



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, trece (13) de Septiembre, de dos mil doce (2.012)

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente	70-001-23-33-000-2012- 00050- 00
Actor	ANDREA JIMENA DIAZ MERCADO
Demandada	NACIÓN-PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, MINISTERIO DE HACIENDA, MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.
Medio de Control	TUTELA – PRIMERA INSTANCIA

SENTENCIA No.020.

I. OBJETO A DECIDIR

Procede la Sala a proferir sentencia dentro de la Acción de Tutela de la referencia, presentada a nombre propio por la señora **ANDREA JIMENA DÍAZ MERCADO**, en contra de la **NACIÓN- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, MINISTERIO DE HACIENDA, MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA** por la presunta vulneración a los derechos fundamentales de Buena Fe (Confianza Legítima), Debido Proceso e Igualdad.

II. ACCIONANTE

La presente Acción fue instaurada por la señora **ANDREA JIMENA DÍAZ MERCADO**, identificada con C.C. 64.579.106 del Municipio de Sincelejo – Sucre.

III.ACCIONADOS

La Acción está dirigida contra la **NACIÓN- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, MINISTERIO DE HACIENDA, MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.**

IV.LO QUE SE PIDE

Solicitó el accionante que se tutelen sus derechos fundamentales de Buena Fe (Confianza Legítima), Debido Proceso e Igualdad vulnerados, por el Gobierno Nacional al expedir el Decreto N° 2940 de 5 de agosto de 2010, por el cual se modificó parcialmente la remuneración de los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de Prescolar, básica y media, que se rigen por el Decreto ley 1278 de 2002, por cuanto dicho acto administrativo general no aplicó el aumento adicional del 8% comprometido desde el año 2008 con ocasión del debate de control político efectuado en el Senado de la República.

Como consecuencia de lo anterior, se ordené al Gobierno Nacional su modificación mediante la expedición de otro acto administrativo general, que aplique al salario docente con veracidad el aumento adicional del 8% sobre la inflación causada del año 2009.

V.ANTECEDENTES

5.1. La demanda

Como hechos que sustentan la pretensión se narran los siguientes:

La señora ANDREA JIMENA DIAZ MERCADO instauro acción de tutela en contra de la Nación- Presidencia de la República , Ministerio de Hacienda, Ministerio de Educación y Departamento Administrativo de la Función Pública, al considerar que se le están vulnerando sus derechos de buena fe (confianza legítima), debido proceso e igualdad.

Manifestando, el legislador de 2001 expidió la ley 715 la cual, concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de seis (6) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley para expedir un nuevo régimen de carrera docente, administrativa para los docentes, directivos docentes, y administrativos, que ingresen a partir de la promulgación de la presente ley, que sea acorde con la nueva distribución de recursos y competencias, denominado Estatuto

de Profesionalización Docente, el cual, tomo en cuenta entre otros criterios el mejoramiento de salario al ingreso a la carrera docente.¹

En ejercicio del cumplimiento de dichas facultades legislativas, dicto el decreto ley 1278 de 2002, por el cual se expidió el Estatuto de Profesionalización Docente.

Igualmente expreso, que mediante control político efectuado por el Senado de la República para el cumplimiento eficaz del mandato legal de mejor salario para los nuevos docentes regidos por el estatuto de profesionalización docente, establecido por el decreto 1278 de 2002 y haber hecho público el compromiso adquirido por el Gobierno Nacional de incrementar adicionalmente el salario en un porcentaje del 8% durante los años 2008, 2009 y 2010.

En el año 2008, durante un debate de control político, liderado por el senador Jorge Eliécer Guevara, efectuado en la Comisión Sexta del Senado de la República con la presencia de la doctora Cecilia María Vélez White, Ministra de Educación Nacional, el Gobierno Nacional se comprometió a decretar un nuevo aumento salarial adicional del 8% sobre la inflación en cada uno de los años 2008, 2009 y 2010 para los docentes y directivos docentes regidos por el decreto ley 1278 de 2002.

De igual manera, en la respuesta previa al cuestionario anexo a la citación al debate de control político que envió la señora Ministra al Senado de la República manifestó “(...) en la perspectiva del mejoramiento salarial de los docentes del nuevo estatuto se propuso aplicar los ajustes durante tres años, comenzando por el 2008. De conformidad con lo anterior, para el incremento de los años 2009 y 2010, se prevé destinar 202.109 millones de pesos, lo que corresponde aproximadamente a dos puntos porcentuales del crecimiento real del SGP, con lo cual se proyectan a efectuar incrementos reales promedio de ocho puntos por año (...)”

