

ACCION DE TUTELA - Improcedencia ante existencia de otro mecanismo de defensa judicial

En el presente asunto se vislumbra que el accionante funda sus reparos en la inconformidad con el régimen alternativo porque considera que alienta una renuncia inadmisibles de derechos, luego entonces debió acudir a las acciones judiciales ordinarias para cuestionar la legalidad del Decreto Reglamentario bajo el cual se ampara el régimen salarial al que pertenecía, o a la nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción competente pare que sea ésta la que determine si en su caso concreto se aplicaban o no las normas antiguas o las vigentes y si su transacción era no válida y no intentar alternativamente la acción de tutela, que como mecanismo residual, no está concebida para subsanar las omisiones de los ciudadanos en relación con los medios jurisdiccionales ordinarios. Para la Sala es claro que al tenor del artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no es procedente si existen otros medios judiciales de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. También se reitera que la acción de tutela es un instrumento residual y extraordinario para aquellos casos en los que no exista otro medio de defensa.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 86 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 6 NUMERAL 1

DERECHO A LA IGUALDAD - Sólo se predica entre personas que se encuentran en la misma situación / DERECHO A LA IGUALDAD - Bonificación por compensación

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que la igualdad se predica entre personas que se encuentran en situaciones iguales. Así, en tanto que el actor optó por hacer parte de un régimen salarial distinto al de aquellos cubiertos por la “Bonificación por Compensación”, no puede ahora solicitar este mismo tratamiento ni invocar un trato discriminatorio, sin perjuicio de que al ejercitar los distintos instrumentos jurisdiccionales pueda penetrar en aspectos de legalidad sobre derechos ciertos e incontrovertibles y si en su caso se dieron o no las condiciones para aplicar una u otra prima, aspectos muy distintos al de la igualdad que aquí se invoca. Las múltiples providencias del Consejo de Estado que se han ocupado del tema así como la sentencia SU-037 de 28 de enero de 2009 de la Corte Constitucional, constituyen parámetros jurisprudenciales adecuados para aquellos casos en que funcionarios (o ex funcionarios) de la Rama Judicial han solicitado el reconocimiento de la “Bonificación por Compensación” a través de la acción de tutela.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la bonificación por compensación, Corte Constitucional, sentencia SU-037 de 2009. Sobre la improcedencia de la acción de tutela por pretender dejar sin efectos actos de carácter general, impersonal y abstracto, sentencia SU-037 de 2009, MP. Rodrigo Escobar Gil.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

SALA DE CONJUECES

Conjuez ponente: LUCY CRUZ DE QUIÑONES

Bogotá, D.C., seis (6) de diciembre de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-15-000-2010-02005-01(AC)

Actor: JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZALEZ

Demandado: RAMA JUDICIAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por la Sala de Conjueces de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 18 de noviembre de 2010, mediante la cual negó el derecho de amparo reclamado por el señor JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZALEZ, al invocar la protección de los derechos a la igualdad, a la vigencia de un orden justo, al trabajo e irrenunciabilidad de los derechos mínimos establecidos en normas laborales.

ANTECEDENTES

El señor JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZALEZ, ex Magistrado de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, presentó, a través de apoderado judicial, acción de tutela contra la RAMA JUDICIAL - DIRECCION EJECUTIVA ADMINISTRACION JUDICIAL, por la supuesta violación de los derechos a la igualdad, a la vigencia de un orden justo, al trabajo e irrenunciabilidad de los derechos mínimos establecidos en normas laborales.

Aduce el actor que se desempeñó en su cargo desde el 1° de junio de 2003 hasta la fecha de radicación de la acción de tutela, el 15 de julio de 2010.

Manifiesta que durante su desempeño en el cargo únicamente percibió un salario equivalente al 70 por ciento de lo que perciben los Magistrados de las Altas Cortes, para lo cual se acogió al contrato de transacción propuesto por la Procuraduría General de la Nación, en virtud del Decreto 4040 de 2004.

Señala que la Leyes 10 de 1987 y 63 de 1998, en concordancia con los Decretos 610 y 1239 de 1998, estipulan el pago del 80 por ciento de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados de las Altas Cortes a partir del 1° de enero de 2001.

Considera que un salario del 70 por ciento de lo que perciben los Magistrados de las Altas Cortes, reconocido por parte de la entidad accionada vulnera sus derechos a la igualdad, a la existencia de un orden justo, al trabajo e irrenunciabilidad de los derechos mínimos establecidos en normas laborales, vulneración que deviene de un trato laboral discriminatorio, si se tiene en cuenta que en virtud del Decreto 610 de 1998, existen Magistrados de Tribunales Superiores que devengan el 80 por ciento del sueldo de los Magistrados de Altas Cortes.

