

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado ponente

STP13840-2019

Radicación n° 106891

Acta 258

Bogotá, D.C., tres (3) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Asunto

Decide la Sala la impugnación presentada por el accionante H. L. L. V., frente al fallo proferido el 26 de agosto de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, mediante el cual declaró improcedente la demanda de tutela interpuesta para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, vida digna, «alimentos, salud y educación de los niños», presuntamente vulnerados por la Contraloría General de la República. Al trámite al que fueron vinculados la Gerente Departamental Cauca y el Gerente de Talento Humano, ambos pertenecientes a la entidad accionada.

Hechos y fundamentos de la acción

Los sucesos que motivaron la solicitud de amparo constitucional y las pretensiones del interesado fueron reseñados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, de la forma como sigue:

Indicó el actor que ejerció el cargo de Gerente Departamental del Cauca de la Contraloría

hasta el día 7 de junio del corriente año, fecha en que fue notificado de su retiro efectuado “mediante la figura de la insubsistencia”, en virtud de lo cual se dispuso realizar los trámites pertinentes para entregar el cargo y obtener el respectivo paz y salvo para reclamar los “emolumentos a título de liquidación”, por los cuatro años que prestó sus servicios en dicha Entidad, sin embargo, pese a que entregó el 95% de los requisitos a la fecha de su retiro y el 5% restante lo hizo “en la semana pasada”, la Contraloría en mención no le ha cancelado los emolumentos respectivos, debido a que no ha podido obtener el paz y salvo que se le exige para dicho efecto.

Afirmó que con dicho actuar, ante la retención no justificada de sus emolumentos, ya que no existe norma alguna que permita proceder en tal sentido, se le está causando un grave perjuicio, ya que su familia, en especial, sus hijos menores de edad, están afectados “negándoles el acceso al mínimo móvil y vital”, por lo que solicitó se “exhorte” a la Contraloría General de la República Nivel Central que se le cancelen de manera inmediata “los emolumentos adeudados (liquidación y pago de cesantías)”, para poder subsistir, ya que actualmente no tiene empleo y depende económicamente del pago de dicha liquidación.

Precisó que su hija de 9 años de edad sufrió hipoxia al nacimiento “lo cual degeneró en una hipotonicidad”, enfermedad que requiere de terapias neurales y motrices las cuales son costosas; su hijo de 5 años de edad, desde su nacimiento, padece de alergias, que en su mayoría no son tratadas por la EPS, sino por un médico particular, además, las citas y medicamentos son de alto costo, puntualizando que sus descendientes tienen derecho a continuar acorte a su educación y alimentación adecuada.

Anexó a la demanda de tutela fotocopia, la historia clínica de su hija, los informes rendidos relacionados con el cargo que ocupó y las solicitudes levadas a efectos de cumplir con tal labor y obtener el respectivo paz y salvo.

Fallo recurrido

La Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, en providencia de 27 de agosto de 2019, declaró improcedente el amparo invocado, tras considerar que el demandante no satisfizo los presupuestos de la subsidiariedad, en tanto puede acudir a la «jurisdicción ordinaria laboral» a reclamar el pago de sus prestaciones sociales adeudadas por la Contraloría General de la República. Añadió que el actor debe efectuar varias actividades a efectos de obtener el pago de las mismas, pues «el aplicativo SIGEDOC (depuración de correspondencia), reporta pendientes por finalizar (170 radicados pendientes y 9 carpetas por cerrar)».

Acotó que el interesado no demostró el perjuicio irremediable, pues, según el «Formulario Único de Declaración Juramentada de Bienes y Renta» de 12 de junio de 2019, cuenta con solvencia económica, dado que tiene \$42.000.000 en una cuenta de ahorros del Banco Popular y un apartamento avaluado en \$125.000.000. Agregó que el actor es abogado, con especialización en derecho administrativo, lo cual le permite tener «una opción laboral».

Finalmente, el A quo constitucional adujo que la situación de su hija no está actualizada, por cuanto las órdenes médicas aportadas datan de 2010. En relación con la salud de su hijo de 5 años, esgrimió que «no se aportó ningún (sic) elemento tendiente a demostrar dicha circunstancias».

Impugnación

Fue presentada por el accionante, quien expresó que la «declaración de renta» es del año inmediatamente anterior. Por tanto, esgrimió que carece de fundamento ese aspecto del fallo recurrido. Con ello, manifestó que no posee el monto de dinero reportado en la aludida cuenta de ahorros del Banco Popular y que el citado predio ostenta un gravamen hipotecario que asciende a \$30.000.000, lo que impide su venta para procurar por el sostenimiento de sus hijos. Anexó certificación de aquella institución financiera, donde consta que el saldo en

el referido producto es «0.00».

También explicó que duró como empleado público durante 4 años, lo cual no puede «de la noche a la mañana» conseguir las entradas económicas que como factor salarial le pagada la entidad demandada, pues no tiene procesos litigiosos por todo el tiempo que permaneció como dependiente, máxime cuando en la ciudad de Popayán «se maneja una economía del día a día».

En cuanto a la salud de sus menores hijos, enfatizó que padecen condiciones especiales de salud, las cuales deben ser atendidas urgentemente, en aras de evitar un daño irreparable. Aportó copia de la historia clínica de la niña XXX, relativa a las anualidades 2009, 2010, 2013, 2014 y 2015.

De otro lado, sostuvo que finalizó todas las actividades que tenía pendientes. Por ende, estima que tiene derecho al pago de los emolumentos que la Contraloría General de la República le adeuda. Anexó copia del aplicativo de la entidad demandada, donde, según él, cumplió su carga laboral.

Consideraciones

Conforme lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente la Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, contra la sentencia de tutela adoptada en primera instancia por el Tribunal Superior de Popayán, cuyo superior funcional lo es esta Corporación.

En este caso, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar si el A quo constitucional acertó al declarar improcedente el amparo invocado por H. L. L. V., pues dispuso que no satisfizo el presupuesto de la subsidiariedad, en tanto puede acudir a la «jurisdicción ordinaria laboral» para reclamar las prestaciones sociales que le adeuda la Contraloría General de la República como ex empleado de dicha entidad y debe cumplir las

actividades que tiene pendiente con el objeto de recibir dicho pago, aunado a que no demostró un perjuicio irremediable.

Esta Sala de Decisión de Tutelas ha sido reiterativa en señalar que, con ocasión del requisito de la subsidiariedad de la acción de amparo, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser, en principio, definidos por las vías ordinarias y extraordinarias -administrativas o jurisdiccionales- y sólo ante la ausencia de dichos senderos o cuando ellos no son idóneos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la demanda de amparo (CSJ STP6150-2018, 10 May. 2018, radicado 98097, reiterado en CSJ STP7186-2018, 31 May. 2018, radicado 98465).

En efecto, el carácter residual de este diligenciamiento impone al interesado desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los recursos de defensa ofrecidos por el ordenamiento jurídico, en aras de obtener la protección de sus garantías fundamentales (CC T-480-2011).

Así las cosas, el reclamo del demandante resulta improcedente, pues es notoria la falta de subsidiariedad del presente trámite, si se tiene en cuenta que la queja planteada puede ventilarse a través del medio de control de la simple nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, con la posibilidad de solicitar medidas cautelares contra el oficio 2019EE0097672 de 12 de agosto de 2019¹, con base en lo previsto en los artículos 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011², y que en virtud del canon 233 ejusdem pueden resolverse, incluso, desde la admisión de la demanda, de acuerdo con el numeral 2º, literal d), del precepto 164 ibídem.

Recuérdese que en los procesos declarativos que se adelantan en la mencionada jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte, debidamente sustentada, el Juez o Magistrado podrá decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para

proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, siendo, una de ellas, la suspensión provisional del acto administrativo cuestionado, conforme lo establecido en los numerales 1º y 3º del artículo 230 del referido estatuto adjetivo, petición que debe ser resuelta dentro del término máximo de quince (15) días, tal y como lo preceptúa el artículo 233 de la misma obra.

Sin embargo, el CPACA fue aún más allá y consagró las llamadas medidas cautelares de urgencia, previendo para ellas un trámite expedito y muy ágil, en los términos del precepto 234:

Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decrete.

Entonces, existen en el ordenamiento jurídico, en el ámbito contencioso administrativo, instrumentos de defensa judicial eficaces, expeditos e idóneos para resolver la controversia planteada y obtener lo que por vía de amparo constitucional se pretende, específicamente a través del medio de control de la simple nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, instancia donde, además, se itera, se cuenta con la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares urgentes o preventivas, en un término menor, incluso, que el dispuesto en la [Constitución Política](#) para la definición de las solicitudes de amparo.

Por intermedio de aquella herramienta, que se ofrece adecuada (CC SU-355-2015), puede H. L. L. V. esgrimir las argumentaciones que a su elección intenta plantear por este sendero y propiciar un pronunciamiento, sin que sea procedente que se proponga al interior de este trámite constitucional, en aras de que se revoque el oficio 2019EE0097672 de 12 de agosto

de 2019, emitido por la Contraloría General de la República, con el objeto que le paguen «los emolumentos laborales por terminación de la relación laboral».