El gobierno a partir del año 2008 creó una serie de decretos los cuales modificaban la remuneración de los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles Prescolar, básica y media que se rigen por el decreto 1278 de 2002, entre los decretos creados se encuentran el 624 de febrero de 2008, modificado Por el 714 del 6 de marzo del mismo año, 702 de 6 de marzo de 2009, 1238 del 13 de abril de 2009, 1367 del 26 de abril de 2010, y el 2940 de 5 de agosto de 2010, con la diferencia que en este decreto no se efectuó el incremento salarial adicional del 8 %, tal como era el compromiso administrativo, sino que se redujo en un 5.5. % para los docentes de os niveles 1 y 2 del escalafón Nacional de Docente.

¹ Ley 715 de 2001, artículo 111.2

El compromiso anterior, fue ampliamente difundido y los docentes regidos por el decreto 1278 de 2002, siempre confiaron en el cumplimiento del mismo, creyendo que se efectuaría el aumento prometido no solamente para los años 2008 y 2009 sino también para el año 2010, en que se estableció un aumento solo del 2.5% sobre la inflación causada durante el año 2009.

5.2. Pruebas presentadas

- Fotocopia del cuestionario de proposición N° 07/07².
- Fotocopia de la cedula de la accionante.³
- Fotocopia de las actas de posesión N° 0242, 0037, 00202, 00137 de la accionante en el cargo de docente⁴.
- Fotocopia del Decreto N° 337 de 2005 en la cual se nombra en periodo de prueba a la accionante⁵.
- Fotocopia del Decreto N° 1124 de 2005 en el cual se nombra en propiedad a la accionante⁶
- Fotocopia del Decreto N° 1951 de 2008 y N° 1390 de 2008 en el cual se resuelve trasladar a la accionante⁷

VI. RECUENTO PROCESAL

La presente acción fue instaurada el día 4 de septiembre de 2.012, mediante auto de 6 de septiembre de 2.012, se admitió la tutela y se dispuso las notificaciones de rigor.

² Folio 11 al 54.

³ Folio 55.

⁴ Folio 56, 58, 60, 62.

⁵ Folio 57.

⁶ Folio 59.

⁷ Folio 61 y 63.

VII. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Transcurrido el término para que los demandados hicieran uso de su derecho de defensa y contradicción, en el expediente solo reposa escrito de contestación por parte del Ministerio de Educación Nacional.

La jefe de la oficina jurídica del Ministerio de Educación Nacional, en su defensa le solicita a este despacho que se declare la improcedencia de la Acción de Tutela, al considerar que la accionante pretende por vía de tutela que sea revocado un acto administrativo de contenido general, argumentando la existencia de un perjuicio irremediable que no se encuentra probado en la demanda, adicionalmente manifestó no contar con otros mecanismos de defensa de sus legítimos intereses, cuando para el efecto el Código Contencioso Administrativo prevé la existencia de la acción de simple nulidad. Al respecto debe aclararse que en reiteradas jurisprudencias, la H. Corte Constitucional, acatando los preceptos del artículo 86 de la Constitución Política, ha sostenido que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario que solo procede cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso que nos ocupa, no nos encontramos frente a un perjuicio irremediable, se cuenta con mecanismos idóneos para incoar las acciones pretendidas además la acción de tutela como mecanismo supletivo no procede cuando existen otros medios de defensa ante la jurisdicción que ha recibido la competencia por parte de la propia Constitución, tampoco procede para cuestionar actos administrativos o para reformar lo establecido en una disposición legal.

VIII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

8.1. La competencia

El Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 37, en **PRIMERA INSTANCIA.**

8.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver es el siguiente:

¿Es la acción de tutela el medio idóneo para lograr aumentos de carácter salarial?

¿Resulta procedente la acción de tutela para atacar o controvertir actos administrativos, por vulnerar presuntamente derechos fundamentales?

