

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA



Consejero Ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 11001-03-15-000-2013-02666-02.
Actor: JORGE GIRALDO SERNA.
Accionado: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Y OTRO.
Tema: DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO. REDUCCIÓN DE MESADAS PENSIONALES EN APLICACIÓN DE LA SENTENCIA C-258 DE 2013.
Decisión: REVOCA Y NIEGA LAS PRETENSIONES.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala la impugnación interpuesta por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – FONPRECON- contra la sentencia del **8 de mayo de 2014**, proferida por el CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A", que accedió parcialmente a las pretensiones de la tutela y, en consecuencia, resolvió:

"CONCÉDASE el amparo del derecho fundamental al debido proceso administrativo, invocado por Jorge Giraldo Serna.

ORDÉNASE al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, haga uso de los recursos administrativos y judiciales especializados, para los efectos indicados en la parte motiva de esta providencia.

NIÉGASE las demás pretensiones de la acción de tutela.[...]."

I. ANTECEDENTES

El señor JORGE GIRALDO SERNA, por intermedio de apoderado judicial, instauró acción de tutela contra el FONDO DE PREVENCIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA (FONPRECON) y la CORTE CONSTITUCIONAL, por considerar vulnerado los derechos fundamentales a la vida y al debido proceso.

1. Hechos

Del expediente, se advierten como hechos relevantes los siguientes:

1.1. Mediante la Resolución No. 2015 del 13 noviembre de 1990, el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Antioquia, le reconoció la pensión de jubilación al señor Jorge Giraldo Serna.

1.2. Toda vez que el 1° de enero de 1999, el actor tomó posesión del cargo de Representante a la Cámara, se suspendió en pago de las mesadas pensionales por parte del Seguro Social, por medio de la Resolución N° 467 del 17 de febrero de 1999, *"durante el tiempo que permanezca en el cargo de Representante"*.

1.3. Por Resolución N° 313 del 17 de mayo de 2000, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON) reliquidó la pensión de jubilación al señor Jorge Giraldo Serna (ex congresista).

1.4. El 7 de mayo de 2013, mediante la Sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de las expresiones *"durante el último año"*, *"por todo concepto"*, y *"se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal"*, contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, así como la expresión *"por todo concepto"*, inserta en su párrafo.

En la misma providencia, **la Corte Constitucional declaró la executable condicionada de las restantes expresiones del artículo 17 ibídem**, relacionadas con el régimen pensional de los congresistas y otros servidores públicos.

1.5. En cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia relacionada en el párrafo anterior, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON) profirió el Oficio No. 20132100065311 del 15 de julio de 2013, a través del cual le informó al señor Jorge Giraldo Serna que *"... a partir del mes de julio de 2013 su mesada pensional será ajustada al tope de 25 smmlv..."*.

2. Fundamentos de la demanda

Los argumentos expuestos en la demanda de tutela de la referencia, se circunscriben al hecho de que el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON) reajustó las mesadas pensionales del señor Jorge Giraldo Serna, *"sin que previamente hubiera iniciado acción de lesividad o emitido acto administrativo formal con las garantías procesales que le ley exige"*.

De otra parte, sostiene que la sentencia de la Corte Constitucional se extralimitó *"desviando su apreciación a elementos subjetivos que condujeron a inaplicar las normas constitucionales protectoras de la intangibilidad pensional"*.

3. Pretensiones

Las pretensiones de la demanda de tutela son las siguientes:

"1) Que la sentencia de la Corte Constitucional C 258 del 7 de mayo del 2013 en cuanto dispuso, en el numeral tercero IV, que 'las mesadas correspondientes a pensiones reconocidas de conformidad con este régimen especial, no podrán superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales vigentes, a partir del 1° de julio de 2013' es inoponible y por consiguiente no le es aplicable al suscrito demandante, por haber fijado la Corte una fecha arbitraria que conculca el derecho adquirido y consolidado a gozar de la misma prestación periódica dineraria de la que venía disfrutando hasta la fecha indicada (julio 1° de 2013).

2) Que consecuentemente y por las razones esgrimidas con anterioridad se declare también que el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República como Establecimiento Público adscrito al Ministerio de Salud y Protección Social, dentro del término fijado por la decisión judicial tutelante, cese inmediatamente el reajuste automático a que se refiere el radicado número 20132100065311 del 15 de julio de 2013 dirigido al Doctor JORGE GIRALDO SERNA y reanude el pago de la mesada pensional de que venía gozando el demandante hasta el mes de junio del mismo año.

