones; iii) análisis del caso concreto.

I. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO PARTICULAR Y CONCRETO. Viabilidad e idoneidad del mecanismo constitucional, para buscar la suspensión de un acto administrativo.

La **TUTELA** es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política⁵ y dentro de los casos descritos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta su ejercicio.

La acción de amparo introducida a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, permite que toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, tenga una acción constitucional para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, agregando a

⁵“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

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”

renglón seguido que dicha protección consistirá “*en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo*”.

Según el texto constitucional, para que la protección constitucional en sede de tutela proceda, no basta que se compruebe la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales, sino que es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable⁶.

No puede perderse de vista que la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria⁷ y no está diseñada para reemplazar las acciones o vías judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. La acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

La doctrina fundada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional⁸, ha señalado que, “*la tutela no reemplaza a otros medios de defensa judicial, no los suprime o desplaza, ni compite o alterna con ellos. Basta que exista otro medio de defensa (eficaz e idóneo) para la protección del derecho fundamental, y la tutela es improcedente. La Corte ha dicho desde un comienzo que la acción de tutela no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre este y la acción de tutela porque siempre prevalece, con la excepción dicha –la acción ordinaria.*”⁹

En ese orden se puede igualmente señalar que, la acción de tutela adquiere el carácter subsidiario, con el fin de convertirse en el último recurso orientado a reemplazar los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias se presentan y que afectan derechos fundamentales, señalándose asimismo que por su naturaleza residual, solo puede ser interpuesta cuando el afectado no tenga otro mecanismo de defensa judicial mediante el cual pueda evitar la afectación de los derechos o detener la vulneración de los mismos, salvo que, teniéndolo

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁸ Ver entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-543 de 1992, T-331 de 1997, T 106 de 1996 y T 119 de 1997.

⁹ CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho procesal de la acción de tutela. Editorial, ediciones jurídicas Ibáñez, Tercera edición 2009. Pág. 84.

este sea ineficaz para el amparo de los derechos y la tutela sea el mecanismo idóneo para evitar un perjuicio irremediable.

Debido a lo anterior, en reiterada jurisprudencia se ha establecido la improcedencia de la tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto, pues para controvertir estos actos se tiene la acción, hoy medio de control, de nulidad y restablecimiento del derecho, que se ejerce ante la jurisdicción contencioso administrativa, o los medios de control establecidos dentro del marco jurídico de cada caso en concreto.

Al respecto la Corte Constitucional ha manifestado:

"Por regla general, la acción de tutela no procede contra actos administrativos de contenido particular y concreto en la medida en que éstos pueden ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, el afectado puede solicitar su suspensión provisional. Sin embargo, de manera excepcional, cuando la acción de tutela se instaure para evitar un perjuicio irremediable y existe una presunta violación de derechos fundamentales, se torna procedente.

...

En abundante jurisprudencia esta Corporación ha señalado que el perjuicio irremediable es aquel que tiene las características de inminencia, urgencia y gravedad. Por lo tanto, cuando se acredite la existencia de un perjuicio que: (i) sea inminente, es decir, que produzca de manera cierta y evidente la amenaza de un derecho fundamental; (ii) imponga la adopción de medidas apremiantes para conjurarlo; (iii) amenace de manera grave un bien jurídico que sea importante en el ordenamiento jurídico; y, (iv) dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad, la acción de tutela es procedente aunque para controvertir el acto administrativo de carácter particular, el actor tenga a su disposición otros medios de defensa judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo."¹⁰

Sobre el punto expuesto, nos ilustra el tratadista y Consejero de Estado JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, determinando de manera precisa las restricciones que de manera constitucional existen para invocar la procedencia de la tutela frente a este tipo de actos administrativos así;

"... en la individualización de la pretensión: la tutela no procede frente a todo tipo de violaciones de los principios fundamentales es posible intentarla cuando los derechos vulnerados son de naturaleza subjetiva y personal, solo de manera excepcional procede contra violaciones colectiva de derechos como es el caso de la acción de tutela contra particulares, y en lo concerniente a la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial refiriéndose a que si los actos que se consideran violatorios de los derechos fundamentales, pueden ser objeto de impugnación a través de otros recursos o acciones judiciales, de ser así no es posible hacer uso de este medio judicial exceptuando si se está frente a un perjuicio irremediable."¹¹

Resalta la Sala los siguientes pronunciamientos del H. Consejo de Estado:

¹⁰ Corte constitucional. Sala tercera de revisión. Sentencia T-067 de 2011. Referencia: expediente T-2.808.968 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Tomo III, p. 678 y ss.

*"la acción de tutela es subsidiaria y residual cuando el afectado no cuenta con otros medios de defensa judicial, no cuando teniéndolos dejó de hacer uso oportuno de ellos."*¹²

*"Si el desvinculado dispone de un medio de defensa judicial, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y además el perjuicio que se le causa no es irremediable, es evidente en tal caso que no es procedente la acción de tutela a términos del inciso 3º del artículo 86 de la constitución política, pero menos aún, cuando se ha dejado vencer el término que la ley concede para utilizar el medio de defensa judicial."*¹³

En igual sentido, manifiesta la H. Corte Constitucional:

"Con todo, en eventos determinados es posible que, pese a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, sea necesario conceder el amparo, debido a la presencia de un perjuicio que sólo podría ser remediado con la decisión del juez constitucional. La Corte ha establecido los requisitos para que proceda la tutela contra actos administrativos, así:

"(1) Que se produzca de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (2) que de ocurrir no exista forma de reparar el daño producido al mismo; (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; y, (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 general, resulta contrario a la naturaleza de la acción de tutela, invocarla contra actos de la administración, por perjuicios derivados de la incuria propia de quien dejó vencer los términos judiciales o no ejerció las acciones ordinarias en tiempo, o las ejerció en indebida forma sin cumplimiento de los presupuestos legales. Tampoco puede el juez de tutela entrar a sustituir al juez Contencioso Administrativo, arrogándose la facultad de decidir sobre la legitimidad o ilegitimidad de un acto de la administración, ni cuando existe otro medio de defensa judicial y respecto de actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto."
(Negrillas de la Sala)¹⁴

Por lo expuesto, se puede concluir en este punto que la acción de tutela no es un medio alternativo que pueda ser empleado en reemplazo de las acciones judiciales ordinarias, pues esto conllevaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional del Estado. Así, esta acción tampoco resulta procedente cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado ha contado con la posibilidad de ejercer las acciones ordinarias o especiales ante las autoridades jurisdiccionales, creadas para conocer de los litigios originados en actos de la administración, y dejó fenecer dichas posibilidades por su ejercicio inadecuado o inoportuno¹⁵.

