



Sentencia 04282 de 2017 Consejo de Estado

ACCIÓN DE TUTELA - Improcedente por incumplir el requisito de subsidiariedad frente al derecho a la educación / SUBSIDIARIEDAD - Omisión en el agotamiento de otros medios de defensa judicial / MEDIDAS CAUTELARES - Medio idóneo para controvertir el acto administrativo que negó la comisión de estudios a la accionante / CARENCIA ACTUAL DE OBJETO - Por hecho superado al dar respuesta a la solicitud de la accionante / PERJUICIO IRREMEDIABLE - Inexistencia

[L]a urgencia de la actora de ir a Madrid, no depende de un itinerario inamovible, sino de la posibilidad de encontrarse con sus directores de tesis, pues no tuvo reparo alguno en solicitar el cambio de fecha para la comisión, en razón del elevado precio de los tiquetes aéreos. En tales condiciones, no se vislumbra una situación que configure un perjuicio irremediable tal, que le impida a la accionante controvertir el acto administrativo de la Auditoría General de la República, mediante el cual se le negó la comisión de estudios requerida, ante el juez natural de la causa. Por el contrario, un estudio del juez de tutela sobre el derecho a la educación que le asiste a la actora, de cara a un análisis netamente legal sobre las figuras del encargo y la comisión de estudios requerida, sí constituye un despropósito, en consideración a las competencias judiciales que legalmente han sido atribuidas para el análisis de este tipo de asuntos. Resulta indispensable entonces que en esta instancia constitucional, se corrija este yerro, en tanto que, invadir la esfera competencial del juez contencioso administrativo, al zanjar una discusión eminentemente legal, desdibuja el objeto de la acción de tutela y desnaturaliza el amparo de los derechos fundamentales. Ahora, se insiste, bajo el imperio de la Ley 1437 de 2011, se pueden solicitar las medidas cautelares del caso que garanticen de manera efectiva, si hay lugar a ello, los derechos que puedan verse afectados con el acto administrativo demandado. Así las cosas, tal y como se advirtió en párrafos precedentes, de acuerdo a las directrices del máximo órgano constitucional, la acción de tutela procede de manera excepcional contra actos administrativos, siempre que se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable, o en consideración a las particularidades del caso, el medio de defensa judicial carezca de eficacia. Ni lo uno ni lo otro logra acreditarse en este caso, razón por la cual, el fallo de primera instancia habrá de revocarse en su numeral segundo, para en su lugar, declarar la improcedencia de la acción de tutela respecto al derecho fundamental a la educación derivado del acto administrativo proferido por la Auditoría General de la República. Frente a lo demás, la providencia impugnada se confirmará.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 32 / DECRETO 1069 DE 2015 - ARTÍCULO 2.2.3.1.1.3 / LEY 1437 DE 2011

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos, ver: Corte Constitucional, sentencia de 30 de abril de 2015, exp. T-234, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez (E). Con respecto al carácter subsidiario de la acción de tutela contra actos administrativos, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 10 de agosto de 2012, exp. 25000-23-26-000-2012-00917-01(AC), C.P. Susana Buitrago Valencia. Sobre el mismo tema, ver: Corte Constitucional, sentencia de 15 de abril de 2005, exp. T-406, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., tres (3) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Rad. No.: 25000-23-42-000-2017-04282-01(AC)

Demandado: AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Decide la Sala la impugnación presentada por el apoderado de la Auditoría General de la República, contra el fallo del 18 de septiembre de 2017, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, a través del cual declaró la carencia actual de objeto por hecho superado, respecto de la petición elevada el 26 de mayo de 2017 por la accionante, y amparó el derecho fundamental a la educación de la actora.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

La señora María José Hernández Burbano, actuando en nombre propio, ejerció acción de tutela en contra de la Auditoría General de la República, con el objeto de que fueran protegidos sus derechos fundamentales de petición, educación, “confianza legítima” y “derechos adquiridos”, los cuales consideró vulnerados por dicha autoridad, en tanto que los nominadores de la entidad no le han dado respuesta a la petición que formuló, tendiente a que se le conceda una comisión de estudios por 1 mes y tampoco se ha proferido el respectivo acto administrativo que materialice la decisión de concederle dicha comisión, aprobada por el Comité de Bienestar Social y Estímulos.

En consecuencia, indicó:

“PRIMERO: Que se declare que la Auditoría General de la República ha vulnerado mi derecho fundamental de petición y en consecuencia se tutele el mismo, ordenando a la entidad que responda y se pronuncie de fondo respecto de mi solicitud de comisión de estudios al exterior, con fundamento en la garantía del derecho fundamental de petición consagrado en el artículo 23 constitucional y la Ley 1755 de 2015.

