COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/808/07

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/808/07
Expediente	T-1599528
Fecha	2007-06-07
Sala	Sala no
Magistrado ponente	de la
Partes	Jaime Adolfo García Santacruz contra el Consejo de Estado.

Temas que titula la Corte Constitucional

- Accion De Tutela Contra Providencias Judiciales
- Prevalencia De La Constitucion Politica
- Excepcion De Inconstitucionalidad
- Carrera Administrativa
- Derecho A La Estabilidad Laboral
- Precedente Constitucional

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Administrativos, de comunicación o información entre los despachos judiciales constituyen causa objetiva para justificar la demora en la presentación de la algunos casos la Corte ha señalado que un término superior a un año para

Texto completo

T-808-07 REPUBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-808/07 ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Procedencia ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES -Causales genéricas y especiales de procedibilidad ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES -Inmediatez como requisito de procedibilidad PRINCIPIO DE INMEDIATEZ- Trámites administrativos, de comunicación o información entre los despachos judiciales constituyen causa objetiva para justificar la demora en la presentación de la acción de tutela Si bien en algunos casos la Corte ha señalado que un término superior a un año para presentar la acción de tutela contra una providencia judicial puede resultar excesivo, en la medida que desaparecería el carácter urgente e inmediato de la protección constitucional, en casos como el presente el interesado no debe soportar los problemas administrativos, de comunicación o información entre los diversos despachos judiciales. Por lo tanto, tales trámites constituyen una causa objetiva que puede llegar a justificar la demora que ha existido en la presentación de la acción. En suma, si las dilaciones que se derivan del funcionamiento del aparato administrativo de la rama judicial dificultan el acceso a los documentos y medios que se requieren para ejercer el recurso constitucional, debe entenderse que opera una causa objetiva para el retraso en la presentación de la acción. En consecuencia, la Corte concluye que como el actor estuvo solicitando acceso al expediente desde el mes de abril, pero las copias del mismo tan solo fueron expedidas en septiembre de 2006 y la demanda fue presentada en diciembre del mismo año, la acción cumple el requisito de inmediatez.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Defecto sustantivo PREVALENCIA DE LA CONSTITUCION POLITICA -Inaplicabilidad normas de inferior jerarquía EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD -Aplicación oficiosa La jurisprudencia de esta Corporación ha concluido que la excepción de inconstitucionalidad puede aplicarse de oficio y que, en consecuencia, su utilización "no comporta un exceso en los límites materiales y personales del proceso en el cual ésta se verifica", como tampoco el desconocimiento del valor jerárquico normativo en que se estructura el ordenamiento jurídico. La aplicación oficiosa de la excepción de inconstitucionalidad no da origen, por este sólo hecho, a una vía de hecho judicial.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD -El funcionario judicial no viola el debido proceso del accionante con su aplicación oficiosa Dado que la excepción de inconstitucionalidad no exige necesariamente que su aplicación haya sido solicitada por una de las partes dentro del proceso, en tanto que es una obligación del funcionario judicial declararla si la encuentra probada, la Corte concluye que para el caso concreto los jueces accionados no violaron el debido proceso del accionante por la aplicación oficiosa de la excepción de inconstitucionalidad.

CARRERA ADMINISTRATIVA -Fundamento CARRERA ADMINISTRATIVA -Derecho a la estabilidad se deriva del hecho de haber ingresado luego de un concurso abierto y objetivo Los derechos derivados de la carrera, como el derecho a la estabilidad laboral, se derivan no del hecho mismo de estar inscrito como funcionario de carrera (cualquiera hubiera sido la forma de vinculación), sino si no del hecho de haber ingresado luego de un concurso abierto y objetivo que asegure la libre e igual competencia.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL -Funcionarios de libre nombramiento y los incorporados de manera automática a la carrera no adquieren la titularidad Dado que tales funcionarios no son titulares del derecho a la estabilidad laboral, resulta claro que el nominador puede pedir en cualquier momento su renuncia o decretar su insubsistencia. Sino fuera así se estaría desvirtuando la diferencia entre quienes han ingresado luego de un concurso en el que han podido demostrar sus mayores méritos o capacidades y quienes ocupan sus cargos simplemente por vía de un privilegio legislativo o por la confianza que el nominador ha depositado en su desempeño. En ninguno de estos dos casos puede alegarse el derecho a la estabilidad laboral.

CARRERA ADMINISTRATIVA -Inexequibilidad de los sistemas de inscripción automática a diferentes carreras administrativas especiales La Corte ha declarado inexequibles los sistemas de inscripción automática a diferentes carreras administrativas especiales como las de la Aeronáutica Civil (Sentencia C-317 de 1995), la Rama Judicial (Sentencia C-037 de 1996) y la de los docentes (Sentencia C-562 de 1996). Así mismo, declaró inexequible el sistema de inscripción automática al régimen general de carrera administrativa de los funcionarios del orden nacional y departamental de la Administración.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES -Improcedencia ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Improcedencia por no existir defecto material o sustantivo La Corte observa que las sentencias impugnadas por el tutelante no incurrieron en un defecto material o sustantivo al aplicar la excepción de inconstitucionalidad a las normas que se referían a la inscripción automática a la carrera administrativa sin la realización de un concurso previo y sin tener siquiera que acreditar los requisitos legales para ocupar el cargo (Decreto 2117 de 1992).

