

Sentencia T-148/04

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Procedencia

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Improcedencia por no existir perjuicio irremediable

No puede pensarse que se estaría ante un caso de tutela como mecanismo transitorio por dos razones: i) está demostrado que no existe el perjuicio irremediable porque el proceso ejecutivo está suspendido hasta tanto no decida la jurisdicción contenciosa; ii) el hecho de que el tutelante presente la acción casi tres años después de proferidos los actos administrativos y dos después de instaurar la acción de nulidad, es un indicio de comportamiento que demuestra que ocurrido el hecho objeto de la tutela no era impostergable ésta porque de lo contrario, la hubiere presentado con anterioridad.

Referencia: expediente T-802998

Peticionario: Antonio Sánchez

Procedencia: Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY

CABRA

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de febrero de dos mil cuatro (2004).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra quien la preside, Eduardo Montealegre Lynett y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la revisión de los fallos proferidos por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la acción de tutela instaurada por Antonio Francisco Sánchez Cabrales contra la Contraloría General de la República.

## HECHOS

1. El señor Sánchez Cabrales, en su calidad de miembro del Comité de Inversiones del ICEL, junto con otros funcionarios (el Jefe de División de Presupuesto y Contabilidad y el Subdirector Financiero), recomendaron invertir y constituir un CDT por dos mil millones de pesos, por lo cual el Director General del ICEL constituyó el CDT # 0007319 de 23 de mayo de 1997 en la Compañía de Financiamiento Comercial ARFIN S.A. Luego se constituyó otro CDT por similar cantidad.
2. El Superintendente Bancario ordenó la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de la sociedad financiera ARFIN S.A., con el fin de proceder a la liquidación. Como consecuencia de tal proceso administrativo, se reconoció por parte de la entidad financiera ARFIN S.A. la deuda a favor del ICEL por valor de \$4.428.497.367,00, de los cuales se afirma ha sido reembolsado el 95%.
3. La Contraloría General de la República inició investigación fiscal, a través de la Contraloría Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva. Como consecuencia de tal investigación incluyó al tutelante en el Boletín de Responsables Fiscales # 026, que fue publicado en El Tiempo el domingo 4 de noviembre de 2001 y en el Diario Oficial el 25 de febrero de 2003. Con anterioridad, mediante fallo 000006 de 28 de febrero de 2000 se fijó la responsabilidad fiscal en \$746'081.138,39. Sin embargo, en un fallo posterior de 4 de agosto de 2000 se modifica la cuantía a \$399'945.492,41. El fallo proferido por la Contraloría Delegada de Investigaciones y Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva fue confirmado mediante la Resolución 07786 de 20 de noviembre de 2000.
4. El tutelante considera que no es responsable de lo que se le imputa. Ha planteado en numerosos escritos su inocencia, alega que en su actuación procedió correctamente y con arreglo a los procedimientos formales, indica que existió una falsa motivación en los actos administrativos que lo perjudican; por eso solicitó que se le expidiera un certificado de que

no es responsable fiscalmente, pero se le resolvió desfavorablemente. Además agrega que la Procuraduría lo exoneró por los mismos hechos que lo investigó la Contraloría.

5. Expresa el peticionario que se libró un mandamiento de pago en su contra el 26 de julio de 2001 por 19'563.332.41. Apeló y se le hizo mas gravosa la situación, el 17 de marzo de 2003, señalándose un valor de \$304'216.902,58.

6. La tutela fue instaurada subsidiariamente como mecanismo transitorio. El señor Antonio Francisco Sánchez considera que se le violaron los siguientes derechos: igualdad, buen nombre, honra y debido proceso. Estos derechos se le violaron, según el accionante, por la resolución, los fallos y los mandamientos de pago antes mencionados.

7. Solicita, en consecuencia, que se revoquen las siguientes decisiones:

a. Resolución # 007786 de 20 de noviembre de 2000, del Contralor General de la República;

b. Fallos 000006 de 28 de febrero de 2000 y 0000029 de 4 de agosto de 2000;

c. Mandamiento de pago de 19 de abril de 2001 con sus modificatorios de 26 de julio de 2001 y 17 de marzo de 2003, proferidos por la Dirección de Jurisdicción Coactiva, "por cuanto está probado el pago de la deuda por parte de ARFIN S.A. a favor de IPSE -antiguo ICEL".

Igualmente solicita que como consecuencia de las revocatorias anteriores se le exonere de responsabilidad fiscal, cese el juicio ejecutivo que se adelanta en su contra, se lo excluya del boletín de Responsables Fiscales y se expida constancia del archivo del expediente.

8. Obra en el expediente el auto de 16 de abril de 2001, de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio del cual se admitió la acción de nulidad instaurada por el señor Sánchez Cabrales contra la Contraloría General de la República. No hace mención alguna a que se hubiere pedido suspensión provisional. En dicha acción, el actor pidió que se declarara la nulidad de la Resolución # 007786 de 20 de noviembre de 2000, del Contralor General de la República; de los fallos 000006 de 28 de febrero de 2000 y 0000029 de 4 de agosto de 2000; y del auto 51 de 5 de febrero de 2001. Salvo este último auto, la Resolución y los fallos son los mismos cuya revocación se solicita por tutela. El señor Sánchez admite en la solicitud de amparo la existencia de tal proceso administrativo.

9. En cuanto los mandamiento de pago de 19 de abril de 2001 con sus modificatorios de 26 de julio de 2001 y 17 de marzo de 2003, proferidos por la Dirección de Jurisdicción Coactiva, que son las otras actuaciones contra las cuales se dirige la tutela, la efectividad de dichos fallos ha quedado suspendida. En efecto, obra en el expediente manifestación de la Contraloría Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, de fecha 20 de junio de 2003, en la cual expresamente se dice:

“Luego entonces y hasta tanto se obtenga decisión definitiva por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cualquier decisión sobre el proceso ejecutivo no es procedente, al no presentarse ninguna de las circunstancias exigidas por el artículo 172 del Código de Procedimiento Civil.

“Dado el carácter ejecutorio de los actos administrativos que sirvieron de fundamento para la acción de cobro y en consideración a estar pendiente de la declaratoria de legalidad o ilegalidad de los fallos con responsabilidad fiscal por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la falsa motivación expuesta por el apoderado especial del ejecutado Antonio Francisco Sánchez Cabrales, queda supeditada a la decisión final por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”.

## PRUEBAS

Obran en el expediente de tutela:

2. Antecedentes para proferir dichos actos.
3. Publicaciones en la prensa.
4. Las explicaciones dadas por la Contraloría al Juez de tutela.

## INCIDENCIA PROCEDIMENTAL PREVIA

La tutela se presentó ante los jueces municipales de Bogotá; remitida a los juzgados civiles del circuito, se profirió fallo por el Juzgado 31 Civil de Circuito de la localidad, negando el amparo. Impugnada la decisión, el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá anuló la actuación porque consideró que en primera instancia debería conocer dicho Tribunal como en efecto ocurrió.

## SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

La sentencia de primera instancia que se revisa es la proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. No concedió la tutela por considerar que no era el mecanismo adecuado y que como mecanismo transitorio no se daban los elementos para que prosperara. Agrega que no se aprecia vulneración a la Constitución y que los actos están protegidos por la presunción de legalidad. En cuanto al perjuicio irremediable, recuerda que el juicio de jurisdicción coactiva se halla suspendido.

En segunda instancia conoció la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Mediante sentencia de 8 de septiembre de 2003, confirmó la decisión del a-quo. Dice la Corte: “De conformidad con lo señalado y por cuanto esta Corporación reiteradamente ha sostenido que la acción de tutela no constituye una instancia adicional o una vía paralela a cualquier clase de proceso, ni permite que el juez constitucional, bajo el pretexto de proteger derechos fundamentales, penetre en el ámbito de otras autoridades judiciales o administrativas, con el objeto de resolver puntos de derecho atinentes a la legalidad ordinaria que han sido debatidos en la órbita jurisdiccional que le corresponde, el fallo impugnado deberá confirmarse”.

## COMPETENCIA

Esta Sala de Revisión es competente para conocer de la revisión del fallo en el presente caso, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y el decreto 2591 de 1991.

## TEMAS JURIDICOS

Se examinará la procedencia de la acción de tutela, cuando se está adelantando el proceso contencioso administrativo, con peticiones idénticas a la de la tutela; la pregunta, por consiguiente, es la siguiente: ¿la sola existencia de otros medios de defensa judicial, hacen improcedente la acción de tutela, como se desprende de las consideraciones realizadas por el ad quem?. A lo anterior hay que agregar el análisis de si la magnitud del daño causado, según el tutelante, da lugar a un perjuicio irremediable.

## 1.Existencia de otros medios de defensa judicial

La Constitución estableció la tutela, en el artículo 86, como una acción excepcional y no alternativa. El interesado no puede a su arbitrio, acudir al juez de tutela y al juez ordinario, salvo que se trate de la tutela como mecanismo transitorio o que dentro de la actuación en la jurisdicción contenciosa o jurisdicción ordinaria se hubiere incurrido en una violación a derechos fundamentales. Tampoco puede considerarse a la tutela como un recurso más.

La jurisprudencia ha considerado que la existencia de otros mecanismos de defensa judicial hace, en principio, improcedente la tutela. La simple comprobación de la violación de un derecho fundamental tampoco la hace procedente, en forma mecánica, expresa la sentencia T-449 de 19981. Corresponde al juzgador de tutela examinar si, como en el caso presente, el afectado puede hacer uso de las herramientas legales, para restablecer el derecho vulnerado. Y, además se debe indagar si el uso de tales herramientas tiene la virtud de enderezar la actuación judicial o administrativa, y restablecer el derecho, en forma eficaz, en cuyo caso la tutela no será la vía adecuada, salvo que se ocasione un perjuicio irremediable.

La Corte también ha expresado que la acción de tutela es el procedimiento preferente para reclamar la protección de los derechos fundamentales, si el interesado no dispone de otro medio de defensa judicial. Con la salvedad prevista en la Constitución, de ser procedente como mecanismo transitorio.

“En consecuencia, por existir un medio alternativo de defensa judicial, adecuado y eficaz, como es la acción contenciosa administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho, a la cual ya acudió el demandante, y no apreciándose la existencia de un perjuicio con el carácter de irremediable, según los lineamientos de la jurisprudencia de esta Corporación<sup>2</sup>, y dado que en el respectivo proceso se puede obtener el restablecimiento del derecho presuntamente lesionado, no es procedente en el presente caso acceder a la tutela impetrada.”<sup>3</sup>

## 2. La tutela como mecanismo transitorio

El decreto 2591, artículo 8o. señala :

“Artículo 8o. La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

“En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instauradas por el afectado.

“En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

“Si no la instaura, cesarán los efectos de éste.

“Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita mientras dure el proceso.” (se subraya)

Las características del perjuicio irremediable son: a) Que el perjuicio sea inminente, b) Que las medidas a adoptar sean urgentes, c) Que el peligro sea grave.. A más de estos requisitos, debe existir evidencia fáctica de la amenaza de un derecho fundamental. Estas características fueron expuestas en la sentencia T-225 de 19934:

“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. Con respecto al

término “amenaza” es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.

Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

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 dan señales 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.

El fundamento de la figura jurídica que ocupa la atención de esta Sala es la inminencia de un daño o menoscabo graves de un bien que reporta gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico, y que se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho. El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables, que conllevan, en algunos casos, no una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas” (sentencia T-225 de 1993, M.P., doctor Vladimiro Naranjo Mesa)

Cuando el actor solicita el amparo como mecanismo transitorio, o cuando oficiosamente lo reconoce el juez de tutela, debe tenerse prueba suficiente de las características que la jurisprudencia ha señalado y que se han mencionado anteriormente. Es decir, que debe existir certeza sobre el perjuicio irremediable y la impostergabilidad de la tutela.

“No basta, pues, afirmar la irreparabilidad de un daño, sino, ofrecer las explicaciones y

pruebas correspondientes, para que el juez de tutela adquiriera certeza sobre su decisión. Y examine si los medios judiciales son eficaces.”

## CASO CONCRETO

1. El actor, en el escrito de tutela señaló que ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca presentó acción contenciosa pidiendo que se declarara la nulidad de la Resolución # 007786 de 20 de noviembre de 2000, del Contralor General de la República; de los fallos 000006 de 28 de febrero de 2000 y 0000029 de 4 de agosto de 2000.

2. Adjuntó copia de la admisión de la demanda en el Tribunal, de fecha 16 de abril de 2001, es decir, dos años antes de instaurar la tutela.

3. En cuanto a los mandamientos de pago, expresamente dice la Contraloría, que “el proceso ejecutivo se encuentra suspendido al configurarse los presupuestos procesales exigidos por el artículo 171 del C. de P. C.”.

De lo anterior se colige que la jurisdicción contencioso administrativa está conociendo y, además, es el juez natural para definir la controversia.

No puede pensarse que se estaría ante un caso de tutela como mecanismo transitorio por dos razones: i) está demostrado que no existe el perjuicio irremediable porque el proceso ejecutivo está suspendido hasta tanto no decida la jurisdicción contenciosa; ii) el hecho de que el tutelante presente la acción casi tres años después de proferidos los actos administrativos y dos después de instaurar la acción de nulidad, es un indicio de comportamiento que demuestra que ocurrido el hecho objeto de la tutela no era impostergable ésta porque de lo contrario, la hubiere presentado con anterioridad. No puede la Corte Constitucional anticiparse a un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, máxime cuando la tutela no se ha interpuesto contra decisiones o actuaciones de dicho Tribunal.

En conclusión: por las razones expuestas, se confirmará la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, objeto de esta revisión, pues, en efecto, esta tutela resulta improcedente al contar el demandante con otros mecanismos de defensa judicial, al estar haciendo uso de ellos y al

estar suspendida la medida que podría ocasionarle perjuicios

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, de 8 de septiembre de 2003, que no concedió la tutela al señor Antonio Francisco Sánchez Cabrales.

SEGUNDO. Líbrense por la Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

1 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

2 Sentencia No. T-225/93 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

3 M.P., doctor Antonio Barrera Carbonell

4 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa