

TUTELA EN FORMA TRANSITORIA – Requisitos

Considera la Sala que si bien el actor cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como medio judicial idóneo para controvertir el acto administrativo que lo retiró del servicio, la consecuencia de dicho acto es la desvinculación del cargo de Magistrado de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por lo que tal acción resulta ineficaz y en consecuencia corresponde analizar si la acción de tutela procede en forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable, para lo cual se entrara a verificar si en el presente caso el actor cumple con los requisitos esenciales para su procedencia como son la urgencia, la inminencia, la gravedad y la impostergabilidad

TUTELA – Improcedente si se tuvo al alcance la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto demandado

En consecuencia, advierte la Sala que no se cumplen los requisitos para que la presente acción proceda en forma transitoria y para desvirtuar la legalidad de la Resolución No. PSAR07-619 de 19 de diciembre de 2007, por medio de la cual fue retirado del servicio y su confirmatoria la No. PSAR08-49 de marzo de 2008 del Consejo Superior de la Judicatura, el actor tuvo a su alcance la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, en la que pudo solicitar la suspensión provisional de dicho acto administrativo. Significa que la acción de tutela se torna improcedente frente a la existencia de otro medio de defensa judicial idóneo para lograr la protección efectiva, cierta y concreta de los derechos invocados, el cual no fue utilizado por el señor LUIS HUMBERTO OTALORA MESA

TUTELA – No es el mecanismo para calificar si en desvinculación de funcionario se presentó justa causa / TUTELA – No es un mecanismo alternativo sino residual y subsidiario

La tutela no es el mecanismo para calificar si la desvinculación del accionante se presentó o no por una justa causa, pues, como se indicó, el acto administrativo por el cual fue retirado del servicio como Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja puede ser cuestionado mediante el ejercicio de la acción respectiva. Igualmente debe la Sala reiterar que la acción de tutela no puede ser considerada como un mecanismo alternativo para lograr la protección de los derechos, pues como se ha dicho en múltiples ocasiones es un mecanismo residual y subsidiario, es decir que sólo procede cuando no existan otros recursos o medios de defensa judicial

que permitan hacer valer las pretensiones de los afectados, salvo que se utilice como mecanismo transitorio.

Nota de relatoría: DECRETO 2591 DE 1991, ARTICULO 6

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2009).

Radicación número: 25000-23-15-000-2008-01048-01

Actor: **LUIS HUMBERTO OTALORA MESA**

Referencia: Acción de Tutela

Impugnación contra la providencia de 7 de noviembre de 2008 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda –Subsección B.

F A L L O

Decide la Sala la impugnación presentada por el accionante contra la providencia de 7 de noviembre de 2008 proferida por la Sección Segunda - Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se rechazó por improcedente el amparo solicitado.

ANTECEDENTES

El señor LUIS HUMBERTO OTALORA MESA, en nombre propio, instauró acción de tutela contra el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa y la Corte Suprema de Justicia, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la defensa, al buen nombre, al trabajo y al trato digno.

De la lectura del escrito de tutela se advierten como hechos relevantes que dieron origen a la presente acción los siguientes:

Prestó sus servicios a la Rama Judicial por más de 34 años como Juez y luego como Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el período de 1974 a 2008.

Indica que para el 1º de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad y llevaba más de 15 años trabajando en la Rama Judicial.

Mediante Resolución No. 292 de 16 de mayo de 1990 proferida por el Consejo Superior de la Judicatura se ordenó la inscripción de su nombre en carrera judicial en el cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

El 19 de diciembre de 2007, mediante Resolución No. PSAR07-619, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, ordenó su retiro, decisión que le fue notificada el 3 de marzo de 2008.

Contra la anterior decisión interpuso recurso de reposición el cual fue decidido negativamente mediante Resolución No. PSAR08-49 de 25 de marzo de 2008, decisión que le fue notificada el 21 de abril de 2008.

Sostiene que no obstante haber impugnado la decisión y no habersele notificado la decisión, el Consejo Superior de la Judicatura procedió a pedirle a la Corte Suprema de Justicia el nombramiento de su reemplazo, lo cual ocurrió el 27 de marzo de 2008 del presente año.

Considera que al emitir la resolución que ordenó su retiro se violó abiertamente el debido proceso administrativo y se incurrió en vías de hecho que afectaron sus derechos fundamentales.

Manifiesta que el Consejo de Estado ya se pronunció sobre la legalidad de los Acuerdos en que se fundó el Consejo para su retiro, en consecuencia, la acción de tutela se torna en la única vía para proteger sus derechos fundamentales.

Finalmente advierte que su retiro se dio con ocasión de la inclusión de su nombre en la nómina de pensionados de la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL a petición del Consejo Superior de la Judicatura, lo cual no le fue notificado.

Solicita el amparo de los derechos invocados y en consecuencia se declare la nulidad de toda la actuación administrativa adelantada por el Consejo Superior de la Judicatura que culminó con su retiro del servicio.

Tramite de la acción.

La demanda se presentó ante la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado quien se declaró incompetente para conocer de la misma por estar dirigida contra la Corte Suprema de Justicia y en consecuencia, la

remitió a la Sala Laboral de dicha Corporación, quien la tramitó en primera instancia. No obstante, al ser remitida a la Sala de Decisión de Tutelas de la Corte Suprema de Justicia para conocer de la impugnación, el doctor Javier Zapata Ortiz, Magistrado Ponente de la mencionada Sala, propuso conflicto negativo de competencias al considerar que en el presente caso la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia se asimila a una autoridad pública de orden nacional que actúa como autoridad administrativa y en consecuencia conforme a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil se debe ordenar el envío de la actuación al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por lo que decretó la nulidad de la actuación a partir del auto por el cual esa corporación avocó el conocimiento de la acción, ordenando el envío de las diligencias al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien mediante auto de 22 de octubre de 2008 avocó el conocimiento de la presente acción de tutela y ordenó notificar a las partes.

LA OPOSICIÓN

- El doctor Francisco Javier Ricaurte Gómez, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, se opuso a las pretensiones de la presente acción y señaló que la misma resulta improcedente al existir otros medios de defensa judicial para controvertir el acto administrativo por medio del cual el actor fue retirado del servicio.

Agrega que el retiro del actor se dio en aplicación legal del artículo 130 del Decreto 1660 de 1978 concordante con el artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y que en atención al acto de desvinculación la Sala Plena de la Corporación el 27 de marzo de 2008, Acta No. 11, eligió a la doctora Maria Romero Silva como Magistrada de la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito de Tunja.

Sostiene que no es cierto la afirmación del accionante en el sentido de que el nombramiento de la doctora Romero Silva se produjo con anterioridad a su retiro, ya que el mismo se efectuó con posterioridad a la expedición del acto de retiro que confirmó su desvinculación, en consecuencia, no se puede predicar la vulneración de derecho fundamental alguno, por cuanto las actuaciones de la Corte Suprema de Justicia se ciñeron estrictamente a los parámetros fijados por el ordenamiento jurídico.

- El Director de la Unidad de Administración de la Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, solicitó negar la acción de tutela al advertir que la misma no es el mecanismo idóneo para decidir sobre lo demandado por el accionante.

Precisó que la Resolución No. PSAR07-619 de 19 de diciembre de 2007, mediante la cual se dispuso el retiro del servicio del señor LUIS HUMBERTO OTALORA MESA, adquirió firmeza y está debidamente ejecutoriada, dado que por Resolución No. PSAR08-49 del 25 de marzo de 2008, se confirmó dicha decisión al resolver el recurso de reposición interpuesto, acto administrativo notificado el 21 de abril de 2008.

Agregó que el tutelante trabajó hasta el 31 de marzo de 2008 y la Corte Suprema de Justicia, en sesión ordinaria celebrada el 27 de marzo de 2008, designó en encargo y provisionalidad a la doctora Maria Romero Silva, en su reemplazo, quien se posesionó el 1º de abril siguiente y la lista para proveer la vacante en propiedad se conformó por Acuerdo PSAA08-5028 del 25 de agosto de 2008 y se remitió la Corte Suprema de Justicia, para el efecto.

Señala que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió las resoluciones objeto de la presente acción de tutela en ejecución de los reglamentos de la causal de retiro, entre ellos el Acuerdo 1911 de 2003, el cual fue demandado en acción de nulidad utilizando entre otros argumentos la necesidad de solicitar el consentimiento del servidor judicial a retirar y en sentencia de 27 de octubre de 2008 el Consejo de Estado señaló que la administración tiene la facultad de retirar en forma unilateral al empleado o funcionario que haya cumplido los requisitos de jubilación, tenga reconocida la pensión correspondiente y haya sido incluido en nomina para el pago de las mesadas correspondientes.

Sostiene que el actor no demostró que la Resolución PSAR07-619 de 19 de diciembre de 2007 le esté causando un perjuicio irremediable y además, la entidad administradora de pensiones le reconoció derecho a la pensión, el cual se encuentra disfrutando ya que fue incluido en nómina de pensiones a partir del 22 de marzo de 2008, lo cual descarta el perjuicio derivado de ser desvinculado del cargo de Magistrado.

- El Profesional Universitario de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, solicita que se niegue la presente acción por improcedente, toda vez que el derecho al trabajo no comporta el derecho a permanecer de forma vitalicia en un empleo y consecuente con ello, el legislador tiene libertad para reglamentar las causales de retiro y la administración para ejercer la facultad de ordenar el retiro.

Agrega que en el presente caso el derecho a la seguridad social está garantizado con el reconocimiento efectivo de la pensión del actor y el hecho de que no habrá solución de continuidad entre la cesación de funciones y la inclusión en nómina.

Finalmente, sostiene que no se violó el debido proceso por cuanto la competencia y las condiciones necesarias para la expedición del acto se respetaron a plenitud.

EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección B, mediante providencia de 7 de noviembre de 2008, rechazó por improcedente la acción de tutela invocada por el actor al advertir sobre la existencia de otro medio de defensa judicial, que para el caso, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Agregó que el control de legalidad que hizo el Consejo de Estado al Acuerdo 1911 de 2003 no convierte en ineficaz el control de los actos administrativos de carácter particular que se hayan proferido al amparo de dicho Acuerdo por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ya que una cosa es el control objetivo de la legalidad del acto general y otra el control subjetivo de los actos particulares.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante inconforme con la decisión de primera instancia la impugnó e insistió en los argumentos expuestos en el escrito de tutela.

Manifiesta que lo que busca con la acción de tutela es que el juez constitucional revise y se pronuncie sobre si el trato que recibió del Consejo Superior de la Judicatura para retirarlo del servicio, es congruente con las

garantías constitucionales o por el contrario lesiona su dignidad como ser humano, su reputación y su buen nombre, fruto de la judicatura por más de 34 años, con discreción, lealtad, pulcritud y eficiencia.

TRAMITE PREVIO

Una vez concedido el recurso de impugnación por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda –Subsección B y realizado el correspondiente reparto en esta Corporación, le correspondió conocer de la presente acción al doctor Héctor Romero Díaz, quien mediante auto de 15 de diciembre de 2008 manifestó encontrarse impedido para intervenir en el presente asunto por estar incurso en la causal contenida en el numeral 5° del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal.

El impedimento fue decidido el 5 de febrero de 2009 por la Sección Cuarta de esta Corporación en el sentido de declararlo fundado y en consecuencia el doctor Héctor romero Díaz fue separado del conocimiento del asunto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional se reglamenta mediante el Decreto 2591 de 1991 que en el artículo 1° establece: " **Toda persona** tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, **la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales**, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que

señala este decreto", **la cual procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial**, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Mediante el ejercicio de la presente acción y con el fin de darle protección a los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la defensa, al buen nombre, al trabajo y al trato digno, la parte actora pretende en concreto que se declare la nulidad de toda la actuación administrativa adelantada por el Consejo Superior de la Judicatura que culminó con el retiro del servicio.

Considera la Sala que si bien el actor cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como medio judicial idóneo para controvertir el acto administrativo que lo retiró del servicio, la consecuencia de dicho acto es la desvinculación del cargo de Magistrado de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por lo que tal acción resulta ineficaz y en consecuencia corresponde analizar si la acción de tutela procede en forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable, para lo cual se entrara a verificar si en el presente caso el actor cumple con los requisitos esenciales para su procedencia como son la urgencia, la inminencia, la gravedad y la impostergabilidad.

Según lo expuesto, a folios 233 a 238 del expediente, encuentra la Sala que el señor LUIS HUMBERTO OTALORA MESA está incluido en la nomina general de pensionados desde el mes de mayo de 2008 y recibe por concepto de pensión el valor de \$ 10'901.132.38.00 lo cual permite establecer que su situación no se encuentra gravemente perturbada y por ende no puede predicarse la afectación del derecho al mínimo vital.

En consecuencia, advierte la Sala que no se cumplen los requisitos para que la presente acción proceda en forma transitoria y para desvirtuar la legalidad de la Resolución No. PSAR07-619 de 19 de diciembre de 2007, por medio de la cual fue retirado del servicio y su confirmatoria la No. PSAR08-49 de marzo de 2008 del Consejo Superior de la Judicatura, el actor tuvo a su alcance la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la que pudo solicitar la suspensión provisional de dicho acto administrativo. Significa que la acción de tutela se torna improcedente frente a la existencia de otro medio de defensa judicial idóneo para lograr la protección efectiva, cierta y concreta de los derechos invocados, el cual no fue utilizado por el señor LUIS HUMBERTO OTALORA MESA.

En efecto, la tutela no es el mecanismo para calificar si la desvinculación del accionante se presentó o no por una justa causa, pues, como se indicó, el acto administrativo por el cual fue retirado del servicio como Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja puede ser cuestionado mediante el ejercicio de la acción respectiva.

El artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, en relación con la existencia de otro medio de defensa judicial, establece:

“Artículo 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

*1. Cuando existan **otros recursos o medios de defensa judiciales**, salvo que aquella 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. Se entiende por irremediable el perjuicio que solo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización.” (negrilla fuera de texto)

Igualmente debe la Sala reiterar que la acción de tutela no puede ser considerada como un mecanismo alternativo para lograr la protección de los derechos, pues como se ha dicho en múltiples ocasiones es un mecanismo residual y subsidiario, es decir que sólo procede cuando no existan otros recursos o medios de defensa judicial que permitan hacer valer las pretensiones de los afectados, salvo que se utilice como mecanismo transitorio.

Siendo ello así, se tiene que no se demostraron las condiciones de urgencia, gravedad e inminencia que hagan improrrogable el amparo por esta vía.

Finalmente, coincide la Sala con lo expuesto por el a quo en el sentido de advertir que el control de legalidad realizado por el Consejo de Estado al Acuerdo No. 1191 de 2009, en el cual se fundamentó el Consejo Superior de la Judicatura para proferir la Resolución No. PSAR07-619 de 19 de diciembre de 2007, a través de la cual se el retiró del servicio al actor, no descarta la acción contenciosa que tuvo el actor como medio eficaz para controvertir dicho acto administrativo.

Así las cosas, por existir otro medio de defensa judicial y al no advertirse perjuicio irremediable que permita el amparo de los derechos invocados por esta vía, esta Corporación confirmará la sentencia impugnada por la cual se rechazó por improcedente el amparo del señor LUIS HUMBERTO OTALORA MESA.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la providencia de 07 de noviembre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda –Subsección B, objeto de impugnación.

Envíese el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidenta de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

