

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

STP4517-2018

Radicación n° 97580

Acta 102

Bogotá D. C., tres (3) de abril de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación instaurada por HERNANDO MEDINA, contra el fallo proferido el 9 de febrero del presente año, por la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA, mediante el cual negó las pretensiones de la demanda de tutela formulada contra la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA y la GERENCIA DE TALENTO HUMANO de la mencionada entidad, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales¹.

ANTECEDENTES

En sustento de la solicitud de amparo, indicó el demandante HERNANDO MEDINA que en mayo de 2016, fundó junto a sus compañeros, la Asociación Sindical de Funcionarios de las Gerencias Departamentales y Nivel Central de la Contraloría General de la República, a la que estuvo vinculado hasta noviembre de 2017.

De otra parte, refirió que el 13 de mayo de 2014 la Oficina de Control Interno Disciplinario

de la Contraloría General de la República, inició en su contra la indagación preliminar ID4193, por la presunta caducidad del hallazgo fiscal No. 62, relacionado con un presunto detrimento patrimonial al Sistema General de Participaciones de Santander de Quilichao (Cauca), en cuantía de \$9.378.000, asignados a la alimentación escolar de dicha población.

Señaló que el 28 de noviembre de 2014, se dio inicio formal a la investigación disciplinaria y en decisión del 16 de junio de 2016 se resolvieron las solicitudes probatorias, algunas en forma negativa; auto que se notificó por estado en la ciudad de Bogotá, pese a que los demás actos procesales habían sido notificados a través de la Gerencia de Santander, lo que lo indujo en error y no le permitió interponer los recursos correspondientes.

Afirmó que pese a que explicó de manera clara las razones que lo eximían de responsabilidad, en decisión del 12 de mayo de 2016 se emitió pliego de cargos por falta y culpa grave y en fallo del 23 de noviembre siguiente, la Oficina de Control Interno Disciplinario declaró probado el cargo formulado y lo sancionó con suspensión de funciones públicas por un (1) mes.

Agregó que inconforme con dicha determinación, interpuso recurso de apelación, al considerar que se debía declarar la nulidad de la actuación ante la falta de acumulación por conexidad procesal con la causa 4140. Además, recusó al Contralor General de la República y pidió que se realizara una valoración integral de las pruebas allegadas al expediente.

No obstante, en fallo del 13 de diciembre de 2017, se negaron sus pretensiones y en consecuencia, se confirmó la sanción impuesta y se emitió la resolución ORD-81117-00085-2018 del 17 de enero del presente año, a través de la cual se hace efectiva la sanción disciplinaria. Lo anterior, sin tener en cuenta que contaba con fuero sindical que lo cobijaba por el término de 3 meses, después de presentada la renuncia.

En ese contexto, pidió el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo,

libertad de expresión, libertad de asociación, vida, salud y mínimo vital, toda vez que «se trata de una persecución en su calidad de sindicalista» y en consecuencia, que se ordenara adelantar ante el juez laboral el levantamiento de fuero sindical para la imposición de la sanción o se profirieran las medidas de protección que se consideraran pertinentes.

Como medida provisional solicitó que se suspendieran los efectos jurídicos del fallo disciplinario y de la resolución 8117-00085-2018.

EL FALLO IMPUGNADO

1. Mediante auto del 29 de enero de 2018, el A quo negó la medida provisional impetrada.
2. En fallo del 9 de febrero siguiente, la primera instancia declaró improcedente el amparo invocado, al considerar que no se vulneró el debido proceso y defensa, por cuanto, se cumplieron las etapas previstas para el proceso disciplinario y se le permitió al actor solicitar y controvertir las pruebas. Además, no advirtió la parcialidad en el trámite por su condición de sindicalista, máxime que la indagación inició en el año 2014 y su vinculación al sindicato se presentó en el 2016.

Frente al derecho de asociación sindical adujo que no se discutía desmejora en las condiciones laborales, despido o traslado a otro lugar de trabajo, sino una sanción disciplinaria que no puede relacionarse con su actividad sindical, por lo que no era procedente el amparo.

De otro lado, refirió que el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para la protección de los derechos invocados, como lo es, acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa y solicitar la suspensión del acto administrativo presuntamente vulneratorio de los derechos fundamentales, a lo que se suma que no advirtió la existencia de perjuicio irremediable e indicó que no se configuraba la temeridad frente a la acción de tutela

presentada ante el Juzgado Primero de Familia de Bucaramanga.

LA IMPUGNACIÓN

Fue presentada por el accionante HERNANDO MEDINA, quien refirió en primer término que relacionó el trámite del proceso disciplinario para exponer las causas de la sanción disciplinaria que se había proferido en su contra y cuya protección solicitó en la acción de tutela presentada ante el Juzgado Primero de Familia de Bucaramanga, actuación que se encuentra en apelación³.

De otra parte, refirió que lo que cuestiona es la emisión de la resolución ORD-81117-00085-2018, sin que la entidad demandada hubiese adelantado el proceso de fuero sindical, situación que le ocasiona un perjuicio irremediable, toda vez que depende de los ingresos que percibe en el trabajo, con los cuales cubre los gastos de su progenitora de 72 años de edad. Por lo anterior, reiteró las pretensiones iniciales.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la impugnación interpuesta contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga.

1. Sobre el debido proceso administrativo.

El canon 29 de la Constitución establece el debido proceso como una garantía fundamental de quienes intervienen en actuaciones tanto judiciales como administrativas. Además, ordena su observancia a la Administración, siempre respetando las formas previamente definidas por el ordenamiento jurídico y los principios de contradicción e imparcialidad, con la garantía de que las decisiones se emitan con acatamiento de las etapas y los

procedimientos señalados en las disposiciones pertinentes, para que sus actos no resulten en contravía de éstas, ni del ordenamiento superior (en ese sentido, puede consultarse la sentencia CSJ STP, 08 Ago. 2012, Rad. 61485, entre otras).

Del mismo modo, en decisión T-571 de 2005, dijo la Corte Constitucional que:

El derecho al debido proceso administrativo garantiza a las personas la posibilidad de acceder a un proceso justo y adecuado, en el cual tengan derecho a conocer las actuaciones de la administración, a pedir y a controvertir las pruebas, a ejercer con plenitud su derecho de defensa, a impugnar los actos administrativos y en fin a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio.

A pesar de lo anterior, puede darse el caso de que la administración al adelantar una actuación o al expedir un acto propio de esta naturaleza, desconozca alguno de los procedimientos establecidos y con ello vulnere el debido proceso. Para esta clase de situaciones, el ordenamiento jurídico ha previsto medios ordinarios de defensa para atacar esas decisiones y restablecer los derechos que hayan sido afectados, de lo cual se deriva la subsidiariedad de la acción de amparo en cuanto a las actuaciones de la administración se refiere. La competencia del juez de tutela se limita, en esos casos, al examen y verificación del acto por el cual se presume, son violadas o amenazadas las garantías superiores.

Así, cuando el demandante en tutela cuenta con medios ordinarios de defensa o no acredita la ocurrencia de un perjuicio irremediable, debe declararse improcedente el amparo constitucional, atendiendo al carácter residual de la acción de tutela.

2. Análisis del caso concreto.

En el presente evento, HERNANDO MEDINA acude a la acción de tutela en procura del amparo de sus derechos fundamentales, en razón a que mediante resolución 81117-00085-2018 del 17 de enero del presente año, se ordenó hacer efectiva la sanción

disciplinaria consistente en la suspensión en el ejercicio del cargo de profesional universitario grado 01 de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, por el término de un (1) mes, impuesta en los fallos de primera y segunda instancia del 23 de noviembre de 2016 y 13 de diciembre de 2017, dentro del proceso disciplinario adelantado en su contra.

Al respecto, la Corte considera, que el camino al que debió concurrir el accionante, es al de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para exponer en ella los argumentos de carácter legal y constitucional que avalen la tesis propuesta en su demanda; ello, porque no es de recibo que so pretexto de la violación de derechos fundamentales se intente trasladar una discusión propia de la jurisdicción ordinaria, para que de manera inconsulta sea desatada por la vía constitucional.

Lo anterior se encuentra soportado en el contenido del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que en su numeral 1° estableció como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia «de otros recursos o medios de defensa judiciales», salvo que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁴, el cual no fue acreditado en este evento, pues el accionante se limitó a derivarlo de la aludida sanción, aspecto sobre el que ha señalado la Corte Constitucional lo siguiente:

[L]a sanción disciplinaria impuesta al accionante no puede considerarse en sí misma como un perjuicio irremediable, porque, como ya lo ha dicho la jurisprudencia en casos semejantes, se estaría permitiendo que todas las sanciones disciplinarias podrían ser objeto de la acción de tutela, con lo cual la justicia constitucional usurparía la función de la jurisdicción contencioso administrativa de revisar los actos administrativos de orden disciplinario. (Subraya incluido en el texto)⁵.

De manera que, la autoridad llamada a solucionar el problema planteado por HERNANDO MEDINA es el juez contencioso administrativo, quien previa demanda –si lo estima

pertinente- podrá decretar la nulidad de la decisión confutada y reestablecer su derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 20116.

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

la jurisprudencia ha analizado en concreto el caso de la interposición de acción de tutela respecto de actos administrativos que imponen sanciones disciplinarias, respecto de los cuales se tiene la posibilidad de interponer acciones de naturaleza contencioso administrativa. En estas específicas situaciones, la jurisprudencia de la Corte ha llegado a la conclusión que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es un mecanismo eficaz para proteger las eventuales vulneraciones de que haya podido ser víctima el disciplinado por la Procuraduría; máxime, cuando en dichos procesos puede solicitarse la suspensión provisional del acto administrativo7.

En efecto, en la actuación contencioso administrativa el actor puede incoar el decreto de medidas cautelares, respecto de las cuales ha indicado la Corte Constitucional sobre su efectividad, lo siguiente:

En materia de la efectividad del amparo que pueda conceder el decreto de una medida cautelar al interior de un proceso contencioso administrativo, es importante resaltar que el artículo 234 establece las medidas cautelares de urgencia, las cuales podrán ser adoptadas por el juez o magistrado desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, siempre y cuando se evidencie que por la urgencia no es posible agotar el trámite previsto en el artículo 233. Contra esta decisión proceden los recursos a los que haya lugar. En caso de que la medida sea adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decrete.

A partir de la normatividad expuesta, es posible concluir que las medidas cautelares en el CPACA son un mecanismo de defensa provisional, idóneo y eficaz, de aquellos derechos que se buscan restablecer a través de las acciones contencioso administrativas, pero que

pueden verse expuestos a la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Por lo tanto, le corresponde al accionante, en atención a la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela (art. 86 CP), demostrar que agotó este medio de protección o que el juez administrativo haya negado el decreto de la medida cautelar, sin advertir que se configuran los elementos que demuestran la existencia del perjuicio irremediable. (CC T-733/14). (Negrilla fuera de texto).

Entonces, se le advierte al demandante que la acción constitucional no se encuentra instituida para curar la omisión o incuria en que ha incurrido al no acudir al mecanismo de defensa judicial con el que cuenta, lo que da al traste con su pretensión impugnatoria.

Así las cosas, la Sala encuentra que no es de su competencia considerar las inconformidades planteadas en el amparo constitucional, pues ello sería tanto como conocer el fondo del asunto y asumir funciones ajenas que no le están permitidas conocer frente a la legalidad de la resolución 81117-00085-2018 del 17 de enero de 2018, «por medio de la cual se hace efectiva» la sanción disciplinaria impuesta en el proceso de dicha naturaleza adelantado en su contra; pues es ante el juez natural, donde el demandante puede plantear su inconformidad, expresar las razones de su desacuerdo frente a la sanción impuesta por la Oficina de Control Disciplinario de la Contraloría General de la República.

Por consiguiente, se hace imperioso confirmar el fallo impugnado, por las razones expuestas en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

CONFIRMAR el fallo impugnado, por las razones expuestas en esta providencia.

NOTIFICAR esta decisión, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Al trámite se vinculó a la Asociación Sindical de Funcionarios de Gerencias Departamentales a Nivel Central, la Gerencia Departamental de Santander, la Oficina de Control Disciplinario, la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción coactiva de la Contraloría General de la República, Secretaría de Educación y Alcaldía de Santander de Quilichao, Cabildo Indígena Resguardo Canoas y a las Procuradurías Primera Distrital de Bogotá y Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa.

2 Folio 159 y ss del cuaderno 1.

3 Folios 498 y 499 del cuaderno 2.

4 Sentencia T226/07 de la Corte Constitucional (...)Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de

varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.

5 CC T-451 de 2010, en la que reiteró lo dicho en la sentencia T- 262 de 2008 y T- 629 de 2009, entre otras.

6 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

7 CC T- 451 de 2010.