



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-007-2016-00022-00
DEMANDANTE:	GILBERTO PÉREZ CARABALLO
DEMANDADO:	DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - FIDUPREVISORA S.A.
NATURALEZA:	ACCIÓN DE TUTELA

Procede la Sala, a decidir la impugnación presentada por el accionante, contra el fallo proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de fecha 22 de febrero de 2016, que negó por improcedente, el amparo solicitado.

I.- ANTECEDENTES:

1.1- Pretensiones¹:

GILBERTO PÉREZ CARABALLO, en nombre propio, presentó acción de tutela contra **DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - FIDUPREVISORA S.A.**, a fin de que se proteja su derecho fundamental al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales, consagradas en el artículo 53 de la Constitución Política; en consecuencia solicita, se conceda el amparo pretendido, esto es, la aplicación en debida forma, de un descuento por el 12% sobre las mesadas pensionales no pagadas, conforme la Ley 1250 de 2008, lo que implicaría el reajuste de su pensión.

¹ Ver folio 1-2, cuaderno de 1a instancia.

1.2.- Hechos²:

Manifestó, el señor GILBERTO PÉREZ CARABALLO, que el día 26 de Octubre de 2014, cumplió 65 años de edad, por tal motivo, la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, para darle aplicación al Decreto Ley 2277 de 1979, expidió el Decreto N° 0755 de fecha 7 de Noviembre de 2014, por medio del cual, es retirado del servicio educativo.

Sostuvo, el tener derecho a solicitar una reliquidación pensional, según el artículo 10 del Decreto 1160 de 1989, al prever que la Secretaría de Educación Departamental, expidió la Resolución No. 0369 de marzo 15 de 2015, donde se procede al reajuste de su pensión, pero esta es indebidamente liquidada, al momento de ser aplicado el descuento de 12%, dispuesto por la Ley 1250 de 2008.

Adujo, que el día 14 de julio de 2014, presentó una petición ante la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, solicitando la revisión y corrección, sobre el descuento del 12%, puesto que considera que el mismo ya se había suscitado sobre las mesadas atrasadas y pagadas, existiendo respuesta extemporánea y desenfocada, de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, al respecto.

1.3.- Contestación de la acción³.

El **DEPARTAMENTO DE SUCRE**, por medio de su oficina jurídica, en ejercicio de su derecho de contradicción, presentó informe, solicitando se declare la improcedencia de esta acción de tutela, toda vez que al accionante se le manifestó, que su liquidación se realizó conforme a derecho, atendiendo al Decreto 3752 de 2003, a más que sobre el derecho de petición, aconteció la carencia actual del objeto por hecho superado.

² Ver folio 1, cuaderno de primera instancia.

³ Folios 36-41, cuaderno de primera instancia.

1.4.- La providencia recurrida⁴.

El A quo, mediante sentencia de 22 de febrero 2016, negó el amparo solicitado por la actora, por ser improcedente, toda vez que el accionante, contaba con medios ordinarios de defensa idóneos y expeditos, para el acceso a su pretensión, de cara a la verificación de la legalidad del Artículo 3 de la Resolución No. 0369 de 2 de marzo de 2015.

Así mismo indicó, que el accionante no acreditó la vulneración del derecho fundamental invocado y la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que diera cabida a la procedencia de la acción de manera transitoria.

1.5.- La impugnación⁵.

Inconforme con la decisión de primer grado, el accionante la impugnó, con el objeto de esta sea revocada y en consecuencia, se conceda la solicitud de amparo.

Como argumento de la impugnación, sostuvo, que la decisión de primera instancia se encuentra desenfocada, ya que la demanda no expone cuestionamiento alguno sobre la decisión administrativa de que trata la sentencia, sino que lo repudiable, es la indebida liquidación de la mesada pensional, al ser aplicado el descuento del 12%, dispuesto por la Ley 1250 de 2008.

Y concluye, que la sentencia objeto de impugnación, no se ajusta a los hechos y antecedentes, que motivaron la solicitud de tutela, pues, sus consideraciones son inexactas, presumiéndose la contrariedad de la juez A quo, al no examinar en debida forma, los extremos del litigio que le fueron esbozados y puestos en consideración.

⁴ Folios 50 - 54, cuaderno de primera instancia.

⁵ Reverso folio 54, y folios 64 - 65, cuaderno de primera instancia.

2.- CONSIDERACIONES:

2.1.- Competencia:

El Tribunal, es competente para conocer en **Segunda Instancia**, de la presente impugnación, en atención a lo establecido en el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2.2.- Problema jurídico

De los extremos del litigio, la Sala considera que el problema jurídico se circunscribe en determinar, si la acción de tutela presentada por el señor GILBERTO PÉREZ CARABALLO, es procedente, para que se efectúe una reliquidación de su mesada pensional, con miras a la aplicación en debida forma, en su criterio, del descuento del 12% dispuesto por la Ley 1250 de 2008.

2.3.- Análisis de la Sala

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 Política⁶.