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL- Imposibilidad de lograrse a partir de la inscripción automática a la carrera administrativa sin la realización de concurso previo CARRERA ADMINISTRATIVA- Competencia de los jueces para inaplicar por inconstitucionales las normas que establecen la inscripción automática sin concurso previo y sin verificación de requisitos para ocupar el cargo La Sala no encuentra que los jueces accionados hubieren actuado de manera caprichosa o irrazonable o por fuera del marco de la Constitución, cuando para el caso analizado consideraron

que debían inaplicarse, por inconstitucionales, unas normas que establecían la inscripción automática a carrera administrativa sin concurso previo y sin verificación de requisitos para ocupar el cargo.

PRECEDENTE CONSTITUCIONAL -Circunstancias que configuran su violación ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Procedencia por desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES - Desconocimiento del precedente judicial PRECEDENTE JUDICIAL HORIZONTAL -Jueces pueden separarse si exponen razones poderosas PRECEDENTE JUDICIAL -Respeto SISTEMA GENERAL DE CARRERA ADMINISTRATIVA -Inconstitucionalidad del artículo 5 de la Ley 61 de 1987 que consagraba la inscripción automática según Sentencia C-030 de 1997 En la sentencia C-030 de 1997, cuya violación alega el tutelante, esta Corporación declaró la inexequibilidad, entre otros, del artículo 5º de la Ley 61 de 1987, que consagraba la inscripción automática al sistema general de carrera administrativa (diferente al sistema especial de carrera que cobija al actor). Al hacer esta declaratoria, la Corte aclaró que no se verían afectados con la sentencia quienes antes del fallo tuvieran a su favor un acto administrativo de inscripción en la carrera administrativa por parte del Departamento Administrativo del Servicio Civil. Así, la Corte hizo en ese momento una diferenciación entre quienes tenían una situación particular y concreta a su favor debidamente reconocida en un acto administrativo y quienes no habían logrado ese reconocimiento. Es decir, no bastaba la consagración legal del sistema de inscripción automática a carrera administrativa, sino que se requería un acto administrativo que lo reconociera. Consecuencia de lo anterior, en la parte resolutiva se declaró la inexequibilidad de las normas acusadas y se incluyó un ordinal más, así: “Segundo. Esta sentencia sólo surtirá efectos hacia el futuro, a partir de su notificación. Por tanto, los empleados que en virtud de las normas declaradas inexequibles, hayan sido inscritos en la carrera administrativa, seguirán perteneciendo a ella”.

PRESUNCION DE LA BUENA FE -Preside actuaciones de particulares y de los servidores públicos PRESUNCION DE LA BUENA FE- Función del juez en el decreto y apreciación de las pruebas La Corte ha señalado que no es aceptable afirmar que la presunción general de la buena fe es incompatible con las exigencias probatorias en los procesos judiciales, con el deber del juez de promover el proceso y con la obligación general de las partes de demostrar los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones. Así pues, el reconocimiento del principio de buena fe no puede extenderse al punto de restringir la función del juez en el decreto y la apreciación de las pruebas conforme al principio de la sana crítica o de afirmar que le está impedido verificar si los hechos en que las partes fundan sus pretensiones están o no probados en el proceso.

CARRERA ADMINISTRATIVA- Situación de personas incorporadas a un cargo de carrera administrativa sin cumplir requisitos de concurso En vía de tutela la Corte ha indicado que sin perjuicio de la protección de los empleados provisionales, las personas incorporadas a un cargo de carrera administrativa sin cumplir los requisitos del concurso no se convierten en empleados de carrera ni pueden reclamar los derechos propios de este tipo de funcionarios:

4.5. Como puede observarse el cargo de Profesional Especializado Grado 17 de la Defensoría del Pueblo Delegada para el Estudio de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, para el cual fue designada la doctora fue provisto sin que para el efecto hubiere sido sometido a concurso. Es decir, el nombramiento respectivo no incluye a esa ciudadana en la carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo. Por ello, no le son aplicables entonces las normas que la regulan. Con posterioridad a ese nombramiento podrá la Defensoría del Pueblo, si todavía no lo ha hecho, convocar al concurso respectivo, con el lleno de los requisitos que exige la ley y, entonces, a ese concurso serán aplicables en su integridad las normas propias de la carrera administrativa.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE- Derecho a la indemnización de empleados que no tenían la condición de empleados de carrera administrativa La Sala observa, que si bien el Consejo de Estado no aceptó la condición de empleado de carrera del actor y en ese sentido denegó las pretensiones de la demanda, no afectó ni revocó la indemnización que ese

funcionario había recibido sin tener esa condición. Esa solución se enmarca dentro del respeto por la confianza legítima del demandante (que es diferente a considerar que existe un derecho adquirido a la carrera administrativa) y sigue, precisamente la misma línea de la Sentencia C-104 de 1994, cuando al declarar inexequibles algunas normas que ordenaban indemnizaciones a favor de funcionarios que no tenían la condición de empleados de carrera, la Corte señaló que no se podía exigir la devolución de lo ya pagado en virtud del principio de buena fe Referencia: expediente T-1599528 Acción de tutela instaurada por Jaime Adolfo García Santacruz contra el Consejo de Estado.

Magistrado Ponente (E): Dra. CATALINA BOTERO MARINO Bogotá, D.C., primero (1°) de octubre de dos mil siete (2007). La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Catalina Botero Marino, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente SENTENCIA En el proceso de revisión de los fallos proferidos por las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela instaurada Jaime Adolfo García Santacruz contra la Sala Plena (Sala Especial Transitoria de Decisión 2D) y la Sección Segunda (Subsección A) del Consejo de Estado.

