

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Restrepo-Medina, M.A. (2017). Tutela contra actos administrativos: expresión concreta de la constitucionalización del derecho administrativo colombiano. *Revista Jurídicas*, 14 (1), 24-39.
DOI: 10.17151/jurid.2017.14.1.3.

Recibido el 25 de septiembre de 2016
Aprobado el 07 de noviembre de 2016

TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS: EXPRESIÓN CONCRETA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

MANUEL ALBERTO RESTREPO-MEDINA* |

RESUMEN

El artículo muestra, desde una faceta específica, una evidencia concreta de la constitucionalización del derecho administrativo colombiano. Para ello expone de manera sistemática la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre la procedencia de la tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales frente a su vulneración por la expedición de actos administrativos. El análisis efectuado llevó a identificar dos categorías de decisiones (i) la improcedencia de la tutela como regla general y (ii) la procedencia excepcional en tres tipos de casos: la causación de un perjuicio irremediable y su otorgamiento como mecanismo transitorio de protección del derecho, la causación de un perjuicio irremediable y su otorgamiento como mecanismo definitivo de protección del derecho y el otorgamiento de la tutela por ineficacia del medio ordinario de control.

PALABRAS CLAVE: constitucionalización del derecho administrativo, acción de tutela, acto administrativo.

* Doctor en Derecho. Profesor titular de carrera académica. Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.
E-mail: manuel.restrepo@urosario.edu.co.
ORCID: 0000-0003-0197-8353.

PROTECTION AGAINST ADMINISTRATIVE ACTS: CONCRETE EXPRESSION OF THE CONSTITUTIONALIZATION OF COLOMBIAN ADMINISTRATIVE LAW

ABSTRACT

The article shows, from a specific facet, concrete evidence of the constitutionalisation of Colombian administrative law. To this end, it systematically outlines the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court on the origin of the guardianship as a mechanism for the protection of fundamental rights against their violation by the issuance of administrative acts. The analysis carried out led to the identification of two categories of decisions: (i) the dismissal of guardianship as a general rule and (ii) exceptional origin in three types of cases: the causation of irremediable damage and its granting as a transitional mechanism of protection of the right, the cause of irremediable damage and its granting as a definitive mechanism of protection of the right and the granting of guardianship due to the inefficiency of the ordinary means of control.

KEY WORDS: constitutionalisation of administrative law, tutela action, administrative act.

INTRODUCCIÓN

La constitucionalización del derecho, entendida como la influencia que el derecho constitucional y en particular los contenidos de la Constitución y la interpretación que de su aplicación hacen los tribunales constitucionales sobre las demás disciplinas jurídicas, tiene una marcada proyección en el caso del derecho administrativo al ocuparse por su objeto de la estructura y actividad de una de las ramas del poder público¹.

En esta disciplina el acto administrativo, como manifestación de voluntad generadora de efectos jurídicos proferida por aquel que ejerce la función administrativa, es una de sus categorías más paradigmáticas; por esa representatividad, resulta pertinente preguntarse si su régimen se ha visto afectado y de qué manera por la constitucionalización del derecho; constitucionalización, expresada de manera concreta por la incidencia que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tenido sobre dicha figura.

Para este propósito, en el presente artículo, se hace una exposición sistemática de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre la procedencia de la tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales frente a su vulneración por la expedición de actos administrativos²; mostrando, a través de esta faceta específica, una evidencia concreta de la constitucionalización del derecho administrativo colombiano.

Para la identificación de las providencias pertinentes se hizo la búsqueda en el repositorio de sentencias de la Corte Constitucional por el descriptor “tutela y acto administrativo”. Se hizo una revisión de las referencias encontradas y, a pesar de que no se construyó una línea jurisprudencial, se seleccionaron aquellas citadas recurrentemente como sentencias de referencia y las que trataran un tópico por primera vez y generaran un precedente.

De esta manera se identificaron 92 providencias judiciales: 76 sentencias de salas de revisión, 14 sentencias de unificación de sala plena y 2 autos. Estas sentencias se distribuyen homogéneamente a lo largo del tiempo comenzando desde 1993, salvo en 2009 y 2010, años en los que se observa una importante concentración

¹ La tendencia de constitucionalización del derecho, en palabras de Aguiló (2004), se caracteriza por: (i) la existencia de una Constitución con una jerarquía superior a los demás lineamientos legales; (ii) su determinación como una limitación al poder político y la garantía de los derechos y (iii) su aplicación directa y práctica en las actividades políticas y jurídicas. Ordoñez (2007) realiza una crítica a esta tendencia, ya que representa la desaparición del constitucionalismo liberal.