En su entender, el trato discriminatorio trasciende el campo de las controversias típicas laborales, no versando sobre una reclamación ordinaria de acreencias laborales, referida a una prima o a un incremento salarial puramente legal, sino que se proyecta sobre el escenario de los derechos fundamentales, dado que la acción se invoca en busca de un derecho fundamental como lo es la igualdad y por consiguiente, al derecho que le asiste a no ser discriminado.

Argumenta que la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos ha señalado que para examinar si se ha presentado o no vulneración del derecho fundamental a la igualdad, no es indispensable la afectación al mínimo vital o a la existencia de un perjuicio irremediable.

Solicita se ordene a las entidades accionadas el pago de la "*Bonificación por Compensación*", equivalente al 80 por ciento de los ingresos laborales que por todo concepto perciben los Magistrados de las Altas Cortes, a la que tiene derecho con carácter permanente, conforme el Decreto 610 de 1998, adicionado por el Decreto 1239 de 1998.

Como fundamento jurídico de su solicitud, cita la sentencia de tutela proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sala de Conjueces, C.P. Augusto Hernández Becerra, del 27 de mayo de 2009, Exp. 25000232500020080021302, providencia en la que se tuteló el derecho a la igualdad al accionante Oscar Maestre Palmera, Magistrado del Tribunal Superior

de Bogotá, quien devengaba el 70 por ciento del salario que perciben los Magistrados de las Altas Cortes.

En cuanto al trámite de la acción, es importante señalar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en pleno, se declaró impedido dado su interés directo en el asunto sub judice, impedimento que fue admitido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado. Seguidamente se asignaron los conjuces respectivos y se admitió la acción.

LA OPOSICION

La Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, a través de la Directora de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal, consideró improcedente la Acción por cuanto no puede amparar erogaciones fiscales, no se ha violado ningún derecho fundamental, no se dan las condiciones de procedibilidad de la Tutela y, las normas sobre gasto público están regidas por marcos constitucionales y legales frente a los cuales la tutela no puede intervenir.

Manifiesta que no se dan las condiciones de procedibilidad que exige la norma superior, artículo 86 de inciso 2°, que expresamente señala que la acción de tutela: “... *solo 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*”, toda vez que el tutelante suscribió un acta de acuerdo, acogiéndose al Decreto 4040 de 2004, con la renuncia a la posibilidad de poder iniciar una nueva acción por las mismas causas de la Bonificación de Compensación del Decreto 610 de 1998, pues la vía de tutela no es el instrumento adecuado para poner a una transacción en tela de juicio, al ser válidamente celebrada, conforme al principio de buena fe. Empero, es dable atacar el acto de transacción ante la jurisdicción ordinaria.

Considera que el debate que se propone tiene otra sede para examinarlo, debatirlo y discutirlo: la acción de nulidad ante la jurisdicción contenciosa administrativa porque envuelve un puro juicio de derecho y legalidad.

Aduce que el Gobierno Nacional se vio en la necesidad de poner fin a una controversia jurídica entre funcionarios, empleados de la Rama Judicial y el Estado, creando la Bonificación de Gestión Judicial mediante el Decreto 4040 de

2004, equivalente solamente a un 70 por ciento del salario de los Magistrados de las Altas Cortes, y para aquellos servidores que se quisieran acoger y que hubiesen iniciado demandas desistieran de las mismas o realizarán Transacciones para efectos de acogerse al Decreto 4040 de 2004 y, los nuevos funcionarios se vinculaban con el nuevo Decreto, lo que trajo como consecuencia que los servidores públicos que no desistieron devengan con la equivalencia del Decreto 610 de 1998, es decir, del 80 por ciento y los que se acogieron al Decreto 4040 de 2004 devengan con equivalencia al 70 por ciento como es el caso del tutelante.

Para la entidad accionada, el Gobierno Nacional con el fin de permitir a quienes iban a optar por la bonificación de actividad judicial prevista en el Decreto 4040 de 2004, les dispuso el tiempo suficiente para realizar un estudio cuidadoso de todos los elementos y futuras consecuencia resultantes de la elección, por lo que los señores Magistrados tuvieron la oportunidad de hacer un análisis cuidadoso de las futuras consecuencias que resultaran de acogerse, o transar libremente la opción, siendo apenas lógico que la decisión se inclinara por la más favorable.