I. ANTECEDENTES La Sala de Selección Número Seis (6) de la Corte Constitucional, mediante Auto del siete (7) de junio de 2007, seleccionó la presente acción de tutela y la repartió a esta Sala para su revisión.

El señor Jaime Adolfo García interpuso acción de tutela contra la Sala Plena (Sala Especial Transitoria de Decisión 2D) y la Sección Segunda (Subsección A) del Consejo de Estado, en virtud de los siguientes Hechos 1. El accionante señala que ingresó a la Dirección General de Impuestos Nacionales el 23 de mayo de 1989.

2. Indica que en 1992 cuando se creó la nueva Unidad Especial de Aduanas e Impuestos Nacionales fue incorporado a la planta de personal de esa entidad, sin solución de continuidad, en un cargo de carrera administrativa. Que de conformidad con el Artículo 116 del Decreto 2117 de 1992 (que establecía la incorporación automática sin requisitos de ingreso al cargo, escalafonamiento, concurso y demás condiciones previstas en el Decreto 1647 de 1991), quedó incorporado a la carrera administrativa especial de la DIAN con la sola suscripción del acta de posesión en su nuevo empleo.

3. Manifiesta que mediante Resolución 2005 del 28 de octubre de 1993 fue retirado de la entidad con base en el artículo 40 del Decreto 1647 de 1991 que permitía la desvinculación discrecional de “empleados de carrera” de la DIAN con el pago previo de una indemnización.

4. Explica que los artículos 39 y 40 del Decreto 1647 de 1991 (fuente de su desvinculación) fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional en Sentencia C-023 de 1994, en la cual se consideró que resultaba desproporcionado aplicar los empleados de carrera una facultad de desvinculación discrecional propia de los empleos de libre nombramiento y remoción, así mediara el pago de una indemnización previa.

5. Señala que como consecuencia de lo anterior presentó una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de desvinculación, con el fin de que se declarara su nulidad, se ordenara el reintegro al cargo, el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir y se declarara que no había existido solución de continuidad laboral.

6. Manifiesta que en la Sentencia del 6 de diciembre de 1996 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, pues consideró que el demandante no tenía la calidad de empleado de carrera, debido a que la incorporación automática sin el cumplimiento de requisitos legales para el cargo y sin un concurso previo (artículos 42 del Decreto 1647 de 1991 y 116 del Decreto 2117 de 1992), era inconstitucional por oposición manifiesta con el artículo 125 Superior. El Tribunal aplicó entonces la excepción de inconstitucionalidad respecto de la norma en que el demandante fundaba su condición de empleado de carrera (Decreto 2117 de 1992) y con base en ello concluyó que al no tener dicha calidad, no podía deprecar la protección y estabilidad dada por la ley a ese tipo de funcionarios. Si bien el Tribunal reconoce que los funcionarios escalafonados en carrera administrativa gozan de estabilidad y no pueden ser

desvinculados sino por las causales previstas en la Constitución y la ley (de manera que quienes teniendo esa calidad hubieran sido retirados del servicio discrecionalmente -así hubiera mediado indemnización-, pueden reclamar ante la jurisdicción la protección de sus derechos), esa protección no es aplicable al actor por no haber sido nunca un funcionario de carrera.

7. Inconforme, el accionante apeló la decisión. Señaló, entre otras cosas, que el acto acusado fue expedido con base en una facultad declarada inexequible por la Corte Constitucional; que se violó el principio de justicia rogada pues su condición de empleado de carrera nunca fue discutida por las partes en el proceso; que los argumentos del Tribunal para aplicar la excepción de inconstitucionalidad son inconsistentes; y que, en un caso similar al suyo, el Consejo de Estado declaró la nulidad del acto acusado y reconoció los derechos del funcionario desvinculado indebidamente.

8. El Consejo de Estado Sección Segunda – Subsección A en Sentencia del 1 de octubre de 1998 confirmó la decisión apelada. Consideró que como el supuesto básico de la demanda era la condición de empleado de carrera del actor, lo procedente era verificar esa circunstancia, frente a la cual señaló: (i) en el momento en que el actor ingresó al servicio (1989) estaba vigente el Decreto 1290 de 1988, según el cual todos los empleados de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales eran de libre nombramiento y remoción; (ii) los diversos cargos que el actor ocupó en la entidad desde su ingreso hasta su desvinculación no fueron resultado de procesos de selección o mérito, de forma que definitivamente "el libelista no era un empleado de carrera" ; y (iii) el ingreso automático a carrera previsto en el Decreto 2117 de 1992, del cual el actor pretende derivar su condición de empleado de carrera (sin concurso previo, sin escalafonamiento y sin el cumplimiento de los requisitos legales para ocupar el cargo), es violatorio del artículo 125 de la Constitución Política, por lo que el Tribunal aplicó correctamente la excepción de inconstitucionalidad frente al Decreto 2117 de 1992.

