

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

CONSEJERO PONENTE: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., quince (15) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 70001-23-33-000-2017-00302-01

Actor: JULIA ELENA ARGUELLO DE MORENO

**Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y
OTROS**

Acción de tutela – Fallo de segunda instancia

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación presentada por la parte actora en contra de la sentencia de 17 de noviembre de 2017¹, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Sucre declaró la improcedencia de la solicitud de amparo.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

La señora Julia Elena Arguello de Moreno, mediante apoderado judicial, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad jurídica, a la seguridad social y a la vida digna que consideró vulnerados por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con ocasión del no pago de la condena impuesta en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, identificado con el número de radicado 2003-00710 adelantado ante el Tribunal Administrativo de Sucre.

1.2. Hechos:

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

- La señora Julia Elena Arguello de Moreno presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Educación -

¹ Folios 57 a 64.



Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que se declarara la nulidad de la Resolución No. 1288 del 27 de enero de 2003 por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.

- El Tribunal Administrativo de Sucre declaró la nulidad de la mencionada resolución y, a título de restablecimiento del derecho ordenó a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio liquidar y reconocer a favor de la señora Julia Elena Arguello de Moreno y a sus hijos Rina Flor Moreno Arguello, Martín Darío Moreno Arguello y Boris Maulin Moreno Arguello, la pensión de sobreviviente a partir del 19 de marzo de 1993.
- Ante el incumplimiento del fallo respecto de las mesadas retroactivas, la indexación y sus intereses y las costas procesales, inició proceso ejecutivo ante el Juez Sexto Administrativo Oral de Sincelejo, quien mediante auto de 6 de noviembre de 2009 libró mandamiento de pago en contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- Ante el incumplimiento de la entidad ejecutada, en los años 2016 y 2017 presentó una liquidación adicional del crédito, estando esta última pendiente de aprobación.

1.3. Fundamentos de la acción

A juicio de la parte actora, con la omisión de la entidad ejecutada, esto es, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de cumplir la orden plasmada en la sentencia proferida en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se vulneran sus derechos fundamentales y se genera un detrimento patrimonial al Estado en atención al aumento desmedido de la acreencia cobrada.

1.4. Pretensiones

Presentó las siguientes:

“solicito a usted como JUEZ de la causa, esencialmente la protección de los derechos fundamentales a la igualdad mía, y de mi mandante; a la seguridad jurídica en el proceso de pago, a la seguridad social por



las mesadas retroactivas pensionales adeudadas, más los intereses , indexación, costas, con amenaza del derecho fundamental a la vida digna de una persona de la tercera edad o adulto mayor, liquidados y aprobados hasta hoy en \$248.736.518 dentro del proceso ejecutivo radicado 2.009-0013-00 discriminado en el trato a los derechos míos con pacto de honorarios a cuotas Litis según texto de poder al 50% y los de mi poderdante JULIA ELENA ARGUELLO DE MORENO, (...) a quien se le está pagando cumplidamente la pensión condenada en sentencia resolutive No 1, más no los otros derechos de la resolutive 2 y 3, de la sentencia, siendo la poderdante y mi persona de la tercera edad, en estado de indefensión (...)"²

1.5. Trámite de la acción de tutela en primera instancia

Con auto de 8 de noviembre de 2017, el Tribunal Administrativo de Sucre admitió la solicitud de amparo y ordenó notificar a la Fiduprevisora S.A. – FOMAG en calidad de demandado y al Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público como terceros interesados en las resultas del proceso.

1.6. Contestaciones

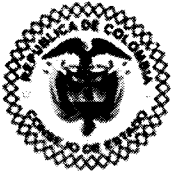
1.6.1. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público

La Asesora del Ministerio solicitó que se declarara la falta de legitimación en la causa por pasiva de esa cartera ministerial, comoquiera que legalmente no puede satisfacer las pretensiones que formula la actora en tanto sólo está facultado para ejercer las funciones que expresamente le asigna la ley, entre las que no se encuentra la de reconocer y pagar las prestaciones económicas de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

1.6.2. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Agencia señaló que la solicitud de amparo escapa de al ámbito de competencia de esa entidad, por lo que no intervendrá en la misma y solicita su desvinculación.

² Folio 4.



Fundamenta su afirmación en la Carta Circular 000-01 de 17 de febrero de 2017³ emitida por la Agencia con destino a los diferentes despachos judiciales y, según la cual:

“la notificación a la Agencia ordenada en el artículo 612 del C.G.P. cumple la finalidad de una comunicación, mediante la cual la entidad conoce de las demandas contra entidades públicas del orden nacional y registra la información en el Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado - eKogui-, que utilizan y alimentan las entidades y organismos públicos del orden nacional”

1.6.3. El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo

La Juez Sexta allegó el expediente en préstamo e informó acerca de que se encuentra al despacho para el estudio de una solicitud de medida cautelar.