En cuanto al perjuicio irremediable, la Sala comparte el criterio adoptado por el A quo constitucional, consistente en que el actor posee solvencia económica, pues tiene \$42.000.000 en una cuenta de ahorros del Banco Popular y un apartamento avaluado en \$125.000.000, el cual supera el gravamen hipotecario que asciende a \$30.000.000. Ello, según el «Formulario Único de Declaración Juramentada de Bienes y Renta» diligenciado por el interesado el 12 de junio de 2019, es decir, luego de ser declarado insubsistente en la entidad que prestaba sus servicios.

Sobre este tópico, resulta válido precisar que dicho documento debe ser diligenciado con la finalidad de establecer los ingresos, egresos y obligaciones adquiridas por los servidores públicos antes, durante o al retirarse del ejercicio de la función pública, en aras de cumplir con la transparencia, legalidad y honestidad que exige o demanda tal labor (artículo 122 Superior, precepto 36 de la Ley 489 de 1998 y canon 18 de la Ley 190 de 1995).

Por tanto, no es de recibo que la información plasmada en ese instrumento sea del año inmediatamente anterior, como lo alega el recurrente, pues ello contraría la finalidad de ese deber constitucional.

Igualmente, se comparte la postura del Tribunal en cuanto a que el demandante es abogado, con especialización en derecho administrativo, lo cual le permite tener «una opción laboral». Es decir, con temas afines a su perfil, sin que necesariamente sea el litigio o actividades relacionadas con el «día a día» de la economía de la ciudad de Popayán.

Frente a la situación de la menor XXX, también se considera que no está actualizada, pues las órdenes médicas aportadas en el libelo introductorio datan de 2010. A la par, con la salud del niño YYY se advierte que no se aportó algún elemento tendiente a demostrar su patología de alergias.

En lo referente con los elementos de juicio aportados por el recurrente en la impugnación, relativos a que no tiene dinero en la cuenta de ahorros del Banco Popular, la historia clínica de su hija durante los años 2009, 2010, 2013, 2014 y 2015, así como copia del aplicativo de la entidad demandada, donde, según él, aparece que cumplió su carga laboral, se debe precisar que tales documentos originan hechos novedosos. Ello, por cuanto no pudieron ser controvertidos en el trámite surtido ante el Tribunal, circunstancia que impide su estudio en esta alzada, pues, de lo contrario, sería pretermittir la primera instancia y violar el debido proceso de los sujetos intervinientes en esta actuación.

En efecto, así lo ha sostenido esta Corporación:

(...) es cierto que en sede de tutela, está establecida la facultad – deber del fallador de sentenciar extra y ultra petita cuando, en el trámite ante él ventilado, se advierta la necesidad de reparar o evitar la trasgresión o amenaza de los bienes jurídicos superiores (...) también lo es que lo anterior no puede convertirse en patente de corso cuando de hechos nuevos se trata, comoquiera que ésta tampoco es extraña a las reglas del debido proceso, entre las cuales se destaca el derecho de los convocados a la defensa (CSJ, STC 15 mar. 2011, rad. 00003-01, reiterada en STC1214-2014, más recientemente en STC13019-2015, 24 sep., rad. 00344-01 y en STC15024-2015).

Por lo anterior, como no es viable examinar nada que difiera de lo exhibido en el libelo introductorio y en los respectivos informes rendidos por las entidades accionadas y vinculadas, la censura resulta irrelevante.

En consecuencia, se confirmará el amparo solicitado, máxime cuando no está demostrada la presencia de algún perjuicio irremediable, conforme a sus características de inminencia, urgencia, gravedad y necesidad (CC T-225-1993, reiterados en CC T SU-617-2013 y CC T-030-2015), que permita la intromisión del juez constitucional en este evento, tal y como lo sostuvo el Tribunal A quo.

Finalmente, se ordenará a la Relatoría de Tutelas de la Corporación la anonimización de los nombres de los menores involucrados en este asunto, en aras de evitar la posible afectación a sus derechos fundamentales, dato que no impide el entendimiento de la decisión, no dificulta su eventual ejecución y tampoco lesiona las garantías de las demás partes e intervinientes en este procedimiento, conforme lo establecido en la Circular nº 004 de 2016, proferida por el Presidente de la Sala de Casación Penal.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas Nº 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero: Confirmar el fallo impugnado.

Segundo: Ordenar a la Relatoría de Tutelas de la Corporación la anonimización de los nombres de los menores involucrados en este asunto.

Tercero: Remitir el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, una vez ejecutoriada esta decisión.

Notifíquese y cúmplase,

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Por intermedio de tal decisión fueron interrumpidos los términos de la solicitud elevada por el actor, a efectos que la entidad accionada le pague las prestaciones sociales adeudadas, en tanto tiene actividades pendientes por ejecutar en tal institución: 170 radicados y 9 carpetas por cerrar. Si no realiza tales labores, no recibe pago, según Resolución Reglamentaria 184 de 2012, expedida por el Contralor General de la República.

2 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).