SEGUNDO: Que se tutele mi derecho a la educación y en consecuencia se ordene a la Auditoría General de la República conceder la comisión de estudios al exterior, teniendo en cuenta que dicha solicitud de comisión NO es nueva, y por el contrario se desprende consecencialmente del mismo programa doctoral que he venido desarrollando desde el año 2015, con fundamento además en el respeto por los principios de confianza legítima, buena fe y derechos adquiridos, máxime cuando ya (sic) que existe pronunciamiento del Comité de Capacitación, Bienestar Social y Estímulos, como órgano colegiado de la entidad desde el 5 de junio de 2017 en el que se resolvió favorablemente mi petición y decidió aprobar la comisión de estudios al exterior solicitada.

TERCERO: Que se ordene a la Auditoría General de la República que está vulnerando mi derecho de petición, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, se dé respuesta de fondo conforme lo establecen la normatividad y la jurisprudencia colombianas, a fin de evitar un perjuicio irremediable.

CUARTO: Que se ordene a la Auditoría General de la República que está vulnerando mis derechos a la educación, confianza legítima, buena fe y derechos adquiridos, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, expida el acto administrativo que concede la comisión de estudios al exterior, teniendo en cuenta que el compromiso con la Universidad Autónoma de Madrid (E) está previsto para el mes de octubre de 2017 y el viaje debe hacerse de forma inminente, a fin de evitar un perjuicio irremediable ”.

La solicitud de tutela, tuvo como fundamento los siguientes

2. Hechos

Señaló que mediante concurso de méritos ingresó a la planta de la Auditoría General de la República, en adelante AGR, el día 23 de marzo de 2010, en el cargo de profesional universitario grado 02 asignado a la Oficina Jurídica y, desde el 2014, se desempeña como profesional especializado grado 03 en encargo en la misma dependencia.

Comentó que el 14 de abril de 2015 fue admitida al programa de Doctorado en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas por la Universidad Autónoma de Madrid (E) - en adelante UAM- después de superar el respectivo proceso de selección para ingreso. Dicho programa doctoral se desarrolla en la modalidad semipresencial y tiene una duración entre 3 y 5 años, que exige su asistencia obligatoria durante periodos cortos (entre 1 y 2 meses como máximo) al año.

Anotó que como consecuencia de lo anterior, y en desarrollo del programa académico, solicitó unas comisiones de estudios al exterior, por un (1) mes en el 2015 y en el 2016 por dos (2) meses, para cumplir con los compromisos académicos exigidos en virtud del programa doctoral antes descrito, las cuales fueron concedidas mediante las resoluciones 0746 de 2015 y 0304 de 2016, respectivamente; a la fecha la AGR le ha aprobado tres (3) meses de comisión de estudios entre las vigencias 2015 y 2016.

Destacó que ha cumplido a cabalidad con las obligaciones contenidas en los convenios suscritos con la AGR, que además incluye la compensación del doble del tiempo (en total seis (6) meses) invertido por concepto de comisión de estudios al exterior para las vigencias 2015 y 2016.

Resaltó que el 26 de mayo de 2017, mediante radicado 2017-233-002693-2 solicitó comisión de estudios al exterior por un (1) mes para adelantar visita obligatoria a la UAM durante el mes de octubre de 2017.

Apuntó que tal solicitud la realizó de manera oportuna -hace más de tres (3) meses- con el propósito de organizar adecuadamente las diligencias necesarias, como comprar los respectivos tiquetes con la suficiente anticipación para evitar incurrir en gastos desproporcionados o sobrecostos al momento de la compra de tiquetes por premura en el tiempo.

Indicó que el Comité de Capacitación, Bienestar Social y Estímulos de la entidad, como órgano colegiado de la administración, en sesión del 5 de junio de 2017, se reunió para estudiar su solicitud y concluyó:

"(...) Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos por parte de la funcionaria, el Comité decidió otorgar la Comisión de Estudios al Exterior solicitada (...)".

Precisó que se enteró de dicha decisión de manera verbal, por parte de la oficina de Talento Humano, desde junio de 2017.

Destacó que, no obstante, los doctores Carlos Felipe Córdoba Larrate - auditor general saliente- y María Margarita Márquez Figueroa, auditora general encargada- como nominadores, no han dado respuesta a su petición y tampoco han proferido el respectivo acto administrativo en que se materialice la decisión de concederle la solicitud de comisión de estudios al exterior, aprobada por el Comité de Bienestar Social y Estímulos de la entidad.

3. Fundamento de la petición

Sostuvo que la falta de decisión y respuesta definitiva de la administración, en cabeza exclusiva del nominador respecto a su petición, no solo le está generando un perjuicio respecto de la posibilidad de desplazamiento al exterior para continuar adelantando estudios de alto nivel, sino que afecta de manera grave su derecho a acceder a la educación, que además se constituye en un deber y derecho de todo servidor público respecto de la actualización de sus competencias funcionales, lo que redundará no solo en su beneficio personal sino en el de la administración pública, al cualificar al funcionario para prestar un mejor servicio al país.

Aseguró que al momento de radicar la acción de tutela no ha recibido respuesta formal por parte de la AGR frente a su solicitud de comisión de estudios al exterior, oportunidad que se venció el 16 de junio de 2017.