3) Que el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, por orden de la jurisdicción, cancele al dr JORGE GIRALDO SERNA las sumas de dinero que dejaron de pagarse o cuyo valor se redujo, a partir del primero de julio próximo pasado y hasta el momento de la solución de la deuda, teniendo en cuenta que la disminución pensional fue de \$8.065.035 mensuales (sin deducciones)".

4. Trámite

4.1. Una vez el expediente subió al despacho del doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, mediante auto del 13 de febrero de 2014, se ordenó remitir el mismo, al despacho de la magistrada Bertha Lucía Ramírez de Páez, para que resolviera la solicitud de acumulación del proceso respecto de la acción de tutela radicada con el número 25000-23-41-000-2013-02686-01. (Folio 25).

4.2. Por auto del 6 de marzo de 2014, se negó la solicitud de acumulación del proceso de la referencia a la tutela radicada con el número 25000-23-41-000-2013-02686-01.

4.3. Por lo anterior, en providencia del 20 de marzo de 2014, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", admitió la presente acción de tutela y ordenó notificar a las partes (Fl. 34).

5. Intervenciones

5.1. La **CORTE CONSTITUCIONAL**, por conducto de la Secretaria General, rindió el informe respectivo y señaló que la sentencia C-258 de 2013, atacada mediante la presente acción, fue notificada por edicto entre los días 14 y 18 de junio de 2013, sin que dentro del término de los siguientes tres (3) días hábiles, el actor hubiese solicitado la nulidad de la misma al considerar que sus derechos fundamentales se encontraban vulnerados, por lo que, en principio, la tutela resulta improcedente toda vez que el actor contó con otro medio de defensa judicial del que no hizo uso oportunamente.

Por otra parte, manifestó que, del ejercicio del control abstracto de constitucionalidad que realiza la Corte, no puede predicarse la vulneración de derechos subjetivos, pues dicho control se limita a verificar el ajuste de las normas a la Constitución Política.

5.2. El Fondo de Prestaciones Social del Congreso de la República (FONPRECON), a través de la Dirección General, rindió el respectivo informe y solicitó que se denegara por improcedente la presente acción de tutela, con el argumento de que dicha entidad no ha realizado ningún acto que pueda considerarse vulneratorio de los derechos fundamentales invocados como transgredidos.

Afirmó que lo que se busca, mediante el ejercicio de la acción de tutela, es la inaplicación de una sentencia de constitucionalidad (particularmente de la Sentencia C-258 de 2013), en lo relacionado con los reajustes pensionales al tope máximo de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que dispone la Constitución Política.

Explicó, que de conformidad con los artículos 45 y 48 de la Ley 270 de 1996, las sentencias dictadas por la Corte Constitucional en el marco del control constitucional que dicho tribunal ejerce, tienen efectos *erga omnes* y son de obligatorio cumplimiento.

A juicio de la parte accionada, resulta "absurdo" considerar que un juez de tutela pueda abrogarse el poder para dejar sin efectos una sentencia dictada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales.

6. Providencia Impugnada

El CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A", en providencia del 8 de mayo de 2014, accedió parcialmente a las pretensiones de la tutela y, en consecuencia, resolvió:

"CONCÉDASE el amparo del derecho fundamental al debido proceso administrativo, invocado por Jorge Giraldo Serna.

ORDÉNASE al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, haga uso de los recursos administrativos y judiciales especializados, para los efectos indicados en la parte motiva de esta providencia.

*NIÉGASE las demás pretensiones de la acción de tutela.
[...]."*

Como fundamento de su decisión manifestó que, aún cuando las entidades deben aplicar las disposiciones que dicte la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, deben respetar las formas establecidas en las fuentes de derecho, respetando al máximo los derechos sustantivos de los ciudadanos, *"antes de conjurar cualquier posible conducta arbitraria del Estado"*.

Por lo anterior, consideró que el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON) vulneró el derecho fundamental al debido proceso del actor, por lo que era necesario que acudiera a todos los procedimientos legalmente establecidos para efectuar la disminución de las mesadas pensionales del actor, realizando una audiencia previa con el interesado.