8.3. Procedencia de la acción de tutela

De conformidad con el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela es un derecho público subjetivo del que goza toda persona para obtener del Estado, a través de la Rama Judicial, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, en ciertos casos.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso y sólo hasta tanto la autoridad competente decida de fondo sobre el asunto.

8.4 Carácter subsidiario y excepcional del amparo constitucional

El carácter subsidiario y excepcional de la acción (art. 86 de la C.P.), implica que ésta sólo puede ser ejercida frente a la violación de un derecho fundamental, cuando no se disponga de otro mecanismo de defensa judicial, o en el evento en que aún existiendo otro medio de protección ordinario sea necesario decretar el amparo en forma transitoria para evitar que se produzca un perjuicio irremediable, el cual debe estar debidamente acreditado en el proceso respectivo. En armonía con lo anterior, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece como causal de improcedencia del amparo la existencia de otros recursos judiciales, salvo que éste se utilice como mecanismo transitorio, o que el medio ordinario no sea eficaz para proteger derechos fundamentales.

Así lo ha expresado la Corte Constitucional en diversas oportunidades, cuando invocando su carácter residual de la acción de tutela, ha señalado enfáticamente su improcedencia ante la existencia de otros recursos judiciales para la protección de los derechos fundamentales, que se alegan comprometidos. En tal sentido la Corte en la sentencia T-1089 de 2004, dijo: *“No es propio de la acción de tutela, el de ser un medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales.”*

Lo anterior por cuanto, la acción de tutela no se erige en instancia adicional de los procesos judiciales contemplados por el ordenamiento jurídico para la definición y resolución de los conflictos legales. En igual sentido, esta Corporación ha reiterado

que en materia de amparo judicial de los derechos fundamentales, la acción de tutela es el último mecanismo judicial para su defensa, al que puede acudir el afectado por su violación o amenaza sólo después de ejercer infructuosamente todos los medios de defensa judicial ordinario, o ante la inexistencia de los mismos.

8.5 Carácter excepcional de la acción de tutela contra actos de la administración.

Por ser la acción de tutela un mecanismo subsidiario o residual para la protección de los derechos fundamentales, cuando se trata de controvertir judicialmente decisiones de la administración pública la regla general la constituyan las acciones contenciosas administrativas. Lo afirmado encuentra sustento en el inciso 3° del artículo 86 de la CP, en armonía con lo dispuesto en el numeral primero del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que establece: *“La acción de tutela no procederá: 1° Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”*.

Paralelo a lo anterior, la jurisprudencia ha estimado que la acción de tutela no constituye un medio alternativo que pueda ser empleado para reemplazar las demás acciones judiciales, dado que de aceptarse esa tesis, se desconocería la estructura jurisdiccional del Estado, las competencias asignadas a cada uno de sus órganos. Por lo tanto, 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. Sobre el particular dijo la Corte en la sentencia T-214 de 2004, lo siguiente:

“Aunque el derecho al debido proceso administrativo adquirió rango fundamental, ello no significa que la tutela sea el medio adecuado para controvertir este tipo de actuaciones. En principio, el ámbito propio para tramitar los reproches de los ciudadanos contra las actuaciones de la administración es la jurisdicción contenciosa administrativa quien está vinculada con el deber de guarda y promoción de las garantías fundamentales. Es en este contexto donde demandados y demandantes pueden desplegar una amplia y exhaustiva controversia argumentativa y probatoria, teniendo a su disposición los diversos recursos que la normatividad nacional contempla. El recurso de amparo sólo será procedente, en consecuencia, cuando la vulneración de las etapas y garantías que informan los procedimientos administrativos haya sido de tal magnitud, que los derechos fundamentales de los asociados no cuentan con otro medio de defensa efectivo. El recurso de amparo, como sucede en la hipótesis de protección de todos los derechos fundamentales, es subsidiario y residual, lo que implica que si la persona cuenta con un medio de defensa efectivo a su alcance o, habiendo contado con el mismo, de manera negligente lo ha dejado vencer, la tutela devendrá improcedente. En caso de existir otro medio de defensa, procede la tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable”.

Así entonces, atendiendo las características propias de la acción de tutela, no está permitido utilizar este mecanismo para controvertir decisiones administrativas respecto de las cuales el interesado no ejerció en tiempo las acciones judiciales respectivas. Tampoco es procedente su ejercicio para someter, nuevamente, ante la administración, situaciones respecto de las cuales se ha agotado el trámite propio de la vía gubernativa y, cuando además, por negligencia del interesado ha transcurrido

un período extenso que haría improcedente el amparo por desconocimiento del principio de inmediatez.