⁶ "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"

Para la procedencia de la acción, es necesario, que el afectado, no disponga de otro medio de defensa, para hacer valer sus derechos, salvo que la ejerza como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, siendo en todo caso, claro está, la existencia de una acción u omisión de la autoridad pública, la que pueda configurar la violación del derecho fundamental, cuyo amparo se pretende.

En este sentido, se destaca que uno de los principios básicos de la solicitud de amparo, es la subsidiariedad, que se erige como *“un requisito fundamental de procedibilidad (...) el cual hace referencia a que el interesado debe agotar los medios ordinarios de defensa cuando estos sean oportunos y eficaces, de modo que asegure una adecuada protección de sus derechos, excluyendo la posibilidad de usar el recurso de amparo como primera opción ya que resulta improcedente”*⁷.

No obstante, tal argumento debe ser modulado, en el sentido de que si se prevé la existencia de un perjuicio irremediable o se denote la ineficacia de los medios de defensa, la subsidiariedad de la acción pasa a un segundo plano, donde es procedente el ejercicio del medio de control constitucional, como medida transitoria de protección, precisándose que *“para evaluar el requisito de subsidiariedad (i) el juez debe verificar que exista un recurso en el ordenamiento para proteger el derecho debatido. En caso de existir (ii), tendrá que examinar si es idóneo; que esa precisa herramienta persiga el fin buscado por el accionante. Finalmente, en caso de ser idóneo (iii), determinar si es eficaz, lo cual implica que surta los efectos esperados oportunamente. En todo caso, (iv) siempre será procedente la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable”*⁸.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Expediente con radicación 2012-01710-01 (AC). C. P. Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T- 891 de 2013. M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Ahora bien, en asuntos en los que se solicita el reajuste o reliquidación de una mesada pensional, el Alto Tribunal Constitucional, de cara a la subsidiariedad del medio control, ha precisado:

“De tiempo atrás esta Corporación ha reiterado la posición asumida en torno a la improcedencia general de la acción de tutela como mecanismo excepcional para reclamar el reconocimiento y/o la reliquidación de una pensión. En efecto, la Corte ha señalado que frente a las controversias relacionadas con la seguridad social, el ordenamiento jurídico ha diseñado los mecanismos judiciales y administrativos para ello. Así, la jurisdicción laboral y la contenciosa administrativa, según sea el caso, son los ámbitos en los cuales las personas pueden exponer sus problemas a fin de que estos sean resueltos de acuerdo con los procedimientos allí contemplados.

Si bien la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en señalar que la acción de tutela no procede como un mecanismo alterno de defensa judicial y tampoco puede convertirse en una herramienta supletoria a la cual se acuda cuando se han dejado de ejercer los mecanismos ordinarios de defensa, o cuando estos se han ejercido extemporáneamente, o cuando con ella se pretenda la obtención de una decisión más pronta al margen de agotamiento de instancias ordinarias dentro de la jurisdicción correspondiente, también ha señalado que esta regla no es absoluta en el caso de la declaración de derechos prestacionales

(...)

De acuerdo a lo anterior, el juez constitucional podría proporcionar un amparo transitorio hasta tanto la jurisdicción ordinaria resuelva de fondo el caso puesto a su consideración, protección excepcional que es viable respecto de situaciones extraordinarias frente a las cuales de no darse el amparo solicitado se podría causar un perjuicio irremediable.

En el caso de la petición de reliquidación de una prestación social como lo es la pensión, se está realmente frente a una reclamación netamente económica en cuyo caso no podría alegarse que existe amenaza o vulneración del derecho al mínimo vital del solicitante, por lo que la persona no estaría expuesta a una situación extrema que le pueda acarrear un perjuicio irremediable.

Sin embargo, advierte la Sala que en la medida en que por lo general este tipo de reclamaciones son promovidas por personas de la tercera edad, esta especial condición debe ser tomada en cuenta al analizar la alegada vulneración de sus derechos fundamentales.

No obstante, es importante recordar, que el simple hecho de pertenecer a la tercera edad no es óbice para que el amparo constitucional sea otorgado de plano, pues la persona deberá demostrar que esta siendo afectada en sus derechos, o que es susceptible de que derechos fundamentales como la dignidad humana, la salud, o el mínimo vital no puedan ser protegidos adecuadamente en razón a la lentitud que ofrecen los mecanismos ordinarios de protección de los mismos. Sólo en el evento de estar ante una situación de estas características es que la acción de tutela procederá como mecanismo transitorio a pesar de que existan en el momento otros medios ordinarios de defensa.

Por lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido que solo en casos excepcionales el estudio de una solicitud de reliquidación pensional dejaría de ser un asunto meramente legal para habilitar la competencia del juez constitucional, quien a través de la acción de tutela asumiría el análisis de fondo del caso puesto a su consideración.

Para tal efecto, la jurisprudencia constitucional ha decantado los requisitos que deberá cumplirse para que la acción de tutela quede habilitada como mecanismos judicial excepcional para obtener por esta vía la reliquidación pensional

(...)

