

ACCION DE TUTELA – Carga de la prueba / CARGA DE LA PRUEBA – Acción de tutela

De acuerdo a la Corte Constitucional, el principio de la carga de la prueba en materia de la acción de tutela implica, que aquel que instaura este mecanismo de defensa judicial por estimar vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales, tiene la carga procesal de probar sus afirmaciones, sin perjuicio que la misma se invierta cuando existe un estado de indefensión o la imposibilidad fáctica o jurídica que probar los hechos que se alegan.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la carga de la prueba: Corte Constitucional, sentencia T-131 de 2007, MP. Humberto Antonio Sierra Porto

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – No pueden someterse a debate aspectos que debe decidir el juez ordinario / ACCION POPULAR – Comunicación a la comunidad / COADYUVANCIA EN ACCION POPULAR – Debe decidirlo el juez popular y no el de tutela

Debe la Sala señalar, que acogiendo la tesis reiterada por la jurisprudencia, la acción de tutela no puede constituirse en un mecanismo a través del cual se someten a debate aspectos que debe decidir el juez ordinario y no el juez constitucional. En primer lugar la Sala anota que revisado el expediente, se tiene que el Juzgado Doce Administrativo del Circuito Judicial de Cali, fijó el Aviso en la Secretaria del Juzgado en el cual se informaba de la admisión de la acción popular y de igual forma, se corrobora que efectivamente la orden del Juez se cumplió leyéndose el Aviso en la emisora radial LUNA DE PALMIRA. De esta forma se puso en conocimiento de TODOS LOS HABITANTES DEL MUNICIPIO, entre los que se encuentra la accionante, de la existencia de la acción popular que cursaba en contra del municipio de Palmira, en procura de la protección de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público. Además de lo anterior, tal como lo manifestó el Juez Doce Administrativo de Cali los terceros interesados estuvieron enterados del inicio del proceso de la acción popular, lo que les dio la oportunidad a algunos jubilados del municipio de Palmira, de solicitar que se les tuvieran como coadyuvantes, con fundamento en el artículo 24 de la Ley 472 de 1998 y 52 del C.P.C. y porque consideraban que los efectos jurídicos de la sentencia les serían eventualmente extensivos. Así, a los jubilados que pidieron se les tuvieran como coadyuvantes, se les reconoció dicha calidad mediante el auto de 10 de junio de 2010. De otra parte también se observa por la Sala que no obra en el expediente solicitud alguna de la hoy actora en tutela, para que se le tenga como interesado en el trámite de la acción popular, con el fin de llegar al proceso para ejercitar todas y cada una de las prerrogativas que la Ley y la Constitución contempla para las partes. Dada la

insistencia de la actora en participar en el proceso constitucional como interesado, esta Sala pone de presente que dicha solicitud debe hacerse ante el Juez competente, es decir, el Juez Doce Administrativo del Circuito de Cali quien tramita el proceso de acción popular No. 2009-114, haciendo uso de los mecanismos ordinarios que aún proceden, por cuanto en el proceso no se ha dictado sentencia y se encuentra pendiente de resolver recursos de reposición contra el auto de decretó la medida provisional. Por lo expuesto, no le asiste la razón a la actora al estimar vulnerado su derecho al debido proceso y de defensa de sus derechos individuales, por cuanto se corrobora que cuenta, para satisfacer sus pretensiones, con la posibilidad de participar a través de los mecanismos legales preestablecidos en el trámite del proceso de la acción popular.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 24 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 52.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve

Bogotá D.C., trece (13) de septiembre de dos mil diez (2010).

Radicación número: 76001-23-31-000-2010-00723-01(AC)

Actor: MARIELA CUERVO DE DIAZ

Demandado: JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CALI

Se decide la impugnación presentada contra el fallo del 25 de junio de 2010, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio del cual se rechazó por improcedente el amparo solicitado por la señora Mariela Cuervo de Diaz.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

La señora Mariela Cuervo de Diaz, actuando en nombre propio en ejercicio de la acción de tutela, solicitó que se protegieran sus derechos fundamentales al debido proceso, de petición e indirectamente su derecho a la vida y a la subsistencia digna, que estimó lesionados por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cali al proferir el auto interlocutorio de 26 de abril de 2010, dentro de la acción popular con radicación No. 2009-114.