Ahora bien, sobre las características del perjuicio irremediable que hagan procedente el amparo, esta Corporación ha señalado que el perjuicio ha de ser inminente, urgente y grave. Sobre el particular en la Sentencia T-225 de 1993, se dijo:

“A).El perjuicio ha de ser inminente: "Que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconvenientes.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.”

En relación a la prueba del perjuicio irremediable, ha señalado esta Corporación que la existencia de otros medios de defensa judicial hace más exigente la carga probatoria del actor. La Sentencia T-257 de 2006 dijo:

*“La facultad de ejercer las acciones contencioso administrativas, acompañada de la posibilidad de solicitar que se decrete la suspensión provisional del acto impugnado, **hace más cuidadoso y exigente el examen frente al evento de conceder la tutela como mecanismo transitorio**, pues la persona interesada además de contar con un mecanismo de defensa judicial ordinario, tiene a su favor el derecho de formular una petición excepcional, eficaz y de pronta solución, como la de suspensión temporal del acto”. (Subrayado dentro del texto)*

De igual manera la Corte ha establecido los requisitos para que proceda la tutela contra actos administrativos y éstos son los siguientes: “(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”

Sobre el ejercicio indiscriminado de la acción de tutela contra actos de la administración cuando proceden otros mecanismos judiciales de defensa, este Tribunal ha advertido las siguientes consecuencias:

*“(…) la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior) y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)”.*⁸

Así entonces, tratándose de actos administrativos presuntamente transgresores de los derechos, el legislador ha previsto los medios idóneos ante la jurisdicción contencioso administrativa para obtener la simple nulidad o la nulidad y el restablecimiento del derecho (arts. 84 y 85 del C.C.A) de las decisiones de la administración, en donde además, se puede solicitar la suspensión provisional del acto tal y como lo prevé el artículo 152 ibídem

⁸ www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T461-09.

8.6 IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA PARA INCREMENTOS SALARIALES

En cuanto a la improcedencia de la acción de tutela en materia de incrementos salariales, esta Sala considera, que en principio solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, dado el carácter subsidiario de la acción y que así mismo la tutela, no es el mecanismo idóneo para ventilar conflictos de carácter laboral o económicos, ni para ordenar en consecuencia, incremento salariales.

Al respecto, La Corte Constitucional ha decantado la siguiente línea jurisprudencial:

Sentencia T-1453 de 2000 "Ahora bien, respecto del incremento salarial, debe reiterarse que por su carácter subsidiario, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para restablecer el equilibrio que pudo desaparecer como consecuencia de los efectos inflacionarios de la economía, de modo que si el empleador no reajusta la remuneración salarial del trabajador, debe ser la jurisdicción laboral la que resuelva la controversia que se plante."

Ratificando su jurisprudencia en la Sentencia T-770 de 2001, dijo la Corte:

"Como puede advertirse, entonces, el marco jurisprudencial sobre el problema jurídico planteado es bastante claro: La acción de tutela no es un instrumento adecuado para que el juez ordene incrementos salariales."

En igual sentido, se pronunció en sentencia de tutela t1128 de 2001, argumentando que la tutela es improcedente para obtener incrementos salariales, tal como lo ha sostenido esta Corporación en pronunciamientos como el siguiente:

"Al respecto se ha sostenido que la acción de tutela es subsidiaria, en cuanto no procede cuando el ordenamiento prevé otro mecanismo para la protección del derecho invocado; también se la ha calificado de residual, en la medida en que complementa aquellos mecanismos previstos en el ordenamiento que no son suficientes o que no resultan verdaderamente eficaces en la protección de los derechos fundamentales y además se ha dicho que es informal, porque se tramitan por esta vía las violaciones o amenazadas de los derechos fundamentales que dada su evidencia y simplicidad no requieren la confrontación propia de un proceso ante la justicia ordinaria. Debe agregarse además, que la acción de tutela, dada su especificidad, está destinada a proteger situaciones individuales frente a aquellas actuaciones u omisiones que constituyan una efectiva amenaza o afrenta concreta a una persona determinada."

"(...)"

"(...) todos los accionantes (sic) invocan la protección transitoria arguyendo que se disminuyó el poder adquisitivo de su salario al no haberse decretado su reajuste de conformidad al incremento del IPC para el año inmediatamente anterior. Ninguno se refiere a circunstancias especiales, como tampoco se aportan pruebas de hechos excepcionales que ameriten protección. De ahí que ha de considerarse que éstos han sido afectados por el incremento del costo de vida, al igual que todos los habitantes del territorio nacional, problemática que debido a su generalidad y a su componente estructural, no puede remediarse mediante las órdenes que compete impartir al juez de tutela."

"(...)"

“En armonía con lo expuesto, (...) es improcedente la acción de tutela instaurada por los accionantes (sic) por existir otro mecanismo de defensa judicial, y el perjuicio aducido no cumple con los requisitos de gravedad y particularidad necesarios para que proceda como amparo transitorio.”

Por lo anterior, se entrará a analizar el caso concreto, y así dar respuesta a los problemas jurídicos planteados.

IX. El caso en concreto

La señora ANDREA JIMENA DIAZ MERCADO, instauró acción de tutela con el objeto de que le sean amparados sus derechos fundamentales de la buena fe, confianza legítima, debido proceso e igualdad, presuntamente vulnerados por el Gobierno Nacional al expedir el Decreto N°2940 de 5 de agosto de 2010, por el cual se modificó parcialmente la remuneración de los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se rigen por el Decreto Ley 1278 de 2002.

Revisado el expediente, se vislumbra que en el mismo no reposa escrito de contestación de la tutela por parte de los accionados, así mismo se observa que la finalidad de la misma es que se revoque un acto administrativo de carácter general como es el decreto N° 2940 de 5 de agosto de 2010, en el cual el Gobierno Nacional presuntamente incumplió con el compromiso del incremento adicional del 8% a la inflación del 2010, y por el contrario con el decreto antes mencionado, modificó parcialmente la remuneración de los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado, reduciendo en un 5.5% para los docentes de los niveles 1 y 2 del Escalafón Nacional de Docentes del Decreto 1278 de 2002, es decir que el aumento adicional fue tan solo del 2.5% sobre la inflación causada en el año 2009.

Esta Sala debe establecer si la acción de tutela es el mecanismo adecuado para ordenar al Gobierno Nacional el incremento salarial de los accionantes en su calidad de Servidores Públicos, en un 8% sobre la inflación causada en el 2009 a fin de lograr la eficacia del compromiso adquirido por el Gobierno Nacional con los docentes que se rigen por el Decreto 1278 de 2002, durante un debate de control político celebrado en el 2008.

Ahora bien, tenemos que el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 6 consagra la figura de la improcedencia de la acción de tutela, la cual reza:

“Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.”

La Corte Constitucional⁹ se ha referido en cuanto a la improcedencia de la acción de tutela contra actos de carácter general, impersonal y abstracto y la procedencia

⁹ Sentencias de la Corte Constitucional T-1037 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-111 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

excepcional contra éstos actos cuya legalidad vulnera los derechos fundamentales, señalando lo siguiente:

“La acción de tutela no procede para controvertir actos de carácter general, aun cuando su contenido pueda ser contrario a normas sobre derechos fundamentales, porque para ello se han previsto otras vías procesales. Pero cuando el contenido lesivo de un acto de carácter general, impersonal y abstracto, se materializa en una situación concreta y afecta derechos fundamentales de una persona, la acción de tutela es, sin olvidar su carácter subsidiario, la vía adecuada para promover ante los jueces la defensa de esos derechos. En efecto, cuando una persona acude a la acción de tutela para cuestionar un acto de carácter general, impersonal y abstracto, pero no con la pretensión de obtener un pronunciamiento de esas mismas características sobre la conformidad o no del acto con la Constitución, sino para, dado que se encuentra entre sus destinatarios, prevenir que le sea aplicado, nos encontramos en una hipótesis distinta a la prevista en la ley sobre la improcedencia de la acción de tutela. La actuación del particular afectado se dirige, en este caso, no a obtener la declaratoria de inconstitucionalidad del acto general, sino a prevenir que el mismo sea aplicado en su caso, evitando, de esta manera, que en relación con ese particular, se materialicen sus efectos lesivos de derechos fundamentales. En casos como los presentes, en los que se está ante un cuestionamiento que se dirige contra un acto de carácter general, impersonal y abstracto, en los cuales, sin embargo, la pretensión no considera el acto cuestionado en abstracto, sino que se orienta a enervar sus eventuales efectos lesivos de derechos fundamentales en un caso concreto, para determinar la procedencia de la acción de tutela es necesario establecer, por un lado, que se está ante una amenaza cierta que de la aplicación de un acto de carácter general, impersonal y abstracto, se derive una afectación de los derechos fundamentales de una persona y que, en tal eventualidad, el acudir a las vías ordinarias podría comportar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.”

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha indicado que la acción de tutela no fue creada para sustituir los medios ordinarios de defensa o actos de carácter general impersonal y abstracto.

Cuando la norma se refiere a la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales, ha de entenderse por tales y entre otros, los procesos ordinarios a los que se puede acudir normalmente a reclamar los derechos, según la naturaleza de éstos, que podrían ser de índole civil, laboral, o administrativo según el caso.

Como bien se puede establecer en la jurisprudencia aludida anteriormente, el juez por vía de tutela no puede ordenar un incremento salarial en un monto determinado para todos los servidores públicos, en este caso sería para todos los docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se rigen por el Decreto Ley 1278 de 2002, pues se estaría contrariando a la Norma Superior, en lo que respecta al principio de legalidad del gasto público y la competencia de los órganos estatales, como lo establecen los artículos 6, 113, 345, 346 y 347 de la Carta Política.

La inmediatez como requisito de procedibilidad en la acción de tutela.

Corresponde a la Sala estudiar la inmediatez, como otro de los requisitos de procedibilidad de la acción, al respecto traemos a este plenario la interpretación que sobre este tema que ha realizado nuestro máximo tribunal constitucional

En la sentencia T-900 de 2004 se expresó sobre este requisito:

“... la jurisprudencia constitucional tiene establecido que el presupuesto de la inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la tutela, de tal suerte que la acción debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable, oportuno y justo. Con tal exigencia se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premia la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica.

“Esta condición está contemplada en el artículo 86 de la Carta Política como una de las características de la tutela, cuyo objeto es precisamente la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona, 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 que establezca la ley. Así, pues, es inherente a la acción de tutela la protección actual, inmediata y efectiva de aquellos derechos.”

De esta forma, con el fin de determinar la razonabilidad del lapso entre el momento en que se vulneran los derechos fundamentales y la interposición de la tutela, la Corte Constitucional ha establecido tres factores a considerar: (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión y (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado.

Igualmente ha sostenido, que en los únicos dos casos en que no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela, es (i) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación es continua y actual. Y (ii) cuando la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, hace desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros.

Por ello, la Corte Constitucional ha señalado que, según las circunstancias de cada caso, le corresponde al juez de tutela evaluar la razonabilidad del tiempo que ha transcurrido entre la situación de la cual se afirma produce la afectación de los derechos y la presentación de la acción, a fin de determinar si encuentra satisfecho el requisito de la inmediatez.

En esa medida, con la exigencia de cumplimiento del requisito que se analiza, “... se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premia la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica...”.

Por último, la jurisprudencia constitucional ha advertido que para la procedencia de la acción de tutela en relación con el requisito de inmediatez, entre otros elementos, el juez constitucional debe evaluar “... si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes..., es decir, si es predicable la existencia de una justa causa por la cual no ejercitó la acción de manera oportuna...”.

Así, para declarar la improcedencia de la acción de tutela por el incumplimiento del requisito de inmediatez, no es suficiente comprobar que ha transcurrido un periodo considerable desde la ocurrencia de los hechos que motivaron su presentación, sino que, además, es importante valorar si la demora en el ejercicio de la acción tuvo su origen en una justa causa que explique la inactividad del accionante de tal manera que, de existir, el amparo constitucional es procedente.

Con respecto al principio de inmediatez, tenemos que la acción de tutela fue presentada el cuatro (4) de septiembre de 2012, y el Decreto en que se basa la inconformidad data del año 2010, dejando transcurrir la actora 2 años desde dicha fecha, estableciéndose que se presenta contrariedad con ese principio, pues a todas luces la reclamación de los derechos de la actora resultan extemporáneos, por

haber dejado pasar el plazo razonable, oportuno y justo para proteger de forma inmediata cualquiera de los derechos constitucionales fundamentales que le hubiese sido vulnerado a la tutelante, y por medio de esta vía protegerlos, por ello, se concluye que no existió un perjuicio irremediable que pudo haber sido protegido mediante la presente acción.

Aplicando los anteriores criterios jurisprudenciales, tenemos que esta acción resulta improcedente, por cuanto, lo que se pretende revocar es un acto administrativo de carácter general, por el no pago de incrementos salariales a los docentes del 8% adicional a la inflación del 2010, teniendo para ello, otro mecanismo judicial diferente, que resuelva este tipo de controversia, como es, el cobro de sumas dinerarias, igualmente no se demostró que fue presentada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por la no cancelación de las mismas, se presume además que la accionante se encuentra devengando un salario, toda vez, que esta cobijada por el Decreto ley 1278 de 2002, por lo anterior no existe ningún principio fundamental vulnerado.

Por tanto, al juez constitucional no le corresponde por vía de tutela interferir en decisiones generales abstractas e impersonales confiadas por la Constitución Política a otras autoridades estatales.

Por lo antes expuesto, concluye esta Sala que no existió vulneración alguna a los derechos fundamentales incoados en la presente acción Constitucional, toda vez que la accionante no logro probar tal vulneración, solo se limito a decir que el Gobierno Nacional le incumplió con el aumento adicional del 8% prometido para el año 2010 y la Acción de Tutela no es el mecanismo pertinente para cuestionar o modificar las orientaciones o directrices del Gobierno Nacional en materia de gasto Público.

Esta sala deja constancia que este formato de tutela ha sido presentado en todo el país y que además existe un antecedente jurisprudencial por parte del Consejo de Estado, quien resolvió en segunda instancia una de ellas, la cual fue considerada improcedente por existir otro medio judicial para su defensa como es la acción de Simple Nulidad, en la que podrá exponer los planteamientos aquí expuesto.¹⁰

¹⁰ Rad.2011-01088-01 AC, de 16 de febrero de 2012, sala segunda del Honorable Consejo de Estado, Mp. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

X. CONCLUSIÓN

De conformidad con el análisis efectuado, la Sala da respuesta a los problemas jurídicos planteados, de la siguiente manera:

Con respecto, al problema jurídico principal, tenemos que la acción de tutela resulta improcedente para lograr aumentos salariales por su carácter subsidiario, no es el medio idóneo para alcázar la finalidad deseada o por lo menos controvertir lo que en derecho corresponda, ya que la misma es supletiva.

En cuanto, al segundo problema jurídico, como se expresó la misma normatividad prohíbe expresamente en el artículo 6 inc. 5, que cuando se trate de actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, esta acción resulta improcedente, por existir un medio idóneo para tal fin, como son la acción de simple nulidad o acción de nulidad y restablecimiento del derecho según sea el caso, y más ahora con la Ley 1437 de 2011, que trae un procedimiento más ágil y rápido, para dirimir ese tipo de controversias.

Con respecto al principio de inmediatez, tenemos que la acción de tutela fue presentada el cuatro (4) de septiembre de 2012, y el Decreto en que se basa la inconformidad data del año 2010, dejando transcurrir la actora 2 años desde dicha fecha, estableciéndose que se presenta contrariedad con ese principio, pues a todas luces la reclamación de los derechos de la actora resultan extemporáneos, es por ello, que no se vislumbra la existencia y la consecuente necesidad que por esta vía se protejan los derechos fundamentales presuntamente vulnerado.

Así las cosas, las pretensiones de las presenten acción de tutela serán denegadas y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

XI. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SUCRE, SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la Constitución y la Ley.

RESUELVE

PRIMERO. NIÉGASE LA TUTELA POR IMPROCEDENTE, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

Expediente	70-001-23-33-000-2012-00050-00
Actor	ANDREA JIMENA DIAZ MERCADO
Demandado	GOBIERNO NACIONAL, MINISTERIO DE HACIENDA, MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.
Medio de Control	TUTELA – PRIMERA INSTANCIA

TERCERO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, si no fuere impugnada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha, según consta en Acta No.022.

Los Magistrados,

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

LUIS CARLOS ALZATE RIOS

HECTOR ENRRIQUE REY MORENO