Señala que al accionante no se le paga el 80 por ciento de la bonificación por compensación prevista en el Decreto 610 de 1998, toda vez que encuentra cobijado actualmente por el régimen previsto en el Decreto 4040 de 2004, para lo cual realizó contrato de transacción, y a la fecha no es beneficiario de sentencia ejecutoriada mediante la cual se ordene el pago de la diferencia del 80 por ciento de los ingresos que por todo concepto devengan los Magistrados de Alta Corte, en los términos del Decreto 610 de 1998, que es la norma que contempla la bonificación por compensación, por ser ésta la diferencia derivada de un régimen diferente al de la bonificación de gestión judicial.

La accionada plantea la excepción de falta de legitimación por pasiva, pues la Constitución Política en su artículo 150 numeral 19 ordena al Congreso de la República expedir normas generales o leyes marco para determinados fines. En cumplimiento de ello expidió la Ley 4ª de 1992, que faculta al Gobierno Nacional para expedir el régimen salarial y modificarlo cada año. En estas facultades no participa el Consejo Superior de la Judicatura, ni puede participar por la división del poder que asigna a cada Rama del Poder Público, funciones diferentes e independientes. Por ésta razón, la entidad que represento no puede ser demandada pues es ajena a la expedición del decreto que se demanda.

De igual manera, el ente accionado arguye la excepción de cosa juzgada, toda vez que el actor manifestó su voluntad de acogerse al régimen de la Bonificación de Gestión Judicial, de conformidad con lo señalado en el artículo 2° del Decreto 4040 del 3 de diciembre de 2004, hecho que conllevó a la aplicación del Decreto 4040 de 2004.

Respecto los derechos fundamentales invocados como vulnerados por el accionante, el sujeto pasivo de la acción manifiesta que no existe ninguna violación pues, *“la Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela es procedente para evitar un perjuicio irremediable cuando: - El perjuicio es inminente, es decir, que se producirá indefectiblemente si no opera la protección judicial transitoria; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes; el daño o menoscabo debe ser grave; esto es que una vez que aquel se haya producido es imposible retornar la situación a su estado anterior; y, la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable.”* (Sentencia 225/1993 M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA). El perjuicio irremediable que anuncia el tutelante no tiene argumento o sustento que lo pruebe y la actuación de la administración que supuestamente generó dicho perjuicio, es a todas luces una actuación legal.

Manifiesta que analizada la situación del tutelante, en ningún momento la entidad ha vulnerado en forma alguna los derechos fundamentales invocados, pues la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial paga sus emolumentos salariales al señor JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZALEZ como Magistrado de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, perteneciente al Régimen de Bonificación de Gestión Judicial del Decreto 4040 de 2004 y no puede predicar derecho a la igualdad porque no se encuentra entre iguales, por lo que no le puede endilgar responsabilidad alguna a la Rama Judicial.

Concluye que en el caso sub judice, se trata de dos regímenes diferentes con consecuencias salariales y jurídicas diferentes, de suerte que, lo prohibido constitucionalmente es el trato desigual ante situaciones idénticas, cosa que no ocurre, toda vez que no existe duda en la aplicación del Decreto 4040 del 3 de diciembre de 2004, que regula la bonificación de gestión judicial a la cual el tutelante se acogió libremente y, la Administración siempre ha dado cabal cumplimiento al ordenamiento jurídico vigente, en consideración a que son los jueces en sus respectivos fueros, los que pueden modificar o interpretar la ley.

Considera, que si el Decreto 4040 de 2004 de Bonificación de Gestión Judicial está vulnerando algún derecho, con el reconocimiento del 70 por ciento, debe ser demandado ante lo Contencioso Administrativo y no pretender por acción de tutela una nivelación salarial equivalente al 80 por ciento que consagra el Decreto 610 de 1998 de Bonificación por Compensación.

La accionada fundamenta la contestación de la acción en la Sentencia de Unificación SU-037 de 2009, proferida por la Corte Constitucional, a través de la cual adoptó la decisión de negar la acción de Tutela en los casos de inaplicación del Decreto 4040 de 2004 y la aplicación del Decreto 610 de 1998.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala de Conjuces de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través del fallo impugnado, fechado a 18 de noviembre de 2010, resolvió negar los derechos invocados en la acción de tutela impetrada por el señor JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZALEZ.

Manifiesta el a quo que la acción de tutela, como unívocamente se ha venido desarrollando en los variados desarrollos jurisprudenciales de orden constitucional, producidos por las Altas Corporaciones, presenta un carácter residual determinado en últimas por el hecho de que su procedencia se halle normativamente circunscrita por los límites y contenidos de las demás acciones y medios judiciales al alcance del individuo.

Señala el Tribunal, que el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela impone al Juez Constitucional, la obligación de valorar previamente los requisitos de procedencia de la misma, de forma tal que de ser positivo el resultado de esta valoración; pueda luego adentrarse en el fondo de la actuación impugnada para verificar si en efecto la autoridad pública o el particular accionados; incurrieron en una amenaza o en la vulneración de derechos fundamentales, como condición necesaria, para decidir en torno al amparo deprecado.

Frente a las excepciones planteadas, las Sala de Conjuces en primera instancia consideró que no existe falta de legitimación por pasiva por parte de la Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, toda vez que de manera

alguna se está accionando en procura de lograr una producción normativa para subsanar una situación particular del impugnante, sino para tratar de corregir un trato discriminatorio derivado de la inaplicación de un régimen salarial en el caso particular.

En cuanto a las excepciones de cosa juzgada y de falta de causa para tutelar, tampoco las encontró probadas, pues toma en consideración que el contenido tanto de una como de la otra, tocan con el debate de constitucionalidad respecto a vulneración de derechos fundamentales, que habilitan la utilización de la acción pública bajo examen sin ninguna cortapisa.

El argumento principal del Tribunal para negar la tutela de los derechos invocados es el carácter subsidiario de la tutela frente al tema de la renuencia de los mecanismos judiciales ordinarios que pudiesen utilizarse para garantizar la protección de los derechos fundamentales reclamados, primero por haber existido esos mecanismos judiciales ordinario, por haberse presentado el desistimiento a ellos de que hubiera hecho el accionante, lo que no habilita la acción de tutela sin que se enerven los principios de subsidiariedad y residualidad y, en segundo lugar, porque si el reparo para oponerse a la anterior consideración, llega a ser que ese desistimiento de las acciones es inconstitucional, tal como lo anotó la Corte Constitucional, ese sería el primer punto a debatir ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Concluyó el a quo, que dado que la acción de tutela no fue instituida como una herramienta judicial destinada a desplazar los mecanismos judiciales ordinarios de defensa, sino que es un mecanismo extraordinario, excepcional y residual, creado exclusivamente para la protección constitucional de los derechos fundamentales, la declaró improcedente.

LA IMPUGNACION

El señor JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZALEZ, por intermedio de apoderado, impugnó la sentencia proferida por la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, reiterando los argumentos esgrimidos en el escrito de la acción.

Destaca el impugnante que el a quo no tuvo en cuenta la jurisprudencia actual del Consejo de Estado relacionada con el asunto del Magistrado OSCAR MAESTRE PALMERA, la cual sentó las bases del reconocimiento de lo dejado de devengar en relación con el 80 por ciento de lo que devenguen los Magistrados de las Altas Cortes, sin que sea de relevancia para el presente caso debatir el aspecto concerniente a la inmediatez ya que como de manera reiterativa lo ha expuesto la Corte Constitucional, al surgir un nuevo precedente jurisprudencial nace para los interesados la oportunidad de reclamar la protección de sus derechos fundamentales a partir de ese momento y no antes, pues no existía fundamento jurídico que soportara dicha actuación.

CONSIDERACIONES

Esta Sala de Conjuces es competente debido a que los Magistrados de la Sección Cuarta del Consejo de Estado se declararon impedidos porque los Magistrados Auxiliares de sus respectivos despachos están en la misma situación del solicitante y les asiste el mismo interés. Los impedimentos fueron declarados fundados por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y se ordenó el sorteo de Conjuces en la Sección Cuarta. El sorteo se realizó el 27 de mayo de 2011 y, de los designados aceptaron 2 la postulación, quedando así conformada la Sala de Decisión.

No se observa en el expediente vicio alguno en el trámite de la acción constitucional susceptible de conducir a la anulación de todas o algunas de las actuaciones cumplidas a lo largo del proceso.

El problema jurídico a resolver gira en torno a determinar la procedencia de la acción de tutela para tutelar al accionante la supuesta vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad (art. 13 C.P.), la vigencia de un orden justo (art. 2 C.P.), al trabajo (art. 25 C.P.) y a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales (art. 53 C.P.), como consecuencia de la aplicación del Decreto 4040 de 2004 de Bonificación Judicial, por parte de la Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial e inaplicación del Decreto 610 de 1998 de Bonificación por Compensación, adicionado por el Decreto 1239 de 1998. Lo anterior, teniendo en cuenta que el accionante suscribió contrato de Transacción en virtud del Decreto 4040 de 2004.

A fin de determinar la procedencia de la acción de tutela, la Sala de Conjuces analizará la situación fáctica narrada en los antecedentes, para determinar si podía ser resuelta por otra vía procesal.

El caso versa sobre el régimen salarial de los Magistrados de Tribunales y otros servidores de la Rama Judicial y del Ministerio Público, según el sistema de homologación de cargos de la función judicial, acorde con un régimen normativo que sufrió diversas modificaciones en el tiempo, frente al cual el accionante reclama la violación de sus derechos fundamentales. Adicionalmente, el accionante manifiesta que se tenga en cuenta un pronunciamiento de la Sala de Conjuces, de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en un caso similar, en el que tuteló los derechos del accionante.

La Ley 4ª de 1992 estableció los parámetros que debe seguir el Gobierno Nacional para la fijación de los salarios de los empleados de las ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial, determinando en los primeros artículos los destinatarios de la norma y los principios bajo los cuales se debe regir el esquema salarial público.

En desarrollo de la Ley 4ª de 1992 fue proferido el Decreto 610 de 1998, mediante el cual se creó la “Bonificación de Compensación”, con el fin de superar la desigualdad salarial existente entre los Magistrados de los Tribunales y otros funcionarios, frente a los Magistrados de Altas Corporaciones. De conformidad con la norma, se preveía un incremento gradual de los salarios de los Magistrados de Tribunales y funcionarios equivalentes, de la siguiente forma: una remuneración correspondiente al 60 por ciento de todos los ingresos laborales de los Magistrados de las Altas Cortes, para la vigencia fiscal de 1999, el 70 por ciento para el año 2000 y el 80 por ciento a partir del año 2001.

De igual manera, el ejecutivo de acuerdo con las facultades otorgadas en la Ley 4ª de 1992, expidió el Decreto 2668 de 1998, norma que derogó el Decreto 610 de 1998, al considerar que el incremento salarial consagrado en éste último Decreto superaba las metas macroeconómicas del país vigentes en su momento. Por ende, el Ejecutivo consideró que la “Bonificación por Compensación” vulneraba el literal h) del artículo 2º de la precitada ley, que ordena al Gobierno a sujetarse al marco general de la política macroeconómica y fiscal del régimen salarial de los destinatarios de la norma.

No obstante, el Decreto 2668 de 1998 fue declarado nulo por la Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado, mediante sentencia del 25 de septiembre de 2001, fecha a partir de la cual la “Bonificación por Compensación” recobró vigencia.

El 3 de diciembre de 2004, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 4040 de 2004, a través del cual fue creada la “Bonificación por Gestión Judicial”, que fijó una remuneración permanente que sumada a la asignación básica y demás ingresos laborales ha de corresponder al 70 por ciento de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados de las Altas Cortes. El artículo 1° del Decreto establece lo siguiente:

“Artículo 1°. A partir de la vigencia del presente Decreto, créase una Bonificación de Gestión Judicial, con carácter permanente, que sumada a la asignación básica y demás ingresos laborales iguale al setenta por ciento (70 por ciento) de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados de las Altas Cortes, para los funcionarios de la Rama Judicial, incluida la Fiscalía General de la Nación, y el Ministerio de Defensa Nacional, que a partir de la misma fecha se vinculen al servicio en los empleos que se señalan a continuación:

Magistrados de Tribunal y Consejo Seccional

Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar

Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes

Abogados Asistentes y Abogados Auxiliares del Consejo de Estado
Fiscales Delegados ante Tribunales de Distrito Fiscales Auxiliares ante la Corte Suprema de Justicia

Directores Ejecutivos Seccionales de Administración Judicial

Secretarios Generales de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional y Secretario Judicial del Consejo Superior de la Judicatura

Igualmente, tendrán derecho a esta Bonificación de Gestión Judicial quienes ingresen, con posterioridad a la publicación de este Decreto, a la Procuraduría General de la Nación, en empleos en los que actúen de manera permanente como Agentes del Ministerio Público ante los Magistrados de Tribunal a que se refiere el presente artículo.

La Bonificación de Gestión Judicial, pagadera mensualmente, solo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y hará parte integral del ingreso base de liquidación debiendo cotizarse mensualmente sobre lo devengado, incluyendo esta Bonificación.

Para tener derecho a la Bonificación de Gestión Judicial, de que trata el presente artículo, los servidores deberán reunir los requisitos constitucionales, legales y reglamentarios para ejercer el respectivo cargo.

Parágrafo 1°. Los funcionarios descritos en el presente artículo, tendrán derecho a percibir única y exclusivamente la Bonificación de Gestión Judicial en los términos del presente artículo, la cual es incompatible para todos los efectos con la Bonificación por Compensación.

Parágrafo 2°. La Bonificación de Gestión Judicial no podrá hacerse extensiva, ni se tendrá en cuenta, para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de cualquiera de las ramas del poder público, organismos o instituciones del sector público.”(Negrillas fuera del texto original).