Refirió jurisprudencia de la Corte Constitucional relativo al amparo del derecho fundamental de petición.

Expuso que en lo que respecta al derecho a la educación, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional ha precisado que este es una garantía de doble categoría, en tanto que se constituye como derecho y como servicio público, cuyo contenido axiológico incluye una función social en cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Destacó que respecto a la concesión de las comisiones de estudios, las mismas se encuentran reglamentadas por los Decretos 1083 de 2015 y 648 de 2017, dirigidas a que un empleado reciba formación, capacitación o perfeccionamiento en el ejercicio de las funciones propias del empleo del cual es titular, o en relación con los servicios o competencias a cargo del organismo o entidad donde se encuentre vinculado el empleado.

Explicó que la duración de la comisión de estudios en el país, o fuera de él, no puede ser mayor a doce (12) meses, prorrogable por un término igual hasta por dos (2) veces, siempre que se trate de obtener título académico y previa comprobación del buen rendimiento del comisionado, acreditado con los certificados del respectivo centro académico.

Precisó que las comisiones se deben conferir por el nominador respectivo o su delegado y para su otorgamiento se requiere que el empleado cumpla con los siguientes requisitos: i) estar vinculado en un empleo de libre nombramiento o remoción o acreditar derechos de carrera administrativa; ii) acreditar por los menos un (1) año continuo de servicio en la respectiva entidad y iii) demostrar nivel sobresaliente en la calificación de servicios correspondiente al último año de servicios.

Comentó que en su caso hubo un pronunciamiento de la Oficina Jurídica de la AGR por expresa petición de quien fungía como auditor general de la República en su momento, a través de concepto del 3 de agosto de 2017, que dilucidaba todas las aristas de la situación administrativa de comisión de estudios y encargo en la que se encuentra, la cual aporta como prueba.

Apuntó que informó a la AGR oportunamente sobre la admisión al programa doctoral de Derecho, Gobierno y Políticas Públicas, aportando los documentos oficiales expedidos por la Universidad Autónoma de Madrid y los respectivos avales de sus directores de tesis para asistir a los seminarios obligatorios, como requisito del programa académico doctoral.

Insistió que la entidad tuvo conocimiento desde un principio del programa académico que iba a cursar y las comisiones que éste conllevaba, por lo que ahora no puede excusarse en que carecía de conocimiento respecto del mismo y su duración, ya que desde un comienzo fue lo suficientemente ilustrativa al respecto.

Agregó que el tiempo solicitado y el que le falta por solicitar para culminar el doctorado, no alcanza los 12 meses, de modo que no sobrepasa el término legal para este tipo de concesiones.

Enfatizó que la competencia para materializar la decisión de conceder la comisión de estudios radica exclusivamente en cabeza del nominador, previa aprobación del Comité de Capacitación, Bienestar Social y Estímulos, de conformidad con la Resolución 006 de 2016.

Afirmó que debe tenerse en cuenta además que, la AGR a través de su nominador debe otorgar un trato igualitario a todos los funcionarios que han estado en la misma situación fáctica; ello por cuanto, a la funcionaria Esmeralda Yáñez Illera, se le aprobó un año (1) y medio de comisión de estudios al exterior (2015-2016), para cursar la especialización en Dirección de Proyectos de la Universidad de Buenos Aires, lo que evidentemente transgrede el principio de igualdad, al negarle su solicitud.

Anotó que la Corte Constitucional ha definido que el ejercicio de una potestad discrecional por parte de la administración no supone una actuación arbitraria, ya que las actuaciones públicas se deben enmarcar en los fines del Estado y los principios de la función pública, y de forma específica, dentro de los límites establecidos por los propósitos perseguidos por las normas de que se trate y la proporcionalidad de los hechos que se pretenden regular.

Sustentó que, de acuerdo con los principios de buena fe y confianza legítima, el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un periodo de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica.

4. Contestaciones

4.1. Auditoría General de la República¹

Mediante apoderado especial, la entidad demandada contestó la tutela en los siguientes términos:

Aclaró que el Comité de Capacitación y Estímulos en sesión del 5 de junio de 2017, revisó nuevamente la solicitud elevada por la accionante, según consta en el acta que reposa en el expediente, en la que se concluyó que se conferiría esta nueva comisión de estudios al exterior, en la medida en que aún no se había expedido la nueva resolución reglamentaria, la cual dentro de su normativa incluiría la posición fijada por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Anotó que, no obstante, ante la posibilidad de admitir la compatibilidad de los dos incentivos no pecuniarios (encargo y comisión de estudios en el exterior), el auditor general de la república, que para el momento era el Dr. Carlos Felipe Córdoba Larrate, decidió no firmar la resolución proyectada por la oficina de Talento Humano en donde se otorgaba el permiso de la comisión a la accionante, toda vez que el mismo, dentro de su autonomía y autoridad conferidas por la Constitución y la ley, consideró que el concepto proferido por el DAFP era congruente con las limitaciones que el ordenamiento establece para las dádivas a los servidores públicos, posición que se mantiene al día de hoy en la entidad y que resolvió acoger la actual (sic) auditora general (E) Margarita Márquez Figueroa, tal y como consta en la respuesta otorgada a la accionante con fecha del 5 de septiembre de 2017, recibido el 12 del mismo mes y año.