1.7. La Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Sucre, mediante sentencia de 17 de noviembre de 2017, declaró la improcedencia de la solicitud de amparo comoquiera que encontró que lo pretendido por la parte accionante es el pago de un retroactivo pensional ordenado en la sentencia del 19 de octubre de 2006, frente a lo que cuenta con un mecanismo ordinario para hacer efectivas sus pretensiones.

1.8. Impugnación

Mediante escrito recibido el 28 de noviembre de 2017 la parte actora impugnó el fallo de primera instancia y puso de presente que en proceso no se notificó a la Fiduprevisora.

1.9. Trámite en segunda instancia

Con auto de 2 de febrero de 2018, el Despacho Sustanciador ordenó a la Secretaría General de esta Corporación, poner en conocimiento de la Fiduprevisora S.A. Fomag, de la Secretaría Departamental de Sucre y de los señores Rina Flor Moreno Arguello, Martín Darío Moreno

³ Se puede consultar en el link
https://www.defensajuridica.gov.co/normatividad/circulares/Lists/Circulares%202017/Attachments/1/circular_externa_01_17_febrero_2017.pdf



Arguello y Boris Maulin Moreno Arguello, la nulidad saneable que se presenta en el proceso.

Además solicitó a la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos de Sincelejo que allegara copia digital del proceso ejecutivo que adelanta la señora Arguello de Moreno.

En atención a ello, el Vicepresidente y representante legal del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solicitó que se confirmara el fallo de primera instancia comoquiera que existe otro medio idóneo para conseguir lo pretendido con la tutela y que incluso se encuentra en trámite.

El Juez Sexto Administrativo Oral de Sincelejo aportó copia magnética del proceso ejecutivo solicitado.

Los demás, guardaron silencio pese a haber sido notificados en debida forma.⁴

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada por la parte actora en contra de la sentencia de 17 de noviembre de 2017 dictada por el Tribunal Administrativo de Sucre, de conformidad con lo previsto por el Decreto Ley 2591 de 1991 y el Decreto 1069 de 2015.

2.2. Cuestión previa

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Agencia solicitó ser desvinculada del presente trámite, con fundamento en la Carta Circular 000-01 de 17 de febrero de 2017⁵ proferida por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, según la cual:

“la notificación a la Agencia ordenada en el artículo 612 del C.G.P. cumple la finalidad de una comunicación, mediante la cual la entidad conoce de las demandas contra entidades públicas del orden nacional y

⁴ Folios 78 a 124

⁵ Se puede consultar en el link

https://www.defensajuridica.gov.co/normatividad/circulares/Lists/Circulares%202017/Attachments/1/circular_externa_01_17_febrero_2017.pdf



registra la información en el Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado - eKogui-, que utilizan y alimentan las entidades y organismos públicos del orden nacional” (negrillas fuera de texto)

Al respecto se advierte que en efecto, mediante auto de 8 de noviembre de 2017, el Tribunal Administrativo de Sucre admitió la solicitud de amparo y ordenó vincular a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como tercero interesado en las resultas del proceso.

Sin embargo, del análisis de la solicitud de la Agencia se concluye que en efecto, no hizo parte de las decisiones objeto de reproche y en consecuencia no es parte en el presente trámite, ni tiene interés en las resultas del mismo, pues tal y como lo señaló, la orden consagrada en el artículo 612 del CGP “*cumple la finalidad de una comunicación*”, es decir, que su propósito es poner en conocimiento de la Agencia las demandas que se presenten en contra de las entidades públicas.

Por lo anterior, se accederá a la solicitud de desvinculación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

2.3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si procede confirmar, revocar o modificar la sentencia de 17 de noviembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre que declaró la improcedencia de la solicitud de amparo por no cumplir con el requisito de la subsidiariedad.

Para resolver este problema jurídico, se analizarán los siguientes aspectos: **(i)** las generalidades de la acción de tutela; **(ii)** naturaleza subsidiaria de la acción de tutela e improcedencia de la misma cuando existen otras vías judiciales y, finalmente; **(iii)** un análisis del caso concreto.

2.4. Generalidades de la acción de tutela

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede ejercer la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales siempre que sean violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los precisos casos que indica el Decreto 2591 de



1991.

Constituyen rasgos distintivos de esta acción: la inmediatez y la subsidiariedad. El primero apunta al amparo efectivo, concreto y actual del derecho fundamental que se dice vulnerado o amenazado.

El segundo, condiciona el ejercicio de esta acción a la inexistencia de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para evitar la lesión del derecho fundamental.

2.5. Naturaleza subsidiaria de la acción de tutela e improcedencia de la misma cuando existen otras vías judiciales

El inciso 3º del artículo 86 de la Constitución consagra el requisito de subsidiariedad como presupuesto de procedencia de la acción de tutela y determina que “[e]sta acción sólo 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”, precepto reglamentado por el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991⁶.

Del texto de la norma referida se evidencia que, existiendo otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a estos y no a la tutela.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona recurre a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que conoce de un determinado asunto radicado bajo su competencia⁷.

⁶ARTÍCULO 6o. “CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. 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 medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

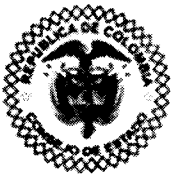
2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.

3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

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

⁷ En sentencia T-313 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño se estableció: “En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones.”



2.6. Análisis del caso en concreto

En el caso *sub examine*, la parte actora asegura que sus derechos fundamentales están siendo vulnerados por las autoridades demandadas por el incumplimiento del fallo respecto de las mesadas retroactivas, la indexación y sus intereses y las costas procesales, y a su juicio, se genera además un detrimento patrimonial al Estado en atención al aumento desmedido de la acreencia cobrada.

A juicio de la Sección Quinta la solicitud de amparo de la referencia debe declararse improcedente para ordenar el cumplimiento de una sentencia de 19 de octubre de 2006, por medio de la cual, el Tribunal Administrativo de Sucre accedió a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento. Lo anterior, de conformidad con las razones que pasan a explicarse:

Con el fin de proteger los derechos fundamentales que invocó la parte actora en el escrito de tutela, **el ordenamiento jurídico prevé un mecanismo de defensa judicial idóneo y efectivo, como lo es el proceso ejecutivo**, mediante el cual, puede obtenerse el cumplimiento de sentencias, como la proferida en contra del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el número 2003-00710.

En efecto, la controversia relativa al cumplimiento de sentencias judiciales está llamada a resolverse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de conformidad con lo previsto en los artículos 297 y 298 del CPACA, sobre el proceso ejecutivo.

Las normas mencionadas disponen:

“Artículo 297. Título Ejecutivo. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:

1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias (...)

Artículo 298. Procedimiento. En los casos a que se refiere el numeral 1 del artículo anterior, si transcurrido un (1) año desde la ejecutoria de la sentencia condenatoria o de la fecha que ella señale,



esta no se ha pagado, sin excepción alguna el juez que la profirió ordenará su cumplimiento inmediato”.

De acuerdo con el inciso 3º del artículo 86 constitucional que prevé frente a la tutela que “(...) *Esta acción sólo 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 (...)*”. De esta norma, se extrae que al existir otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a estos y no a la tutela.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando se recurre a la administración de justicia con el fin de que sean protegidos derechos fundamentales, no se pueden desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que conoce de un determinado asunto radicado bajo su competencia⁸.

Así, la acción de tutela se configura como un mecanismo privilegiado de protección inmediata de los derechos fundamentales, lo que significa que reviste un carácter residual y subsidiario, esto es, que no se ha instituido para suplantar los procedimientos ordinarios ni para invadir la órbita de competencia de otras jurisdicciones.

Por lo anterior, en armonía con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción sólo procede cuando (i) el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados; (ii) y cuando pese a existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados⁹.

En tal sentido, se ha señalado que para determinar si el medio de defensa alternativo es eficaz e idóneo, hay que analizar entre otros aspectos, los siguientes: “(a) *el objeto del proceso judicial que se*

⁸ En sentencia T-313 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño se estableció: “*En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones.*”

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-764 de 2008.



considera que desplaza a la acción de tutela” y, “(b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales”¹⁰; elementos que permiten concluir, una vez analizadas las circunstancias concretas del caso, si el mecanismo judicial alternativo de protección es conducente o no para la defensa de los derechos que se dicen lesionados.

En conclusión, la acción de tutela no es procedente para obtener el cumplimiento de la sentencia dictada en contra del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el número 2003-00710, máxime si se tiene en cuenta que en este caso, el proceso ejecutivo ya se inició y se encuentra en trámite.

Incluso, debe señalarse que, de conformidad con las copias magnéticas allegadas por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo, se pudo evidenciar que mediante auto de 6 de diciembre de 2016, esa autoridad judicial decretó el embargo de las cuentas bancarias del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin embargo, sigue sin materializarse dicha orden.

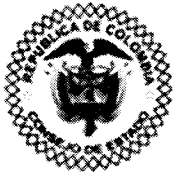
La Sala concluye que la solicitud de tutela es improcedente teniendo en cuenta que la misma no superó el requisito de subsidiariedad, esto, en la medida en el que ordenamiento jurídico prevé un mecanismo de defensa judicial idóneo y efectivo, el proceso ejecutivo para obtener el cumplimiento de sentencias.

En mérito de lo expuesto, la Sala confirmará el fallo de 17 de noviembre de 2017.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-822 de 2002.



RESUELVE:

PRIMERO: DESVINCULAR del presente trámite constitucional a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

SEGUNDO: CONFIRMAR el fallo de 17 de noviembre de 2017 que declaró la improcedencia de la solicitud de amparo interpuesta por la señora Julia Elena Arguello de Moreno.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes y los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