Es claro entonces, que la tutela no puede utilizarse para desplazar al juez ordinario de la resolución de los procesos que por ley le corresponde tramitar,

¹² Consejo de Estado. Sala plena de lo contencioso administrativo. Providencia del 13 de febrero de 1992. Exp. AC-03. C.P.: Clara Forero de Castro. Actor. Jairo Bocanegra Aguirre.

¹³ CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia del 24 de enero de 1992. C.P.: JOAQUÍN BARRETO RUIZ

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1048 de 2008.

¹⁵ Sobre el punto nos ilustra la doctrina: "No se trata entonces de que la tutela proceda simplemente cuando su protección resulte más ágil o más rápida, pues en este caso la tutela dejaría de ser un mecanismo subsidiario. Se trata de que el juez verifique si someter el caso a un procedimiento alternativo puede dar lugar a la consumación del perjuicio sobre el derecho fundamental amenazado o conculcado" BOTERO MARINO, Catalina. La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano. Bogotá Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, p.51 y ss.

y que solo subsidiariamente, en casos de inminente perjuicio para los derechos fundamentales, aquella puede invocarse para pedir, en la generalidad de los casos- una protección transitoria, o una protección definitiva, en eventos excepcionales definidos por la jurisprudencia.

Sobre el caso en particular la H. Corte Constitucional en sentencia SU-1070 de 2003, con ponencia del Dr. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, expuso:

"En el proceso que se revisa no se cumplen las condiciones que debe reunir el perjuicio para que proceda la acción de tutela como mecanismo transitorio, esto es: 1ª) que se produzca de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; 2ª) que de ocurrir, no existiría forma de reparar el daño producido; 3ª) que su ocurrencia sea inminente, esto es que amenaza o está por suceder prontamente; 4ª) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en que se encuentra; y 5ª) que la gravedad de los hechos sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo transitorio para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales. Se aprecian varias razones que así lo evidencian: 1) existe un medio ordinario de defensa judicial. Según la información suministrada por los accionantes, los actos administrativos que se cuestionan ante el juez constitucional ya fueron demandados ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y en esa jurisdicción las empresas accionantes podrán obtener la reparación integral del daño antijurídico que eventualmente se les haya producido. 2. El ordenamiento jurídico admite que los accionantes puedan invocar ante el juez administrativo la suspensión provisional de los actos administrativos, que constituye un figura jurídica excepcional y eficaz para la protección inmediata de sus derechos. 3. En el presente caso se está ante actuaciones administrativas ya surtidas. Los actos administrativos que se impugnan ante el juez constitucional están en firme. Por ello, podría tratarse de un evento de vulneración del derecho al debido proceso administrativo, pero no de una situación en que se halle amenazado el derecho, lo cual torna igualmente improcedente la acción de tutela. 4. El problema que se debate no es naturaleza constitucional. Los que se discuten son derechos de rango legal o contractual, cuya solución no compete al juez de tutela sino al juez ordinario. 5. De otra parte, las firmas accionantes invocan igualmente la protección de los derechos a la igualdad y al buen nombre. No obstante, de acuerdo con la descripción de los hechos y las circunstancias en que se apoyan para respaldar su petición, se observa que el amparo de estos derechos está condicionado a la procedencia de la tutela del derecho al debido proceso administrativo. Por ende, al ser improcedente el amparo de éste, también lo es frente a aquellos". (Negritas de la Sala).

Más adelante, la H Corporación manifestó sobre el tema:

"Cuando la controversia verse sobre contratos estatales, se debe hacer uso de los otros mecanismos de defensa judicial creados por la ley, como la acción de controversias contractuales, la acción de responsabilidad contractual del Estado, y dadas las particularidades del caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, la sola existencia de otros medios de control no se traduce en que a ellos se deba acudir, pues en muchos casos no son idóneos para el amparo de los derechos de los interesados. Para determinar la idoneidad de éstos se deben evaluar aspectos como: i) que el tiempo de trámite no sea desproporcionado frente a las consecuencias de la decisión administrativa, lo cual ocurriría, por ejemplo, cuando a un contratista se le ha declarado la caducidad de su contrato, y al someterlo a la espera de la resolución de las controversias contractuales, se le cercena la posibilidad de presentarse a concursar para la adjudicación de otros contratos; ii) que las exigencias procesales no sean excesivas, dada la situación en que se encuentra el afectado, lo cual ocurre, por ejemplo, cuando se imponen tasas previas excesivas para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; iii) que el remedio que puede ordenar el juez no sea adecuado para satisfacer el derecho de que se trate, por ejemplo, cuando el juez no pueda ordenar medidas de restablecimiento del derecho; y iv) cuando el otro mecanismo no permita atender las particularidades de los sujetos, como cuando la resolución del problema en el contencioso administrativo dependa estrictamente de criterios legales ajenos a las condiciones particulares y especiales de vulnerabilidad en que se encuentre una persona. Además, es de recordarse que la procedencia de la acción de tutela

en estos eventos exige que la controversia contractual comprenda la posible vulneración o amenaza de un derecho fundamental. En otras palabras, si no está involucrado un derecho fundamental, no compete al juez de tutela analizar la inminencia de un perjuicio irremediable para el accionante en el marco de un proceso contractual, o la idoneidad de los medios ordinarios de defensa.

...
El presupuesto de procedencia de la acción de tutela, no se aplica a los conflictos derivados de la celebración, ejecución o terminación de los contratos en general, pues los mismos forman parte de la órbita competencial ordinariamente establecida al juez del respectivo contrato, resultando ajena a la de los jueces de tutela. Entonces, la procedencia de la acción de tutela se daría, solamente en el preciso evento de que la controversia contractual comprendiera la vulneración o amenaza de un derecho fundamental y en los casos exceptuados antes establecidos. De lo contrario, dicha acción se convertiría en una imposición abusiva de una jurisdicción excepcional, subsidiaria y residual sobre las demás jurisdicciones ordinarias, contraviniendo claramente la voluntad de los Constituyentes de 1991 al diseñar este amparo¹⁶.

Sobre un tema de similar al debatido en el *sub lite* y de reciente ventilación jurídica, el H. Consejo de Estado manifestó:

"El Decreto 2591 de 1992, al enunciar las causales de improcedencia de la acción de tutela, en primer término señala la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales, y advierte que la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante (artículo 6º, numeral 1º).