Expuso que conforme al concepto del Departamento de la Función Pública, al conferirse una comisión de estudios, ya sea en el exterior o en el interior del país, no le permite al empleado desempeñar las funciones del empleo, porque dicha figura está establecida para que aquel se separe del ejercicio de las funciones del cargo y se dedique al correspondiente estudio para el cual ha solicitado y obtenido la comisión, además, dicha comisión de estudios en el exterior entre las condiciones que conlleva, esto es, que se desplace fuera del país, no se armoniza con la exigencia de la figura del encargo, que obliga a que el empleado encargado de otro empleo, asuma las funciones propias del mismo, por necesidades del servicio.

Destacó que para la fecha de la contestación de la acción de tutela de la referencia, la petición objeto de controversia, ya fue atendida con la debida motivación, indicándosele con precisión a la peticionaria las razones por las cuales no se puede reconocer el incentivo denominado “comisión de estudios en el exterior”, ya que la entidad se acoge a lo conceptuado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, quienes coinciden en estimar como incompatibles y por ende errónea la forma como se venían concediendo las comisiones, hecho que se ve reflejado en la respuesta que se da a la accionante por parte de la entidad.

Precisó que frente a las pretensiones, no se establece en debida forma cómo la Auditoría General de la República, desconoce los derechos fundamentales invocados; por el contrario se evidencia que la entidad está actuando con apego a la Constitución Política y la Ley, en aras del buen funcionamiento y cuidado del servicio público al discutir y deliberar en forma responsable una situación que puede configurarse en un detrimento al Estado, al conceder dos incentivos en forma simultánea para un funcionario que se encuentra en encargo y aspira a una comisión en el exterior.

Explicó que si bien existió una demora en la contestación de la solicitud de autorización de comisión de estudios elevada por la accionante ante

el Comité, el mismo se debe a que este tipo de trámites, están sujetos a unos términos y situaciones administrativas que incluyen el estudio y aprobación de varias dependencias y no a una intención de la administración de ocasionarle un daño a sus derechos fundamentales, como lo intenta hacer ver la tutelante.

Enfatizó que la posición institucional de no conceder el incentivo en mención, no obedeció a un capricho de carácter subjetivo del nominador al no firmar la resolución que concedía el permiso de estudios en el exterior, por el contrario, se debió al respeto de las exigencias constitucionales, legales y jurisprudenciales que derivan del cuidado de lo público.

Argumentó que bajo los criterios interpretativos que estableció el Departamento Administrativo de la Función Pública en el concepto referido, la AGR no desconoció los derechos fundamentales de la actora, pues lo que hizo fue aplicar correctamente y razonablemente las disposiciones contenidas en la Constitución y la ley.

Destacó que la actuación de la AGR es legal, en tanto que no continuó otorgando el reconocimiento de una comisión que resulta incompatible con el encargo, y además, porque iba en contravía de los principios que rigen a la administración pública, así como de las disposiciones legales.

Aseguró que en lo referente a la confianza legítima, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido una protección al ciudadano frente a eventuales arbitrariedades de la administración, de cara a los cambios súbitos de las condiciones que regulan las relaciones con los administrados, pero también ha establecido en forma paralela que este no es un principio absoluto que legitime expectativas basadas en ilicitudes o en desviaciones normativas, como en este caso fue la errónea interpretación normativa para reconocer de manera incompatible el derecho supuestamente violado.

5. Trámite Procesal.

De la presente acción de tutela avocó conocimiento en primera instancia el Tribunal Administrativo Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, mediante providencia del 6 de septiembre de 2017 y ordenó notificar de dicha decisión, al auditor general de la República y a la doctora Sandra Patricia Bohórquez González, en calidad de secretaria general de la Auditoría General de la República.

6. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, mediante sentencia del 18 de septiembre de 2017, declaró la carencia actual de objeto por hecho superado respecto del derecho fundamental de petición y concedió el amparo del derecho a la educación. En consecuencia ordenó:

"PRIMERO. Declarar la CARENANCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO, respecto a la petición elevada el 26 de mayo de 2017, conforme lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO. AMPARAR el derecho fundamental a la Educación (sic) de la actora. Por tanto, se ordena al Auditor General de la República, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a emitir la resolución por medio de la cual se conceda la comisión de estudios al exterior por el término de un (1) mes, que comprende del dos (2) de octubre al tres (3) de noviembre, ambas fechas de 2017, y a notificarla conforme a los artículos 66 y ss del C.P.A.C.A., siempre y cuando la accionante esté dispuesta y suscriba el compromiso y asuma las obligaciones legales correspondientes, si así lo exige la entidad"².