7. Impugnación

El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – FONPRECON-IMPUGNÓ la anterior decisión, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la tutela y manifestó que dicha entidad analizó la prestación del actor *"y detectó que el mismo no es merecedor del régimen especial del Congresista previsto en la Ley 4 de 1992, pues en vigencia de la citada norma no fue parlamentario, ya que se posesionó como representante a la Cámara en enero de 1999 y ojeó hasta diciembre de 1999"*.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Aspecto previo. Del impedimento manifestado.

1.1. Encontrándose el proceso para fallo, se observa que la doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, magistrada ponente, en escrito del 11 de noviembre de 2014 manifestó su impedimento para conocer de la acción de tutela de la referencia. En consecuencia, corresponde a la Sala, decidir sobre la manifestación de impedimento referida.

Para manifestar su impedimento, la consejera ponente invocó la causal consagrada en el numeral 1º del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al *sub lite* por remisión del artículo 39 del Decreto 2591 de 1991², por considerar que "...la decisión que se tome sobre la solicitud de tutela me interesa directamente, porque puede afectar mi aspiración pensional en atención al artículo 28 del Decreto 104 de 1994...".

1.2. De conformidad con los artículos 29 de la Constitución Política, y 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³, el debido proceso es una garantía fundamental que se debe aplicar a toda clase de actuaciones o procedimientos, bien sea administrativos o judiciales, entre otros más. Por lo tanto, en las acciones de tutela y, en general, en cualquier clase de proceso judicial, se deben preservar todas las garantías propias del debido proceso, incluidas las de independencia e imparcialidad.

En desarrollo de tales criterios, el legislador previó la existencia de ciertas circunstancias que comprometen la imparcialidad –*característica connatural del juez en el Estado de Derecho*– de los funcionarios judiciales y, conforme a ellas, estableció en el ordenamiento una serie de causales de impedimento o de recusación, cuyo objeto no es otro que preservar precisamente esas garantías.

1.3. En el trámite de la acción de tutela, son aplicables las causales de impedimento previstas en el Código de Procedimiento Penal (artículo 56), por remisión expresa del artículo 39 del Decreto 2591 de 1991.

Para el caso concretó se invocó la causal señalada por el numeral 1º del artículo 56 del Código de Procedimiento penal, que dispone:

"Artículo 56. Causales de impedimento. Son causales de impedimento:
1. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, tenga interés en la actuación procesal. [...]

² ARTICULO 39. RECUSACION. En ningún caso será procedente la recusación. El juez deberá declararse impedido cuando concurren las causales de impedimento del Código de Procedimiento Penal so pena de incurrir en la sanción disciplinaria correspondiente. El juez que conozca de la impugnación del fallo de tutela deberá adoptar las medidas procedentes para que se inicie el procedimiento disciplinario, si fuere el caso.

³ Aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972.

1.4. El interés directo corresponde a una causal que la doctrina ha identificado como residual o genérica, por cuanto en ella es posible relacionar todos aquellos supuestos que tengan la capacidad de doblegar la imparcialidad del funcionario judicial.

Respecto de la causal de impedimento examinada, valga precisar, en primer lugar, que *"el interés de que habla la ley puede ser directo o indirecto y de cualquier índole, es decir, material, intelectual o inclusive puramente moral... no comprende sólo el interés económico, el más común, sino cualquier otro motivo que lleve al funcionario a querer determinada decisión, acorde con el interés (de cualquier índole) que abrigue frente al proceso"*⁴. Y en segundo lugar, que la causal de impedimento no se configura por la existencia de cualquier interés, sino que se requiere de uno que, se repite, *dobleque* la objetividad del Juez y afecte su imparcialidad, a tal punto que lo imposibilita para *"actuar con equilibrio"*.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia⁵ ha sostenido, de vieja data, que:

"...Si con el permiso del Código Civil en cuanto al uso de las palabras tenemos en cuenta que inclinar significa bajar, persuadir, estar dispuesto a algo; inclinación equivale a disposición, tendencia, natural, debilidad, predisposición, propensión, vocación, y si lo vehemente es lo ardiente, lo impetuoso y es sinónimo de pasión, turbulencia, arrebato, fogosidad, impetuosidad, e impulsividad, concluimos que el interés del funcionario que concurre al impedimento no es elemental, el que ordinariamente se puede tener, sino aquél que lo seduce que lo empuja, que lo lleva con fuerza a sentirse imposibilitado de actuar con equilibrio, y esto, obviamente, ni se puede pensar, ni se le puede admitir a un funcionario de la justicia, que se debe caracterizar más que nadie, por su ponderación, moderación y equilibrio, por encima, muy por encima, del ciudadano común y corriente no solo porque es Juez sino porque mucho más arriba de sus egoísmos, y mezquindades particulares debe colocar el bienestar de la justicia y su sujeción, antes que todo, al imperio de la ley, como lo manda la Constitución Política.

"Es preciso decir, entonces, que para efectos de realizar el juicio sobre si el interés que le asiste al funcionario judicial tiene o no aptitud para alterar su imparcialidad, ha de valorarse el estricto ámbito legal que regula su función, con el objeto de establecer, si a pesar de los mandatos que regulan su gestión, el interés que profesa en el proceso, así como su motivo, tienen suficiente entidad como para llevarlo a desbordar sus obligaciones constitucionales y reglamentarias" (Resaltos propios).

⁴ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo I. 9ª ed. Editorial Dupré. Bogotá, 2007. Pág. 233-234.

⁵ Auto del 17 de marzo de 1995, Sala de Casación Civil, Expediente No. 4971

Ahora, el interés a que se refiere el numeral 1º del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, en el que se apoya el impedimento, puede ser de cualquier clase, y como bien lo advirtió la Corte Suprema de Justicia⁶ "...la Ley no distingue la clase de interés que ha de tenerse en cuenta...y no haciéndose tal distinción, el interés moral queda comprendido en la causal...". En otras palabras, la causal de impedimento alegada no sólo comprende el interés económico, sino cualquier otro motivo que lleve al funcionario a querer determinada decisión, acorde con el interés –sea *directo* o *indirecto*– que abrigue frente al proceso.

1.5. Por lo expuesto, se declarará fundado el impedimento manifestado por la doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, y en consecuencia, se pasará a proferir sentencia de segunda instancia, por los demás magistrados que conforman esta Sala.

2. Finalidad de la acción de tutela.

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, fue reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 1º establece que "**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 en 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 o de los particulares en los casos que señala este decreto**", la cual, en principio, procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

En el evento de existir esa otra herramienta de defensa, la tutela será procedente si se alega que se propone como mecanismo transitorio con el que se busca evitar un perjuicio irremediable.

⁶ Corte Suprema de Justicia, auto del 6 de junio de 1935, C.J t XII, Pág. 87.

3. Subsidiariedad de la acción de tutela.

El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de acudir a los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Por lo mismo ha de entenderse que la acción de tutela no es una herramienta judicial que pueda desplazar los mecanismos judiciales ordinarios de defensa, si ellos son idóneos y eficaces para la realización de los derechos de las personas. Lo anterior, sin perjuicio de su utilización como mecanismo transitorio, cuando se trata de evitar un perjuicio irremediable.

Lo dicho, no es más que una manifestación del principio de subsidiariedad de la tutela, que consiste precisamente en el agotamiento de los medios de protección de los derechos, denominados ordinarios, con el propósito de salvaguardar las competencias atribuidas por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales, garantizar la independencia judicial y preservar uno de los fundamentos del debido proceso como lo es la aplicación de los procedimientos debidos a cada caso concreto.

3.1. Acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El artículo 6º del Decreto 2591, por medio del cual se reglamentó la acción de tutela, en su numeral 1º, estableció como causal de improcedencia de la acción *"cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquellas 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 encuentre el solicitante"*.

La Jurisprudencia constitucional, ha precisado que la acción de tutela es improcedente en cuanto se utilice como instrumento adicional o supletorio, o cuando con ella se pretenda obtener un pronunciamiento más rápido sin el agotamiento de las instancias ordinarias de la respectiva jurisdicción, en razón a su naturaleza subsidiaria o residual.

Sobre el particular, se anotó que *"...mientras la persona que se dice amenazada o vulnerada en uno de sus derechos fundamentales disponga de otro medio de defensa judicial para lograr su protección, no es procedente la acción de tutela. Ésta sólo es viable a falta de otro mecanismo de defensa judicial y no es en manera alguna una vía judicial de la cual se pueda hacer uso paralelamente con otras acciones o recursos judiciales"*⁷.

