

## **ACCION DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO – Procedente para evitar un perjuicio irremediable**

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.

**ACCION DE TUTELA TRANSITORIA – Procedencia excepcional por existir perjuicio irremediable / PERJUICIO IRREMEDIABLE – configuración / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Es improcedente al no agotarse debidamente la vía gubernativa / VIA GUBERNATIVA – Su agotamiento es requisito para acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho / ACCION DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO – Procedente para evitar un perjuicio irremediable**

Mediante el ejercicio de la presente acción de tutela, el actor pretende que le sean amparados sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y al libre acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por la Procuraduría Provincial de Fusagasuga, al celebrar audiencia pública dentro de la investigación disciplinaria iniciada en su contra, y no facilitarle el ingreso a su apoderado para que sustentara el recurso de apelación interpuesto contra la decisión sancionatoria de primera instancia, arrojando como consecuencia la declaratoria de desierto del recurso de apelación, decisión contra la cual no procede ningún recurso. No obstante, en el caso objeto de estudio se logra establecer la flagrante vulneración de los derechos fundamentales del actor, pues la audiencia mediante la cual se resolvería el recurso de apelación que interpuso su apoderado contra la providencia que le impuso la sanción consistente en la inhabilidad por el término de doce años, presenta las siguientes anomalías: En primer lugar, es preciso anotar que la audiencia que sancionó al accionante fue suspendida en razón de la interposición del recurso de apelación, para llevarse a cabo el día 5 de octubre de 2007 a las 5: 00 pm. Cumplido lo anterior, la Procuradora Provincial dio inicio a la audiencia cinco minutos después de la hora señalada, en donde declaro desierto el recurso de apelación interpuesto por el abogado del actor, debido a su inasistencia. No obstante, se encuentra acreditado en el expediente que el apoderado del actor se encontraba golpeando el despacho a la hora en que la Procuradora iniciaba la audiencia, sin que nadie le permitiera el acceso a dicho recinto. Situación que vulnera el artículo 123 del Código Disciplinario Unico. Ahora bien, es preciso advertir que al declararse desierto el recurso de apelación, le impidió al accionante agotar la vía gubernativa para acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, generándose así, la improcedencia de este mecanismo de defensa judicial. Precisado lo anterior, se advierte que el actor no contaba con otro mecanismo de defensa judicial para lograr el amparo solicitado, por lo que la acción de tutela es viable como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sin mas consideraciones, esta Sala confirmara la orden dictada por el Tribunal, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

## **PERJUICIO IRREMEDIABLE – Alcance y requisitos. Jurisprudencia de la Corte Constitucional /**

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha señalado que en aquellos eventos en los cuales existe otro mecanismo de defensa judicial para proteger un derecho fundamental vulnerado, sólo procede la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así lo señaló la Corte, entre otras, en la sentencia T – 343 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), en donde se señaló: (...). El perjuicio irremediable “es aquel que resulta del riesgo de lesión al que una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares somete a un derecho fundamental que, de no resultar protegido por la vía judicial en forma inmediata, perdería todo el valor subjetivo que representa para su titular y su valor objetivo como fundamento axiológico del ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, el perjuicio irremediable es el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y, por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior.”. En complemento de lo anterior, citó como requisitos de procedencia, los siguientes: “(1) el perjuicio es inminente, es decir, que se producirá indefectiblemente si no opera la protección judicial transitoria; (2) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes; (3) 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, (4) la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable”

*CONSEJO DE ESTADO*  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"**

**CONSEJERO PONENTE: Dr. JAIME MORENO GARCIA**

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil ocho (2008)

**Ref: Expediente No. 25000-23-25-000-2007-02273-01**

**ACCIÓN DE TUTELA**

**Actor: MANUEL GUSTAVO RIVAS MORENO**

**IMPUGNACION**

Decide la Sala la impugnación formulada por la Procuraduría Provincial de Fusagasuga, contra la sentencia proferida el 08 de Noviembre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que concedió el amparo solicitado.

**ANTECEDENTES**

El señor MANUEL GUSTAVO RIVAS MORENO, presentó acción de tutela contra la Procuraduría Provincial de Fusagasuga con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y al libre acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por la entidad accionada.

Expuso como hechos principales los siguientes:

La Procuraduría Provincial de Fusagasuga mediante auto del 05 de febrero de 2007, inició indagación preliminar en contra del señor MANUEL GUSTAVO ROJAS MORENO, en su calidad de Alcalde Municipal de Silvana (Cundinamarca), ante la queja presentada por el señor FRANCISCO ALFONSO AGUILLON en la Personería Municipal, la Procuraduría Municipal y la Procuraduría General de la Nación, en virtud de la ausencia de respuesta al derecho de petición que presentó el 21 de julio de 2006.

Mediante auto del 31 de mayo de 2007, se inició investigación disciplinaria a través de procedimiento verbal, previsto en el libro 4º de la Ley 734 de 2002, en

donde se convocó a audiencia pública el 4 de julio de 2007. Dicha audiencia fue suspendida y reanudada en varias oportunidades los días 24 de julio, 31 de julio y 28 de agosto, terminando la diligencia el 05 de septiembre del 2007.