Por su parte el artículo 2° del Decreto 4040 consagra:

“Artículo 2°. Podrán optar al reconocimiento y pago de la Bonificación de Gestión Judicial, a que se refiere el artículo anterior, los servidores de la Rama Judicial, incluida la Fiscalía General de la Nación, y del Ministerio de Defensa Nacional, que con

anterioridad a la publicación del presente Decreto se encontraban desempeñando los empleos de Magistrados de Tribunal Nacional de Orden Público, Fiscales Delegados ante Tribunal Nacional, Magistrados de Tribunal y Consejo Seccional, Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes, Abogados Asistentes y Abogados Auxiliares del Consejo de Estado, Fiscales Delegados ante Tribunales de Distrito, Fiscales Auxiliares ante la Corte Suprema de Justicia, Directores Ejecutivos Seccionales de Administración Judicial, Secretarios Generales de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional y Secretario Judicial del Consejo Superior de la Judicatura y los servidores de la Procuraduría General de la Nación que actúan de manera permanente como agentes del Ministerio Público ante los Magistrados de Tribunal, siempre y cuando se encuentren en una de las siguientes situaciones:

a) Quienes han iniciado acciones judiciales relacionadas con la Bonificación por Compensación y desistan de sus pretensiones, renunciando expresamente a la posibilidad de iniciar nuevamente acciones, en los términos del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil;

b) Los que no han efectuado tales reclamaciones y suscriban contratos de transacción para precaver litigios futuros relacionados con la Bonificación por Compensación.

Parágrafo 1°. A efectos de acogerse al régimen de Bonificación de Gestión Judicial, los servidores que se encuentran en las situaciones previstas en el presente artículo deberán manifestar por una sola vez, antes del 31 de diciembre de 2004, por escrito ante la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, o la Fiscalía General de la Nación o la Procuraduría General de la Nación, o el Ministerio de Defensa Nacional, según el caso, su voluntad de optar a dicho régimen, aportando copia del contrato de transacción debidamente suscrito entre las partes (beneficiario-nominador), o copia del memorial en el

que se presenta el desistimiento radicado ante la respectiva autoridad judicial con nota de presentación personal.

La opción contenida en el presente artículo se hará efectiva una vez se aporte copia del auto ejecutoriado por medio del cual se acepta el desistimiento.

Se entiende, únicamente para los efectos del presente decreto, que la Nación a través de las entidades que se encuentran demandadas en cada uno de los procesos, coadyuvan los desistimientos presentados por los demandantes con ocasión de lo previsto en el presente artículo.

Parágrafo 2°. La Bonificación de Gestión Judicial tendrá efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2004 y es incompatible con la Bonificación por Compensación, que hasta la fecha de expedición del presente Decreto se viene reconociendo a los servidores citados en el presente artículo.

Para efectos de la liquidación y pago de la Bonificación de Gestión Judicial para el año 2004 y hasta cuando se haga efectiva la opción, se restará lo percibido por concepto de Bonificación por Compensación.

En el lapso transcurrido entre el 1° de enero de 2004, y el momento en que se haga efectiva la opción libre y expresa de acogerse al régimen de Bonificación de Gestión Judicial, no se causarán intereses ni indexación.

Parágrafo 3°. También podrán optar por la Bonificación de Gestión Judicial, aquellos funcionarios que sin desempeñar alguno de los cargos enunciados en el presente artículo, a la entrada en vigencia de este decreto devengaban la "Bonificación por Compensación", siempre y cuando se encuentren en una de las situaciones descritas en los literales a y b de este artículo y cumplan con la totalidad de los requisitos establecidos para el efecto.

Dicha Bonificación de Gestión Judicial la percibirán sólo mientras permanezcan en dichos cargos." (Negrillas fuera del texto original).

La norma reglamentaria estableció claramente que quienes optaran por acogerse a lo previsto en el Decreto 4040 de 2004, debían desistir de las acciones jurisdiccionales iniciadas con la pretensión de cobrar la “Bonificación por Compensación”, y renunciar expresamente a la posibilidad de iniciar nuevas acciones, en los términos del artículo 342 del C.P.C., bajo el entendido de que las dos bonificaciones son excluyentes.

En el caso del señor JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZALEZ, quien ingresó a la Rama Judicial el 1º de junio de 2003 para ocupar el cargo Magistrado de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fue el mismo accionante quien, acogiendo el literal b) del artículo 2º del Decreto 4040 de 2004 tomó la decisión de transar con la finalidad de beneficiarse del régimen alternativo de “Bonificación de Gestión Judicial”, elección libre que al haber quedado en manos del interesado no es materia de escrutinio a través de la acción de tutela.

Desde otra perspectiva, si se entendiera que el accionante está cuestionando la legalidad y el contenido del Decreto 4040 de 2004, que estableció la “Bonificación de Gestión Judicial” y su incompatibilidad con la Bonificación por Compensación, la acción de tutela tampoco es el mecanismo idóneo para examinar las fuentes formales de un determinado régimen salarial y prestacional o para modificar en concreto el de uno de los miembros de la Rama Judicial, a quienes les es fijada su remuneración por el Gobierno Nacional mediante Decreto Reglamentario, que se fundamenta en la Ley 4ª de 1992. Toda glosa de legalidad o de constitucionalidad sobre el régimen, o sobre la exigencia de transacción debe ser tratada en acción simple de nulidad contemplada en el artículo 84 del C.C.A, o para el caso particular en acción de nulidad y restablecimiento del derecho que trata el artículo 85 del C.C.A.

En el presente asunto se vislumbra que el accionante funda sus reparos en la inconformidad con el régimen alternativo porque considera que alienta una renuncia inadmisibles de derechos, luego entonces debió acudir a las acciones judiciales ordinarias para cuestionar la legalidad del Decreto Reglamentario bajo el cual se ampara el régimen salarial al que pertenecía, o a la nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción competente pare que sea ésta la que determine si en su caso concreto se aplicaban o no las normas antiguas o las vigentes y si su transacción era no válida y no intentar alternativamente la acción

de tutela, que como mecanismo residual, no está concebida para subsanar las omisiones de los ciudadanos en relación con los medios jurisdiccionales ordinarios.

Para la Sala es claro que al tenor del artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no es procedente si existen otros medios judiciales de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. También se reitera que la acción de tutela es un instrumento residual y extraordinario para aquellos casos en los que no exista otro medio de defensa.

Esta tesis del Consejo de Estado ha sido acogida por la H. Corte Constitucional en jurisprudencia que constituye un precedente constitucional vinculante para los demás falladores (Sentencia SU 037 de 2009 M.P. Rodrigo Escobar Gil). Dicha sentencia al juzgar acciones similares a la presente, precisamente manifiesta la improcedencia de la acción de tutela por pretender dejar sin efectos actos de carácter general, impersonal y abstracto, a través de acciones constitucionales como la de tutela, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a la defensa de los derechos fundamentales de los individuos, mientras que para la discusión de la legalidad de los actos administrativos como el Decreto 4040 de 2004, ha sido prevista la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del CCA. Esa acción es el mecanismo judicial idóneo y específico con que cuentan los accionantes para dejar sin efectos el Decreto 4040 de 2004, y dilucidar una controversia especialmente compleja, ajena al trámite de la tutela. Tampoco encuentra la Corte justificación alguna para perseguir amparos cuando el ordenamiento procesal prevé otro tipo de actuaciones complementarias de naturaleza administrativa y judicial, específicamente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del CCA si lo que se pretende es que se aplique el régimen del Decreto 610 de 1998.

En relación con el derecho a la igualdad, y en línea con la concurrencia de regímenes laborales expuesta en líneas precedentes, **se hace palmaria la existencia de un sustento jurídico, concretamente el decreto reglamentario 4040 de 2004, que justifica la diferencia entre el salario percibido por el accionante y otros funcionarios del mismo nivel de la Rama Judicial.** Se trata de una decisión general por parte del Gobierno Nacional, en ejercicio de facultades concedidas por el Congreso, de establecer dos regímenes salariales

distintos para este tipo de funcionarios, al que podía accederse por decisión autónoma en el caso de los más antiguos- que no demandaron o desistieron de sus demandas y que suscribieron los contratos de transacción de que trata el decreto- o por vinculación al servicio con posterioridad a la vigencia del decreto.

Siendo el Decreto 4040 de 2004 claro al establecer la existencia del régimen salarial denominado “*Bonificación por Gestión Judicial*”, y siendo que fue voluntad del señor JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZALEZ pertenecer a este régimen salarial, esta Sala encuentra que la diferencia del 10 por ciento entre su salario y otros funcionarios de su mismo nivel dentro de la Rama Judicial no supone la violación de su derecho fundamental a la igualdad.

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que la igualdad se predica entre personas que se encuentran en situaciones iguales. Así, en tanto que el señor JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZALEZ optó por hacer parte de un régimen salarial distinto al de aquellos cubiertos por la “*Bonificación por Compensación*”, no puede ahora solicitar este mismo tratamiento ni invocar un trato discriminatorio, sin perjuicio de que al ejercitar los distintos instrumentos jurisdiccionales pueda penetrar en aspectos de legalidad sobre derechos ciertos e incontrovertibles y si en su caso se dieron o no las condiciones para aplicar una u otra prima, aspectos muy distintos al de la igualdad que aquí se invoca.