2. Las Pretensiones.

La actora solicitó la protección de los derechos fundamentales que considera fueron vulnerados por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cali, al haber accedido a la medida provisional solicitada dentro de la acción popular con radicación No. 2009-114, por tanto pide se deje sin efecto la medida cautelar contenida en el auto de 26 de abril de 2010 y se ordene al Alcalde del Municipio de Palmira, Valle del Cauca, adelantar todas las acciones administrativas tendientes a continuar garantizando sus derechos pensionales.

3. Hechos y consideraciones.

Con el fin de tener una mejor comprensión sobre los hechos que dieron origen a la presente acción, estima la Sala pertinente tener en cuenta los siguientes aspectos, antes de exponer los antecedentes del proceso, el

contenido de la sentencia de primera instancia y la impugnación objeto de estudio:

Indicó la actora que percibe la pensión de jubilación otorgada por el Municipio de Palmira, Valle del Cauca, por haber trabajado por más de 20 años al servicio del Estado.

Señaló que el Instituto de Seguros Sociales, previa verificación de los requisitos le reconoció pensión de vejez, la cual igualmente ha venido percibiendo hasta la fecha.

Manifestó la señora Mariela Cuervo de Diaz que la Administración Municipal de Palmira desde hace un tiempo ha cuestionado que en su condición de pensionada perciba las dos mesadas a la vez, siendo así que actualmente existe una actuación administrativa donde se ordena descontar parte de la mesada que cancela la municipalidad hasta el valor que cancela el I.S.S., buscando así aplicar lo concerniente al compartimiento pensional.

En virtud de la decisión anterior, la accionante interpuso recurso de reposición señalando que en el caso en particular no es viable implementar ningún compartimiento, toda vez que la pensión de jubilación y la de vejez son compatibles. Aclaró que ese recurso aún no ha sido definido en la vía gubernativa.

Por otra parte, afirmó la actora que tiene conocimiento que en el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cali desde hace más de 2 años se ha venido tramitando otra acción popular, radicada con el No. 760001-33-31-02-2008-0076-00, instaurada por el señor Ernesto Zambrano Erazo contra el Municipio de Palmira, en la cual se cuestionan unas pensiones de jubilación

otorgadas por el Municipio de Palmira, sin que hasta la fecha se haya tomado decisión de fondo.

No obstante lo anterior, en el mismo Juzgado se presentó y admitió una segunda acción popular, radicada con el No. 2009-114, presentada por el señor Ricardo Antonio Téllez Bautista, en la cual pretende el amparo del derecho colectivo a la moralidad pública cuestionando igualmente el otorgamiento de unas pensiones por el Municipio de Palmira.

Resaltó la actora que el Juzgado Doce Administrativo de Cali dentro del segundo proceso de acción popular inicialmente no había accedido a la medida cautelar solicitada, pero pasado más de un año el mismo despacho mediante auto del 26 de abril de 2010 concedió dicha medida afectando con ésta decisión a algunos de los pensionados del Municipio de Palmira; por lo expuesto la accionante consideró que el oficio sin número de 25 de marzo de 2010, mediante el cual se ordenó al Alcalde Municipal de Palmira hacer efectiva la medida cautelar concedida un mes después, transgrede el debido proceso y la obligatoriedad de que la notificación de la demanda sea concomitante con la medida cautelar.

Señaló la señora Mariela Cuervo de Diaz que la medida cautelar que ordena al Alcalde Municipal de Palmira dar inmediata aplicación a la compartibilidad pensional, descontando de esa manera el valor de la pensión de vejez a la pensión de jubilación, ocasionó un desconocimiento de sus derechos adquiridos y generó adicionalmente una disminución intempestiva de sus ingresos lo cual no le permite atender todas las necesidades propias y de su familia.

Afirmó que la medida dictada por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito

de Cali, mediante auto del 26 de abril de 2010 fue tomada sin darle la oportunidad de ejercer el derecho de defensa, máxime cuando era conocido que las decisiones tomadas dentro del proceso podrían afectar derechos particulares, actuando el despacho judicial sin integrar desde el comienzo el litisconsorcio necesario.

Manifestó la actora que a la fecha ya se hizo parte dentro del proceso de acción popular como tercero interviniente, y en tal carácter interpuso el recurso de reposición y en subsidio de apelación, el 7 de mayo del presente año, sin haber sido resuelto hasta ahora ni siquiera el primero de ellos.

Igualmente señaló que cuando tuvo conocimiento extraoficial de la medida cautelar dictada presentó un derecho de petición ante el Juzgado accionado para que se abstuviera de aplicar la medida por estar cometiéndose una injusticia y por involucrar a pensionados a los cuales no se les podía aplicar la figura de la compartibilidad. Indica la actora que hasta la fecha dicha petición no ha sido contestada adecuadamente.

Afirmó finalmente, que los apoderados de quienes se han vinculado al proceso de acción popular referido, han solicitado medidas tendientes a hacer nugatoria la decisión tomada por el juzgado, tales como nulidades y agotamientos de jurisdicción, entre otros, pero de igual forma el despacho que asumió el conocimiento no se ha pronunciado al respecto.

4. La Contestación de la demanda.

La **Jueza Doce Administrativa del Circuito Judicial de Cali** en escrito visible a folios 52 al 60 manifestó lo siguiente:

Consideró la titular del Juzgado accionado que la solicitud realizada por la actora en la cual pretende que se deje sin efecto el auto del 26 de abril de 2010, proferido por ese Despacho Judicial, debe rechazarse por improcedente porque no cumple con las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela, pues no se han agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial que caben en el proceso de acción popular que se está cursando, por cuanto no se han resuelto los recursos formulados contra la medida cautelar dictada, es decir, dicha decisión no se encuentra en firme aún.

Afirmó también que desde el 7 de mayo del presente año se han venido presentando derechos de petición por parte de pensionados del Municipio de Palmira, incluida entre ellos la actora, en los cuales se solicita la cancelación de la medida cautelar proferida en el proceso de acción popular adelantado por ese Despacho. Manifiesta que esas peticiones no han sido resueltas toda vez que estas se encaminan a la adopción de una decisión judicial que tiene un trámite establecido legalmente.

Igualmente señaló que no quedó demostrado dentro del trámite de la tutela que la medida cautelar tomada por ese juzgado este causando un perjuicio irremediable a la actora.

El señor **Ricardo Téllez Bautista** vinculado al presente proceso mediante auto del 2 de agosto de 2010, como tercero interesado por ser el accionante en el proceso No. 2009-114 adelantado ante el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cali, se pronunció en los siguientes términos (folios 222 al 261):

Manifestó que radicó una Acción Popular para solicitar la protección de los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público por parte de servidores y ex servidores públicos del Municipio de Palmira, lo anterior con el fin de que mediante sentencia se le ordenara al Alcalde Municipal de Palmira expedir los actos administrativos que permitan aplicar la compartibilidad pensional a los pensionados que se encuentran en esa situación.

Finalmente, solicita que se rechace el amparo pedido por la actora, aduciendo que la tutela contra providencias no es procedente, teniendo en cuenta diferentes providencias del Consejo de Estado en las cuales se ha llegado a esa conclusión, lo anterior con el fin de poder continuar con el trámite de la acción popular que se adelanta ante el Juzgado Doce Administrativo de Cali bajo la radicación No. 76001-33-31-012-2009-00114-00 y se instruya a la operadora jurídica que conoce de dicho proceso para que no demore injustificadamente las decisiones que correspondan y que cumpla los términos del procedimiento conforme a lo dispuesto legalmente.

Por su parte, el Doctor **Fernando Mauricio Rojas Figueroa, representante judicial del Municipio de Palmira**, Valle del Cauca, actuando como tercero interviniente, vinculado al proceso mediante auto de 2 de agosto de 2010 (fls. 207 al 208), en escrito visible a folios 264 al 267 manifestó lo siguiente:

La presente acción debe rechazarse por improcedente teniendo en cuenta que la accionante ya ejerció los mecanismos ordinarios de defensa que le otorga la ley dentro de la acción popular tramitada ante el juzgado, pese a que los mismos no han sido resueltos.

Afirmó igualmente el apoderado que si bien es cierto la actora estuvo recibiendo las dos pensiones simultáneamente, dicha situación debe cesar puesto que la pensión de jubilación otorgada por el Municipio es compartible con la pensión de vejez reconocida por el I.S.S., razón por la cual el Municipio expidió la resolución ordenando la compartibilidad de dichas pensiones.

Señaló que contra dicha resolución la accionante interpuso recurso de reposición y que no es cierto como dice la actora que dicha decisión no se haya definido en la vía gubernativa, ya que si bien la administración no profirió acto administrativo en el cual se resolviera dicho recurso por esperar a que el Juzgado que conoce la acción popular decida de fondo, debe darse aplicación a lo preceptuado en el artículo 60 del C.C.A., aduciendo que lo anterior no impide que la señora Cuervo de Diaz acuda ante la Jurisdicción Contenciosa buscando la nulidad de dicho acto administrativo.

Por otra parte, consideró el apoderado del municipio que con la medida cautelar tomada dentro del proceso de la Acción Popular no se están vulnerando los derechos fundamentales invocados por la accionante, toda vez que el trámite surtido por el juzgado demandado se ha llevado siguiendo el proceso establecido.

5. La Providencia Impugnada.

Mediante sentencia del 25 de junio 2010, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca rechazó por improcedente la solicitud de tutela (fls. 183 al 189) por cuanto la actora contó con otros mecanismos judiciales para controvertir la providencia cuestionada en la presente solicitud de tutela, con base en las siguientes razones:

Previo estudio de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, estableció el Tribunal que la solicitud de amparo realizada por la actora no reúne los requisitos formales de procedibilidad de la tutela, toda vez que cuenta con otro medio de defensa judicial.

Adicionalmente, señaló que la compartibilidad de la pensión de la accionante está sujeta a la controversia administrativa que se está surtiendo en la Administración Municipal de Palmira con el recurso de reposición que interpuso la actora contra la Resolución No. 1100-002-003-1533 del 6 de agosto de 2009, que ordeno la compartibilidad de la pensión de sustitución (sic), y que hasta el momento no ha sido resuelta, por lo que cualquier decisión que surja de esa actuación, la actora podrá acudir si así lo considera, a debatirla ante la autoridad judicial competente.

Por lo anterior, consideró el a quo que lo pretendido por la accionante no es algo diferente a sustituir las vías procesales establecidas por el legislador para tramitar las inconformidades que surgen dentro de una actuación judicial por los interesados, por lo que no se puede pretender convertir el amparo en un recurso extraordinario dentro de un trámite judicial.

Finalmente, decide el Tribunal en cuanto al derecho de petición presentado por la accionante ante el Juzgado accionado que no tutelaré este derecho, por cuanto resulta improcedente frente a las funciones jurisdiccionales.

6. La impugnación.

La señora Mariela Cuervo de Diaz, en escrito visible a folios 193 al 198, impugnó la decisión de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la solicitud de tutela.

Señaló la impugnante que el Juez de primera instancia no fue lo suficientemente acucioso para atender el requerimiento realizado, existiendo argumentos suficientes que demuestran la real y efectiva vulneración de los derechos fundamentales invocados.

Manifestó también que el Tribunal descontextualiza la finalidad de la acción de tutela, toda vez que en la providencia aduce el carácter residual y subsidiario de la acción constitucional ante la existencia de otro medio, pero olvida que ese postulado es válido siempre y cuando el mecanismo judicial alternativo sea eficaz en la defensa de los intereses constitucionales, lo cual no ocurre en el presente caso, como quiera que la sentencia precisa que debe esperar a la terminación de la acción popular.

Adujo también la señora Mariela Cuervo de Diaz que el Juez de primera Instancia omitió pronunciarse sobre la supuesta irregularidad referente a la notificación de la medida cautelar que asegura fue elaborada el 25 de marzo y notificada el 12 de abril de 2010 vía fax, cuando realmente el auto que dictaba la medida cautelar se expidió el 26 de abril, considerando que primero se hizo efectiva la medida y luego se profirió el auto que la ordenaba, siendo claramente atentatorio del debido proceso.

Igualmente argumentó que no comparte la decisión del Tribunal, en cuanto éste no considera que se vean afectados los derechos fundamentales invocados por la actora con la medida dictada por el Juzgado accionado, sin considerar que es una persona de la tercera edad y que con esa decisión no

se están considerando los pronunciamientos en vía de tutela, en los cuales se ha dicho que no es necesario que para que se pida el amparo la persona esté en las más míseras condiciones.

Finalmente, en cuanto a la vulneración al derecho de petición, resaltó que en ningún momento se ha pretendido desconocer los trámites procesales, sino que se ha buscado obtener un pronunciamiento del despacho judicial que cumple funciones públicas y su atención no desconoce la actividad judicial.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala es competente para conocer la impugnación interpuesta contra el fallo de primera instancia en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el cual reglamenta la acción de tutela.

2. Generalidades de la acción de tutela

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley, y procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esta acción tiene dos particularidades esenciales a saber: la subsidiariedad y la inmediatez; la primera, por cuanto sólo resulta procedente cuando el

perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y; la segunda, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso administrar la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

3. Carácter subsidiario y excepcional de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que la acción de tutela *“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”*.

En desarrollo de esta disposición constitucional, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece como causal de la 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 el derecho fundamental.

En múltiples oportunidades, la Corte Constitucional se ha pronunciado en relación con el carácter residual de la acción de tutela. Al respecto, ha señalado enfáticamente su improcedencia ante la existencia de otros recursos judiciales adecuados y efectivos para la protección de los derechos fundamentales, que se alegan comprometidos. En sentencia T-1089 de 2004¹ la Corte reiteró la jurisprudencia referida en los siguientes términos:

¹ Sentencia T-1089 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

“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.”

También en la sentencia T-1060 de 2007 señaló que la acción de tutela no se constituye como una instancia adicional en los procesos judiciales contemplados por el ordenamiento jurídico para la definición y resolución de los conflictos legales, siempre y cuando los medios de defensa previstos en su interior, mantengan el nivel de eficacia necesario para proteger los derechos fundamentales de las partes en litigio.

Sin embargo, la Corte ha señalado que la existencia de otros medios de defensa judicial, no es por sí misma razón suficiente para dar lugar a la declaratoria de improcedencia del amparo constitucional, ya que es necesario entrar a considerar (i) si dicho mecanismo es eficaz para restablecer el derecho y (ii) la necesidad de proteger el derecho de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable².

En cuanto a las características del perjuicio irremediable, esta Corporación ha señalado que el perjuicio ha de ser inminente, urgente y grave. En estos términos, la Sentencia T-225 de 1993 ³consideró:

“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

² Sentencia T-467 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda.

³ Sentencia T-225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

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 inconveniente.

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.”

Por lo anterior, se puede señalar la improcedencia general de la acción de tutela ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial.

4. Del principio de la carga de la prueba en la acción de tutela.

De acuerdo a la Corte Constitucional, el principio de la carga de la prueba en materia de la acción de tutela implica, que aquel que instaura este mecanismo de defensa judicial por estimar vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales, tiene la carga procesal de probar sus afirmaciones, sin perjuicio que la misma se invierta cuando existe un estado de indefensión o la imposibilidad fáctica o jurídica que probar los hechos que se alegan.

Sobre el particular podemos apreciar el siguiente pronunciamiento:

“3. El principio “*onus probandi incumbit actori*” en materia de tutela.

En diversas ocasiones la Corte ha examinado el tema de la carga de la prueba en sede de tutela. Así, en sentencia T-298 de 1993 esta Corporación, con ocasión de una petición de amparo instaurada por un padre, quien pretendía que su hijo fuese desvinculado de las filas del Ejército Nacional, negó la protección judicial demandada con base en las siguientes consideraciones:

“El artículo 22 del mencionado decreto, “el juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas”. Pero esta disposición no puede entenderse como una autorización legal para que el juez resuelva sin que los hechos alegados o relevantes para conceder o negar la protección hayan sido probados, cuando menos en forma sumaria dadas las características de este procedimiento. Su determinación no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela. A esa conclusión únicamente puede arribar el fallador mediante la evaluación de los hechos por él establecidos con arreglo a la ley y sin desconocer el derecho de defensa de las partes”.

Siguiendo con esa misma línea jurisprudencial, la Corte en sentencia T-835 de 2000, en el caso de un trabajador, quien alegaba ser víctima de una discriminación en materia salarial en relación con sus compañeros, negó el amparo solicitado por cuanto “Quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación”.

Así mismo, en diferentes providencias el Tribunal Constitucional ha estimado que, si bien se pueden amparar transitoriamente los derechos de la mujer embarazada cuando el despido amenace su derecho al mínimo vital o el de su hijo que está por nacer, “la prueba de la vulneración del mínimo vital se convierte en un elemento indispensable para que el juez constitucional adquiera competencia para decidir un asunto como el que ahora se estudia, pues sin esta condición la jurisdicción competente seguirá siendo la ordinaria⁴”. En igual sentido, en sentencia T-237 de 2001, la Corte señaló lo siguiente:

“el directo afectado debe demostrar la afectación de su mínimo vital, señalando qué necesidades básicas están quedando insatisfechas, para lograr la protección y garantía por vía de tutela, pues de no ser así,

⁴ Sentencias T-653 de 1999, T-879 de 1999, T-904 de 1999, entre otras.

derechos de mayor entidad, como la vida y la dignidad humana se pueden ver afectados de manera irreparable.

“En este punto, es necesario enfatizar el hecho de que, no basta hacer una afirmación llana respecto de la afectación del mínimo vital, sino que dicha aseveración debe venir acompañada de pruebas fehacientes y contundentes de tal afectación, que le permitan al juez de tutela tener la certeza de tal situación.”

Ahora bien, en situaciones muy particulares de especial indefensión, la Corte ha considerado que se invierte la carga de la prueba a favor del peticionario, es decir, que basta con que éste realice una afirmación, teniendo la autoridad pública accionada, o el particular en su caso, el deber de desvirtuarla. En otras palabras se presumen ciertos los hechos alegados por el accionante. Así por ejemplo, en casos de personas víctimas de desplazamiento forzado, esta Corporación en sentencia T- 327 de 2001 estimó lo siguiente:

“Al presumirse la buena fe, se invierte la carga de la prueba y, por ende, son las autoridades las que deben probar plenamente que la persona respectiva no tiene la calidad de desplazado. Por lo tanto, es a quien desea contradecir la afirmación a quien corresponde probar la no ocurrencia del hecho. El no conocimiento de la ocurrencia del hecho por autoridad gubernamental alguna no es prueba de su no ocurrencia. Es apenas prueba de la inmanejable dimensión del problema que hace que en muchas ocasiones las entidades gubernamentales sean desconocedoras del mismo. En muchas ocasiones las causas del desplazamiento son silenciosas y casi imperceptibles para la persona que no está siendo víctima de este delito. Frente a este tipo de situaciones es inminente la necesidad de la presunción de buena fe si se le pretende dar protección al desplazado.

Otro tanto ha sucedido en materia de salud en lo atinente a la capacidad de pago de quien demanda, por ejemplo, el suministro de un medicamento excluido del POS. Al respecto, la Corte en sentencia T-1066 de 2006, en una labor de sistematización de las líneas jurisprudenciales existentes en la materia, consideró lo siguiente:

(...)

En suma, quien instaure una acción de tutela por estimar vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales tiene la carga procesal de probar sus afirmaciones; tan sólo en casos excepcionales, dadas las especiales condiciones de indefensión en que se encuentra el peticionario, se ha invertido jurisprudencialmente la carga de la prueba a favor de aquél.”⁵ (Subrayado fuera de texto).

5. Del caso concreto

En el caso *sub examine* considera la actora que la decisión del 26 de abril de 2010 proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito Judicial de Cali, dentro de la acción popular No. 2009-114 tramitada en contra del municipio de Palmira, vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al de defensa al ser afectada por la orden de la medida provisional de ordenar se proceda a la compartibilidad de algunas pensiones reconocidas y pagas por el municipio.

La Sala señala que el problema jurídico a resolver se plantea en el siguiente interrogante:

¿Es procedente la presente acción para salvaguardar los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al de defensa de la señora Mariela Cuervo de Díaz, que estima vulnerados con la decisión tomada por Juzgado Doce Administrativo del Circuito Judicial de Cali dentro del proceso de acción popular interpuesta para la defensa de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y patrimonio público?