Como fundamento de dicha decisión, expresó en resumen lo siguiente:

Sostuvo que, respecto al derecho de petición invocado, la directora de Talento Humano de la entidad demandada, mediante oficio radicado

20172320029823 del 5 de septiembre de 2015, dio respuesta a la petición, en el sentido de informarle que la auditora general encargada, en su autonomía, se aparta del concepto del Comité, y decide no otorgarle la comisión de estudios solicitados, en la medida en que considera necesario atender las recomendaciones del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Subrayó que en la misma respuesta se le indicó que, ambos incentivos no pecuniarios (el encargo del puesto en el que está actualmente y la comisión de estudios) son excluyentes, y que esa es la posición jurídica institucionalmente adoptada, por lo que la AGR no le podía conferir a nadie comisión de estudios, mientras se encuentre disfrutando del incentivo - no pecuniario- del encargo.

Señaló que el Decreto Ley 1567 de 1998 *“Por el cual se crea el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado”*, establece en su artículo 13, que el sistema de estímulos estará conformado por el conjunto interrelacionado y coherente de políticas, planes, entidades, disposiciones legales y programas de bienestar e incentivos que interactúan con el propósito de elevar los niveles de eficiencia, satisfacción, desarrollo y bienestar de los empleados del Estado en el desempeño de su labor.

Sustentó que los incentivos no pecuniarios, de acuerdo con la referida ley, como los encargos y las comisiones previstas en los planes institucionales de cada entidad, serán otorgados de acuerdo con las disposiciones vigentes sobre el tema.

Apuntó que el Decreto Nacional 1227 de 2003, por el cual *“se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998”* estableció sobre los incentivos que, el jefe de cada entidad adoptará anualmente el plan de incentivos institucionales y señalará en él los incentivos no pecuniarios que se ofrecerán al mejor empleado de carrera de la entidad, entre otras cosas.

Resaltó que el Decreto 648 de 2017, que ya se encontraba vigente para la fecha en que la accionante elevó la petición de comisión, la cual data del 26 de mayo de 2017, modificatorio del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015, establece que el *“empleado público durante su relación legal y reglamentaria se puede encontrar en las siguientes situaciones administrativas: (...) 4. En comisión (...)”*.

Refirió el Decreto 1083 de 2015 relativo a la comisión de estudios, las condiciones de las mismas y la figura del encargo.

Resaltó que la AGR mediante Resolución 006 de 2016, reglamentó el sistema de capacitación y estímulos de la entidad, vigente para la fecha de la solicitud de comisión de estudios requerida por la actora.

Aclaró que dicha resolución fue derogada por la resolución 11 del 1 de septiembre de 2017, que estableció en el párrafo del artículo 2, que los sistemas de capacitación y de estímulos contenidos en el Plan de Desarrollo Integral, estará conformado por programas y subprogramas así:

1. Sistema de Capacitación
2. Sistema de estímulos
- 2.1. Plan de bienestar social
- 2.2. Plan de incentivos
- a) Incentivos pecuniarios

b) Incentivos no pecuniarios

b.2 encargos

b.3 comisiones

Citó las funciones del Comité de Capacitación, Bienestar Social e Incentivos, así como el plan de incentivos institucional, contenidos en el acto administrativo antes referido.

Sustentó que en el caso bajo estudio se encuentra probado que la accionante detenta derechos de carrera administrativa, sobre el empleo de profesional universitario grado 02 y se encuentra en encargo como profesional especializada grado 03 de la Oficina Jurídica.

Anotó que igualmente está demostrado que la actora fue admitida como estudiante oficial de la Universidad Autónoma de Madrid en el programa de Doctorado en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas, tal como se desprende de la Resolución del 14 de abril de 2015, expedida por el vicerrector de estudios de posgrado.

Sostuvo que a la demandante le fue conferida comisión de estudios en el exterior, para algunos meses de los años 2015 y 2016.

Destacó que mediante constancia emitida por el profesor titular de Derecho Internacional Público y el profesor interino de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid, hacen constar que el programa de doctorado tiene una duración entre 3 y 5 años y apoyan la solicitud de permiso temporal de trabajo durante el mes de octubre de 2017.

Explicó que mediante resolución 006 de 2016, se reglamentó el sistema de capacitación y el sistema de estímulos (Bienestar Social e Incentivos), de la Auditoría General de la República, estableciendo cuáles son los incentivos, qué requisitos se deben cumplir para su reconocimiento, quiénes hacen parte del comité de capacitación y cuáles son sus funciones, sin que obre en esta algún tipo de incompatibilidad entre el encargo y la comisión de estudios en el exterior.

Precisó que el director de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la república emitió un concepto, solicitado por el auditor general de la República, que tiene fecha del 3 de agosto del año en curso, sobre la situación particular de la señora Hernández, concluyendo que teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos establecidos para su concesión y de acuerdo a lo decidido por el Comité, la actora tiene derecho a que se le conceda la comisión de estudios solicitada.