Para ello se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. "Que la persona interesada haya adquirido el status de jubilado, o lo que es igual, que se le haya reconocido su pensión.
2. Que el jubilado haya actuado en sede administrativa; es decir, que haya interpuesto los recursos de vía gubernativa contra el acto que reconoció la pensión, haya presentado la solicitud de reliquidación ante el respectivo fondo de pensiones o, en igual medida, requerido a la respectiva entidad para que certifique su salario real y ésta se hubiere negado.
- 3. Que el jubilado haya acudido a las vías judiciales ordinarias para satisfacer sus pretensiones, se encuentre en tiempo de hacerlo o, en su defecto, demuestre que ello es imposible por razones ajenas a su voluntad.**
- 4. Que el jubilado acredite las condiciones materiales que justifican la protección por vía de tutela, esto es, su condición de persona de la tercera edad, que la actuación resulta violatoria de sus derechos fundamentales como la dignidad humana, la subsistencia, el mínimo vital y la salud en conexidad con la vida u**

otras garantías superiores, y que el hecho de someterla al trámite de un proceso ordinario hace más gravosa su situación personal".⁹

De esta manera se sobreentiende, que la acción de tutela, por **regla general**, no procede para exigir pretensiones de orden pensional, atendiendo a la existencia de medios ordinarios de defensa, previéndose como excepción, los eventos en los cuales se materialice un perjuicio irremediable¹⁰ o se detente la ineficacia de aquellos, de cara al cumplimiento de los requisitos constitucionales señalados en acápites precedentes.

Una vez discurrido lo anterior y aterrizando al **caso en concreto**, se tiene que la providencia de primera instancia debe ser confirmada, como quiera que el medio de control impetrado, se torna en improcedente, dado su carácter de subsidiariedad.

Al respecto, se tiene que la problemática advertida por la parte accionante, se delimita en un requerimiento de orden pensional, de cara a la aplicación en debida forma del descuento del 12%, dispuesto por la Ley 1250 de 2008, lo que per se, implica la existencia de medios ordinarios de defensa, que tienda a solventar dicha pretensión, máxime cuando de por medio existe

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T- 456 de 2013. M. P. Dra. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰ Sobre el perjuicio irremediable ver Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Uprimny Yepes, donde se señaló: *"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"*.

una decisión administrativa¹¹, que resuelve una petición¹² al respecto y considera, la inexistencia de algún error aritmético o lógico, sobre el descuento que es efectuado sobre la mesada pensional del señor Pérez Caraballo¹³.

Es más, considera esta Colegiatura, que la pretensión de tutela erigida, implicaría un reajuste de la mesada pensional del hoy accionante¹⁴, por lo cual, de conformidad con los requisitos constitucionales para procedencia de la acción de tutela en tales eventos, no se logra prever, para con el caso en concreto, el agotamiento de las vías ordinarias de defensa, como tampoco se logra vislumbrar, la justificación o configuración de un perjuicio irremediable, que dé cabida a la concesión del amparo invocado, como medida transitoria, instituto que se desestimaría por el solo hecho de recibirse la mesada pensional correspondiente¹⁵. Por consiguiente, este Tribunal, procederá a confirmar el fallo de primera instancia, al existir razones más que suficientes para ello.

3.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

¹¹ Lo que conllevaría, de igual forma a declarar la improcedencia de la acción contra actuaciones administrativas, inclusive, cuando de la configuración de la Ley 1437 de 2001, se ha consolidada la eficacia e idoneidad de los medios de control contencioso administrativos, para garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados. Sobre la improcedencia de la acción de tutela contra actuaciones administrativas, ver Sentencia de 23 de noviembre de 2015, Expediente 2015-00413; y 2015-00416; proferidas por la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Sucre, con ponencia del suscrito.

¹² Folio 14 del Cuad. de 1ra Inst.,

¹³ Oficio N° SED.LAPF-700.11.03.0125 de 29 de enero de 2016. Fl. 15 del Cuad. de 1ra Inst.

¹⁴ Inclusive, así lo expone el actor en el escrito del libelo genitor, dada la reliquidación que en su momento fue concedida a través de Resolución N° 0369 de 2 de marzo de 2015, obrante a folios 11-12 del Cuad de 1ra Inst.

¹⁵ Además, en tratándose de la especial sujeción de las personas de la tercera edad -Ver sentencia T-138 de 2010-, se tiene que el actor no se encuentra inmerso en dicho grupo, toda vez que a la fecha tiene 66 años de edad -Fl. 3 del Cuad de 1ra Inst. y de ser cobijado por dicha condición de especial sujeción, no se expuso o consolidó argumento alguno, que justificare el no agotamiento de las vías ordinarias de defensa, la cuales, a *contrario sensu*, son más que eficaces e idóneas, para atender las pretensiones del accionante.

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 22 de febrero de 2016, proferida por el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**; de conformidad con los motivos expresados en este fallo.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

CUARTO: De manera oficiosa, por Secretaria de este Tribunal, envíese copia de la presente decisión al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según Acta No. 0047/2016

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RIOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
(Ausente comisión de servicios)