De esta manera, la Corte Constitucional reiteró la naturaleza subsidiaria y residual de la acción, al señalar que, cuando el afectado en su derecho disponga de otro medio de defensa judicial, no es viable el mecanismo, a menos que se interponga como *mecanismo transitorio* y se demuestre la existencia del *perjuicio irremediable*.

Cuando dicha acción se ejerce como mecanismo transitorio, es necesario que el afectado en alguno de sus derechos fundamentales, acredite ante el juez de tutela que se encuentra en una situación de tal *"gravedad"*, que el amparo es *"urgente e impostergable"*, pues de no otorgarse, se producirá en forma *"inminente"* la violación del derecho.

Y se ha explicado que la tutela como mecanismo transitorio, fue prevista por el Constituyente *"...para el evento de producirse un perjuicio irremediable, en el entendido que allí la protección o amparo que se concede, si es del caso, sólo puede tener efectos de carácter temporal y transitorio, mientras se produce una decisión de fondo por parte del juez competente, cuando para la defensa y protección del derecho existe otro mecanismo judicial"*⁸.

Para determinar la existencia o no del perjuicio irremediable, es necesario tener en cuenta varios elementos, como son la *inminencia*, que exige medidas inmediatas; la *urgencia* que tiene el afectado de salir de ese perjuicio inminente, y la *gravedad* de los hechos, que hace impostergable la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.

⁷ Ver las Sentencias T-302 de 1994, T-485 de 1994, T-015 de 1995, T-142 de 1998 y T-554 de 1998.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-711 de 2004. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Por lo anterior, se tiene que no todo perjuicio puede ser considerado como irremediable, sino únicamente aquél que por ser inminente y grave requiere de la adopción de medidas urgentes e impostergables para su protección. En este sentido, ha dicho la jurisprudencia que *"...establecer cuando existe el perjuicio irremediable no es tarea fácil. En primer lugar hay que examinar si las acciones u omisiones son manifiestamente ilegítimos y contrarios a derecho, pues de otra manera no se violan ni amenazan los intereses del presunto afectado."*

4. Problema jurídico

Mediante el ejercicio de la presente acción, el señor *Jorge Giraldo Serna* busca la protección del derecho fundamental al debido proceso, que considera vulnerado por el *Fondo de Prestaciones Social del Congreso de la República (FONPRECON)*, con ocasión de la aplicación automática a su caso, de la Sentencia C-258 de 2013 proferida por la Corte Constitucional, lo que le representó la reducción de su mesada pensional, a un monto equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por su parte, el *Fondo de Prestaciones Sociales del Congreso de la República (FONPRECON)* sostiene que no desconoció el derecho fundamental del debido proceso del actor, porque la disminución de su mesada pensional obedeció al cumplimiento de una orden judicial, y en tal medida, no estaba obligada a adelantar un procedimiento administrativo previo, como lo sugiere el actor.

Así las cosas, corresponde a la Sala determinar, si para dar aplicación a la Sentencia C-258 de 2013, y por tanto, para la consecuencial reducción del monto de la mesada pensional al señor *Jorge Giraldo Serna*, el *Fondo de Prestaciones Sociales del Congreso de la República –FONPRECON-* debió adelantar un procedimiento administrativo previo, que culminara con la expedición de un acto administrativo definitivo, o si podía hacerlo de manera automática, como efectivamente lo hizo.

5. Improcedencia de la acción de tutela para impugnar actos administrativos.

5.1. El Consejo de Estado se ha ocupado de definir el concepto de acto administrativo, y la improcedencia de la acción de tutela para atacar los mismos, salvo que se acredite un perjuicio irremediable.

Así, en Sentencia del 21 de abril de 2005, expediente 06987, esta Corporación sostuvo lo siguiente:

"Según esta Corporación, el acto administrativo es definido "...la expresión de voluntad de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones administrativas, que modifique el ordenamiento jurídico, es decir, que por sí misma cree, extinga o modifique una situación jurídica..."

"El control de legalidad que se ejerce en contra de los actos administrativos, por un lado corresponde primeramente a la administración cuando el administrado hace uso de los recursos de la Vía Gubernativa, y solo procede para los actos administrativos de carácter personal e individual; y en segunda medida a la jurisdicción contenciosa administrativa, cuando el administrado inconforme con la decisión de la administración hace uso de las acciones contenciosas para controvertirlas, o cuando siendo actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, el administrado utiliza la acción de nulidad cuando observe que el acto es violatorio de normas legales.