Arguyó que los actos administrativos citados, señalan claramente que la señora María José Hernández Burbano, cumple con los requisitos legales para el otorgamiento de la comisión, afirmación que se encuentra en un acto administrativo que goza de la presunción de legalidad y de veracidad de lo que allí se afirma, y no se encuentran en el plenario pruebas que indiquen lo contrario, máxime si se tiene en cuenta que para los años 2015 y 2016, le habían conferido la comisión, tal como se desprende de las Resoluciones 0746 del 21 de septiembre de 2015 y 0304 del 27 de abril de 2016.

Señaló que en la respuesta emitida por la AGR, se afirma que, si bien es cierto que en el acta del comité se concluyó que se otorgaría la comisión de estudios, también se dijo que una vez elaborado el proyecto de resolución para la firma del auditor de la época, no fue suscrito, en consideración del concepto dado por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Indicó que la accionante cumple a cabalidad con los requisitos para tener derecho a la comisión requerida y así se señala en el acta del Comité de Bienestar y Estímulos del 5 de junio de 2017, analizado por los miembros que lo conforman, pues determinaron que la actora cumplió con las exigencias señaladas para este tipo de comisiones, sin que se establezca en ningún aparte de la normatividad aplicable y de la resolución

interna, requisitos diferentes o incompatibilidades para el reconocimiento de los incentivos de encargo y comisión de estudios al exterior.

Mencionó que aun cuando a la resolución reglamentaria interna 006 de 2016 de la Auditoría General de la República, establezca que se “podrá” otorgar la comisión, es decir que se trata de una potestad o facultad y no una obligación la concesión de dicha comisión, lo cierto es que, la vulneración del derecho a la educación es latente, además del principio de confianza legítima, el cual busca salvaguardar los derechos de los asociados frente a la modificación sorpresiva de una expectativa legítima por parte de cualquier autoridad pública, pues en el presente caso, la entidad demandada sabía que dichos estudios se prolongarían de 3 a 5 años, ya que se trata de un programa de doctorado.

Reiteró que en los años 2015 y 2016 la entidad confirió la comisión de estudios, lo que quiere decir que al negarla en esta oportunidad, a pocos días de desplazarse al extranjero para cumplir sus compromisos académicos, pese a haber solicitado el beneficio el 26 de año de la presente anualidad, desconoce los referidos derechos, porque tendría que renunciar o aplazar los estudios de doctorado, con lo cual se haría un uso inadecuado de la facultad discrecional prevista en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, el cual señala *“en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”*.

7. La Impugnación

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la entidad, la impugnó. Indicó que ratifica los argumentos señalados en la contestación de la tutela y que se adhiere a las razones expuestas en el salvamento de voto del magistrado Cerveleón Padilla Linares.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, de conformidad con los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 2.2.3.1.1.3 del Decreto 1069 de 2015.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la decisión de declarar la carencia actual de objeto por hecho superado, respecto del derecho fundamental de petición de la actora, y conceder el amparo del derecho a la educación.

Para el efecto, habrá de determinarse si la acción de tutela es procedente para controvertir el acto administrativo mediante el cual se le negó la comisión de estudios a la accionante y, de encontrar superado lo anterior, se estudiará si la Auditoría General de la República desconoció el derecho fundamental a la educación de la señora María José Hernández Burbano, al negarse a concederle la comisión de estudios requerida, por el término de un (1) mes, para cumplir con sus compromisos académicos del programa de doctorado que cursa desde el año 2015, y para el cual ya le habían sido otorgadas dos comisiones o si, por el contrario, la entidad demandada estaba facultada para negarse, con fundamento en los procedimientos internos así como la regulación que rige la materia y el concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública.

3. Subsidiariedad de la acción de tutela para conocer actos administrativos

Como viene de explicarse, lo pretendido en este evento por la parte actora es que se ordene a la autoridad demanda, a dar una respuesta de fondo a su petición, presentada el 26 de mayo de 2017, tendiente a que se le otorgue la comisión de estudios solicitada, así como la expedición del acto administrativo correspondiente, mediante el cual se conceda efectivamente dicha comisión -por el término de un (1) mes- en

consideración al concepto favorable sobre el particular, expedido por el Comité de Bienestar Social y Estímulos de la entidad y, además, porque no es la primera vez que hace este tipo de solicitud, dado que se encuentra cursando un doctorado en España desde el 2015.

Según se tiene, la directora de Talento Humano de la AGR, dio respuesta a la petición presentada por la actora el 5 de setiembre de 2017, en la cual le informa que no es posible acceder a la comisión de estudios solicitada, de cara al concepto rendido por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Para el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se presentó la carencia actual de objeto por hecho superado, en tanto que se dio respuesta a la petición formulada; con todo, afirmó que la AGR desconoció el derecho fundamental de educación de la actora, toda vez que se negó a concederle la comisión de estudios requerida, con fundamento en que el encargo que desempeña actualmente la accionante y la referida comisión, son incompatibles; sin embargo, no se sustentó bajo que normativa estos beneficios son excluyentes y que, en todo caso, en la resolución que reguló el sistema de beneficios e incentivos de la entidad estaba permitido y que la Auditoría conoció desde el inicio, la duración del programa doctoral que adelanta la señora María José Hernández Burbano y las comisiones que ella requeriría.

La entidad en el recurso de impugnación se limitó a indicar que reiteraba las razones señaladas en la contestación de la tutela y que se “adhería” a las razones señaladas en el salvamento de voto del magistrado Cerveleón Padilla.

En el referido salvamento, se encuentra que el magistrado Padilla Linares, se apartó de la decisión mayoritaria de la Sala en primera instancia, al considerar que el otorgamiento de la comisión de estudios en el exterior, solo se puede dar cuando el aspirante está vinculado en un solo empleo, según se deduce del numeral 1 del artículo 2.2.5.5.31 del Decreto 648 de 2017.

Sustentó que, si como pasa en el caso tutelado, el titular de un empleo público además está encargado parcial o totalmente de otro empleo diferente, salta a la vista que si sale del país en comisión de estudios, con el sueldo del empleo encargado, produce un detrimento al fisco, puesto que, de todas maneras habrá necesidad de hacer un nuevo encargo o proveer este último empleo provisionalmente o en carrera.

Pues bien, la Sala considera que la discusión que se abrió en primera instancia, de cara a la respuesta que la Auditoría General de la República otorgó el 5 de septiembre de 2017, esto es, después de presentada la acción de tutela de la referencia³, es un asunto que escapa de la competencia del juez constitucional, por las siguientes razones.

No puede dejarse de lado que este mecanismo constitucional se prevé como un medio de defensa preferente y sumario para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales, que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o particular.

Con todo, el amparo efectivo de estos derechos, es de naturaleza subsidiaria, pues previamente a acudir al juez constitucional, el peticionario de la tutela deberá haber agotado todos los medios de defensa judicial que la ley dispone para la resolución de las controversias que se traten.

De manera que, este mecanismo excepcional no puede convertirse en un instrumento supletorio cuando no se utilizan los medios de defensa que legamente se han previsto, o para convertirse en una instancia adicional que suscite nuevamente debates concluidos.

En lo que particularmente atañe a los actos administrativos que se controvierten mediante la solicitud del amparo de tutela, la Corte Constitucional ha previsto lo siguiente:

“Por regla general, la tutela no procede contra actos expedidos por una autoridad administrativa pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales. Sin embargo, sólo de manera excepcional esta acción procede cuando: (i) se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable; o (ii) tomando en cuenta las particularidades del caso concreto, el medio de defensa judicial ordinario carece de idoneidad y eficacia, así no se demuestre aquél.”⁴

Ahora, el propio decreto 2591 de 1991, establece, respecto de las causales de improcedencia de la acción de tutela, lo siguiente:

“Causales de improcedencia de la tutela. La acción no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.” (Negrillas fuera de texto).

De igual manera, respecto al carácter subsidiario de la acción de tutela esta Sección⁵ ha dicho que:

“(…) no le es dable al accionante, motu proprio, suplir los procedimientos y trámites preestablecidos con el sólo pretexto de que la tutela se tramita con agilidad, en forma prevalente y que se resuelve en menor tiempo que la acciones ordinarias, pues la solicitud de amparo se convertiría en vía expedita para acusar toda clase de discrepancias frente a las que el legislador ha previsto otro trámite jurisdiccional, y que además, como en el caso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, están provistas de medidas cautelares a partir de las cuales puede solicitarse la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos”.

Asimismo, la Corte Constitucional⁶ ha expresado:

“Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.” (Negrillas fuera de texto).

En el caso que nos ocupa, tal y como se advirtió, el amparo requerido por la accionante se dirigía a que se diera una respuesta efectiva al derecho de petición formulado, la cual ya se otorgó, razón por la cual el a quo declaró la carencia actual de objeto por hecho superado, respecto al referido derecho.

Sin embargo, el juez constitucional de primera instancia fue más allá, y estudió el contenido de la respuesta otorgada por la Autoridad General de la República, en el sentido de indicar que, la negativa de la entidad en concederle la comisión de estudios a la accionante, constituía una vulneración a su derecho a la educación.

Es frente a este análisis que la Sala encuentra que el a quo excedió su competencia por cuanto i) al momento de presentarse la acción de tutela, no se conocía el acto administrativo mediante el cual se negó la comisión de estudios y, ii) dicho acto es susceptible de los recursos administrativos respectivos, además de los mecanismos judiciales legalmente establecidos, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

La discusión que se generó en torno a la incompatibilidad o no de la figura del encargo con la comisión de estudios requerida por la actora, es un asunto que le compete dirimir única y exclusivamente al juez contencioso administrativo.

Ahora, no se encuentra que, con la negativa de la entidad, se le esté generando un perjuicio irremediable a la accionante, que no pueda conjurarse con las medidas cautelares que prevé la Ley 1437 de 2011 para el efecto.

Ello es así por cuanto que, el viaje que debe hacer la demandante a España para cumplir con sus compromisos académicos, no obedece al estricto cumplimiento de un programa inamovible, tanto es así que en la constancia aportada al expediente de la Universidad Autónoma de Madrid, se indica que *“resulta necesario el encuentro directo entre la mencionada estudiante y su director de tesis a fin de revisar el avance de la investigación, lo que contribuirá a la realización de su trabajo de campo”* (f. 11).

Igualmente, en la solicitud de aclaración presentada por la accionante ante el *a quo*, requirió que en la parte resolutive de la sentencia que le concedió el amparo, se precisara que la comisión se otorgaría por un mes después del plazo inicialmente pedido, toda vez que, después de realizar la consulta electrónica en las aerolíneas Iberia y Avianca para poder viajar hasta Madrid, encontró que los pasajes estaban sumamente costosos, frente al pago que tuvo que hacer en oportunidades anteriores (2015-2016) y que, como la Auditoría ya había cumplido con la orden de tutela, mediante Resolución 737 de 25 de septiembre de 2017, en el sentido de concederle la comisión de estudios al exterior entre el 2 de octubre y 3 de noviembre de 2017, resultaba necesaria hacer esa precisión.

El Tribunal accedió a dicha solicitud y modificó el numeral segundo de la sentencia objeto de impugnación en los siguientes términos:

“Segundo: En consecuencia, se ordena que la accionante presente ante la entidad, con suficiente antelación la solicitud pertinente, indicando cuándo debe iniciar la comisión, que en todo caso, debe empezar a más tardar el 2 de noviembre del presente año. Por su parte, la entidad enjuiciada, una vez reciba la solicitud, procederá inmediatamente a modificar la resolución pertinente, teniendo en cuenta estas circunstancias”.

De lo anterior, resulta claro para la Sala que la urgencia de la actora de ir a Madrid, no depende de un itinerario inamovible, sino de la posibilidad de encontrarse con sus directores de tesis, pues no tuvo reparo alguno en solicitar el cambio de fecha para la comisión, en razón del elevado precio de los tiquetes aéreos.

En tales condiciones, no se vislumbra una situación que configure un perjuicio irremediable tal, que le impida a la accionante controvertir el acto administrativo de la Auditoría General de la República, mediante el cual se le negó la comisión de estudios requerida, ante el juez natural de la causa.

Por el contrario, un estudio del juez de tutela sobre el derecho a la educación que le asiste a la actora, de cara a un análisis netamente legal sobre las figuras del encargo y la comisión de estudios requerida, sí constituye un despropósito, en consideración a las competencias judiciales que legalmente han sido atribuidas para el análisis de este tipo de asuntos.

Resulta indispensable entonces que en esta instancia constitucional, se corrija este yerro, en tanto que, invadir la esfera competencial del juez contencioso administrativo, al zanjar una discusión eminentemente legal, desdibuja el objeto de la acción de tutela y desnaturaliza el amparo de los derechos fundamentales.

Ahora, se insiste, bajo el imperio de la Ley 1437 de 2011, se pueden solicitar las medidas cautelares del caso que garanticen de manera efectiva, si hay lugar a ello, los derechos que puedan verse afectados con el acto administrativo demandado.

Así las cosas, tal y como se advirtió en párrafos precedentes, de acuerdo a las directrices del máximo órgano constitucional, la acción de tutela procede de manera excepcional contra actos administrativos, siempre que se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable, o en consideración a las particularidades del caso, el medio de defensa judicial carezca de eficacia. Ni lo uno ni lo otro logra acreditarse en este caso, razón por la cual, el fallo de primera instancia habrá de revocarse en su numeral segundo, para en su lugar, declarar la improcedencia de la acción de tutela respecto al derecho fundamental a la educación derivado del acto administrativo proferido por la Auditoría General de la República. Frente a lo demás, la providencia impugnada se confirmará.

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

FALLA:

PRIMERO: Revócase el numeral segundo de la sentencia del 18 de septiembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, y en su lugar declárase improcedente la acción de tutela respecto al derecho fundamental a la educación derivado del acto administrativo proferido por la Auditoría General de la República, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Confírmase en lo demás el fallo impugnado.

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

CUARTO: Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Presidente

(Ausente con permiso)

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Folios 81 a 83.

2 Dicha orden fue objeto de modificación, de cara a la solicitud de aclaración y complementación de la accionante, la cual quedó así: "En consecuencia, se ordena que la accionante presente ante la entidad, con suficiente antelación la solicitud pertinente, indicando cuándo debe iniciar la comisión, que en todo caso, debe empezar a más tardar el 2 de noviembre del presente año. Por su parte la entidad enjuiciada, una vez

reciba la solicitud, procederá inmediatamente a modificar la resolución pertinente, teniendo en cuenta estas circunstancias”.

3 Se radicó el 4 de septiembre de 2017.

4 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-234 del treinta (30) de abril de dos mil quince (2015).

5 Sentencia de 10 de agosto de 2012. Radicado: 25000-23-26-000-2012-00917-01(AC) M.P: Susana Buitrago Valencia.

6 Sentencia T-406 de 2005.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 07:09:22