Las múltiples providencias del Consejo de Estado que se han ocupado del tema así como la sentencia SU-037 de 28 de enero de 2009 de la Corte Constitucional, constituyen parámetros jurisprudenciales adecuados para aquellos casos en que funcionarios (o ex funcionarios) de la Rama Judicial han solicitado el reconocimiento de la “*Bonificación por Compensación*” a través de la acción de tutela.

Si bien la jurisprudencia sentada en el caso del señor Oscar Maestre Palmera el 27 de mayo de 2009, por una Sala de conjueces de la Sección Quinta opta por una solución diferente, no es la jurisprudencia dominante en esta Corporación, no se refiere a la sentencia unificadora de la Corte Constitucional y su tesis ha sido controvertida por otras providencias, de manera que solo tiene efectos *inter partes*. En efecto, se han proferido múltiples providencias coetáneas y posteriores a la citada por el actor, pero en el mismo sentido de la sentencia unificadora de la Corte, para sentar la tesis de que no es la vía de la tutela la adecuada para

obtener una revisión de sus derechos laborales y, adicionalmente tampoco existe violación al derecho de igualdad cuando se trata de situaciones diversas, ni de la vigencia del orden justo o irrenunciabilidad de los derechos laborales cuando existe un acto general que ampara la situación que motiva la queja, acto que no ha sido suspendido ni anulado por el Consejo de Estado.¹

En consecuencia, la aplicación y legalidad de actos de carácter general, impersonal y abstracto merece ser evaluada y juzgada por los mecanismos judiciales previstos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y no ante el juez de tutela, pues la naturaleza misma de los actos administrativos presume su legalidad, y su cumplimiento o ejecución, cuando se los califica de materialmente inconveniente para los destinatarios, no puede ser juzgada como violatoria de derechos fundamentales.

No observa la Sala entonces que los derechos constitucionales fundamentales del accionante hayan sido vulnerados o se encuentren amenazados cuando ha recibido una asignación del 70 por ciento de lo que le corresponde a los Magistrados de las Altas Cortes, de manera que tampoco se advierte y no está probado que exista un perjuicio irremediable o que se atente contra la asignación mínima y vital, para la procedencia del amparo solicitado.

Por las razones anotadas la tutela no está llamada a prosperar y se confirma la decisión de primera instancia.

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

Radicación No.15001-23-31-000-2007-00569 Conjuez Ponente MAURICIO A. PLAZAS VEGA, doce (12) de febrero de 2009. Radicación: 2500 23 15000-2007 02710 02, Conjuez Ponente. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS, veintiuno (21) de mayo de 2009... Radicación No.68001231500020070036301 Conjuez Ponente: Lucy Cruz de Quiñones, once (11) de junio de 2009. Radicación No.19001-23-31-000-2008-0213-02 Conjuez Ponente Dr. NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA once (11) de junio de 2009. Conjuez Ponente: GINA MAGNOLIA RIAÑO BARÓN, once (11) de junio de 2009 Radicación: 25000-23-15-000-2008-00471-02. Radicación: 18001 23 31 000 2007 0232-02 Conjuez Ponente: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS., veintitrés (23) de junio de 2009. Exp. 13001-23-31-000-2008-00060-02. Conjuez Ponente: JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA,, 23 de junio de dos mil nueve (2009). Radicación: 50001-23-31-000-2008-00230-02. Conjuez Ponente MAURICIO A. PLAZAS VEGA, quince (15) de julio de 2009. EXPEDIENTE N.º : 15001-23-31-000-2009-00159-02CONJUEZ PONENTE: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE , veintidós (22) de junio de dos mil diez (2010). Radicación: 27001233100020080017502Conjuez Ponente: LUCY CRUZ DE QUIÑONES veinticinco (25) de marzo de 2010.Rad. 70001-23-31-000-2008-00068-02Conjuez Ponente HERNANDO YEPES ARCILA. 10 de marzo de 2010.

FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por la Sección Primera, Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 18 de noviembre de 2010.

SEGUNDO: Denegar las pretensiones contenidas en la tutela instaurada por el señor JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZALEZ.

TERCERO: Remítase este expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

CUARTO: COPIESE, NOTIFIQUESE y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

LUCY CRUZ DE QUIÑONES
Conjuez - Ponente

HERNAN ALBERTO GONZALEZ PARADA
Conjuez

LUIS MIGUEL GOMEZ SJOBERG
Conjuez

ENRIQUE MANOSALVA AFANADOR
Conjuez