"...De manera que la acción de tutela no puede ser utilizada para subrogar las funciones que la Constitución y la Ley imponen a las jurisdicciones y a los jueces para la resolución de las controversias, eso conllevaría a crear inseguridad en el ordenamiento jurídico, porque cualquier persona que se le haya violado o sienta amenazado un derecho fundamental constitucional, instaure para la protección inmediata de sus derechos la acción de tutela, y no el mecanismo que por ley debería utilizar."

En igual sentido, la Corte Constitucional ha considerado la regla según la cual, la acción de tutela contra actos administrativos tiene un carácter excepcional, debido a la existencia de otros medios judiciales de defensa.

En la Sentencia T-214 de 2004, se dijo al respecto:

"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 cuenten 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" (Resaltos intencionales).

5.2. Cuando se ejerce la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, debe existir una manifestación de voluntad de la administración en relación con la cual se formula la pretensión, pues de acuerdo con la doctrina, *"...desde el punto de vista procesal, la existencia previa del acto administrativo o disposición reglamentaria y las circunstancias que deben concurrir para ser susceptibles de impugnación constituyen un presupuesto procesal. Su tratamiento jurídico, por tanto, será el de los requisitos o presupuestos procesales, según el ordenamiento jurídico de que se trate..."*⁶.

Lo anterior quiere decir que, el acto administrativo es un requisito objetivo de admisibilidad de la pretensión procesal, lo que significa que la justicia no interviene antes que la voluntad de la Administración se haya exteriorizado, lo cual se hará mediante el acto administrativo.

En sentido amplio, por acto administrativo se ha entendido, aquella declaración unilateral de voluntad, proveniente de la autoridad pública en ejercicio de la función administrativa, o de los órganos de control en ejercicio de la función de control, que produce efectos jurídicos de manera definitiva, creando, modificando o extinguiendo una relación jurídica.

Para acudir a la jurisdicción, es necesario que el acto administrativo sea definitivo, que es el que contiene la decisión propiamente dicha, con lo que se busca excluir a los actos de mero trámite, que son aquellos que se expiden como parte de un procedimiento administrativo y están encaminados a adoptar una decisión, o que cumplen un requisito posterior a ella. Solamente por excepción los actos de trámite son susceptibles de impugnación judicial, en los casos que impidan totalmente la tramitación de un reclamo o la continuación del procedimiento.

⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO HISPANOAMERICANO. Editorial Temis. 1985, Pág. 167

De esta forma, el requisito del acto definitivo queda cumplido con la presencia de un pronunciamiento formal, expreso y claro de la Administración, cuyo contenido es ilegítimo o denegatorio o lesivo según la pretensión del particular; o con la configuración del silencio administrativo, ante la ausencia de respuesta de la Administración en relación con la petición formulada por el administrado.

5.3. En el caso sub examine, se observa que a través del Oficio No. 20132100065311 del 15 de julio de 2013, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República FONPRECON le informó al señor Jorge Giraldo Serna, que daría cumplimiento a la Sentencia C-258 de 2013, que determinó que las mesadas pensionales reconocidas de conformidad con el régimen especial de pensiones de Senadores y Representantes a la Cámara, previsto en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, a partir del 1º de julio de 2013, debían ser ajustadas al tope de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En sentir de la Sala, no se está en presencia de un acto administrativo de ejecución, propio del cumplimiento de una orden judicial con efectos *inter partes*, sino frente a una decisión ejecutoria de la administración, que en ejercicio, precisamente, de la función administrativa busca concretar el mandato general contenido en la "norma" plasmada en la sentencia de constitucionalidad que se trata. Recuérdese, que cuando el Tribunal Constitucional "...declara nula una ley por considerarla inconstitucional...su función es exactamente la de un legislador negativo...", lo que quiere significar que, "...tales sentencias tienen los mismos efectos erga omnes que las leyes y cualesquiera normas..."¹⁰.

De la misma manera, Hans Kelsen, explica que "...la anulación de una ley es una función legislativa o, por decirlo así, un acto de legislación negativa. Un tribunal facultado para anular leyes –en forma individual o de manera general– funciona como legislador en sentido negativo..."¹¹.

¹⁰ IGNACIO DE OTTO. Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes. Editorial Ariel S.A., 4ª reimpresión. Barcelona, julio 1995. Págs. 285 – 287.