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-131 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Previo a cualquier análisis, debe la Sala señalar en primer lugar, que acogiendo la tesis reiterada por la jurisprudencia, la acción de tutela no puede constituirse en un mecanismo a través del cual se someten a debate aspectos que debe decidir el juez ordinario y no el juez constitucional.

En primer lugar la Sala anota que revisado el expediente, se tiene que el Juzgado Doce Administrativo del Circuito Judicial de Cali, fijo el Aviso en la Secretaria del Juzgado en el cual se informaba de la admisión de la acción popular (fls. 71) y de igual forma, se corrobora que efectivamente la orden del Juez se cumplió leyéndose el Aviso en la emisora radial LUNA DE PALMIRA, según certificación visible a folio 70. De esta forma se puso en conocimiento de TODOS LOS HABITANTES DEL MUNICIPIO, entre los que se encuentra la accionante, de la existencia de la acción popular que cursaba en contra del municipio de Palmira, en procura de la protección de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público.

Además de lo anterior, tal como lo manifestó el Juez Doce Administrativo de Cali los terceros interesados estuvieron enterados del inicio del proceso de la acción popular, lo que les dio la oportunidad a algunos jubilados del municipio de Palmira, de solicitar que se les tuvieran como coadyuvantes, con fundamento en el artículo 24 de la Ley 472 de 1998 y 52 del C.P.C. y porque consideraban que los efectos jurídicos de la sentencia les serían eventualmente extensivos.

Así, a los jubilados que pidieron se tuvieran como coadyuvantes, se les reconoció dicha calidad mediante el auto de 10 de junio de 2010 (fls.172 a 180).

De otra parte también se observa por la Sala que no obra en el expediente solicitud alguna de la hoy actora en tutela, para que se le tenga como

interesado en el trámite de la acción popular, con el fin de llegar al proceso para ejercitar todas y cada una de las prerrogativas que la Ley y la Constitución contempla para las partes.

Dada la insistencia de la actora en participar en el proceso constitucional como interesado, esta Sala pone de presente que dicha solicitud debe hacerse ante el Juez competente, es decir, el Juez Doce Administrativo del Circuito de Cali quien tramita el proceso de acción popular No. 2009-114, haciendo uso de los mecanismos ordinarios que aún proceden, por cuanto en el proceso no se ha dictado sentencia y se encuentra pendiente de resolver recursos de reposición contra el auto de decretó la medida provisional.

Por lo expuesto, no le asiste la razón a la actora al estimar vulnerado su derecho al debido proceso y de defensa de sus derechos individuales, por cuanto se corrobora que cuenta, para satisfacer sus pretensiones, con la posibilidad de participar a través de los mecanismos legales preestablecidos en el trámite del proceso de la acción popular.

Tampoco, procede el estudio de fondo de las pretensiones, bajo el argumento de un perjuicio irrevocable por que aparte de las afirmaciones que la actora realiza no existen elementos de juicio a partir de los cuales se pueda inferir que ella y su familia se encuentran en una situación de perjuicio irremediable que permita la procedencia de la acción de tutela aunque exista otro mecanismo judicial de defensa.⁶

⁶ Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, ver las consideraciones hechas en el numeral I de la parte motiva de esta sentencia.

Lo anterior, está íntimamente relacionado con el principio de la carga de la prueba con el que debe cumplir una persona al instaurar la acción de tutela como se expuso en el numeral 4 de la parte motiva de esta providencia, según el cual quien instaura esta acción por estimar vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales debe probar sus afirmaciones.

Corolario de lo expuesto, se confirmará la decisión impugnada porque la actora cuenta con otro mecanismo de defensa judicial dentro del proceso de acción popular No. 2009-114, con los cuales podrá controvertir las decisiones del juez ordinario que estime contrarias a la ley y a sus intereses.

II. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero: Se **CONFIRMA** el fallo del 25 de junio de 2010 proferido por el Tribunal Administrativo del Valle de Cauca que rechazó por improcedente el amparo solicitado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

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

Envíese copia de esta sentencia al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

Con aclaración de voto