Atendiendo el mandato legal antes citado, se tiene que la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contempló medios de control, cuya filosofía se orientó a garantizar a la sociedad un verdadero acceso a la administración de justicia, y sobre todo, incorporó instrumentos ágiles y novedosos, tendientes a garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos.

...
En la Exposición de Motivos al proyecto de ley que se convirtió en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Proyecto de ley No. 315 de 2010 -Cámara- y 198 de 2009 -Senado-, publicado con la exposición de motivos en la Gaceta 1173 de 2009) se estableció entre sus finalidades fortalecer los poderes del juez contencioso, lo que se reflejó, entre otros aspectos, en las medidas cautelares rediseñadas para una nueva justicia. En este orden se declaró categóricamente que su finalidad era garantizar la "tutela judicial efectiva" de los derechos fundamentales, razón por la que, incluso, podrían decretarse de oficio:

Las medidas cautelares contempladas en el proyecto, se constituyen en el más novedoso y eficaz instrumento para lograr la tutela judicial efectiva. Por ello, se propone en el artículo 224 que incluso puedan ser decretadas de oficio para la protección de derechos fundamentales o colectivos.

Cabe precisar que el proyecto deja intactas las medidas cautelares concebidas por la Ley 472 de 1998, en las acciones encaminadas a la protección de derechos e intereses colectivos, que permiten al juez adoptar todas las que considere necesarias para su protección, con independencia de que sean pedidas en la demanda, u otras diferentes.

Así mismo se mantienen intangibles aquellas concebidas para las acciones de grupo por la misma normativa.

...
El texto definitivo y en especial sobre requisitos para decretar las medidas cautelares y procedimiento para su adopción quedo redactado así en los artículos 231 y 233 de la Ley 1437 de 2011.

En estos términos, se concluye que: i) lo que ahora se discute a través de la acción de tutela se podrá discutir promoviendo el proceso de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta que: ii) que la suspensión provisional del nuevo código tiene la misma prontitud y eficacia protectora que la acción de tutela, por varias razones: a) porque se decide al iniciar el proceso, b) procede para evitar un "perjuicio

¹⁶CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-772 de 2014. M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

irremediable”; y iii) porque la contradicción que se exige para suspender el acto administrativo ya no tiene el rigor y la exigencia del pasado: que sea ostensible; de hecho se puede hacer un estudio complejo para concluirlo.

...

En el capítulo XI de medidas cautelares (artículos 229 a 241), se realizan una serie de modificaciones para mejorar la estructura propuesta en el proyecto de ley, sobre la base del fortalecimiento de los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a fin de obtener por medio de los mismos una tutela judicial efectiva. Así, en el artículo 229 se aclara que las medidas cautelares proceden en todos los procesos declarativos que se adelanten en la Jurisdicción, con lo cual queda claro que no cobijan los procesos ejecutivos, cuyo procedimiento y adopción de medidas cautelares se remite al Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo de mayor cuantía (artículo 299). Igualmente, se modifica el inciso primero de la norma para enfatizar que la tutela judicial efectiva a obtener con una medida cautelar está circunscrita al objeto del proceso y a la efectividad de la sentencia y que por naturaleza es provisional, esto es, mientras se emite la sentencia. Y, por último, se agrega un parágrafo en el que se dispone que 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 las normas del Capítulo XI en comento y podrán ser decretadas de oficio.

A su turno, el artículo 230, sobre el contenido y alcance de las medidas cautelares, se puntualiza en el inciso primero que éstas deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda, y se elimina la expresión 'entre otras' para dejar en claro, en aras de la seguridad jurídica y las garantías de las partes, que las allí enumeradas y tipificadas son de carácter taxativo. Además, se introducen modificaciones en el contenido de los respectivos numerales tendientes a precisar cada una de las hipótesis de las medidas que se pueden adoptar; así, por vía de ejemplo, merece destacarse que el supuesto del numeral 2, que permite decretar la medida cautelar de suspensión de un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual, se condiciona a que a esta medida sólo podrá acudir el juez o magistrado ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el juez o magistrado ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

En el artículo 231, que corresponde a los requisitos para decretar las medidas cautelares, en el inciso primero se reforma la redacción con el objetivo de que la suspensión provisional de los actos administrativos resulte eficaz. Con esta orientación se señala que, 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, si tal violación surge 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; igualmente, cuando además se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos, para que proceda dicha medida cautelar.

...

Huelga manifestar que casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar.

La acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Expuestas las razones que evidencian la improcedencia de la acción de tutela como mecanismo inmediato y definitivo de protección de derechos fundamentales, por cuanto el actor dispone de otro medio de defensa judicial, con medidas cautelares en los términos indicados, a través de los cuales puede acceder a una tutela judicial efectiva de sus derechos, y como quiera que en la petición subsidiaria la impetró como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, a continuación la Sala se ocupa de este aspecto.

El artículo 86 de la Constitución Nacional prevé que esta acción solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, al paso que, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 por el cual se reglamenta la acción de tutela, al señalar las causales de improcedencia, reitera la existencia de otros recursos o medios de defensa y que la

existencia de ellos, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

...

para la prosperidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio, no basta la mera presencia de un perjuicio irremediable, es indispensable además, que obre la evidencia que refleje de manera desprevenida, que ese perjuicio es injustificado y que no proviene de una acción legítima de la autoridad contra quien se interpone, que en términos generales apunta a lo que la jurisprudencia en la materia, tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación, han denominado presupuestos de procedibilidad.

Ese actuar "injustificado y carente de legitimidad" se presenta por falta absoluta de competencia, actuación al margen del procedimiento establecido, ausencia de apoyo probatorio, decisión fundamentada en normas inexistentes o en un engaño, ausencia absoluta de fundamentos fácticos y jurídicos, desconocimiento del precedente con fuerza vinculante o evidencia de una violación directa de la Constitución, que son los denominados requisitos de procedibilidad que ha venido trazando la jurisprudencia."¹⁷ (Destacado y subrayas de la Sala).

Queda claro entonces que, la jurisprudencia ha sido enfática al señalar que la acción de tutela es improcedente para controvertir actos administrativos de carácter particular, por cuanto existe en el ordenamiento jurídico la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. De igual manera, ha señalado que su procedencia excepcional es viable ante la vulneración de una garantía fundamental o la ocurrencia de un perjuicio irremediable, siempre y cuando la acción ordinaria no brinde una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados.