² Contrasta la ausencia de una sistematización de la jurisprudencia constitucional sobre la tutela contra actos administrativos, ni por parte de la Corte Constitucional, ni de la doctrina, con el amplio desarrollo que ha tenido la construcción doctrinal de la propia Corte sobre la tutela contra providencias judiciales; vale destacar el juicioso trabajo que en las varias ediciones de su obra ha realizado Quinche (2012) sobre la materia.

de la actividad desplegada por la Corte Constitucional para fijar derroteros sobre la procedencia de la acción de tutela por excepción frente a la regla general.

El análisis efectuado llevó a identificar dos categorías de decisiones: (i) improcedencia de la tutela contra acto administrativo como regla general; (ii) procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos. Las decisiones que hacen parte del segundo grupo se pueden clasificar, a su vez, en tres tipologías: otorgamiento de la tutela cuando hay un perjuicio irremediable y se concede como mecanismo transitorio; otorgamiento de la tutela cuando hay un perjuicio irremediable y se concede como mecanismo definitivo y otorgamiento de la tutela por ineficacia del medio ordinario de control.

El artículo concluye con unas consideraciones finales acerca de la incidencia que la regulación del régimen de medidas cautelares contenida en la Ley 1437 de 2011 puede llegar a tener sobre la jurisprudencia que ha sido elaborada por la Corte Constitucional para permitir la procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos y hacerla aún más restrictiva.

CONTEXTO GENERAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS

El objetivo de la acción de tutela es proteger los derechos fundamentales frente a cualquier evento de amenaza o violación, siempre que no exista otro mecanismo idóneo para lograr ese mismo propósito; en este orden de ideas, si bien es un mecanismo preferente y sumario, tiene un carácter subsidiario o residual.

Por lo anterior, aunque cualquier acto administrativo eventualmente puede amenazar o vulnerar los derechos fundamentales de una persona dado que existe a disposición del afectado el medio de control con pretensión de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, por regla general la tutela resulta improcedente.

No obstante, aunque exista un mecanismo alternativo de protección, el régimen constitucional de la tutela dispone que si con la utilización del medio ordinario no se evita la causación de un perjuicio irremediable al titular del derecho, la tutela opera como mecanismo transitorio de protección.

La Corte Constitucional ha precisado que un perjuicio es irremediable cuando concurren las siguientes características: inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad. Veamos cada una de ellas.

Inminencia: cercanía o proximidad en el tiempo del daño que se habría de infringir al titular del derecho, que impide que el mecanismo ordinario alcance a operar.

Gravedad: afectación en un alto grado de intensidad del derecho fundamental de quien es su titular y reclama su protección.

Urgencia: necesidad de protección inmediata del derecho que el juez ordinario no está en capacidad de garantizar ante la inminencia y gravedad del daño.

Impostergabilidad: requerimiento de la inmediatez de la medida para garantizar la protección eficaz del derecho amenazado.

En el caso de la tutela contra actos administrativos, si el juez advierte que puede causarse un perjuicio irremediable de no mediar la protección tutelar, puede otorgar el amparo con carácter provisional mientras opera el mecanismo ordinario de control por parte de la jurisdicción.

El análisis de los casos resueltos por la Corte Constitucional permite ratificar tanto la improcedencia general de la tutela contra actos administrativos, sustentada en los argumentos que en este artículo se sistematizan, como también su procedencia excepcional que no se limita solo a la protección provisional sino que en ciertos eventos es definitiva; tal como se expone a continuación.

IMPROCEDENCIA COMO REGLA GENERAL EN TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS

Teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas en el apartado anterior, la Corte Constitucional ha mantenido como regla general la improcedencia de la tutela contra actos administrativos planteando los siguientes argumentos para sustentar su posición: por antonomasia, si hay una forma de actuación del Estado manifestada en ejercicio de la función administrativa que tenga garantía de acceso a la administración de justicia es el acto administrativo. Esta manifestación de voluntad unilateral que genera efectos jurídicos, de carácter general o particular, es susceptible de controvertirse ante la jurisdicción especializada por la vulneración de la Constitución y del principio de legalidad en sentido amplio; por lo cual, de entrada, el sujeto pasivo puede plantearle al juez de tutela la improcedencia del medio por la existencia de un mecanismo ordinario.

Tampoco procede la protección de los derechos fundamentales cuando el titular no ha ejercido el mecanismo ordinario para impugnar la validez del acto, no como requisito de procedencia de la tutela que requiere acreditar que concurrentemente se ha ejercido el medio de control a través de la presentación de la demanda de nulidad, sino porque para el momento en que se pide la protección cautelar no ha caducado el medio ordinario de reclamación. Toda vez que el juez allí puede otorgar la protección como mecanismo cautelar y condicionar su permanencia

a que el beneficiario haga uso del medio de control, la protección se pierde si el medio no se interpone.

También la tutela se debe interponer en un plazo razonable, pues, aunque la Corte declaró inexecutable el plazo de caducidad de dos meses que se estableció en el decreto que la reglamento y en razón de la diversidad de los casos no ha querido comprometerse con un término definitivo, ha señalado que la solicitud se presente dentro de un plazo razonable. Así, la jurisprudencia constitucional ha considerado que aun cuando ya haya caducado la posibilidad de usar el medio de control, un término de seis meses es un plazo razonable para ejercer la tutela. Inclusive se ha admitido dar curso a tutelas contra actos administrativos, así no se hayan presentado en un plazo razonable, cuando haya motivo que explique la inactividad del accionante o porque aparezca un hecho nuevo que afecte la seguridad jurídica.

Como regla general la tutela tampoco procede contra actos administrativos que se producen como consecuencia de la actividad contractual del Estado sin importar si del acto administrativo se deriva la vulneración de derechos como la libre competencia, la libertad económica, el patrimonio, la igualdad o el debido proceso administrativo, ya que en estos casos se estima que el medio alternativo es eficaz y en principio no se advierte que se genere un perjuicio irremediable. No obstante, la Corte considera una salvedad para admitir la procedencia de la tutela en el evento en el cual el titular del derecho como resultado de la expedición del acto administrativo queda en estado de indefensión y mientras se tramita el mecanismo ordinario pierde la capacidad jurídica para contratar.

No opera la tutela para afectaciones colectivas porque existe la acción popular para reclamar por dichas afectaciones con titularidad difusa, salvo cuando el mismo evento que atenta contra el derecho colectivo afecte simultáneamente derechos fundamentales de una persona y cuando esa persona ejerce simultáneamente los dos instrumentos de control. En tal caso se requiere demostrar la efectiva afectación de los derechos fundamentales y no solo la de los derechos colectivos; no obstante el juez de tutela solo se debe pronunciar frente a los primeros, aunque con la decisión de proteger estos últimos automáticamente proteja el derecho colectivo.

Por último, no opera la acción de tutela respecto de actos preparatorios o de trámite porque aún no se ha conformado de manera definitiva la voluntad de la administración, la cual con el acto definitivo sí produce efectos jurídicos con vocación de afectar derechos fundamentales a menos que con el acto preparatorio se defina una situación especial que se proyecte en la amenaza o vulneración de estos derechos puesto que en este evento el acto de trámite se vuelve implícitamente definitivo.

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO

Aunque la regla general, como acaba de explicarse, es la improcedencia de la tutela frente a actos administrativos, la jurisprudencia constitucional ha admitido su procedencia por excepción en una casuística agrupable en tres categorías: otorgamiento ante perjuicio irremediable como mecanismo transitorio; otorgamiento ante perjuicio irremediable como mecanismo definitivo y otorgamiento por ineficacia del medio alternativo de protección.

Para valorar la procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos, dice la Corte Constitucional, el juez debe considerar que se trate de personas que se encuentren en estado de indefensión y debilidad manifiesta —que es lo que justifica darles un tratamiento diferencial— puesto que si el sujeto no es particularmente vulnerable puede esperar a que el mecanismo ordinario opere por no clasificar como un sujeto de especial protección que sea merecedor del amparo.

En todo caso, aun en aquellos eventos en los que por excepción procede la tutela, el juez constitucional ha señalado que no sustituye al juez administrativo y no puede pronunciarse sobre la validez, legalidad o constitucionalidad del acto; es más ni lo puede anular o suspender, por lo cual el alcance de la protección —aun si es definitiva— solo beneficia al tutelante; de modo que si hay más personas cobijadas por el acto administrativo, en relación con ellas, se hace efectivo el acto particular; y si se trata de un acto general, los demás destinatarios indeterminados que no hayan recurrido a la tutela padecerán sus efectos.

Lo anterior por cuanto el efecto de la protección dispuesta en la tutela, ordenando la suspensión de la aplicación del acto, solo ampara al titular del derecho que reclama su protección, a diferencia de la suspensión provisional del proceso contencioso administrativo cuyos efectos comprenden a todas las situaciones jurídicas reguladas por el acto; por ello como la tutela no afecta sus atributos de presunción de legalidad, ejecutoriedad y ejecutividad, respecto de todas las personas que no hayan sido cobijadas con el beneficio de protección en sede de tutela, la administración sigue estando obligada a la ejecución del acto.

Ahora bien, frente a los casos en los que la tutela se concede como mecanismo provisional de protección —aunque en principio, el decreto reglamentario de la tutela ha previsto que para demostrar que este es insuficiente—, el mismo se tendría que haber ejercido simultáneamente con la acción de tutela, la Corte ha precisado que en la medida en que esas dos acciones tienen objetos diferenciados, no necesariamente deben coincidir en el tiempo para que proceda el amparo de la tutela, por lo cual el mantenimiento de la protección concedida se sujeta al cumplimiento de la carga de demandar su nulidad antes de que opere la caducidad de la pretensión.

No obstante, en la medida en que la tutela también pueda proceder respecto de un acto de carácter general sobre el cual no hay plazo de caducidad para el ejercicio del medio de control judicial, la protección concedida como mecanismo transitorio se tornaría definitiva si el beneficiario de la tutela no demanda el acto; y no podría perder la protección, pues no hay ningún término para que cumpla con la carga de demandar. Allí hay un vacío en la jurisprudencia constitucional, que se podría solucionar si el juez impone al accionante la obligación de ejercer el medio de control en un plazo que podría ser el mismo previsto para el acto de contenido particular a cuya presentación se condicionaría la permanencia de la protección.

La casuística sobre la procedencia excepcional de la tutela frente a actos administrativos se puede clasificar en tres grupos en cada uno de los cuales, a su turno, se pueden identificar las diferentes vicisitudes que han dado lugar a su reconocimiento por parte de la jurisprudencia constitucional tal como se explica a continuación.

Otorgamiento de la tutela ante perjuicio irremediable como mecanismo transitorio

Actos de carácter general que podrían causar un perjuicio irremediable a personas determinadas

Aunque en principio, si el acto administrativo es general, no debería afectar ningún derecho fundamental por su carácter abstracto e impersonal; aserto que la Corte Constitucional ha reiterado; también ha señalado que, cuando se despliegan actuaciones encaminadas a la ejecución del acto general, con ellas se puede llegar a ocasionar la afectación del derecho fundamental de una persona la cual, si bien dispone del mecanismo ordinario de control judicial para demandar la nulidad y solicitar la suspensión provisional, podría verse afectada con un perjuicio irremediable que justifique el otorgamiento del amparo cautelar.

Para su reconocimiento, la Corte dice que es indispensable demostrar tanto la afectación del derecho fundamental como la causación de un perjuicio irremediable con la ejecución del acto de carácter general. Ejemplo de este primer caso de procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos como mecanismo transitorio de protección son los llamados “muros de la infamia”, que corresponden a la expedición por parte del Concejo de Bogotá de un acuerdo en el que ordenaba publicar avisos y vallas con las fotos y los nombres de quienes hubieran sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores de edad, frente al cual la Corte dijo que dicha publicidad producía una nueva victimización de los abusados e incitaba a la vindicación y la venganza contra los infractores sin que se hubiera demostrado que dicho medio fuera efectivo para prevenir la comisión de estos delitos; en esta medida la Corte amparó los derechos al buen nombre, la dignidad y la integridad, ordenando al Distrito abstenerse de realizar las publicaciones mientras la justicia administrativa decidía de fondo sobre la legalidad del acuerdo.

Imposición de sanciones disciplinarias a servidores públicos de representación popular

La Corte Constitucional parte de afirmar que ninguna sanción, por sí misma e incluso las de carácter disciplinario, constituye un perjuicio irremediable puesto que de no ser así toda sanción sería tutelable; en este sentido, lo que tendría que operar sería el medio de control judicial ordinario al alcance del sancionado.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando la sanción recae sobre aquel que ejerce un cargo de representación popular y ella ha sido proferida con violación de las garantías constitucionales, hay lugar a conceder la tutela como amparo transitorio; pues no solo se afecta el derecho del elegido, sino también el del elector a quien se privaría del derecho de representación política el cual es consustancial al principio democrático.

En tales casos no basta con que el sancionado ostente un cargo de representación popular, sino que se requiere acreditar que en el trámite para la imposición de la sanción se le vulneraron las garantías constitucionales; con esta tesis, la Corte armoniza lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la protección de los derechos políticos con el derecho interno que le asigna competencia al ministerio público para sancionar a servidores públicos de elección popular.

Acto contractual sancionatorio

En relación con los actos administrativos derivados de la gestión contractual del Estado, la Corte Constitucional reitera la improcedencia de la tutela como regla general por la existencia del medio ordinario de control judicial. Sin embargo admite que si en el trámite de imposición de una sanción al contratista, se ha incurrido en una violación del debido proceso y con aquella se afecta la capacidad jurídica de este para desarrollar el objeto contractual, procede el amparo como mecanismo transitorio; pero la sola imposición de la sanción con violación del debido proceso, sin que ella afecte la capacidad jurídica para actuar del contratista (como en el caso de las multas), no da lugar a la procedencia del amparo ni siquiera como mecanismo transitorio.

Acto administrativo que niega la condición de refugiado

Cuando a una persona se le niega el estatus de refugiado la consecuencia es su expulsión del país, pues automáticamente su situación migratoria queda encuadrada como ingreso ilegal o extensión ilegal de su permanencia, lo cual implica la repatriación del solicitante. En la medida en que esta situación puede conllevar un riesgo para su vida o integridad en el país de origen, eventualidades que se enmarcan en la noción de perjuicio irremediable, la Corte ha admitido que mientras

se resuelve la impugnación judicial del acto que niega la condición de refugiado procede la protección cautelar, aunque quedando obligado el beneficiario de la tutela a demandar la nulidad del acto administrativo; de forma que si no lo hace, al operar la caducidad de la pretensión, la autoridad migratoria lo puede aprehender, expulsar y repatriar a su país.

Otorgamiento de la tutela ante perjuicio irremediable como mecanismo definitivo

En todos los casos se libera de demandar a quien se tutela su derecho, en virtud del criterio de situación especial de indefensión o vulnerabilidad del tutelante. Las situaciones que hacen parte de este segundo grupo son las siguientes.

Retiro de servidor público beneficiario del retén social

La Ley 790 de 2002 estableció una estabilidad laboral especial para las personas próximas a pensionarse, las madres cabeza de familia y las personas en condición de discapacidad en los procesos de reestructuración o liquidación de entidades públicas generados con el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por dicha norma, que implicaran supresión de cargos. La Corte Constitucional determinó que ese beneficio sería intemporal y aplicaría en cualquier caso de reestructuración o liquidación de una entidad pública.

En función de lo anterior, si un servidor público es retirado del cargo en una entidad en liquidación o reestructuración estando amparado por el denominado retén social, procede la tutela frente al acto de desvinculación y como consecuencia se ordenará su reintegro. Esta medida de protección es definitiva, pero en el evento de liquidación de la entidad es temporal, pues cesa en el momento de su extinción definitiva; y en el caso de la reestructuración es permanente porque salvo una causal de retiro forzoso no se puede retirar del servicio a la persona.

A partir de la previsión de protección de la Ley 790 de 2002, la Corte ha precisado las condiciones en que opera el retén social. En primer lugar el amparo para las personas próximas a pensionarse opera siempre que para el momento de la expedición del acto de retiro les falten menos de tres años para adquirir el derecho a la pensión, dependan económicamente del ingreso laboral y se encuentren en situación de debilidad manifiesta porque hacen parte del grupo de adultos mayores o porque tienen una condición de discapacidad. La estabilidad laboral protege a la persona frente al perjuicio de no tener otra fuente de ingresos para proveerse su subsistencia dada la dificultad por su condición para conseguir un nuevo empleo y por ello el mecanismo es definitivo; por esa misma razón, la protección no es procedente en el caso de las pensiones convencionales.

En segundo lugar la tutela también protege a la madre cabeza de familia, aunque hoy por igualdad de género el amparo se hace extensivo al padre cabeza de familia. Para que la protección se conceda se requiere acreditar que las personas tengan a su cargo hijos menores o personas que no pueden valerse por sí mismas, que esa condición de dependencia sea permanente, que quien tenga el carácter de cónyuge o compañero(a) no aporte porque no quiere o porque no puede porque ha fallecido o porque tiene una enfermedad o condición de invalidez que le impide trabajar y que no reciba apoyo de ninguna otra persona.

En tercer lugar están las personas que tengan limitaciones físicas, mentales, visuales o auditivas, sin que ni la ley ni la jurisprudencia hayan establecido grados de limitación para determinar la procedencia de la protección, por lo que el tema se puede llegar a prestar para abusos debido a que si la norma no ha establecido diferencias no le sería dable al juez distinguir y cualquier tipo de limitación sería así merecedora de protección por retén social.

Revocatoria directa de beneficio o derecho previamente reconocido

Una de las más significativas novedades de la Ley 1437 de 2011 fue la prohibición de la revocación directa de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas concretas a favor de particulares sin su consentimiento previo, expreso y escrito. Sin embargo, el que la norma lo prohíba no impide que en la práctica se dé la revocación de esa clase de actos sin la aquiescencia de sus beneficiarios.

La procedencia de la tutela en estos casos se justifica porque la administración no puede presumir la mala fe del beneficiario y trasladarle la carga de la prueba de demostrar la validez del acto originariamente expedido, forzando al titular del derecho revocado a buscar su restablecimiento recurriendo a la jurisdicción, cuando ya se le había reconocido por la administración. La revocación no consentida vulnera el debido proceso y el derecho a la defensa y afecta la seguridad jurídica.

Traslado de un servidor público a lugar distinto al que se desempeña

En principio, por razones del servicio, la entidad pública puede disponer el traslado de un servidor público a un sitio geográficamente diferente de aquel al que estaba inicialmente destinado y el mayor gasto que se deriva para quien es trasladado hace parte del alea de prestar un servicio en entidades con presencia territorial diversa, a menos que ello implique una afectación del mínimo vital; si no se afecta debe asumir la carga que entraña ser trasladado a menos que el traslado afecte derechos fundamentales, ocasionándole un perjuicio irremediable.

Se produce un perjuicio irremediable y por lo tanto procede la tutela como mecanismo definitivo en los siguientes eventos: cuando por el hecho del traslado

se pone en riesgo la salud del trabajador o de su núcleo familiar, cuando el traslado es intempestivo y genera una ruptura abrupta del núcleo familiar y cuando se prueba que el traslado implica un riesgo para la vida o la integridad del trabajador trasladado o de su núcleo familiar inmediato.

Retiro laboral de sujetos de especial protección

En general, los actos por medio de los cuales se dispone el retiro de un servidor público de una entidad que no está en proceso de liquidación o reestructuración disponen del medio de control ordinario y por ello no son pasibles de la acción de tutela. Sin embargo cuando el retiro recae sobre una persona que es sujeto de especial protección, por el estado de vulnerabilidad en que se encuentra, no solo procede el amparo sino que la Corte Constitucional lo determina como definitivo; tales casos son los de la mujer en estado de embarazo o en período de lactancia y los de las personas en condición de discapacidad médicamente certificada.

Retiro sin motivación de un servidor público

Si se trata de un servidor público que no esté inscrito en carrera, cuya vinculación laboral con el Estado sea de libre nombramiento y remoción, todo acto de retiro debe ser motivado; y si solo se invocan las atribuciones legales para declarar la insubsistencia, pero no se señalan sus fundamentos particulares, el acto carece de motivación y el juez de tutela debe ordenar que se motive el acto. Si el acto de retiro se motiva, tendrá que notificarse y el servidor público declarado insubsistente podrá hacer uso de los mecanismos ordinarios de oposición; si la entidad no tiene cómo soportar la motivación, por tratarse de un acto arbitrario, la protección se hará extensiva al reintegro.

Retiro de servidor de carrera por cumplir requisitos para pensionarse

Dado que la inscripción de un servidor público en la carrera administrativa genera derechos especiales, derivados de su ingreso por mérito y su permanencia por evaluación satisfactoria del desempeño, goza de una estabilidad laboral especial que le permite —salvo que medie causal imperativa para retirarse como el cumplimiento de la edad de retiro forzoso con requisitos para pensionarse— decidir el momento de su retiro. Por lo anterior, no se puede forzar el retiro de quien voluntariamente desea seguir en el servicio público así haya cumplido con los requisitos para pensionarse aunque no haya llegado a la edad de retiro forzoso; de manera que, a través de la tutela que ordena el reintegro en estos casos, se protege el núcleo del derecho que se genera por pertenecer al régimen de carrera.

Prohibición de la tauromaquia con muerte del toro

Se trata de un único caso temático, en el cual la Corte Constitucional admitió la procedencia de la tutela frente a un acto administrativo de carácter general concedida a favor de una persona jurídica y a pesar de la existencia de mecanismo ordinario de control judicial de la validez del acto, inclusive recurriendo a la medida cautelar de suspensión de sus efectos.

En este evento particularísimo, el gobierno distrital había expedido un decreto por medio del cual permitía la tauromaquia en la ciudad sin el sacrificio del astado. La sociedad concesionaria de la explotación de la plaza de toros obtuvo que la Corte Constitucional, en una decisión dividida, amparara sus derechos fundamentales y ordenara que se permitieran en ese escenario las corridas de toros conforme a la tradición cultural.

Llama poderosamente la atención que la sala de revisión hubiera concedido el amparo a una persona jurídica que disponía de los mecanismos ordinarios para solicitar la nulidad y la suspensión provisional del mencionado acto administrativo, y el argumento de la protección iusfundamental basado en el respeto a una tradición cultural suscita profundas dudas en cuanto a la irremediabilidad del perjuicio ya si el problema jurídico era de afectación de derechos fundamentales o si correspondía exclusivamente a su validez constitucional o legal.

Otorgamiento de la tutela por ineficacia del medio alternativo

Reconocimiento de pensión conforme a normativa manifiestamente inaplicable

La Corte Constitucional ha dicho que cuando una entidad previsional liquida una pensión de acuerdo con una normativa manifiestamente inaplicable, ello constituye una vía de hecho administrativa y por lo tanto procede el amparo; no obstante la protección no es transitoria sino definitiva por la ineficacia del medio ordinario de control, ya que se estaría forzando al pensionado a que si quiere que el valor de su pensión sea superior tenga que desgastarse en un proceso contencioso administrativo cuando está en el ocaso de su vida y mientras se resuelve de fondo su pretensión no podría disfrutar de la pensión a la que tiene derecho.

En esta medida, cuando se pretende controvertir a través de la tutela el acto administrativo de reconocimiento de una pensión, el juez constitucional debe valorar el régimen que la entidad previsional aplicó; de forma que, si esta empleó un régimen que no correspondía, debe definir si era una normativa manifiestamente inaplicable (para conceder el amparo) o si era simplemente inaplicable (donde no hay lugar al amparo porque habría lugar a pedir la nulidad y a título de restablecimiento del derecho, la liquidación de la pensión con la base superior de la mesada).

Nombramiento de quien no ocupó el primer lugar en concurso de méritos

La jurisprudencia constitucional reconoce que la provisión de un empleo público a través de un concurso de méritos da mayor garantía de confiabilidad sobre la persona que va a desempeñar el cargo; dicho mecanismo no solo da derecho al primero a ser nombrado sino a la administración a contar con el mejor para administrar esa entidad, por lo cual privar al primero que ganó no solamente lo lesiona a él sino también a la administración.

Como en este caso el medio ordinario de control judicial sería ineficaz, pues mientras se decide de fondo la demanda quien ganó el concurso no sería la persona que ingresaría a la entidad, el modo de garantizar la eficacia del derecho fundamental conculcado es mediante la inaplicación del acto de nombramiento y la orden de nombrar a quien ocupó el primer lugar en el concurso.

Suspensión de la prestación de servicios públicos domiciliarios

El acto que ordena el corte, la suspensión o la imposición de una multa por el no pago de un servicio público domiciliario en principio sería demandable por la vía jurisdiccional ordinaria; sin embargo la Corte Constitucional ha admitido la protección del usuario vía tutela por la causación de un perjuicio irremediable, concedida además en forma definitiva, en dos situaciones específicas.

Primero: cuando a una empresa se le impone una multa que no puede pagar y al suspenderle el servicio la fábrica se paraliza, afectando no solo a su dueño sino a todos los empleados que de allí derivan su sustento, por lo cual mientras se surte el contencioso ordinario de nulidad se causaría un perjuicio irremediable que torna en ineficaz el mecanismo ordinario y por ello la tutela se concede como mecanismo definitivo.

Segundo: cuando un adulto mayor que vive solo y no paga la factura por el consumo del servicio de acueducto, a quien el suministro le es suspendido; así, mientras cuestiona la legalidad de la decisión del corte se pone en riesgo su vida y la dignidad humana, no se le puede privar del acceso al servicio público y la tutela se decreta como mecanismo definitivo.

En estos casos la jurisprudencia justifica el no pago por la condición particular del beneficiario, trasladando a la empresa prestadora el costo del servicio no pagado; si este reconocimiento se llegare a generalizar, la consecuencia sería que la autoridad regulatoria se vería abocada a autorizar un incremento en la tarifa; de modo que finalmente serían los demás usuarios quienes terminarían solventando ese tipo de situaciones.

CONSIDERACIONES FINALES

Una parte relevante de la consideración de la procedencia de la tutela contra actos administrativos en ciertos casos, la derivó la Corte Constitucional de la precariedad del régimen cautelar del anterior Código Contencioso Administrativo³. En efecto, la posibilidad de obtener el decreto judicial de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto demandado en el régimen anterior, exigía al juez anticipar el sentido del fallo dado que para decretar la suspensión se requería establecer que la ilegalidad fuera ostensible; lo que hacía que ante la improcedencia de la medida cautelar, el remedio judicial cuando llegara no fuera suficientemente eficaz⁴.

Con la Ley 1437 de 2011, se amplió la potestad cautelar del juez administrativo y prácticamente puede hacer todo lo que la perspectiva de protección de los derechos fundamentales le permite hacer al juez constitucional o de tutela⁵. Ello en razón a que el nuevo régimen permite al juez adoptar medidas cautelares de carácter preventivo, conservativo, anticipativo o suspensivo, que pueden llegar a ser innominadas y para cuyo decreto basta con acreditar los supuestos básicos de procedencia del régimen cautelar ordinario: la apariencia de buen derecho y el peligro de la demora.

En este orden de ideas, vale la pena preguntarse si las consideraciones elaboradas por la Corte Constitucional para justificar la procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos por perjuicio irremediable o falta de idoneidad del medio ordinario se pueden replantear a la luz del régimen cautelar contemplado en la ley 1437 de 2011; y si la jurisprudencia constitucional podría ser aún más rigurosa en cuanto a la admisibilidad de la procedencia de la tutela porque el medio alternativo, que ahora dispone de un régimen cautelar amplio, tiene la posibilidad de proteger el derecho de manera eficaz mientras se produce por el mismo juez la sentencia definitiva que se pronuncie sobre la validez el acto.

³ Sobre la regulación del régimen cautelar en el Código Contencioso Administrativo anterior, Correa (2008) realiza una caracterización que deja en evidencia su insuficiencia para garantizar la protección efectiva de los derechos de las partes en el proceso. En este orden de ideas, la doctrina ya venía planteando la necesidad de ampliar la potestad cautelar del juez administrativo (Restrepo, 2005).

⁴ Esta misma situación se presentaba en el derecho español, pero a diferencia del caso colombiano su solución no fue abordada directamente en una reforma al régimen del proceso contencioso administrativo sino a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al interpretar el alcance de la Ley 62 de 1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona en dos autos en los que estableció las reglas del régimen cautelar en lo contencioso administrativo: (i) el fundamento de las medidas cautelares es el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; (ii) la tutela debe otorgarse a quien tenga en sus pretensiones una apariencia de buen derecho; (iii) la admisibilidad de cualquier medida, no solamente de suspensión sino también positiva, que asegure la plena efectividad de la sentencia (Ferret, 2005).

⁵ Fajardo (2011) describe de manera detallada la nueva regulación, al respecto, contenida en los artículos 229 a 241 de la Ley 1437 de 2011.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguiló, J. (2004). *La constitución del Estado constitucional*. Lima, Perú: Palestra.
- Correa, R. (2008). Medidas cautelares ante la jurisdicción administrativa en Colombia. *Memorias del Seminario Franco-Colombiano sobre la Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Bogotá, Colombia.
- Fajardo, M. (2011). Medidas cautelares. *Memorias del Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá, Colombia.
- Ferret, J. (2005). Las medidas cautelares. En Sommermann, K.P. (Ed.). *La reforma del proceso contencioso-administrativo en España* (pp. 137-146). Speyer, Alemania: Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung.
- Ordóñez, A. (2007). El neoconstitucionalismo: ¿un derecho nuevo para la aldea global? *La constitucionalización de las sociedades contemporáneas*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Santo Tomás.
- Quinche, M.F. (2012). *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez, Pontificia Universidad Javeriana.
- Restrepo, M.A. (2005). La necesidad de ampliar la potestad cautelar del juez administrativo. *Estudios Socio-Jurídicos*, 7 (2), 191-205.