¹¹ HANS KELSEN. Teoría General del Derecho y del Estado. Universidad Nacional Autónoma de México. 5ª reimpresión 1995. Pág. 317 – 318.

En este orden de ideas, de manera semejante a lo que ocurre con la ley, es indispensable un acto subjetivo que desarrolle su mandato y, por lo mismo, será este la "causa" del daño que reclama el actor, habida cuenta que las reglas contenidas en la sentencia tienen la misma vocación de generalidad.

Por lo anterior, se reitera, el acto administrativo contenido en el Oficio No. 20132100065311 del 15 de julio de 2013, del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República FONPRECON, es un acto administrativo que modifica y extingue una situación particular y concreta del pensionado accionante, y por tanto, susceptible de control judicial.

6. El caso concreto.

6.1. El señor Jorge Giraldo Serna pretende que se deje sin efectos el Oficio No. 20132100065311 del 15 de julio de 2013, a través del cual, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON) le informó que ajustaría su mesada pensional al tope de los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en aplicación de la Sentencia C – 258 de 2013 (folio 13).

6.2. El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON) considera que no es posible solicitar la inaplicación de una sentencia de constitucionalidad, que ordenó el ajuste automático de las pensiones al tope máximo de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, porque según los artículos 45 y 48 de la Ley 270 de 1996, las mismas, además de carecer de recursos, tienen efectos *erga omnes* y son de obligatorio cumplimiento.

6.3. El actor señaló que el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON) desconoció las normas de carácter constitucional que obligan a que en toda actuación administrativa y judicial se garantice el derecho fundamental al debido proceso de las partes, pues antes de realizar el reajuste automático, no le permitió pronunciarse al respecto.

6.4. En el caso propuesto, mediante el Oficio No. 20132100065311 del 15 de julio de 2013, el Fondo de Prestaciones Sociales del Congreso de la República (FONPRECON) le informó al actor que en aplicación de la Sentencia C-258 de 2013, ajustaría su mesada pensional al tope de los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a partir del mes de julio de 2013.

6.5. Tal como se ha precisado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, la acción de tutela no es el mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales cuando estos son presuntamente vulnerados con la expedición de un acto administrativo. Esto es así, puesto que el mecanismo idóneo para la protección de tales derechos es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que contempla el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –en adelante CPACA-¹².

Este medio le otorga al demandante, además, la facultad de pedir que se decrete una de las múltiples medidas cautelares contenidas en el artículo 230 del CPACA¹³, para amparar provisionalmente sus derechos, entre estas la suspensión provisional de los efectos del acto.

Esta postura fue expuesta en reciente providencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, en la que se cuestionó en sede de tutela la sanción de destitución impuesta por la Procuraduría General de la Nación al Alcalde del Distrito de Bogotá, Gustavo Petro:

¹² "Artículo 138. *Nulidad y restablecimiento del derecho.* Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

"Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel".

¹³ "Artículo 230. *Contenido y alcance de las medidas cautelares.* Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

"1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

"2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. [...]

"3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

"4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

"5. Imponer órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer. [...]"

"[...] Se destaca especialmente el requisito 4, literal a), del art. 231, que introdujo el concepto de 'perjuicio irremediable', también contemplado para la acción de tutela como mecanismo transitorio. Tratándose de las medidas cautelares en los procesos contenciosos administrativos se debe poner de relieve que el legislador dotó a la justicia administrativa de mecanismos de protección convencionales, mejor adecuados para garantizar los derechos de todo orden.

"Desde este punto de vista, la decisión de la Procuraduría General de la Nación, por medio de la cual impuso la sanción disciplinaria al actor, no solo es susceptible de control a través del proceso de nulidad en los términos del numeral 1º del inciso cuarto del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, o de nulidad y restablecimiento del derecho según las reglas del artículo 138 ibídem, e igualmente puede impetrar la medida cautelar, si llegara a cumplir con los presupuestos de ley.

"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 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 informe de ponencia para segundo debate -Cámara-, en la Gaceta No. 951 del 23 de noviembre de 2010, se explicó mejor la filosofía que se viene comentando, lo que confirma la lectura que proponemos, es decir, que con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo nació una nueva relación entre acción de tutela y los medios de control judicial ordinarios que se ejercen ante la justicia administrativa. El resultado es que la intervención positiva sobre las medidas cautelares debe desplazar a la acción de tutela cada vez más -pero en un sentido de lo correcto, a la luz del art. 86-, pues al interior de las acciones ordinarias se puede resolver la problemática de la protección efectiva y pronta de los derechos fundamentales¹⁴.