Por otro lado, según los planteamientos anteriormente descritos de la jurisprudencia en cita, es evidente que, el juez administrativo tiene la posibilidad de adoptar las cautelas necesarias para garantizar la efectividad de sus pronunciamientos de fondo, estableciéndose un catálogo que ya no solamente incluye las medidas de carácter negativo como preveía el Decreto 01 de 1984, sino que se amplía la posibilidad de que el operador judicial adopte medidas cautelares positivas, bien sean preventivas, conservativas o anticipativas, relacionadas en el texto de la Ley 1437 de 2011, dichas medidas buscan igualar los poderes del juez de lo contencioso administrativo con el juez de tutela, con el fin de que en los procesos declarativos que se tramitan ante esta jurisdicción se puedan adoptar las mismas medidas, o incluso más y distintas de aquellas que en la actualidad solamente pueden ser decretadas en sede de tutela.

Ahora bien, para verificar la viabilidad del mecanismo de amparo, en torno a su carácter transitorio se deben tener en cuenta, tanto los requisitos constitucionales, como los trazados por la línea jurisprudencial, **(i)** que no

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero Ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN. Sentencia del 05 de marzo 2015. Radicación número. 25000-23-42-000-2013-06871-01. Actor. GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

exista mecanismo ordinario para resolver el conflicto relacionado con un derecho fundamental, **(ii)** el mecanismo existente no resulta eficaz o idóneo para la protección de tales derechos por las circunstancias específicas del caso, o **(iii)** aun existiendo acciones ordinarias, su interposición es necesaria, por la inminencia de un perjuicio irremediable.

En desarrollo de los anteriores presupuestos se puede mencionar:

a. La existencia de otros mecanismos ordinarios para dirimir el conflicto: Para la Sala, se debe partir de la idea que dado el carácter excepcional de la tutela, ésta no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante corresponderá al Juez constitucional verificar, ante la existencia de un mecanismo ordinario de la defensa del derecho fundamental, si éste resulta idóneo y eficaz para la protección del mismo, en cuyo caso, por regla general, resultaría inadmisibile acudir a la acción de amparo constitucional. Es así como la sola existencia de otro mecanismo judicial no basta para tornar improcedente la acción de tutela, sino que deberá analizarse la idoneidad de la acción ordinaria para cesar la vulneración o amenaza del derecho fundamental.

Sobre la eficacia e idoneidad del medio de defensa judicial, la Corte Constitucional reiteró mediante Sentencia T-160 de 2010 con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA:

"Desde muy temprana jurisprudencia la Corte Constitucional ha intentado precisar cuales (sic) 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".

Bajo estos preceptos jurisprudenciales, la acción de defensa judicial ordinaria deberá ser evaluada de manera suficiente, considerando las circunstancias fácticas del caso y aquellas invocadas por el actor, para determinar si con ella se protege de manera oportuna y eficaz el derecho presuntamente vulnerado, esto es, se neutraliza el perjuicio que se cierne sobre el derecho fundamental.

b. De la concurrencia del perjuicio irremediable: Adicional a las consideraciones previas, existen circunstancias en que el Juez no necesita entrar a valorar la idoneidad de los mecanismos de defensa judicial existentes porque la acción de tutela se interpone como instrumento para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Según los lineamientos Jurisprudencialmente se ha señalado que dicho perjuicio, como una de las circunstancias en que es procedente acudir al amparo constitucional aun existiendo acciones ordinarias, se configura cuando el peligro que recae sobre un derecho fundamental es de tal magnitud que afecta de manera grave e inminente su subsistencia, por lo cual las medidas tendientes a su protección resultan impostergables; así, la Corte Constitucional ha establecido un mínimo de supuestos que deben presentarse para considerar que determinado evento reviste carácter de perjuicio irremediable¹⁸:

***"(i) El perjuicio tiene que ser inminente,** es decir, que esté próximo a suceder, lo que significa que se requiere contar con los elementos fácticos suficientes que así lo demuestren, en razón a la causa u origen del daño, a fin de tener la certeza de su ocurrencia.*

***(ii) El perjuicio debe ser grave,** es decir, representado en un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, puede ser moral o material, y que sea susceptible de determinación jurídica.*

***(iii) El perjuicio producido o próximo a suceder,** requiere la adopción de medidas urgentes que conlleven la superación del daño, lo que se traduce en una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio y que esa respuesta armonice con las particularidades de cada caso.*

***(iv) La medida de protección debe ser impostergable,** o sea, que no pueda posponerse en el tiempo, ya que tiene que ser oportuna y eficaz, a fin de evitar la consumación del daño antijurídico irreparable.¹⁹"* (Negrillas propias).

Como puede observarse, resulta necesario, para la valoración a que está obligado el fallador, que el carácter del perjuicio irremediable se encuentre alegado y probado siquiera de manera sumaria en el proceso, lo cual impone un mínimo despliegue probatorio por parte del accionante.

Corolario a lo expuesto, se puede mencionar entonces, que es en atención al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, por lo cual le corresponde al juez constitucional determinar su procedencia ya sea para que sea invocado como un mecanismo principal o de modo transitorio, valorando en todo caso la eficacia del otro medio de defensa judicial y la existencia de un perjuicio irremediable, que conlleve a la afectación del mínimo vital del reclamante, tal como lo consagran las normas pertinentes y la jurisprudencia creada respecto al caso.

¹⁸Consultar, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-225 de 1993. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 1003 de 2003. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS

II. EL DERECHO DE PETICIÓN EN GENERAL Y EN TEMAS PENSIONALES. OBLIGACIONES DE LOS ENTES GESTORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Reza y plantea la Constitución Política (Artículo 23) una regla general en cuanto al Derecho de Petición, consistente en que toda persona tiene derecho fundamental a presentar verbal o por escrito, peticiones respetuosas a las autoridades, por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución.

En reiterada jurisprudencia, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional ha sostenido que en la pronta resolución de parte de la autoridad a quien se dirige la petición, es donde este derecho fundamental adquiere toda su dimensión (núcleo esencial) como instrumento eficaz de la participación democrática, ya que así recibe información y hace efectivo el resto de los derechos fundamentales y legales (Sentencia T- 495 de 1992).

Así pues, la Corte ha considerado que las autoridades tienen la obligación de responder de manera oportuna, clara y precisa las solicitudes que ante ellas se formulen, es decir, la garantía eje del derecho de petición se satisface solo con las respuestas y tienen esta categoría, aquello que decide, concluye, afirma una realidad, satisface una inquietud, ofrece certeza al interesado (Sentencia T-439 de 1998).

La norma superior (artículo 23) no estipuló dentro de qué término las autoridades deben resolver prontamente, pero dicho tiempo o período para obtener la respuesta le fue dejado a la ley, cuestión esta que se encuentra regulada por las leyes especiales que han desarrollado el tema, y como quiera que solo hasta el 30 de junio del año 2015, fue expedida la Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición, y teniendo en cuenta la fecha de presentación de la solicitud que versa sobre el caso concreto (30 de diciembre de 2015), los plazos no son otros, que los consagrados en el artículo 14, inciso 1º y 2º de la Ley 1755 de 2015, (15 días para derecho de petición en interés general y particular, 10 días para las peticiones de información y expedición de copias y 30 días para las consultas).

Por lo tanto, se revela vulneración de este derecho constitucional cuando no hay respuesta a la petición formulada, su resolución es tardía o no se aborda el fondo de la misma.

En suma, de acuerdo con lo establecido por el artículo 23 de la Carta Política, el núcleo esencial del derecho de petición comprende la respuesta pronta y oportuna a la reclamación que se formula ante la respectiva autoridad, pues de nada serviría dirigirse a las autoridades si estas no resuelven o se reservan el sentido de lo decidido. Así pues, la respuesta, para que sea oportuna en los términos previstos en las normas constitucionales y legales, tiene que comprender y resolver el fondo de lo pedido y ser comunicada al peticionario, ya que el derecho fundamental del que se trata, comprende la posibilidad de conocer, transcurrido el término legal, la contestación de la entidad a la cual se dirigió la solicitud.

La Corte Constitucional, en sentencia T-848 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño, al respecto puntualizó:

"Cualquier desconocimiento injustificado de dichos plazos legales, en cualquiera de las hipótesis señaladas, acarrea la vulneración del derecho fundamental de petición."

Ahora bien, en lo relativo al término para resolver las peticiones la autoridad pública no puede en un momento dado, excusarse manifestando que la no contestación del derecho de petición da lugar al fenómeno jurídico del silencio administrativo, ya que por su parte la Corte Constitucional, en sentencia T – 255 del 21 de mayo de 1996, expresa:

"El derecho de petición no queda satisfecho con el silencio Administrativo que algunas normas disponen, pues es apenas un mecanismo que la ley se ingenia para hacer posible el adelantamiento de la actuación, pero en ninguna forma cumple con las exigencias constitucionales y que responden a una necesidad material y sustantiva de resolución y no a una consecuencia meramente formal y procedimental..."

Sobre el núcleo esencial del derecho de petición, ha dicho la Corte Constitucional:

"Esta Corte ha establecido que el derecho de petición cumple una doble función, cual es:²⁰ (i) permite a los interesados elevar peticiones o solicitudes respetuosas a las autoridades administrativas, y/o a los particulares en los casos en que proceda, y (ii) asegura mediante la imposición de una obligación con cargo a la administración, la respuesta y/o resolución de dicha petición de manera oportuna, eficaz, de fondo y congruente con lo pedido²¹. Así las cosas, el núcleo esencial del derecho de petición reside en la obtención por parte del administrado de una respuesta pronta, suficiente y oportuna a lo solicitado,

²⁰ Cfr. Sentencias T-911 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil); T-381 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y T-425 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), entre otras.

²¹ Esta Corporación así lo delineó en Sentencia T-1160A de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), en los siguientes términos: "c) la respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. Oportunidad. "Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado. 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición". En idéntico sentido, esta Corporación precisó que: "el derecho de petición comprende no sólo la manifestación de la administración sobre el objeto de la solicitud, sino también el hecho de que dicha manifestación constituya una solución pronta del caso planteado. El derecho fundamental a la efectividad de los derechos (C.P. Arts. 2º y 86) se une en este punto con el principio constitucional de la eficacia administrativa (art.209) (...) Por lo menos tres exigencias integran esta obligación. En primer lugar, la manifestación de la administración debe ser adecuada a la solicitud planteada....en segundo lugar, la respuesta debe ser efectiva para la solución del caso que se plantea...y finalmente, la comunicación debe ser oportuna..."

sin perder de vista, que en ningún momento su ejercicio conlleva obtener una respuesta positiva o de aceptación.

El Código Contencioso Administrativo establece como regla general, el deber de la administración de otorgar respuesta oportuna a las peticiones de interés particular formuladas por los interesados, en un término insoslayable de quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de su recibo y que, en aquellos casos en que el trámite pueda exceder este plazo, o no fuere posible resolver en dicho término, surge la obligación de la autoridad de informar al administrado tal hecho e indicarle, a la vez, la fecha en que se resolverá o dará respuesta de fondo.”²²

Respecto al tema, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo delineó una serie de requisitos que debe cumplir la respuesta emitida, a fin de no vulnerar el Derecho Fundamental de Petición, en tal sentido consideró:

“i) oportunidad, conforme a las reglas contenidas en el artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver, y de no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud ii) Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado, lo cual no indica que la respuesta deba ser favorable y, iii) Ser puesta en conocimiento del peticionario.

... En síntesis, el derecho de petición se garantiza cuando la administración responde de fondo, de manera clara y precisa y dentro de un plazo razonable la solicitud presentada, ello supone que las situaciones contrarias a los principios enunciados, son susceptibles de protección por el juez constitucional mediante fallo de tutela que ordene a la autoridad peticionada emitir una respuesta conforme a los lineamientos trazados”²³(Negrillas del texto original).

Por lo dicho, recae en cabeza de la entidad que recibe la solicitud la obligación de emitir una respuesta oportuna y de fondo, atendiendo a los principios de suficiencia, congruencia y efectividad del derecho de petición, lo que no quiere decir que la respuesta tenga que ser positiva frente a lo solicitado, basta con que la misma se resuelva materialmente y satisfaga la necesidad, con sujeción a los requisitos antes mencionados.