Agotadas las instancias de rigor, la Procuradora Provincial mediante audiencia de fallo celebrada el 3 de octubre de 2007 le impuso al señor Rivas, sanción de destitución del cargo e inhabilidad general de doce años y seis meses.

Una vez conocido el contenido del fallo, el apoderado del disciplinado en la misma audiencia interpuso recurso de apelación contra la decisión, motivo por el cual la diligencia fue suspendida para decidir sobre la concesión del recurso, fijando como fecha, el día cinco de octubre a las cinco de la tarde .

En cumplimiento de lo anterior, la diligencia fue reanudada a las cinco y seis minutos y once segundos de la tarde (5:06´11” pm), según verificación de hora que hace el mismo Despacho en la pagina Web de la Procuraduría General de la Nación, es decir, fuera del horario oficial de atención al público. Dicha audiencia se inicia con la ausencia del abogado Jesus Antonio Uribe Osorio, apoderado sustituto del accionante, quien estuvo presente a la entrada del edificio a las cinco y cinco minutos de la tarde (5: 05pm), siéndole negado el acceso a las oficinas de la Procuraduría por el vigilante del edificio, aduciendo que a esa hora tenia prohibido el acceso al público.

Ante la insistencia del abogado del disciplinado, el vigilante le permite el acceso y al dirigirse ante el Despacho donde se llevaba a cabo la audiencia, su acceso fue restringido, pues en ese instante la Procuradora había iniciado la audiencia.

La anterior diligencia, finaliza a las cinco y siete minutos de la tarde del mismo día, en donde se declara desierto el recurso de apelación interpuesto en la audiencia del tres de octubre de 2007, alegando la no sustentación del recurso y la inasistencia del apoderado, decisión contra la cual no procede recurso alguno.

### **OBJETO DE LA TUTELA**

Invoca la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y libre acceso a la administración de justicia. En consecuencia solicita:

1) Suspender provisionalmente la ejecución de la sanción contenida en la providencia de primera instancia, hasta tanto el juez de tutela no profiera la respectiva decisión de fondo.

2) Se revoque la providencia mediante la cual se declara desierto el recurso de apelación interpuesto por el abogado Jesus Antonio Uribe Osorio y en su lugar, se declare la nulidad de lo actuado y se fije nueva fecha para la sustentación de dicho recurso.

### **PROVIDENCIA IMPUGNADA**

*Mediante providencia del 08 de noviembre de 2007, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca amparó los derechos fundamentales del señor Manuel Gustavo Rivas Moreno y declaro la nulidad de lo actuado en la audiencia celebrada el cinco de octubre de 2007. Como consecuencia de ello, ordenó a la Procuraduría de Fusagasuga fijar nueva fecha y hora para proseguir y terminar la audiencia de tres de octubre de 2007.*

*Para adoptar tal decisión, el Tribunal tuvo en cuenta que la mencionada audiencia del tres de octubre de 2007 en la cual se adoptó la decisión de primera instancia no se **terminó**, sino, se **suspendió**, lo cual implica que el término de dos días con que contaba el apelante para sustentar el recurso se detuvo en el tiempo y solo comenzaría a discurrir a partir de la terminación de la audiencia previamente suspendida, destacando para el efecto la diferencia existente entre los vocablos “**suspensión y terminación**”.*

*De la misma manera, analizó la falta de garantías por parte de la Procuraduría Provincial de Fusagasugá para permitir el acceso del apoderado a las instalaciones de ésta, circunstancia que impidió la sustentación del recurso incoado contra la decisión sancionatoria, ocasionando una flagrante violación de sus derechos fundamentales.*

*Cabe resaltar, que la decisión anterior fue objeto de salvamento de voto por parte del Magistrado disidente, Dr. CERVELEON PADILLA LINARES, quien en su escrito sustentatorio manifestó no estar de acuerdo con la decisión adoptada por*

*no encontrar ninguna violación o amenaza de los derechos fundamentales del actor.*

*Encontró evidente la negligencia del apoderado de la parte actora, el cual contaba con la posibilidad de sustentar el recurso verbalmente o por escrito, y pese a que anuncio que lo realizaría por escrito dentro de los dos días siguientes, omitió hacerlo. Por ende, una vez vencida la oportunidad estipulada para sustentar el recurso de apelación, le correspondía al funcionario de la Procuraduría General de la Nación, declararlo desierto.*

*Por otra parte, afirma que "el procedimiento verbal utilizado por la Procuraduría en este caso está autorizado legal y reglamentariamente, incluida la suspensión de la audiencia mientras llega el escrito de sustentación", constituyéndose un error de interpretación por parte de la Sala, ya que a la luz del artículo 178 de la Ley 734 de 2002 (norma de especial aplicación al caso) "...La diligencia se podrá suspender, para proferir la decisión dentro de los dos días siguientes..." (FL-194)*

## **LA IMPUGNACION**

*Inconforme con la decisión anterior, la apoderada de la Procuraduría General de la Nación impugna la decisión del Tribunal expresando, en síntesis, que el recurso se declaro desierto debido que el apoderado el accionante no lo sustentó dentro del término otorgado por la Ley, término que fue respetado por los funcionarios de la Procuraduría, los cuales después de esperarlo y no recibirlo, tuvieron que declararlo desierto.*

*De igual forma, manifiesta no estar demostrado que el apoderado del accionante hubiera utilizado las diversas herramientas tecnológicas puesta a su disposición para hacer llegar la sustentación del recurso.*

## **CONSIDERACIONES**

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 de tutela, el señor Manuel Gustavo Rivas Moreno pretende que le sean amparados sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y al libre acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por la Procuraduría Provincial de Fusagasuga, al celebrar audiencia pública dentro de la investigación disciplinaria iniciada en su contra, y no facilitarle el ingreso a su apoderado para que sustentara el recurso de apelación interpuesto contra la decisión sancionatoria de primera instancia, arrojando como consecuencia la declaratoria de desierto del recurso de apelación, decisión contra la cual no procede ningún recurso.

Para la Sala, el problema jurídico se centra en establecer si la providencia del 5 de octubre de 2007, proferida por la Procuraduría Provincial de Fusagasuga, ocasiona un perjuicio irremediable al Alcalde del Municipio de Silvana ( como así lo expresa el Tribunal), o si por el contrario, el actor cuenta con otras herramientas judiciales para proteger los derechos invocados como vulnerados.

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha señalado que en aquellos eventos en los cuales existe otro mecanismo de defensa judicial para proteger un derecho fundamental vulnerado, sólo procede la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así lo señaló la Corte, entre otras, en la sentencia T – 343 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), en donde se señaló:

(...)

*El perjuicio irremediable "es aquel que resulta del riesgo de lesión al que una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares somete a un derecho fundamental que, de no resultar protegido por la vía judicial en forma inmediata, perdería todo el valor subjetivo que representa para su titular y su valor objetivo como fundamento axiológico del ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, el perjuicio irremediable es el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u*

*omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y, por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior.”*

En complemento de lo anterior, citó como requisitos de procedencia, los siguientes:

*“(1) el perjuicio es inminente, es decir, que se producirá indefectiblemente si no opera la protección judicial transitoria; (2) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes; (3) 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, (4) la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable”*

Con base en las anteriores decisiones, la Corte ha analizado diversos casos en los cuales fueron presentadas demandas de tutela, contra actos administrativos que impusieron sanciones de tipo disciplinario. En esas oportunidades, la Corte ha concluido que la posibilidad que tienen los actores de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, hace improcedente el amparo solicitado.

No obstante, en el caso objeto de estudio se logra establecer la flagrante vulneración de los derechos fundamentales del señor Manuel Gustavo Rivas Moreno, pues la audiencia mediante la cual se resolvería el recurso de apelación que interpuso su apoderado contra la providencia que le impuso la sanción consistente en la inhabilidad por el término de doce años, presenta las siguientes anomalías:

En primer lugar, es preciso anotar que la audiencia que sancionó al accionante fue suspendida en razón de la interposición del recurso de apelación, para llevarse a cabo el día 5 de octubre de 2007 a las 5: 00 pm. Cumplido lo anterior, la Procuradora Provincial dio inicio a la audiencia cinco minutos después de la hora señalada, en donde declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el abogado del actor, debido a su inasistencia.

No obstante, se encuentra acreditado en el expediente que el apoderado del actor se encontraba golpeando el despacho a la hora en que la Procuradora iniciaba la audiencia, sin que nadie le permitiera el acceso a dicho recinto. situación que vulnera el artículo 123 del Código Disciplinario Unico que dispone:

“... ”

Las partes o apoderados que después de iniciada la audiencia o diligencia, tomarán la actuación en el estado en que se encuentre al momento de su ocurrencia ..

Ahora bien, es preciso advertir que al declararse desierto el recurso de apelación, le impidió al accionante agotar la vía gubernativa para acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, generándose así, la improcedencia de este mecanismo de defensa judicial.<sup>1</sup>

Precisado lo anterior, se advierte que el actor no contaba con otro mecanismo de defensa judicial para lograr el amparo solicitado, por lo que la acción de tutela es viable como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sin mas consideraciones, esta Sala confirmara la orden dictada por el Tribunal, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

*En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*

## **FALLA**

***CONFÍRMASE*** la providencia del 8 de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

*Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.*

***Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.***

---

<sup>1</sup> Sentencia T-999/2006. También se ha considerado que la acción de tutela y su procedibilidad ha de ser considerada en concreto y no en abstracto, pues vista la naturaleza y características propias de esta acción, la protección efectiva de los derechos habrá de prodigarse de conformidad con las circunstancias de cada caso específicamente considerado, pues de ser idónea la acción de tutela, ésta desplaza el mecanismo ordinario y se convierte en la vía principal de defensa.

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

**GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**JAIME MORENO GARCIA**