La regla precedente, sin embargo, cede en aquellos supuestos en que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no sea idóneo ni eficaz y siempre que se esté en presencia de un perjuicio irremediable. Tal como se señaló previamente, la idoneidad y eficacia del medio de defensa se definen en función del caso concreto, atendiendo a las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

6.6. De acuerdo con lo expuesto en acápites anteriores, considera la Sala que para cuestionar la legalidad de la decisión contenida en el oficio mencionado, le corresponde al actor acudir a los medios ordinarios de defensa judicial con que cuenta (el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho), ya que es competencia del juez contencioso

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de marzo 5 de 2014. Radicación: 2560-J-23-42-000-2013-06871-01. C.P. Alfonso Vargas Rincón.

administrativo, luego de un amplio debate, determinar: *i)* si para la disminución de la pensión del señor Jorge Giraldo Serna, se debió surtir un procedimiento previo; y *ii)* si su pensión se encontraba regulada por las normas cuya exequibilidad se pronunció la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-258 de 2013.

En otras palabras, corresponde al actor, a través de un proceso judicial, ante el juez natural, desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que le ocasiona el perjuicio que invoca por la vía de la presente acción constitucional.

7. Por las anteriores razones, al no cumplir la acción de tutela con el requisito de la subsidiariedad, la Sala revocará la decisión impugnada y, en su lugar, se negaran las pretensiones de la presente acción de tutela por los argumentos expuestos en ésta providencia.

En mérito de lo expuesto, la **Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. **DECLARAR** fundado el impedimento manifestado por la magistrada CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ, por las razones explicadas en la parte considerativa de esta providencia. En consecuencia, se le separa del conocimiento de la acción de tutela de la referencia.

2. **REVÓCASE** la sentencia impugnada, proferida el 8 de mayo de 2014, por el CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A", por las razones expuestas en la motivación precedente.

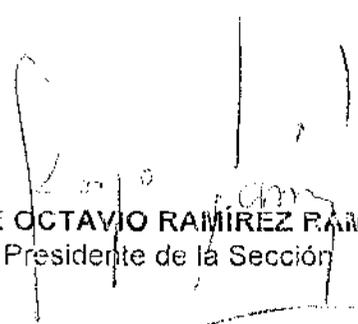
3. En consecuencia, **DENIÉGASE** la tutela presentada por el SEÑOR JORGE GIRALDO SERNA, contra la CORTE CONSTITUCIONAL y el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA – FONPRECON, por las razones expuestas.

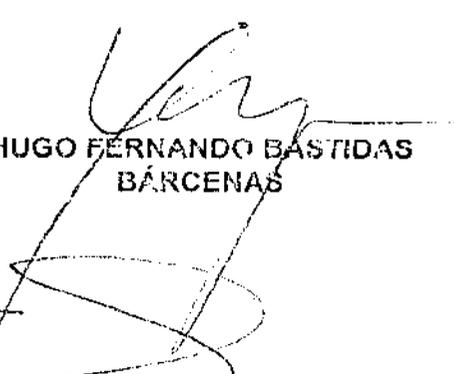
4. **NOTIFÍQUESE** la presente decisión a los interesados, por telegrama o por cualquier otro medio expedito.

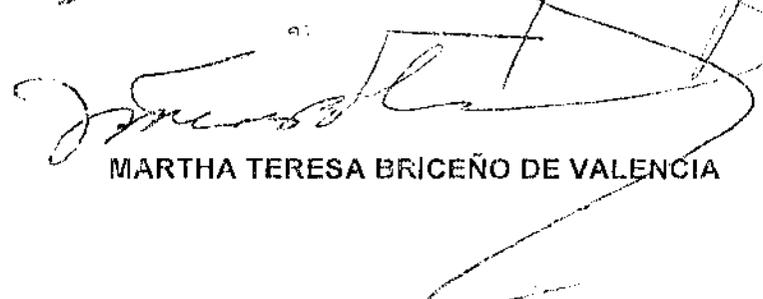
5. **ENVÍESE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.


JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Presidente de la Sección


HUGO FERNANDO BASTIDAS
BÁRCENAS


MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA