

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISION PENAL**

Magistrada Ponente

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

FALLO DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, veintiséis (26) de agosto de dos mil once (2011)

Hora: 4:30 p.m.

Aprobado por Acta No. 566.

Radicación: 66001-31-87-002-2011-20497-01
Accionante: María Sonia Ospina Bermúdez
Accionado: Superintendencia de Notariado y Registro
Derecho: Trabajo, vida digna, mínimo vital y otros
Procede: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medida de Seguridad de Pereira

ASUNTO

La Sala desata la impugnación propuesta por la Jefe de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro, contra el fallo proferido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, que amparó los derechos fundamentales de la señora MARÍA SONIA OSPINA BERMÚDEZ.

ANTECEDENTES

Libelo demandatorio.

Señaló el apoderado de la actora que su mandante nació el 2 de diciembre de 1945 y ha venido laborando con diferentes entidades del Estado desde el año 1970, con algunas interrupciones, por lo que a la fecha ha prestado sus servicios por más de 35 años, siendo beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993.

Que se vinculó a la Superintendencia de Notariado y Registro, siendo su último cargo el de Registradora Seccional de Instrumentos Públicos de Dosquebradas, cargo del cual se le retiró del servicio mediante resolución 4482 del 7 de junio de 2011, por haber cumplido la edad de retiro forzoso.

Agrega el libelista que la señora MARÍA SONIA OSPINA, no está gozando de pensión, razón para argumentar que si se le separa del cargo, se le causa un perjuicio irremediable en su dignidad y su vida y hace referencia a la múltiples obligaciones dinerarias a su cargo, destacando que presenta mora en alguna de ellas. Con base en lo anterior pide que se le ampare con la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto administrativo que la retira del servicio.

Fallo de primer nivel.

Argumentó el fallador de primer nivel que según la legislación y la jurisprudencia, han definido que no se vulneran derechos como la vida digna y el mínimo vital con ocasión del retiro forzoso y destaca la dejadez de la accionante para haber solicitado en tiempo el reconocimiento de su pensión; sin embargo, señala que la ausencia de la prestación pensional, es responsabilidad de la entidad accionada y

que la acción administrativa no es lo suficientemente expedita para su protección, razón para considerar que se afecta el derecho a la seguridad social de la servidora pública, junto con el de dignidad humana, en conexidad directa con el mínimo vital y móvil, y ordena a la Superintendencia de Notariado y Registro, que mediante nuevo acto administrativo, cese los efectos de la Resolución 4482 del 7 de junio de 2011 que retiró del servicio a la funcionaria MARÍA SONIA OSPINA BERMÚDEZ, disponiendo su reintegro inmediato al cargo de Registradora de Instrumentos Públicos de Dosquebradas o en otro de igual categoría, si ello no fuere posible, con el salario vigente a la fecha, hasta tanto se le reconozca su pensión de vejez y figure en nómina para el pago de la misma.

Además concedió a la actora un plazo de 15 días para que solicite el reconocimiento y pago de su pensión de vejez y adicionalmente a la Superintendencia constatar que la accionante haya pedido este reconocimiento, y en su defecto impuso que la entidad accionada proceda a solicitar directamente que se reconozca ese derecho pensional.

Impugnación.

Expresó la funcionaria de la Superintendencia accionada que los notarios y registradores de I. P., tienen un rol especial que es el de brindar confianza y seguridad en los ciudadanos y que por tanto una vez llegada su edad de retiro forzoso deben manifestarlo, conforme con el artículo 182 del Decreto 960 de 1970, razón para no compartir la decisión, porque además el artículo 124 del Decreto 1950 de 1973, consagra que cuando el servidor se encuentre en condición de retiro forzado, será retirado dentro de los seis meses siguientes, con la finalidad de que gestione su pensión.

También precisó que el registrador de instrumentos públicos ejerce una delicada función que exige toda la atención y cuidado y una persona de la tercera edad va disminuyendo su capacidad, aunado a las obligaciones económicas, no le da la suficiente tranquilidad y reposo para ejercer sus funciones, además sus deudas hacen más gravosa la situación para la prestación del servicio registral en el que debe primar el interés general sobre el particular, razones estas para solicitar la revocatoria del fallo.

CONSIDERACIONES

Competencia.

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la censura cernida sobre el fallo de primera instancia, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

Problema jurídico.

Se cuestiona la actuación de la Superintendencia de Notariado y Registro, con ocasión de la expedición del acto administrativo mediante el cual desvinculó del servicio público a la señora MARÍA SONIA OSPINA BERMÚDEZ, por haber llegado a la edad de retiro forzoso, el que en sentir de la actora, vulnera sus derechos fundamentales.

Solución.

Toda persona tiene acción de tutela ante los jueces, para invocar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estén siendo vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública, o

con la conducta de algunos particulares, aunque por regla general, este expedito y sumario proceso no puede ser utilizado en forma generalizada, prescindiendo de las acciones legales, como mecanismo ordinario de defensa.

La Colegiatura reitera que la acción de tutela sólo procede como mecanismo excepcional cuando quiera que la misma se promueve contra actuaciones de la administración pública, siempre y cuando ellas contengan ostensibles defectos constitutivos de causales de procedibilidad que deban ser conjuradas frente a la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

Por lo tanto, a este instituto no puede acudir de manera general, sino previo el lleno de requisitos definidos por la jurisprudencia, así:

“2. En diferentes oportunidades, la Sala ha precisado que el mecanismo mencionado no se encuentra diseñado con miras a reemplazar al juez competente, de ahí que no sea de recibo cuando se advierte que el accionante cuenta con otro instrumento judicial para invocar la protección de los derechos fundamentales que considera, le han sido vulnerados. De tal forma, la competencia del juez de tutela se limita al examen y verificación del acto por el cual se presume, son violadas o amenazadas las garantías superiores.

“3. Es por ello, que se han fijado criterios generales sobre la procedencia formal del amparo, los que han sido estatuidos en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 cuyo numeral primero señala la existencia de otro mecanismo de defensa judicial para lograr la protección que por vía de la acción constitucional se pretende obtener”.¹

En igual sentido esa Alta Corporación luego ratificó:

“Su viabilidad se ha admitido cuando se constate sin dificultad que la decisión objeto de reproche adolece de algún defecto orgánico, procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, un error inducido, carece por completo de motivación, desconoce el precedente o viola directamente la Constitución. No obstante, para que el juez constitucional pueda adelantar ese estudio es preciso que previamente

¹ Sentencia 46838 23 de marzo de 2010, MP. José Leonidas Bustos Martínez

confirme que en el caso concreto se cumplen los requisitos genéricos de procedibilidad que habilitan la interposición de la acción, esto es.

“a) Que el asunto discutido resulte de relevancia constitucional y afecte derechos fundamentales; b) que el interesado haya agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial; c) que se esté ante un perjuicio iusfundamental irremediable; d) que la demanda se presente dentro de un término razonable, oportuno y justo (principio de inmediatez); e) que se trate de una irregularidad procesal, y la misma tenga un efecto decisivo o determinante en la decisión que se impugna y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora; f) que se identifiquen de manera razonable los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados, y esa violación haya sido alegada dentro del proceso, siempre que hubiese sido posible, y g) que no se trate de sentencias de tutela”.²

Estos precedentes jurisprudenciales se traen a referencia, porque precisamente la señora MARÍA SONIA OSPINA BERMÚDEZ, tiene aún expedita la vía de la nulidad simple o la nulidad y restablecimiento del derecho, para intentar ante el operador jurídico de la jurisdicción administrativa la acción para solicitar la suspensión provisional del acto demandado³ y no recurrir equivocadamente a la acción de tutela. Por manera que contrario a lo pedido por el accionante, debe primero acudir a todos los mecanismos de defensa judicial que la Sala echa de menos en este evento.

En este orden de ideas, no podría esta Sala Constitucional siquiera acudir a conjurar un probable perjuicio irremediable, toda vez que el Código Contencioso Administrativo precave los eventos en que sea manifiesta la contravención a la Constitución o la ley del acto administrativo, para solicitar la suspensión provisional del mismo y cesar transitoriamente sus efectos, tendiente a no permitir su aplicación para detener el posible daño irreparable.

² Sentencia 47062 de 17 de junio de 2010, MP Augusto J. Ibáñez Guzmán

³ Artículo 152 del Código Contencioso Administrativo. Modificado por el Decreto 2304 de 1989. “El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos: 1º) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida; 2º). Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud; 3º). Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”.

Sobre la base de lo anterior, no es la acción de tutela el medio apto para pretender la nulidad de un acto administrativo o detener sus efectos en forma transitoria, porque debe primero el interesado acudir ante el fallador administrativo, como juez natural a quien la ley le ha asignado competencia, para cumplir con los presupuestos de subsidiariedad y residualidad, no siendo atendible el argumento del fallador de primer nivel, cuando expresó que puede la actora omitir el cumplimiento de estos requisitos, porque la jurisdicción administrativa no resultaría apta para su defensa.

La verdad es que contrario a ello, la acción de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho, sí prevé un mecanismo transitorio de amparo que se ejerce con la introducción de la demanda, que corresponde a la suspensión del acto administrativo, que se pide y decide desde el acto introductorio de la demanda y se resuelve junto con su admisión, lo cual permite concluir que sí es apto este medio defensivo para pretender detener los efectos de los actos administrativos, cuando el ciudadano considere que vulnera sus derechos fundamentales.

Descendiendo al tema concreto, se aprecia que la finalidad de la acción es la posible vulneración de los derechos fundamentales de la señora MARÍA SONIA OSPINA BERMÚDEZ, porque la Superintendencia de Notariado y Registro, a la cual se encontraba laboralmente vinculada, dispuso retirarla del servicio por haber cumplido su edad de retiro forzoso.

Nada más alejado de la realidad puede ser que la posible vulneración de los derechos fundamentales que se desprendan lesionados a la actora con ocasión de su retiro del servicio, pueda ser situación imputable a la Superintendencia accionada, toda que ha sido la propia

señora OSPINA BERMÚDEZ, quien con plena conciencia de lo que se avenía, se ha puesto en esa condición.

La dejadez, la incuria y la negligencia de una persona para pedir a la administración pública el reconocimiento de sus derechos, no es carga que pueda atribuirse al Estado como circunstancia vulneradora de sus derechos y se pregona esto respecto de la señora MARÍA SONIA, porque ha sido precisamente su actuar omisivo frente al derecho pensional, el que la ha postrado en la condición que ahora pregona, puesto que bastante tiempo ha transcurrido desde que consolidó sus derechos a pensionarse, esto es, cuando cumplió los 55 años de edad, por ser persona acreedora al régimen de transición como así lo informó, lo cual permite entender que pasaron más de 10 años, sin que hasta el momento de interponer la tutela, haya petitionado a la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliada, el reconocimiento y pago de la mesada vitalicia pensional. Esta conclusión a la que llega la Sala, es producto de la carga probatoria inmersa en esta acción, situación que tácitamente es aceptada en el libelo demandatorio.

Pasando al plano de las normas que regulan la función pública y del personal que presta sus servicios Superintendencia de Notariado y Registro, órgano de control y vigilancia adscrita al Ministerio de Justicia, tenemos que tratándose de Registrador de Instrumentos Públicos, de conformidad con expresa remisión⁴, las situaciones administrativas se contienen en el Decreto-Ley 960 de 1970, que en su artículo 182, contempla la causal de retiro forzoso, en los siguientes términos:

⁴ Decreto-Ley 12509 de 1970 'Estatuto de Registro' Artículo 61: "Los Registradores se encuentran sometidos al régimen de concursos, permanencia, ascenso, impedimentos, incompatibilidades, deberes, prohibiciones, carrera, **retiro forzoso**, permisos y licencias, responsabilidades, vigilancia, faltas, sanciones y régimen disciplinario, establecido para los Notarios en los artículos 10 y 11, en los Capítulos 2º a 4º del Título V y en el Título VI del Decreto Ley 960 de 1970".

“ARTICULO 182. <RETIRO FORZOSO>. El Notario que llegue a encontrarse en circunstancia de retiro forzoso deberá manifestarla al funcionario que lo haya designado, tan pronto como ella ocurra.

“El retiro se producirá a solicitud del interesado, del Ministerio Público, o de la Vigilancia Notarial, o de oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal”.

A su turno la edad de retiro forzoso, está inmersa en el artículo de 1º del Decreto 3047 de 1989, que la fija en sesenta y cinco (65) años y además faculta esta disposición que dentro del mes siguiente a producirse la causal, el Superintendente podrá retirar del servicio a quien se encuentre en tal situación administrativa, luego esta es una facultad reglada y por tanto, lleva ínsita la presunción de legalidad.

Pero destaca la Colegiatura un deber que omitió la accionante frente a la imposición legal que le imponía dar noticia a la Superintendencia acerca del cumplimiento de la edad de retiro forzado, asunto que se trae ahora a referencia, porque además debió noticiar que aún esta servidora pública, no había realizado trámites para su pensión y/o no se le había reconocido.

Esto se destaca, por cuanto la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, prevé también el retiro forzado cuando el servidor llega a la edad de sesenta y cinco años y se otorga un plazo de seis (6) meses más para los eventos en que no ha sido reconocida la pensión, según se desprende de la estatuido por el artículo 30 del Decreto Legislativo 250 de 1970⁵, que dispone:

“Art. 30.- El funcionario o empleado que llegue a encontrarse en circunstancia de retiro forzoso deberá manifestar a la corporación o funcionario a quien compete proveer el cargo tan pronto como ella ocurra.

⁵ Decreto Ley 250 de 1970 ‘Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público’, que como no fue objeto de derogatoria expresa por la Ley 270 de 1996, mantiene aún vigencia para regular situaciones no previstas en esta última ley estatutaria, entre estas determina la edad de retiro forzado.

“El retiro forzoso se producirá a solicitud del interesado o del ministerio público, o se decretará de oficio por aquella corporación o funcionario, en cuanto haya sido reconocida la pensión que le corresponda, pero en ningún caso después de seis meses de ocurrida la causal”. (Destaca la Sala)

Adviértase que una vez notifique el servidor público que se encuentra en situación administrativa de retiro, está obligado a efectuar los trámites tendientes a obtener su pensión y si ello no se consolida dentro de los seis meses siguientes, debe producirse sin excusa alguna su retiro.

Se aprecia que cuando el señor Superintendente de Notariado y Registro produjo la Resolución 4482 del 7 de junio de 2011, habían transcurrido además seis (6) meses siguientes al momento en que la actora alcanzó la edad de retiro forzoso, es decir, que el accionado cumplió con la ley y no es posible patrocinar por vía de tutela esta situación que en realidad constituye falta de lealtad para con la administración de justicia, cuando se pretende asaltar la buena fe de la administración pública y de la judicatura, con el argumento de que no se ha reconocido su pensión, que no acredita haber pedido; por manera que: ¿si mantiene su tozuda posición de no pedir esta prestación, entonces habrá que mantenerla indefinidamente en su cargo, burlando la ley?.

Tiene en cuenta la Sala que la actora solo convoca en su libelo a la Superintendencia de Notariado y Registro por su desvinculación, pero en manera alguna a la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliada, para que se le proteja su derecho a la seguridad social, mediante el reconocimiento de la pensión, lo cual permite inferir que no tiene aún intención de solicitar este reconocimiento.

A propósito de la sentencia de tutela 487 del 16 de junio de 2010, emanada de la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional,

con ponencia del Magistrado Dr. Juan Carlos Henao Pérez, debe precisar la Sala, que en efecto allí se dejó claro, sin lugar a interpretaciones equívocas, que solo podría mantenerse en el cargo a quien habiendo realizado todas las gestiones para obtener su pensión de jubilación, no la hubiere obtenido.

Allí no dice que cuando la servidora pública omite tramitar su pensión, entonces no pueda desvincularse, esto no corresponde a la realidad y no se puede trasladar a la Superintendencia accionada el acto displicente de la accionante, como en forma equivocada se expresó por el fallador de primer nivel. Si bien la judicatura debe ser garantista y propugnar por la defensa de los ciudadanos, no podemos subvertir los órdenes constitucionales y legales para arrogarse una competencia que la Carta Política no le ha otorgado.

No obsta reiterar una vez más por esta Colegiatura a los jueces singulares que actúen en sede constitucional, que cuando a su consideración se sometan controversias para la protección de derechos fundamentales, es deber inicial determinar si existen otros medios de defensa judicial efectivos de tal suerte que se acredite el cumplimiento o no de los presupuestos de subsidiariedad y/o residualidad; y de otra parte, tal vez lo más importante, determinar si el actor es quien ha patrocinado con su incuria o dolo el que se encuentre en la situación que afecta sus derechos fundamentales, no originados por la omisión o actividad de las autoridades del Estado. En este último evento, no es viable invertir las obligaciones y trasladarlas a las entidades del orden gubernamental, porque sería tanto como impedir que los ciudadanos cumplan con sus cargas.

Si esto último ocurre, no es posible endilgar responsabilidad ajena y pretender que sea otro quien sufra las consecuencias de una conducta

negligente o dolosa del que pretende el amparo de los derechos, con menoscabo de los actos legítimos del Estado.

Por último, no puede argüir a título de excusa la actora, la mala situación económica por la que atraviesa, porque si bien prueba que tiene obligaciones insolutas, ha sido porque adquirió deudas que no podía cubrir, comprometiendo su capacidad dineraria más allá de lo que percibía de mucho tiempo atrás y ello no constituye un factor que pueda ser trasladado como carga a su empleador.

Adviértase que la acción de tutela se alza como última ratio, sin que tenga la función legal de detener la actividad propia de la administración pública, puesto que ello tendería a deslegitimar no solo al servidor público, sino que también desnaturaliza las acciones ordinarias que como en este evento, no se han promovido. Baste lo anterior para entender que el fallo impugnado deberá abrogarse y en su lugar, se denegará el amparo, por ser improcedente.

Decisión.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: REVOCAR el fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira el 13 de julio de 2011, para en su lugar, **DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela propuesta, a través de apoderado, por la señora **MARÍA SONIA OSPINA BERMÚDEZ** contra la Superintendencia de Notariado y Registro.

Segundo: Notificar esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y remitir la actuación a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, si esta decisión no es impugnada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

Magistrada

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

JAIRO ALBERTO LÓPEZ MORALES

Secretario