Ahora bien, con relación al plazo para resolver la petición, claramente el artículo 14, inciso 1º de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015, establece como término para la resolución de las peticiones la regla general de los 15 días para peticiones de interés particular, como el presente caso, solo siendo viable el superar este plazo en la hipótesis consagrada en el parágrafo del mismo artículo, para lo cual la autoridad a la que se dirige la petición, debe indicar los motivos por lo que no es posible cumplir con el término legal y señalando un plazo razonable para resolver, que no podrá exceder el doble del inicialmente

²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-005 de 2011. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

²³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO. ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia del 02 de diciembre de 2010. CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO REF: Expediente núm. 76001-23-31-000-2010-01809-01(AC) ACTOR: WILLIAM MARTINEZ CARDONA. DEMANDADO: MIN DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL.

previsto. Por ello, una vez superado el plazo legal, se entra a vulnerar el núcleo esencial del derecho de petición.

Adicionalmente ha dejado expuesto la jurisprudencia constitucional respecto al tema de la notificación efectiva del derecho de petición, que su efectividad deriva de una respuesta pronta, clara y completa por parte de la entidad a la que va dirigida. La falta de alguna de estas características se materializa en la vulneración de esta garantía constitucional, entiéndase así, que la administración tiene el deber de adecuar su actuación a las circunstancias del peticionario y agudizar su esfuerzo por que la notificación sea lo más seria y real posible²⁴.

Debe señalarse que en materia pensional la CORTE CONSTITUCIONAL ha señalado que *“las peticiones respetuosas presentadas ante las autoridades o ante particulares, deben ser resueltas de manera oportuna, completa y de fondo, y no limitarse a una simple respuesta formal. Así las cosas, si la autoridad o entidad correspondiente no atiende injustificadamente los plazos establecidos por la ley y desarrollado por la jurisprudencia constitucional, vulnera el derecho de petición”*, señalando igualmente que la mismas se torna improcedente para ordenar en principio el reconocimiento de prestaciones económicas del sistema de seguridad social en pensiones²⁵, precisamente dado su carácter subsidiario, pues dichas controversias deben dirimirse a través de la jurisdicción ordinaria laboral o de la contenciosa administrativa, según corresponda, pero que sólo en ocasiones su conocimiento corresponde a jueces constitucionales, estos casos son en los que por la inminencia, urgencia y gravedad de la situación, se hace imposible postergar la presentación de la acción constitucional para evitar un perjuicio irremediable, circunstancias que corresponde analizar, evaluar y verificar al juez de tutela en cada caso en concreto, y que le permite determinar que el mecanismo ordinario no es el idóneo para dar pronta solución al conflicto, teniendo en cuenta las consecuencias que se pueden presentar para los derechos fundamentales del peticionario²⁶.

²⁴ Al respecto y por citar algunos ejemplos análogos al *sub lite*, se puede consultar CORTE CONSTITUCIONAL sentencias T-456 de 2008., T-149 de 2013 y T-527 de 2015.

²⁵ Sentencia T- 085 de 2015.

²⁶ Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T 055 de 2006, señaló que debían cumplirse las siguientes condiciones excepcionales de procedencia

“(i) que se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado sujeto especial de protección;

“(ii) que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital,

“(iii) que se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y

En la providencia en cita sobre los términos para resolver solicitudes pensionales se puntualizó:

"De tal manera, la Sentencia SU-975 de 2003, hizo una interpretación de los artículos 19 del Decreto 656 de 1994, 4º de la Ley 700 de 2001, 6º y 33 del Código Contencioso Administrativo, respecto de las solicitudes que versan sobre pensiones, en esta oportunidad la Corporación señaló que las autoridades deben tener en cuenta tres (3) términos que corren transversalmente, cuyo incumplimiento acarrea una transgresión al derecho de petición.

"Del anterior recuento jurisprudencial queda claro que los plazos con que cuenta la autoridad pública para dar respuesta a peticiones (...) elevadas por servidores o ex servidores públicos, plazos máximos cuya inobservancia conduce a la vulneración del derecho fundamental de petición, son los siguientes:

(i) 15 días hábiles para todas las solicitudes en materia pensional –incluidas las de reajustes– en cualquiera de las siguientes hipótesis: a) que el interesado haya solicitado información sobre el trámite o los procedimientos relativos a la pensión; b) que la autoridad pública requiera para resolver sobre una petición de reconocimiento, reliquidación o reajuste en un término mayor a los 15 días, situación de la deberá informar al interesado señalándole lo que necesita para resolver, en qué momento responderá de fondo la petición y por qué no le es posible contestar antes; c) que se haya interpuesto un recurso contra la decisión dentro del trámite administrativo.

(ii) 4 meses calendario para dar respuesta de fondo a las solicitudes en materia pensional, contados a partir de la presentación de la petición, con fundamento en la aplicación analógica del artículo 19 del Decreto 656 de 1994 a los casos de peticiones elevadas a Cajanal;

(iii) 6 meses para adoptar todas las medidas necesarias tendientes al reconocimiento y pago efectivo de las mesadas pensionales, ello a partir de la vigencia de la Ley 700 de 2001".

Así las cosas, si la autoridad o entidad correspondiente no atiende injustificadamente los plazos establecidos por la ley y desarrollado por la jurisprudencia constitucional, vulnera el derecho de petición"

Ahora bien, dentro del marco de la relación empleado- empleador y asegurador o ente gestor de la seguridad social en pensiones, existen un seria de obligaciones una vez se produce la afiliación; en ese sentido se señala que la obligación del empleador además de afiliar, es pagar la cotización o aporte y transferirlo en tiempo al fondo administrador si se trata del RAI o al ISS – COLPENSIONES, si se trata de afiliación a RPMCP, recordando que el

(iv) que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados. De este modo, deberá analizarse en cada caso concreto si se verifican estos requerimientos a fin de declarar la procedencia del amparo."

De tal forma que, desconocer derechos fundamentales como el derecho a la vida digna y al mínimo vital, entre otros, les priva de gozar de derechos indispensables para llevar una vejez en condiciones aceptables. Teniendo en cuenta lo anterior, la acción de tutela en un principio se torna improcedente para solicitar amparo de derechos económicos pero se admite la posibilidad de que el juez en cada caso concreto examine los elementos que le permitan determinar que es esta garantía constitucional, la idónea para dirimir el conflicto y proteger los derechos fundamentales del accionante"

empleador es responsable por la totalidad del aporte conforme el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, aun en el evento de no realizar el descuento al trabajador.

Por su parte, las Administradores o entes gestores, deben responder por las prestaciones económicas y asistenciales que el régimen establezca, pero además tienen una labor de vigilancia y prevención de incumplimiento de la obligación de aportar por parte de los empleadores, teniendo a mano entre otras las herramientas establecidas en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993²⁷.

De otra parte, la Administradora o ente gestor asume el deber de custodia, conservación y guarda de la información concerniente al Sistema de Seguridad Social y la historia laboral del afiliado, deber que conlleva luego de la suscripción de la afiliación la corroboración, actualización y corrección de dicha historia laboral, para efectos de conformar en el caso de los Fondos Privados, los componentes económicos que hacen parte de la cuenta de ahorro individual con los cuales se va a financiar la mesada pensional a que haya lugar, *verbigracia*, cotización obligatoria, rendimientos financieros, bonos pensionales y ahorros voluntarios; actuación que debe ser realizada por la entidad una vez se realiza la afiliación a efectos que con posterioridad, cuando se cumplan los supuestos generadores de la prestación económica no se encuentren obstáculos que impidan el reconocimiento y goce efectivo del derecho pensional²⁸.

Véase, como el artículo 17 del Decreto 656 de 1994 en su capítulo VI que trata de las obligaciones especiales de las Sociedades Administradoras de Pensiones, dispone:

"ARTICULO 17. Las sociedades administradoras deberán obtener y mantener actualizada toda la información previsional de los afiliados, de tal forma que estén en capacidad de determinar con precisión el momento en el cual cada uno de ellos cumple los requisitos para acceder a una pensión por vejez"

De la misma forma, el artículo 20 *ibídem*, determina:

"ARTICULO 20. Corresponde a las sociedades que administren fondos de pensiones adelantar, por cuenta del afiliado pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de emisión de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su exigibilidad.

Las solicitudes de emisión de bonos pensionales deberán ser presentadas a la entidad previsional correspondiente dentro de los seis (6) meses inmediatamente siguientes a la vinculación del afiliado que tenga derecho a dicho beneficio, y

²⁷ Los artículos 20 y 24 del Decreto 1406 de 1999 se disponen los plazos para presentar los aportes y en los artículos 24 y 57 de la Ley 100 de 1993, reglamentados por el Decreto 2633 de 1994, se estipulan las acciones para efectuar el cobro de estos dineros

²⁸ Al respecto, artículo 14 del Decreto 656 de 1994.

hasta tanto sean emitidos efectivamente deberán efectuar un seguimiento trimestral al trámite de su emisión. Para estos efectos, los afiliados deberán suministrar a las administradoras la información que sea necesaria para tramitar las solicitudes y que se encuentre a su alcance. En todo caso, las administradoras estarán facultadas para solicitar las certificaciones que resulten necesarias, las cuales serán de obligatoria expedición por parte de los destinatarios.

Las solicitudes de pago de bonos pensionales deberán ser presentadas por la administradora a la cual se haya formulado una solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez, sobrevivencia o vejez por personas que hayan cumplido la edad establecida para obtener la garantía de pensión mínima del Estado. Tratándose de personas que se hayan pensionado por vejez con anterioridad a dicha edad y se hayan acogido a la modalidad de retiro programado, la solicitud de pago del bono pensional será presentada por la administradora que se encuentre pagando la pensión al momento de cumplirse todos los requisitos señalados para la redención del título.

La solicitud de pago de un bono para atender una pensión de invalidez, sobrevivencia o vejez por cumplimiento de la edad para acceder a una pensión mínima deberá ser presentada dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la decisión de la administradora acerca del cumplimiento por parte del solicitante de los requisitos para acceder a la pensión. Tratándose de personas que hayan obtenido una pensión de vejez con anterioridad a dicha edad, la solicitud de pago del bono deberá presentarse por la entidad que tenga a su cargo el pago de la pensión al momento en que el pensionado cumpla esa edad.

En todo caso, el seguimiento del proceso de pago efectivo de los bonos pensionales se adelantará por las entidades que tengan a su cargo el pago de la respectiva pensión”

Y en lo que respecta a la verificación de información para los casos de bonos pensionales, el Decreto 13 de 2011, en su artículo 2º establece obligación en cabeza de los Fondos así:

“ARTÍCULO 2º-Verificación de certificaciones. Para efectos de la verificación a que se refiere el artículo 48 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 20 Decreto 1513 de 1998, las entidades administradoras deberán constatar que las certificaciones cumplan los requisitos formales indicados por dicha disposición, y que su contenido sea congruente con la información que posee la administradora. Para este efecto las administradoras podrán solicitar además de lo señalado por el literal c) del artículo 48 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 20 del Decreto 1513 de 1998, el facsímil de la firma autorizada”.

Las anteriores normas, ponen de relieve las obligaciones especiales que adquiere el ente gestor en virtud de la afiliación, obligaciones que no pueden ser trasladadas al empleado – afiliado, ni constituirse en barrera infranqueable para la definición del reconocimiento pensional de que se trate.

III. EL CASO CONCRETO:

Vertiendo los considerandos al caso concreto y en atención al material probatorio que obra dentro del proceso, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

Para efectos de sustentar esta afirmación, se pone de presente que, en el caso sub examine se encuentra demostrado lo siguiente:

El señor DONALDO JOSÉ VERGARA GARAVITO fue designado como Notario Único del Círculo de San Marcos – Sucre, por medio del Decreto 0096 del 28 de marzo de 1995²⁹; se posesionó el día 20 de abril de 1995, reflejado en la Acta de Posesión No. 10230³⁰; fue nombrado en propiedad en el mismo cargo por Decreto 1038 del 15 de octubre de 2008³¹ y el Decreto 1482 de 2008³² por medio del cual se confirma su nombramiento y se posesionó el día 23 de diciembre de 2008, como lo indica el Acta de Posesión³³.

Así mismo, por medio de Decreto No. 0374 de 2016³⁴, emitido por la Gobernación de Sucre, se le retira del servicio al accionante por haber cumplido la edad de retiro forzoso; y por Decreto No. 0705 de 2016³⁵ se nombra en propiedad al señor ANIBAL JOSÉ GARCÍA AMADOR como Notario Único del Círculo de San Marcos – Sucre.

De lo visto, se concluye que existe un acto administrativo que retira del servicio al actor (Decreto No. 0374 de 2016), y otro mediante el cual se nombra su reemplazo (Decreto No. 0705 de 2016), de los cuales el accionante pretende que se suspenda el trámite de los mismos y se inapliquen, usando como medio directo para esto la Acción de Tutela.

Debido a lo anterior y acorde con los precedentes judicial reseñados en el acápite anterior, es necesario tener en cuenta que la Acción de Tutela es un mecanismo de carácter residual, es decir, que procede solo cuando no hay otro medio de defensa efectivo para evitar la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del actor.

En este orden resalta la Sala, que en virtud de la expedición de la Ley 1437 de 2011 *"Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*, el accionante tiene la posibilidad de solicitar, bien sea, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier etapa del proceso declarativo de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, medio de control idóneo, y a su vez las medidas cautelares previstas en este

²⁹ Fol. 25.

³⁰ Fol. 24.

³¹ Fol. 27 – 28.

³² Fol. 29 – 30.

³³ Fol. 26.

³⁴ Fol. 63

³⁵ Fol. 93.

precepto legal, por consiguiente sin lugar a dudas, los propósitos planteados por el demandante en el escrito de demanda es la vía del medio de control mencionado (artículo 138 del C.P.A.C.A) y en caso de que lo considere pertinente, haga uso de los medios cautelares (artículo 229 *ibídem*).

De este modo, existen otros medios de defensa para los derechos del actor, como lo es la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual es la acción idónea para atacar la legalidad de actos administrativos de carácter particular y con ello obtener tutela judicial efectiva.

Sin embargo, la acción de tutela es procedente transitoriamente cuando existen otros medios de defensa de los derechos, cuando se logra demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, tal como se evidencia en la parte considerativa de esta providencia, pero para que se considere que existe un perjuicio irremediable y procesa de forma excepcional la acción de amparo, se debe demostrar que: **"(i) El perjuicio tiene que ser inminente**, es decir, *que esté próximo a suceder, lo que significa que se requiere contar con los elementos fácticos suficientes que así lo demuestren, en razón a la causa u origen del daño, a fin de tener la certeza de su ocurrencia. (ii) El perjuicio debe ser grave*, es decir, *representado en un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, puede ser moral o material, y que sea susceptible de determinación jurídica. (iii) El perjuicio producido o próximo a suceder*, requiere la adopción de medidas urgentes que conlleven la superación del daño, lo que se traduce en una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio y que esa respuesta armonice con las particularidades de cada caso. (iv) **La medida de protección debe ser impostergable**, o sea, *que no pueda posponerse en el tiempo, ya que tiene que ser oportuna y eficaz, a fin de evitar la consumación del daño antijurídico irreparable.*^{36"}

En pro de ello, el demandante manifiesta que depende económicamente solo de los ingresos que percibe como Notario, por lo que al suprimir esta fuente de ingresos se vulneran sus derechos fundamentales.

Pese a lo anterior, para la Sala, las razones y argumentos propuestos por el tutelante no demuestran la existencia de un perjuicio irremediable, pues no logra probar las características o requisitos que la Corte Constitucional ha señalado para que el perjuicio señalado por el actor sea considerado como tal, puesto que se logra desvirtuar que el actor tenía como única fuente de

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- T-1003 de 2003. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS

ingresos lo devengado como Notario, debido a que se aportaron copias de certificados de tradición de propiedades del demandante (fols 94 – 96), de la matrícula mercantil de la esposa, lo cual acredita que es dueña de un establecimiento comercial (fol 103), lo que demuestra que el accionante percibe otros ingresos adicionales.

Aunado a ello, la entidad demandada PROTECCIÓN, le informa al accionante mediante escrito (fol. 43 – 46), que la solicitud de prestación económica se encuentra en trámite, por lo que no puede deducir que se está corriendo con un perjuicio irremediable, porque su prestación pensional se está tramitando.

Ahora bien, debe precisar esta Sala que el actor no cumplió con la carga de probar que el medio idóneo para atacar la legalidad de los actos administrativos mencionados anteriormente, es decir, la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, no es efectivo; por lo que la acción de Tutela, se reitera, es improcedente.

Por otro lado, en cuanto a la solicitud aportada por el accionante de día 11 de octubre de 2016 (fols. 5 – 13) en donde solicita la interrupción de la aplicación del Decreto No. 0374 del 1º de abril de 2016 de la Gobernación de Sucre, por medio del cual se decreta el retiro forzoso del servicio del demandante y el Decreto No. 44311 del 1º de agosto de 2016 de la Gobernación de Sucre, mediante el cual se hace nombramiento en propiedad al señor ANÍBAL JOSÉ GARCÍA AMADOR, siguiendo con la postura establecida anteriormente, se tiene que la acción de tutela no es el mecanismo procedente para interrumpir o suspender la aplicación de actos administrativos de carácter particular. Toda vez que existen otros medios de defensa idóneos para este fin y, además, no se allegan pruebas que acrediten un perjuicio irremediable para el accionante que permita la procedencia de la Acción de Tutela de manera transitoria.

Así, de acuerdo a lo anterior, en este tópico, la acción de tutela incoada por el accionante es improcedente por su carácter residual, al tener el actor a su disposición otros medios eficaces para atacar la legalidad de los actos administrativos alegados, y no demostrar la existencia de un perjuicio irremediable que permitiera, de manera excepcional y transitoria, la procedencia de la acción de Tutela contra estos tipos de actos.

De otro lado, en relación con la vulneración al derecho de petición, debe señalar esta Corporación, que conforme las documentales que obran en el plenario, el actor solicitó a Protección S.A., el reconocimiento de su pensión y

la reconstrucción de su historia laboral, esto último porque existe un tiempo de servicios que no se encuentra incluido en su historial, solicitud frente a la cual, la entidad responde en el trámite de esta instancia, señalando que es responsabilidad del afiliado y de su empleador acompañar la documentación necesaria para atender su solicitud pensional, dejando de lado y desconociendo PROTECCIÓN S.A., las obligaciones que como Fondo Administrador de Pensiones le corresponde en virtud de la subrogación que se revela en razón de la afiliación, tal como se detalló en acápite anterior, en claro desmedro del derecho a la definición del derecho pensional del actor.

En tal sentido, estima esta Sala se vulnera el derecho de petición – *modalidad solicitud pensional*, razón por la cual, se confirmará en este punto, la sentencia de tutela del juez de primera instancia, pero bajo las razones aquí expresadas.

No obstante lo anterior, la Sala considera necesario llamar la atención al actor en el sentido de que sea proactivo en el trámite de su solicitud pensional, facilitando la información necesaria que permita la pronta reconstrucción de su historia laboral.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida por el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE SINCELEJO SUCRE, el día 27 de septiembre de 2016.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE, personalmente o por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: De manera oficiosa, por conducto de la Secretaria de este Tribunal, **ENVÍESE** copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

QUINTO: En firme este fallo, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta extraordinaria N° 182

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA