

PARO - Retención de salarios en la Fiscalía / ACCION DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO - No se acredita la existencia de perjuicio irremediable / PAGO DE SALARIOS - Improcedencia de la acción por existencia de otro mecanismo de defensa judicial

Al respecto resalta la Sala que de conformidad con los argumentos planteados por el actor, se censura la legalidad de la decisión la entidad accionada, que está contenida en un acto administrativo, en concreto, Circular No. 00014 del 18 de noviembre de 2014. Así, es claro para la Sala que lo solicitado por el actor, al derivarse del cumplimiento de un acto administrativo debe ventilarse a través de los mecanismos dispuestos por el legislador para censurar su legalidad, es decir, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011. Sobre el particular en criterio de la Sala, el actor puede exponer, a través del citado medio de control, todos los argumentos que presenta en esta oportunidad, contra las decisiones de la Fiscalía General de la Nación. En ese orden de ideas, la acción de tutela es improcedente para resolver la controversia que el actor plantea en esta oportunidad, sobre todo cuando tampoco acredita el solicitante alguna situación constitutiva de un perjuicio irremediable, que haga procedente el amparo como mecanismo transitorio. Se advierte así que el accionante no acredita que se encuentre en una situación de perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio... Por otra parte, de llegar al considerar el actor que no puede esperar a la resolución definitiva del medio de control y nulidad y restablecimiento del derecho, éste puede solicitar desde la presentación de la demanda, que se adopte la medida cautelar de urgencia, establecida en el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 138 / CIRCULAR No. 00014 DE 2014 FISCALIA GENERAL DE LA NACION

NOTA DE RELATORIA: En relación con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, ver sentencia del 4 de septiembre de 2014, exp. 25000-23-42-000-2014-02064-01(AC), M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Sobre los requisitos del perjuicio irremediable, consultar sentencia T-1060 de 2007 de la Corte Constitucional, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil quince (2015).

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-04080-00(AC)

Actor: OSWALDO ALBERTO NEIRA BARAJAS

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Decide la Sala la acción de tutela interpuesta en nombre propio por el señor Oswaldo Alberto Neira Barajas contra la Nación – Fiscalía General de la Nación.

EL ESCRITO DE TUTELA

El actor solicita el amparo de los derechos al mínimo vital, a la seguridad social, a la huelga, al trabajo digno, a la negociación colectiva, al debido proceso y a la igualdad, con este fin promueve la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, derivado del no pago del salario del mes de noviembre de 2014 por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Como hechos y consideraciones en los que sustenta sus pretensiones, expuso los siguientes (Fls. 1-13):

Relata que es Secretario Administrativo III, adscrito a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional de la Fiscalía General de la Nación y que está participando en el paro nacional indefinido que convocó la organización sindical ASONAL desde el 9 de octubre de 2014.

Indica que dicho paro no ha sido declarado ilegal en los términos establecidos en la Ley 1210 de 2008.

Señala que el Fiscal General de la Nación expidió la Circular No. 0014 del 18 de noviembre de 2014, a través de la cual ordenó a los Directores Nacionales y Seccionales de la Fiscalía General de la Nación que se efectuaran los descuentos en los salarios para quienes no asistieran a laborar.

Afirma que el 20 de noviembre de 2014, la Fiscalía General de la Nación, a través del Director Nacional de Apoyo a la Gestión envió a los Directores Seccionales el memorando No. 041, por el cual solicita que se reporte y certifique qué trabajadores no prestaron sus servicios para no pagarles los salarios.

Reprocha que al no haber sido declarada ilegal la huelga por el juez competente, dichos actos administrativos son ilegales y arbitrarios.

Indica que el no pago de salarios para quienes ejercen su derecho legítimo a la huelga *“es una atropello a nuestras garantías constitucionales y constituye una flagrante violación a las normas establecidas por la OIT en tratados ratificados por*

Colombia y a recomendaciones y órdenes impartidas por el Comité de Libertad Sindical.” (fl. 4).

Sustenta la petición de amparo en los artículos 25, 53, 55 y 56 de la Constitución Política.

Afirma que su salario es el único sustento económico con que cuenta y que la decisión tomada por la Fiscalía General de la Nación vulnera sus derechos al mínimo vital y móvil.

Expone que se violó su derecho a la igualdad frente a los empleados de los tribunales y juzgados, pues éstos aunque están en la misma situación de hecho, perciben el pago de salarios por el mes de noviembre de 2014.

Señala que se violó su derecho al debido proceso pues el Fiscal General de la Nación no agotó las instancias administrativas y judiciales previas para ordenar el no pago de los salarios. Agrega que con esta actuación se desconoció que según la Ley 1210 de 2008 el juez laboral es la autoridad competente para declarar la ilegalidad de un paro.

Indica que el no pago de salarios supone que el paro es ilegal y que esa decisión debía tomarla la autoridad competente.

Solicitud de medida provisional

Para evitar un perjuicio irremediable el accionante solicitó la suspensión provisional de la Circular No. 0014 del 18 de noviembre de 2014 y de los demás actos que ordenaron el no pago de su salario.

TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 10 de diciembre de 2014 (fls. 20 a 23), el despacho que sustancia el presente proceso, admitió la acción de tutela y se negó la solicitud de medida provisional, con fundamento en los siguientes argumentos:

Indicó que las consideraciones expuestas por el actor no resultan suficientes para acceder a la solicitud de medida cautelar, dado que no se encontró ningún documento que acreditara la concreción de una situación de extrema gravedad sin el decreto de la medida.

Consideró que no se demostró “la existencia de una situación de tal gravedad o apremio que obligue a pronunciarse desde ya, y sin aguardar la decisión de fondo correspondiente, sobre la suspensión en el pago de su salario” (fl. 22).

INTERVENCIÓN

El 20 de enero de 2015, la Secretaría General envió la notificación No. JTCM-6117 a la Fiscalía General de la Nación, para que se pronunciara sobre los hechos de la presente tutela, sin embargo no se aportó el informe de manera oportuna. Esto en atención a que según el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, la parte accionada tiene un plazo de tres días para rendir el informe sobre los hechos. Indica norma en cita:

“Artículo 19. Informes. El juez podrá requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada de enviar esas pruebas al juez acarreará responsabilidad.

El plazo para informar será de uno a tres días, y se fijará según sean la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación. Los informes se considerarán rendidos bajo juramento.”

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Problema jurídico

Procede la Sala a establecer si es procedente la acción de tutela para ordenar el pago de unos salarios, cuya retención se ordenó mediante un acto administrativo, esto es, la Circular No. 0014 del 18 de noviembre de 2014, proferida por la Fiscalía General de la Nación.

De la improcedencia de la acción de tutela por la existencia de otro medio judicial de defensa, salvo la configuración de un perjuicio irremediable¹.

La procedencia de la acción de tutela por mandato constitucional (artículo 86) y de conformidad con el Decreto 2591 de 1991 que reglamenta su ejercicio, es una acción de carácter excepcional y subsidiario para la protección y garantía de los derechos fundamentales.

¹ En el mismo sentido ver sentencia del 4 de septiembre de 2014, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, acción de tutela con radicado No. 25000-23-42-000-2014-02064-01

Lo anterior quiere decir, que la misma en principio no puede ser empleada como mecanismo principal y definitivo para resolver controversias sobre las cuales el legislador ha previsto mecanismos especializados y definitivos para su resolución, dentro de los cuales también se garantiza la protección y garantía de los derechos fundamentales.

Una de las principales razones de lo expuesto, es que el legislador teniendo en cuenta determinadas situaciones de hecho y de derecho, y por consiguiente, la naturaleza, ejercicio, garantía y protección de los derechos de las partes, intervinientes y/o de la comunidad en general, ha elaborado acciones y procedimientos judiciales especializados para el mejor proveer de cierto tipo de situaciones, de acuerdo a las directrices de la Constitución Política.

Por lo anterior, la misma Carta Constitucional ha preceptuado que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario respecto de los medios ordinarios de defensa, porque de lo contrario, desaparecerían todas las acciones y procedimientos especialmente instituidos por el legislador para controvertir cualquier diferencia.

En este sentido, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, ha establecido como causales de improcedencia de la acción de tutela, cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales; cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus; cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política (ante la existencia de las acciones popular y de grupo); y cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto (en tanto los mismos son objeto de control mediante la acción de inconstitucionalidad y/o los medios de control ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo).

Sin embargo, teniendo en cuenta el valor vinculante de la Constitución Política (artículo 4°), y la supremacía que la misma le asigna a los derechos fundamentales (artículo 5°), por el valor jurídico y axiológico que los mismos tienen dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el numeral primero del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, ha previsto que la acción de tutela es procedente a pesar de la existencia de otro mecanismo judicial de defensa, cuando con ella se persigue evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Ahora bien, la Corte Constitucional con el fin de delimitar el concepto de perjuicio irremediable, y por consiguiente de preservar el carácter residual y excepcional de la acción de tutela, ha establecido respecto a éste las siguientes características:

“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 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.”²

² Corte Constitucional, sentencia T-1060 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Como puede apreciarse, para la procedencia excepcional de la acción de tutela a pesar de la existencia de otro medio judicial de defensa, es necesario que el juez en cada caso determine si el eventual perjuicio posee las características antes expuestas, so pena de negar el amparo solicitado por la improcedencia de la acción constitucional.

Del caso en concreto

En el asunto sometido a consideración de esta Sala, el solicitante pide que se amparen sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social, a la huelga, al trabajo digno, a la negociación colectiva, al debido proceso y a la igualdad, y que en consecuencia se ordene a la entidad demandada, pagar de forma inmediata el salario del mes de noviembre de 2014.

Como fundamento de la acción de tutela, indica el accionante que la Fiscalía General de la Nación ordenó el no pago de los salarios de los servidores de la entidad que no estuvieran laborando en razón del paro indefinido. Al respecto se subraya que dicha orden se profirió a través de la Circular No. 00014 del 18 de noviembre de 2014 y el memorando 041 del 20 de noviembre de 2014.

Igualmente señala el actor que la decisión de la Fiscalía General de la Nación de no pagarle el salario de noviembre de 2014, se realizó sin que el paro fuera declarado ilegal por un juez laboral, como lo indica la Ley 1210 del 2008.

Al respecto resalta la Sala que de conformidad con los argumentos planteados por el actor, se censura la legalidad de la decisión la entidad accionada, que está contenida en un acto administrativo, en concreto, Circular No. 00014 del 18 de noviembre de 2014.

Así, es claro para la Sala que lo solicitado por el actor, al derivarse del cumplimiento de un acto administrativo debe ventilarse a través de los mecanismos dispuestos por el legislador para censurar su legalidad, es decir, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.

Sobre el particular en criterio de la Sala, el actor puede exponer, a través del citado medio de control, todos los argumentos que presenta en esta oportunidad, contra las decisiones de la Fiscalía General de la Nación.

En ese orden de ideas, la acción de tutela es improcedente para resolver la controversia que el actor plantea en esta oportunidad, sobre todo cuando tampoco acredita el solicitante alguna situación constitutiva de un perjuicio irremediable, que haga procedente el amparo como mecanismo transitorio.

Así, si bien el actor instauró la presente acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, se destaca en primera medida que su situación se valoró desde el momento en que se decidió la solicitud de medida provisional mediante el auto del 10 de diciembre de 2014, donde se consideró que “no se encuentra ningún documento que acredite la concreción de una situación extrema gravedad sin el decreto de la medida” (fl. 21).

En segundo lugar, es un hecho notorio³ que el paro finalizó el 13 de enero de 2015, de modo que al continuarse con la prestación del servicio, la remuneración del mismo debió a reanudarse, sin exista prueba en sentido contrario en este trámite.

Se advierte así que el accionante no acredita que se encuentre en una situación de perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Por otra parte, de llegar al considerar el actor que no puede esperar a la resolución definitiva del medio de control y nulidad y restablecimiento del derecho, éste puede solicitar desde la presentación de la demanda, que se adopte la medida cautelar de urgencia, establecida en el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011.

En ese orden de ideas se reitera, la acción de tutela en el caso de autos es improcedente, porque el demandante para la protección de sus derechos tiene a disposición otro medio de judicial de defensa.

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

NIÉGASE por improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor Oswaldo Alberto Neira Barajas contra la Fiscalía General de la Nación, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Notifíquese en legal forma a las partes.

De no ser impugnada la presente providencia, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

³ El artículo 167 del Código General del Proceso –Ley 1564 de 2012, establece en el inciso final que “Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren de prueba”.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN (E)