

T-404-92

Sentencia No. T-404/92

ACCION DE TUTELA-Improcedencia/CONTRALOR AUXILIAR-Periodo/PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Al haberse producido el hecho de una nueva elección para el cargo de Contralor Auxiliar por acto de la Asamblea Departamental, con antelación al vencimiento del periodo, pudo, en efecto, haberse vulnerado el derecho del accionante a su trabajo, pues su periodo no necesariamente estaba atado al del Contralor del Departamento, pero la definición acerca de si la Asamblea se atuvo en esta materia a las pertinentes disposiciones del Código de Régimen Municipal y del Código Fiscal del Departamento, no era algo que pudiera discernirse dentro del sumario trámite propio de la acción de tutela, no concebida para dilucidar controversias sobre la legalidad de los actos administrativos, sino para brindar amparo eficaz y oportuno ante violaciones o amenazas de los derechos fundamentales. En el caso sometido a estudio, es claro que el accionante contaba con un medio de defensa judicial distinto a la acción de tutela, encaminado a obtener la nulidad del acto emanado de la Asamblea Departamental y el consiguiente restablecimiento de su derecho, en caso de prosperar la acción. Siendo subsidiaria la acción de tutela, no podía intentarse a cambio de la vía enunciada, la cual ha debido tramitarse ante el respectivo Tribunal Contencioso Administrativo.

#### PERJUICIO IRREMEDIABLE

Atendida la definición legal de perjuicio irremediable, es decir, el que “solo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización”, no reviste tal carácter el perjuicio alegado cuando sea factible impetrar ante el Contencioso Administrativo, además de la indemnización correspondiente, el reintegro al cargo, tal como sucede en el caso materia de examen.

-Sala Tercera de Revisión-

Acciones de tutela

PABLO GERMAN CABRERA SALAZAR contra ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA.

JOSE ELIADES TABARES OSPINA contra GOBERNADOR DEL CAQUETA.

Magistrados:

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO -Ponente-

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

FABIO MORON DIAZ

Aprobada por acta de la Sala de Revisión N° 3, dada en Santafé de Bogotá, D.C., a los tres (3) días del mes de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Revisa la Corte Constitucional las sentencias proferidas por el Juez Primero de Instrucción Criminal y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia (Caquetá), el dos (2) de enero y el tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992), respectivamente, para resolver sobre la acción de tutela intentada por PABLO GERMAN CABRERA SALAZAR contra la Asamblea Departamental del Caquetá, y por el Juez Segundo de Instrucción Criminal de la misma ciudad, el veinticuatro (24) de enero del presente año, para decidir en torno a la acción de tutela incoada por JOSE ELIADES TABARES OSPINA contra el Gobernador del Caquetá.

La Corte fallará estos dos procesos mediante la misma providencia, por cuanto ambos aluden al mismo caso, según pasa a relatarse.

## I. INFORMACION PRELIMINAR

### A. Caso de Pablo Germán Cabrera Salazar

La acción de tutela fue interpuesta por el interesado el veintitrés (23) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

CABRERA SALAZAR fue elegido por la Asamblea Departamental del Caquetá como Contralor Auxiliar para el periodo comprendido entre el 1o. de enero de 1991 y el 31 de diciembre de 1992. Tomó posesión de su cargo el 27 de diciembre de 1990 y empezó a ejercer sus funciones el 2 de enero de 1991.

- El día 29 de octubre de 1991, la Asamblea Departamental del Caquetá eligió como Contralor Auxiliar al señor JOSE ELIADES TABARES OSPINA.

- Con dicha elección, según el accionante, se violó el Código Fiscal del Caquetá, pues el cargo de Contralor Auxiliar es de periodo y no de libre nombramiento y remoción. La Asamblea Departamental únicamente tendría facultad para remover a esta clase de empleados por violación de los deberes y prohibiciones o por no ejercer dignamente el cargo, sobre la base de una previa investigación administrativa en la que el inculpado pueda defenderse.

En el sentir del demandante, la Asamblea asimiló equivocadamente la situación del Contralor Auxiliar de la Contraloría Departamental a la situación jurídica aplicable a la elección de Contralor Departamental para el periodo 92-95.

Dice el peticionario que, si bien la Carta otorga a las asambleas la facultad de nombrar contralores departamentales para periodos de tres (3) años, ella está restringida solamente a ese tipo de nombramientos y, por tanto, ni la Constitución, ni la ley, ni reglamento alguno autorizan para designar contralores auxiliares y demás funcionarios cada vez que haya elección de Contralor Departamental. Añade que dichos funcionarios solo pueden ser removidos por sentencia judicial o por decisión de la Procuraduría, casos que respecto de él no se han dado.

Solicita el accionante que se ordene al Gobernador del Caquetá y al Presidente de la Asamblea Departamental del Caquetá abstenerse de dar posesión al señor JOSE ELIADES TABARES como Contralor Auxiliar de la Contraloría Departamental del Caquetá, es decir que se suspenda la aplicación del acto administrativo que amenaza su derecho.

Al efecto invoca los artículos 25 y 86 de la Constitución Política.

La decisión de la controversia planteada correspondió, en primera instancia, al Juzgado Primero de Instrucción Criminal de Florencia (Caquetá), el cual en forma oportuna, mediante providencia del 2 de enero de 1992, resolvió sobre la acción incoada.

Después de un breve recuento de los hechos narrados por el accionante, el Juez considera procedente admitir la acción de tutela y ordena la medida provisional de suspender la

aplicación del acto administrativo de elección, mientras el Despacho decide de fondo. En consecuencia, ordena al Gobernador del Caquetá y al Presidente de la Asamblea Departamental se abstengan de darle posesión al Contralor Auxiliar elegido en la Contraloría Departamental del Caquetá, hasta nueva orden.

La providencia por medio de la cual se resuelve está fundada en las siguientes consideraciones:

1. El derecho al trabajo como derecho constitucional y fundamental que es, debe ser objeto de protección por todas las autoridades y en especial, por los jueces de la República.
2. El artículo 385 del Código Fiscal del Departamento del Caquetá, Acuerdo Especial No.05 del 14 de mayo de 1982, expedido por el Honorable Consejo Intendencial con funciones de Asamblea, determinó que el Subcontralor, ahora Contralor Auxiliar, será elegido por la Asamblea Departamental para un periodo de dos (2) años.
4. Agrega el Juez que “la Asamblea Departamental no podía legalmente, violando el artículo 385 del Acuerdo Especial No.05 del 14 de mayo de 1982, es decir desconociendo sus propios actos, negar ni desconocer la elección que hizo de PABLO GERMAN CABRERA SALAZAR como Contralor Auxiliar, el día 4 del mes de octubre de 1990, para un periodo comprendido entre el 1o. de enero de 1991 y el 31 de diciembre de 1992, y está obligada a respetar el derecho que CABRERA SALAZAR tiene de permanecer en el cargo durante el respectivo periodo, a menos que la Procuraduría General de la Nación lo encuentre incurso en faltas disciplinarias, o que un Juez de la República por sentencia judicial lo separe del cargo”.
5. Observa que la Constitución otorga a las asambleas departamentales la facultad de nombrar Contralor Departamental para periodos de tres (3) años, de ternas presentadas por los tribunales de justicia del respectivo departamento, pero nada dice en relación con los cargos de subcontralores o contralores auxiliares, cuya regulación se dejó a la ley.
6. Por las razones expuestas el Juez de primera instancia concluye que el nombramiento de Contralor Auxiliar efectuado por la Asamblea Departamental del Caquetá constituye una amenaza al goce del derecho al trabajo del Contralor Auxiliar que venía ejerciendo y que instauró la acción de tutela. Ordena por tanto, la suspensión del Acta No.10 del 29 de octubre de 1991 de la Asamblea Departamental del Caquetá en virtud de la cual se nombró

como Contralor Auxiliar a JOSE ELIADES TABARES OSPINA, hasta que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo resuelva lo pertinente en relación con la acción pública de nulidad instaurada ante dicha Corporación por PABLO GERMAN CABRERA.

El fallo de primera instancia fue impugnado por el representante legal de la Asamblea del Caquetá, doctor Jesús Angel González Arias. Correspondió la decisión en segunda instancia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia (Caquetá), el cual revocó la decisión de su inferior con apoyo en las siguientes razones:

1. En concepto del Tribunal, se trata inequívocamente de un derecho fundamental, cual es el derecho al trabajo establecido en el artículo 25 de la Constitución Política, pero, al existir otros medios o recursos de defensa judicial, la tutela es inabordable, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, lo que no sucede en este caso.

2. Afirma el Tribunal que el daño en el derecho al trabajo “cuando es vulnerado por un acto de la administración como el enunciado, es remediable puesto que dentro de la actividad correspondiente a la jurisdicción Contencioso Administrativa se pueden obtener, al comienzo, la posible suspensión del acto supuestamente lesivo, y al finalizar, la orden de reintegro sumada a la indemnización”.

Existiendo otros mecanismos de defensa judicial como lo es la acción de nulidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la remediabilidad del derecho lesionado, “salta con claridad meridiana la improcedencia de la solicitud de tutela...”.

#### B. Caso de José Eliades Tabares Ospina

El señor JOSE ELIADES TABARES OSPINA, solicitante de la tutela, fue elegido Contralor Auxiliar de la Contraloría General del Departamento de Caquetá, por la Asamblea de esa entidad territorial para el periodo comprendido entre el 2 de enero de 1992 y el 31 de diciembre de 1993. El nombramiento le fue comunicado oficialmente por el Presidente de la Asamblea Departamental siendo aceptado mediante comunicación escrita del elegido.

- El señor Gobernador del Departamento de Caquetá se niega a dar posesión al nuevo Contralor Auxiliar con base en una orden impartida por el Juez Primero de Instrucción

Criminal de Florencia dentro de la acción de tutela propuesta por PABLO GERMAN CABRERA y hasta tanto no haya un pronunciamiento de fondo por parte del Juez competente, lo cual implica, según él, un atropello a su derecho al trabajo.

- Afirma el accionante que recurre a la tutela para evitar un perjuicio irremediable que se está ocasionando al no haber podido empezar a desempeñarse en forma digna y decorosa desde el pasado 2 de enero de 1992.
- Invoca el artículo 385 del Código fiscal Departamental y se remite a los artículos 272 y 303 de la Constitución Nacional, de los cuales concluye que equiparó el periodo del Gobernador y el de Contralor Departamental, tanto en su duración como en su iniciación.
- Solicita se ordene al Gobernador de Caquetá le dé posesión como nuevo Contralor Auxiliar de la Contraloría del Departamento de Caquetá para el periodo comprendido entre el 2 de enero de 1992 y el 31 de diciembre de 1993. Igualmente pide que se ordene al anterior Contralor Auxiliar, PABLO GERMAN CABRERA, le haga entrega inmediata del Despacho a su cargo y de los bienes de la Contraloría.

En escrito aparte, PABLO GERMAN CABRERA, quien venía actuando como contralor Auxiliar del Departamento, por medio de apoderado interviene en este proceso alegando que la acción de tutela es improcedente por cuanto ya hay una decisión de primera instancia en la acción de tutela instaurada por él, la cual sólo puede ser revisada por el superior jerárquico del Juez que la profirió -Juez Primero de Instrucción Criminal de Florencia-.

El Juez Segundo de Instrucción Criminal de Florencia, en providencia del 24 de enero de 1992, decidió sobre la acción de tutela interpuesta por el señor TABARES, negándose a conceder el amparo con base en las siguientes argumentaciones:

1. Está demostrado que el señor JOSE ELIADES TABARES fue nombrado como Contralor Auxiliar Departamental sin que hubiese podido tomar posesión de su cargo en razón de la orden impartida por el Juez Primero de Instrucción Criminal.
2. Se está controvertiendo el derecho de dos personas a un mismo cargo, una por no haberse posesionado y la otra por continuar en el ejercicio de sus funciones.
3. Ante la decisión adoptada por un Juez de similar categoría, estima el fallador que no es

procedente su pronunciamiento, pues la facultad le corresponde al Tribunal Superior por razón de la escala jerárquica, más si hay de por medio, como en este caso, una impugnación en trámite.

4. El párrafo 4o. del artículo 40 del decreto 2591 de 1991 es claro al establecer la improcedencia de la tutela contra fallos de tutela.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### 1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos en referencia, de conformidad con lo estatuido en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política, 31, 32 y 33 del Decreto 2591 de 1991.

## III. REVISION DE LOS FALLOS

“Elección. El Contralor General del Departamento tendrá como colaborador inmediato en el desempeño de sus funciones fiscalizadoras, un subcontralor elegido por la Asamblea Departamental para un periodo de dos (2) años.

PERIODO: El periodo del subcontralor empezará a contarse el primero de julio siguiente a la elección”.

Al haberse producido el hecho de una nueva elección para ese mismo cargo por acto de la Asamblea Departamental, con antelación al vencimiento del periodo, pudo, en efecto, haberse vulnerado el derecho del accionante a su trabajo, pues su periodo no necesariamente estaba atado al del Contralor del Departamento, pero la definición acerca de si la Asamblea se atuvo en esta materia a las pertinentes disposiciones del Código de Régimen Municipal y del Código Fiscal del Departamento, no era algo que pudiera discernirse dentro del sumario trámite propio de la acción de tutela, no concebida para dilucidar controversias sobre la legalidad de los actos administrativos, sino para brindar amparo eficaz y oportuno ante violaciones o amenazas de los derechos fundamentales. En el caso sometido a estudio, es claro que el accionante contaba con un medio de defensa judicial distinto a la acción de tutela, encaminado a obtener la nulidad del acto emanado de la Asamblea Departamental y el consiguiente restablecimiento de su derecho, en caso de

prosperar la acción.

Siendo subsidiaria la acción de tutela, no podía intentarse a cambio de la vía enunciada, la cual ha debido tramitarse ante el respectivo Tribunal Contencioso Administrativo.

Cabría preguntarse si era pertinente invocarla como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable a lo cual ya ha respondido esta Corte indicando que, atendida la definición legal de perjuicio irremediable (artículo 6o., numeral 1o., del Decreto 2591 de 1991), es decir, el que “solo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización”, no reviste tal carácter el perjuicio alegado cuando sea factible impetrar ante el Contencioso Administrativo, además de la indemnización correspondiente, el reintegro al cargo, tal como sucede en el caso materia de examen<sup>1</sup>.

Se concluye de lo dicho que acertó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia al revocar, por los enunciados motivos, el fallo de primera instancia que erróneamente había concedido la protección solicitada.

Caso distinto es el de JOSE ELIADES TABARES OSPINA, precisamente la persona elegida por la Asamblea Departamental para ocupar el cargo que venía desempeñando CABRERA SALAZAR.

Obra en el expediente copia del acta número 10 del 29 de octubre de 1991, que da fe de la elección efectuada por la Asamblea Departamental del Caquetá para el empleo mencionado durante el periodo comprendido entre el 2 de enero de 1992 y el 31 de diciembre de 1994, la cual recayó en la persona del ciudadano TABARES OSPINA.

Se trata de un acto administrativo en cuyo favor existe la presunción de legalidad, que únicamente puede ser desvirtuada por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo si encuentra motivos para declarar su nulidad.

Como, por otro lado no hay en ese acto una violación “prima facie” de la Constitución Política, pues entonces sería pertinente su inaplicación en virtud de lo dispuesto por el artículo 4o. Superior, el llamado a dar posesión al empleado electo, es decir el Gobernador del Departamento, debe proceder a ello para hacer realidad el derecho fundamental consagrado en el artículo 40, numeral 7, de la Constitución, que en efecto resulta vulnerado

en esta ocasión.

A diferencia de CABRERA SALAZAR, el señor TABARES no contaba, para la defensa cierta de su derecho, con ningún medio judicial de defensa y, por tanto, el único mecanismo apto para alcanzar la efectividad de aquel era el previsto por el artículo 86 de la Constitución<sup>2</sup> .

Advierte la Corte que el Juez Segundo de Instrucción Criminal de Florencia, a cuyo cargo estuvo la decisión en el caso del señor TABARES OSPINA, tuvo que negarse a conceder la tutela por cuanto a la fecha de la sentencia (24 de enero de 1992) aún no había sido resuelta la impugnación instaurada por PABLO GERMAN CABRERA SALAZAR contra el fallo de primera instancia mediante el cual se había ordenado por otro juez la suspensión del acto electoral, providencia que apenas se produjo el día 3 de febrero y que revocó la decisión últimamente mencionada. Mal podía entonces resolverse en ese momento sobre la acción que intentaba TABARES OSPINA, dado el perentorio mandato, correctamente invocado por el juzgador, contenido en el artículo 40, parágrafo 4o., del Decreto 2591 de 1991, que prohíbe la tutela contra fallos de tutela. No es por esos motivos que se revocará el fallo, sino por los que dejan expuestos.

Por último, debe indicarse que al disponerse la posesión del funcionario elegido por la vía de la tutela como única apta para hacer eficaz el derecho fundamental enunciado, no está la Corte Constitucional profiriendo decisión que sustente la validez del acto electoral, pues apenas parte de la presunción de su legalidad en cuanto no contraviene “prima facie” la Constitución Política, quedando en manos de la Jurisdicción competente la resolución relativa sobre dicha validez.

#### IV. DECISION

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en Sala de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE :

Primero.- CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia (Caquetá) el 3 de febrero de 1992, por medio de la cual se revocó la del Juez

Primero de Instrucción Criminal de la misma ciudad, al resolver sobre la acción de tutela instaurada por PABLO GERMAN CABRERA SALAZAR.

Segundo.- Revócase la sentencia del 24 de enero de 1992, pronunciada por el Juez Segundo de Instrucción Criminal de Florencia (Caquetá), al decidir sobre acción de tutela incoada por JOSE ELIADES TABARES OSPINA.

Tercero.- Líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados, en el sentido de que se ordene al Gobernador del Caquetá la posesión de JOSE ELIADES TABARES OSPINA como Contralor Auxiliar del Departamento durante el periodo para el cual fue elegido.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Presidente de la Sala

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

Magistrado

1 Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 3. Sentencia No. 1 abril 3 de 1992

2 Ver Sentencia No. 3 Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 3. Mayo 11 de 1992