9. Contra la decisión de segunda instancia el tutelante presentó recurso extraordinario de súplica con base en tres argumentos centrales: (i) Violación directa de los artículos 45 y 48 de la Ley 270 de 1997 por el desconocimiento de los efectos de la Sentencia C-030 de 1997, según la cual la inconstitucionalidad de la inscripción automática a carrera administrativa no puede afectar a quienes hayan adquirido un derecho por esta vía; (ii) aplicación indebida del artículo 7º del Decreto 1290 de 1988 que establecía la condición de empleados de libre nombramiento y remoción de los empleados de la DIAN e inaplicación de los artículos 44 a 51 del Decreto 1647 de 1991 y 53 y 125 de la Constitución Política sobre derechos de los empleados de carrera administrativa; y (iii) violación del debido proceso al sustituir la base legal del acto de retiro, en la medida que el Consejo de Estado aplicó el Decreto 1290 de 1988 (catalogación de los funcionarios de DIAN como empleados de libre nombramiento y remoción) en lugar del Decreto Ley 1647 de 1991 que protegía a los empleados de carrera administrativa por vía de su inscripción automática.

10. El Consejo de Estado Sala Especial Transitoria de Decisión 2D en sentencia del 8 de noviembre de 2005, desestimó el recurso extraordinario de súplica por considerar que éste no abre una nueva instancia en la que se puedan invocar hechos y normas ajenas a las invocadas en el proceso; porque uno de los cargos exigía analizar material probatorio (lo que es ajeno al recurso); y porque respecto de la supuesta inaplicación de los artículos 52 y 125 de la Constitución no hubo violación alguna, ya que las normas que los reglamentan fueron interpretadas y aplicadas en debida forma.

11. A juicio del accionante estas sentencias violan sus derechos al debido proceso y a la igualdad, de acuerdo con los fundamentos que ese exponen más adelante.

Finalmente, el demandante indica que a pesar de haber solicitado reiteradamente copias auténticas del expediente, éstas sólo le fueron entregadas el 8 de septiembre de 2006.

Pretensiones de la acción de tutela 12. A través de la acción de tutela interpuesta, el actor solicita la protección de sus derechos a la igualdad y al debido proceso y que, en consecuencia:

(i) Se declare la nulidad de la sentencia del 8 de noviembre de 2005 por medio de la cual la Sala Especial Transitoria 2D del Consejo de Estado desestimó el recurso extraordinario de súplica;

(ii) Se declare la nulidad de la sentencia del 1º de octubre de 1998 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, por medio de la cual se confirmó la sentencia de primera instancia;

(iii) Ordenar un nuevo fallo de segunda instancia "cumpliendo los principios y valores constitucionales del debido proceso y la igualdad", o en su defecto, ordenar directamente a la DIAN el reintegro al cargo del señor Jaime Adolfo García Santacruz.

Los fundamentos jurídicos de la acción 13. Para fundamentar su acción en sede de tutela el demandante acude a los siguientes argumentos: a) Supremacía de la Constitución Política. Señala que si bien el suyo era un caso difícil de fallar, obligaba a una interpretación integral del ordenamiento jurídico, con énfasis en el marco constitucional de defensa del derecho al trabajo y no solamente a partir de referentes legales que le privan de sus derechos fundamentales al trabajo, la justicia y la dignidad humana, entre otros. Afirma que si bien en principio el artículo 116 del Decreto 2117 de 1992 (incorporación automática a carrera) sería contrario al artículo 125 de la Constitución Política, también existen otras normas con base en las cuales esa disposición legal sí se ajustaba al ordenamiento superior: artículos 1º (Estado Social de Derecho), 2º (fines del Estado), 3º (derecho al trabajo y su protección), 53 (principios del Estatuto del Trabajo) y 58 (protección de los derechos adquiridos).

b) Sujeción a los parámetros del control constitucional por vía de la excepción de inconstitucionalidad. Indica que en la Sentencia C-030 de 1997 la Corte Constitucional fijó una ratio decidendi al estudiar la inscripción automática a carrera en el régimen general de los empleados públicos (Ley 61 de 1987 y Ley 27 de 1992), en el sentido que si bien dicha figura era inexequible no se podían afectar los derechos de las personas a las que se le hubiere reconocido esa condición con anterioridad a la expedición de esa sentencia. A juicio del actor, esa misma consecuencia era aplicable a la inscripción automática a carrera de los empleados de la DIAN (Decreto 2117 de 1992), de forma que el Consejo de Estado erró al aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues lo hizo para desproteger un derecho y no para garantizar su vigencia.

c.) Límites a la excepción de inconstitucionalidad. Considera que la excepción de inconstitucionalidad tiene límites y no puede desconocer: (i) el bloque de constitucionalidad, que integra, entre otros, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto de los derechos a la igualdad, el trabajo en condiciones justas y el debido proceso; (ii) la Constitución misma, especialmente en lo referente a los principios y valores constitucionales, los derechos fundamentales y la protección de los actos subjetivos y particulares; y (iii) las decisiones de la Corte Constitucional, en especial de la Sentencia C-030 de 1997, que estableció una ratio decidendi desconocida por el Consejo de Estado.

d.) Buena fe y confianza legítima. Señala que la DIAN debe respetar sus actos propios, puesto que durante la vinculación del actor a la entidad siempre lo tuvo como un empleado de carrera. Afirma que el Consejo de Estado "favoreció una conducta que atentó contra la buena fe", pues se restó importancia "a la aquiescencia dada por la DIAN al aceptar el régimen de carrera del accionante".

e) Derecho a la igualdad. Considera que si bien el juez contencioso no estaba obligado a mantener inalterada su posición jurisprudencial, sí debía justificar los cambios sociales y doctrinales que lo llevaban a dar un trato diferente ante situaciones similares. Señala que en dos casos iguales, de Alexandra Fernández Ospina y Jorge Eliécer Suancha Talero, el Consejo de Estado protegió los derechos de carrera de los demandantes y no aplicó la excepción de inconstitucionalidad.

Respuesta de la entidad demandada. 14. El Magistrado Ponente de la sentencia del Consejo de Estado por medio de la cual se resolvió el recurso extraordinario de súplica, Doctor Héctor Romero Díaz, intervino en el proceso para solicitar que se declare la improcedencia de la acción de tutela, por estar dirigida contra una sentencia judicial. Señala que "aceptar que el juez de tutela puede invalidar providencias de otros jueces en asuntos para cuyo conocimiento éstos tiene asignada precisa competencia, se traduce en un claro quebranto al principio democrático de autonomía e independencia del juzgador, que conduce a la violación del trámite propio de los procesos judiciales, en desconocimiento de postulados jurídicos como el de la cosa juzgada, el de la seguridad jurídica y el de la desconcentración de la administración de justicia".

A su juicio, es inaceptable considerar la posibilidad de crear una nueva instancia mediante la acción de tutela "bajo el criterio de la violación de un derecho fundamental, ya que dentro de un proceso judicial, el principio de cosa juzgada es también fundamental, desconocerlo ataca gravemente la seguridad jurídica y pone en peligro la facultad del Estado de administrar justicia".

Intervención de la DIAN 15. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales intervino en la acción de tutela y señaló que la misma fue presentada sin cumplir el requisito de inmediatez, toda vez que se dirige a dejar sin efecto unas sentencias que quedaron ejecutoriadas hace más de un año.

Señala además, con apoyo en diversas citas jurisprudenciales, que la tutela es improcedente porque no puede ser utilizada para iniciar procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios o para modificar los diversos ámbitos de competencia "ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos".

Indica, además, que no se cumplen los requisitos fijados por la propia Corte Constitucional para considerar que existe una vía de hecho que deba ser reparada por vía de la acción de tutela.

Decisiones judiciales objeto de revisión Primera Instancia: Consejo de Estado – Sección Cuarta 16. En sentencia del 25 de enero de 2007 , la Sección Cuarta del Consejo de Estado rechazó la tutela por improcedente, al estar dirigida contra una providencia judicial.

Segunda Instancia: Consejo de Estado – Sección Quinta 17. Confirma la sentencia de primera instancia porque la tutela no procede contra providencias judiciales; a juicio del Consejo de Estado, la revisión de sentencias ejecutoriadas por vía de tutela afectaría gravemente los principios de cosa juzgada y autonomía e independencia de las autoridades judiciales.

Pruebas aportadas con la acción presentada 18. El accionante aportó al proceso los siguientes documentos: a.) Copia del Decreto 780 de 1994 por medio del cual se confiere una autorización al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales para allanarse a las pretensiones de determinadas demandas laborales (folio 32 y 33) b.) Copia de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada contra la Resolución 2005 del 28 de octubre de 1993, por medio de la cual el actor fue desvinculado de la DIAN (-folios 34 a 57-), así como del memorial de allanamiento presentado por el apoderado de la DIAN (folios 58 a 60).

c.) Copia de la Sentencia del 24 de marzo de 1995 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se niegan las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho (folios 61 a 84).

d.) Copia de la sustentación del recurso de apelación presentado por el accionante contra la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (folios 85 a 89).

e.) Copia de la Sentencia del 1º de Octubre de 1998 del Consejo de Estado –Sección Segunda -Subsección A-, por medio de la cual se confirma la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (folios 90 a 106).

f.) Copia del recurso extraordinario de súplica presentado contra la Sentencia del Consejo de Estado del 1º de Octubre de 1998 (folios 107 a 118).

g.) Copia de la Sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – Sala Especial Transitoria de Decisión 2D, fechada el 8 de noviembre de 2005, por medio de la cual se resuelve el recurso extraordinario de súplica (desestimándose) y se condena en costas a la parte demandante (folios 119 a 131).

h.) Original de memoriales del 22 y 28 de junio y del 4 de agosto de 2006, por medio de los cuales el tutelante insiste ante el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que le sean expedidas copias del expediente, debido a que el proceso no aparece en la Secretaría de ninguna de las dos corporaciones judiciales (folios 132 a 135).

j.) Desprendible del 5 de abril de 1989 que tiene sello de la DIAN y se refiere a la presentación del señor Jaime Adolfo García Santacruz al Concurso 00825 para la provisión de un cargo de profesional universitario (folio 136).

k.) Acta de posesión del 23 de mayo de 1989 del señor Jaime Adolfo García Santacruz en el cargo de Profesional Universitario (folio 137), así como actas de posesión en sucesivos cargos de la DIAN entre 1989 y 1990 (folios 138 a 146).

l.) Acta de posesión No. 003 del 2 de junio de 1993 en el cargo de Especialista en Ingresos Públicos III, de conformidad "con la incorporación automática consagrada en el Decreto 2117 de 1992 y ubicación realizada mediante Resolución 1206 del 1º de junio de 1993".

m.) Valoración de desempeño del 5 de octubre de 1993 y planilla de seguimiento de metas (folios 148 y 149). n.) Resolución 2005 del 28 de octubre de 1993 mediante el cual, en uso de las facultades conferidas en los artículos 40 del Decreto 1647 de 1991, 106 de la Ley 6ª de 1992 y 112 del Decreto 2117 de 1993 la DIAN "desvincula con indemnización" al demandante (folios 150-151).

o.) Certificación de tiempo de servicio y cargos del señor Jaime Adolfo García Santacruz en la DIAN (folio 152). p.) Copia auténtica de las siguientes providencias judiciales: (i) Sentencia del 27 de febrero de 1997 del Consejo de Estado dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el señor Jorge Eliécer Suancha Talero contra la DIAN (folios 153 a 164);

(ii) Sentencia del 25 de marzo de 1999 del Consejo de Estado dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el señor Numael Sánchez Rueda contra la DIAN (folios 165 a 187); (iii) Sentencia del 26 de septiembre de 1996 del Consejo de Estado dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la señora Alexandra Fernández Ospina contra la DIAN (folios 188 a 200).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS Competencia 1. Esta Sala es competente para revisar las providencias de tutela antes reseñadas, con base en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 (arts. 33 al 36).

Planteamiento del problema 2. El presente caso tiene como origen la tutela presentada por un ex funcionario de la entidad que fue nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción y posteriormente vinculado a la carrera a través de un régimen de incorporación automática. El funcionario resultó posteriormente desvinculado de la entidad, previa indemnización, en virtud de facultades legales que permitían la desvinculación de los funcionarios en tales condiciones. Meses después de la citada desvinculación, el régimen legal que autorizaba tal proceder fue declarado inexequible por la Corte Constitucional (Sentencia C-023 de 1994).

Dada la declaratoria de inconstitucionalidad del régimen que autorizaba la desvinculación previa indemnización de los funcionarios de la entidad, el actor demandó ante lo contencioso administrativo el acto de desvinculación.

En su demanda solicitó la protección del derecho a la estabilidad laboral. Sin embargo, la jurisdicción contenciosa concluyó que el actor no podía reclamar para sí los derechos propios de los empleados de carrera administrativa, en la

medida que las normas de inscripción automática de las cuales se derivaba ese derecho eran inconstitucionales por ser contrarias al artículo 125 de la Constitución (excepción de inconstitucionalidad). No obstante, los jueces contencioso administrativos encontraron que el pago de la indemnización recibida por el actor había dado origen a un derecho adquirido que debía ser respetado.

Según el demandante, las sentencias impugnadas se apoyan en interpretaciones contrarias a la Constitución que violan su derecho al debido proceso y a la igualdad, en la medida que: (i) aplicaron indebidamente la excepción de inconstitucionalidad, al haberlo hecho de oficio y sin que fuera evidente que las normas de inscripción automática fueran contrarias a la Constitución Política;

(ii) desconocieron precedentes del mismo Consejo de Estado frente a casos similares al suyo, así como la Sentencia C-030 de 1997, en la que frente a la inconstitucionalidad de algunas normas de inscripción automática a carrera administrativa la Corte Constitucional ordenó respetar los derechos de las personas inscritas antes de esa sentencia; (iii) vulneraron el artículo 83 de la Constitución Política en cuanto a la confianza legítima que la DIAN le había generado al actor al considerarlo como empleado de carrera administrativa, situación que a su juicio, no podía desconocer la jurisdicción contenciosa.

Los jueces de tutela de primera y segunda instancia rechazaron la acción por improcedente. En su criterio, no procede la tutela contra actuaciones judiciales.

3. En las circunstancias descritas corresponde a la Corte recordar, de manera preliminar, dos problemas relacionados con la procedencia de la acción: (i) la posibilidad de dirigir la tutela contra decisiones judiciales, en la medida que los jueces de instancia consideraron que no era viable y se abstuvieron por esa causa de revisar las acusaciones formuladas por el demandante; y (ii) el cumplimiento del principio de inmediatez, en tanto que la DIAN considera que la acción de tutela fue presentada por fuera del plazo razonable que se tiene para el efecto.

Finalmente, si fuera procedente el estudio de fondo de la acción, deberá dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos: (i) si la aplicación de oficio de la excepción de inconstitucionalidad da lugar a una vía de hecho judicial; (ii) si, para el caso concreto, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de las normas sobre incorporación automática de carrera administrativa da lugar a una vía de hecho material o sustantiva por desconocimiento de las normas constitucionales aplicables; (iii) si al adoptar las decisiones impugnadas el Consejo de Estado desconoció lo dispuesto en la Sentencia C-030 de 1997 (precedente constitucional) así como precedentes judiciales de la misma jurisdicción contenciosa en torno a casos similares al del actor (precedente horizontal); y (iv) si los fallos acusados violaron el principio de buena fe y confianza legítima (art.83 C.P.) al considerar que el actor no podía ser tenido como un empleado de carrera administrativa pese a que la propia entidad lo consideraba como empleado de carrera.

Doctrina constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales: la naturaleza judicial del acto no lo hace inmune a la acción de tutela 4. Los jueces de instancia consideraron que la acción de tutela es improcedente cuando se dirige contra decisiones judiciales.

Frente al argumento anterior, sin embargo, el artículo 86 de la Constitución es claro al señalar que la acción de tutela procede contra toda actuación u omisión de autoridad pública.

[1] Siendo los jueces autoridades públicas, no cabe el argumento radical en virtud del cual no procede la acción de tutelas contra sus actuaciones, es decir, contra las sentencias judiciales. En efecto, las acciones de tutela dirigidas a buscar la protección de derechos fundamentales posiblemente afectados por una decisión judicial no pueden ser rechazadas por el sólo hecho de estar dirigidas contra un acto de naturaleza judicial. Los principios de efectividad y primacía de los derechos fundamentales, se pondrían en entredicho si la forma del acto presuntamente violatorio de derechos fundamentales -en este caso el carácter judicial de dicho acto - “sirviese para inmunizar su contenido

antijurídico contra todo intento para deponerlo y restablecer el primado del derecho.” [2] . Una decisión contraria, además, terminaría por afectar de manera grave el derecho de igualdad en la aplicación de la ley (en este caso de la Constitución), el derecho a la seguridad jurídica representado en el derecho de todas las personas a confiar en una interpretación uniforme de la Constitución y la función de la Corte Constitucional como interprete supremo de la Carta.

Sin embargo, como ya lo ha señalado la Corte, la procedencia de la tutela contra sentencias no habilita al juez constitucional para pronunciarse sobre todos los extremos de la litis. Su competencia se limita, exclusivamente, a estudiar la posible violación de los derechos fundamentales a raíz de la decisión impugnada y sólo cuando ya no existe un recurso judicial ordinario para estudiar esta cuestión.

Justamente por esta razón, para evitar una ilegítima usurpación de competencias, el juez tiene la carga de demostrar, de manera clara y suficiente, que el asunto sobre el cual se pronuncia se refiere, no a una cuestión de aquellas que le competen al juez ordinario – como la simple interpretación del derecho legislado o la valoración de las pruebas –, sino a una cuestión de estricta relevancia constitucional. En este sentido, la Corte ya ha señalado que frente a una tutela contra sentencias el juez constitucional debe determinar si realmente se esta ante una posible afectación de los derechos fundamentales del accionante y si la acción presentada supera las rigurosas causales de procedibilidad que ha establecido la doctrina constitucional con la finalidad de armonizar los distintos bienes en conflicto en este tipo de casos. La aplicación rigurosa de tales causales de procedibilidad marca la línea que separa las competencias del juez ordinario y del juez de tutela y por ello su diseñó no tuvo otra intención que la de satisfacer, al mismo tiempo, la prevalencia de los derechos fundamentales – según el contenido y alcance que defina su interprete autorizado – y la estricta sujeción de los distintos jueces al reparto de competencias que realiza la Constitución [3] .

5. Por las razones mencionadas, la regla aplicada por los jueces de tutela en el presente caso, según la cual resulta, ab initio improcedente la acción de tutela contra decisiones judiciales, es constitucionalmente inadmisible y, en ese sentido, los fallos de instancia serán corregidos [4] .

Las causales generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias. 6. Como lo ha reiterado la Corte, la procedencia de la acción de tutela contra sentencias está sometida a un riguroso estándar de procedibilidad. En efecto, en estos casos el acto que se impugna ha sido el resultado de un proceso judicial que es, en principio, un escenario adecuado para la garantía de los derechos. Por tal razón, la decisión judicial se encuentra, en principio, revestida de una presunción de constitucionalidad. Sin embargo, cuando la persona afectada logra demostrar que, a pesar de las garantías arbitradas por el ordenamiento jurídico para la defensa de sus derechos fundamentales, los mismos han sido afectados en sede judicial y que no cuenta ya con recurso alguno para defenderlos, procederá la tutela. Sin embargo, con la finalidad de armonizar la defensa de los derechos fundamentales con el derecho de los asociados a confiar en el sistema jurídico y en las decisiones judiciales (todo lo cual integra el derecho de acceso a la administración de justicia), y con el pleno sometimiento de los jueces a las reglas de competencia establecidas por la Constitución y por la ley, la acción debe ser interpuesta con el lleno de una serie de requisitos especiales que serán mencionados en la parte que sigue de esta decisión. En todo caso, no sobra reiterar que según la doctrina de la Corte, la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales es excepcional.

[5] Los criterios que definen en que casos procede la excepción se han denominado causales genéricas y especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias y serán recordadas en la parte que sigue de esta providencia.

7. Los requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, fueron sistematizados en la Sentencia C-590 de 2005 de la siguiente manera:

Requisitos generales: se refieren a aquéllas exigencias que habilitan el uso de la acción de tutela pero que referidas al caso específico de la tutela contra providencias judiciales adquieren un matiz especial (más exigente), en tanto que en

estos casos la acción se interpone contra una decisión judicial que es fruto de un debate procesal y que en principio, por su naturaleza y origen, debe entenderse ajustada a la Constitución. Tales requisitos son:

(i) que la persona afectada haya agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial a su alcance y haya alegado, en sede judicial ordinaria, y siempre que ello fuera posible, la cuestión iusfundamental que alega en sede de tutela; (ii) que se cumpla el requisito de la inmedi atez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; (iii) en el caso de irregularidades procesales, se requiere que éstas tengan un efecto decisivo en la decisión de fo ndo que se impugna; y (iv) que no se trate de sentencias de tutela. Se requiere, además, (v) que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional y que, como en cualquier acción de tutela, (vi) esté acreditada la vulneración de un derech o fundamental, requisito sine qua non de la acción de tutela y que, en estos casos, exige una carga especial al actor [6] .

Requisitos especiales: se encuentran en esta categoría las causales de procedibilidad en sentido estricto, es decir, los defectos o fallas de relevancia constitucional que permitirían dejar sin efecto una decisión judicial por vía de tutela, las cuales – a diferencia de otras hipótesis de procedibilidad de la tutela - deben estar debidamente fundamentadas y plenamente demostradas por el accionante.

Estas causales son las siguientes (Sentencia C-590 de 2005): (i) Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; (ii) Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido o vulneró de manera definitiva el debido proceso del actor; (iii) Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión o cuando deja de decretar o de valorar pruebas absolutamente necesarias – imprescindibles y pertinentes - para adoptar la decisión de fondo; (iv) Defecto material o sustantivo, que surge cuando el juez decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales [7] o cuando se presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión, o cuando hay absoluta falta de motivación; (v) Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño o error grave, por parte de terceros y ese engaño o error, lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales; (vi) Violación directa de la Constitución por inaplicación de una norma constitucional directamente aplicable o desconocimiento del precedente. Esta última hipótesis se presenta cuando la Corte Constitucional como interprete autorizado de la Constitución, establece, con carácter de precedente, el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario, sin motivación suficiente, contraria sustancialmente dicha decisión. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la primacía de los derechos fundamentales, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (en este caso de la Constitución) y el principio de la seguridad jurídica, representado en una interpretación homogénea de las normas constitucionales [8] . Con relación a estas dos últimas causales la Corte ha superado el concepto tradicional de vía de hecho y se ha referido a las causales genéricas de procedibilidad [9] .

Ahora bien, como ya se mencionó, el entendimiento y aplicación de cualquiera de estas causales, está regido por un principio de excepcionalidad , en tanto que todo proceso judicial es, en sí mismo, una garantía para la satisfacción de los derechos fundamentales. En consecuencia, las partes de un proceso deben estarse a lo resuelto en él y solamente cuando se ha vulnerado de manera clara y evidente un derecho fundamental por alguna de las causales de procedibilidad anteriormente señaladas, se podrá acudir a la acción de tutela como último recurso de protección constitucional.

En todo caso, la acción no podrá tener por objeto que el juez de tutela se convierta en una nueva instancia, ni tampoco que entre a resolver discusiones propias del proceso que no representen un problema constitucional de vulneración de derechos fundamentales [10] .

8. Conforme a lo anterior, la Corte pasará a revisar el caso concreto para determinar si existe evidencia de que en el presente caso procede la acción de tutela contra las providencias impugnadas.

Causales genéricas de procedibilidad: el problema de la inmediatez 9. En el caso que se estudia, la acción parece satisfacer las causales genéricas de procedibilidad. Sin embargo, existe una duda importante planteada por la DIAN sobre la satisfacción del principio de inmediatez. Procede la Corte a estudiar la cuestión.

10. En principio, la tutela no tiene un término de caducidad expresamente señalado en la Constitución o en la Ley. En consecuencia, mientras subsista la violación del derecho fundamental, resulta procedente la acción. Sin embargo, cuando se está frente a una vulneración pasada de la Constitución (y no presente o continuada) y el paso del tiempo ha dado lugar a la consolidación de situaciones jurídicas que favorecen derechos fundamentales o intereses de terceros de buena fe, o bienes constitucionalmente protegidos de igual importancia que los derechos que se persigue proteger, la Corte ha considerado necesario aplicar el llamado principio de inmediatez.

Según el principio de inmediatez, la acción de tutela procede “dentro de un término razonable y proporcionado”, contado a partir del momento en el que se produce la violación d el derecho, de forma tal que se logren satisfacer, al mismo tiempo, los intereses del titular del derecho y los derechos fundamentales o los bienes constitucionales de terceras personas que se encuentran comprometidos. En este sentido, la inmediatez con la que debe ejercerse la acción es un factor determinante para su procedencia, pues su objeto y finalidad tiene relación directa con la necesidad de proteger de manera pronta y efectiva los derechos fundamentales de las personas, cuyo amparo, por su propia naturaleza, no puede aplazarse indefinidamente en el tiempo [11] .

En criterio de la Corte, la exigencia de un término razonable [12] entre la vulneración de los derechos fundamentales del accionante y la presentación de la tutela [13] , evita el uso de este mecanismo constitucional como herramienta supletiva de la propia negligencia o como elemento que propicie la afectación injustificada de los derechos o intereses de terceros interesados.

[14] La jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que para determinar si el actor ha cumplido o no con el requisito de inmediatez, deben tenerse en cuenta, en cada caso concreto [15] , aspectos tales como:

(i) si existe un motivo válido para la inactividad del accionante, como la absoluta incapacidad para ejercer la defensa de sus derechos; (ii) si la procedencia de la acción, luego de la inactividad injustificada, podría causar la lesión de derechos fundamentales de terceros o de bienes constitucionalmente protegidos y, (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de esos terceros de buena fe o de los bienes que la Constitución ordena proteger.

[16] 11. En el presente caso, la DIAN considera que el demandante no cumplió el requisito de inmediatez porque entre la sentencia que resolvió el recurso extraordinario de súplica y la presentación de la tutela transcurrió más de un año calendario.

Para hacer esa afirmación se toma como punto de partida la fecha nominal de la respectiva providencia (8 de noviembre de 2005), sin tener en cuenta ni su notificación efectiva ni el momento en que el expediente estuvo realmente a disposición de la parte interesada para la solicitud de las copias que se consideraban esenciales para instaurar la acción.

12. Ahora bien, a este respecto llama la atención de la Corte el que, entre la fecha de la sentencia del Consejo de Estado (noviembre 8 de 2005) y el momento en que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenó darle cumplimiento a la misma (Agosto de 2006), pasaron más de ocho meses durante los cuales el expediente no habría estado totalmente a disposición del actor, pues aparecía remitido de una corporación a otra, sin que realmente hubiera certeza de que alguna de ellas estuviera a cargo del mismo a efectos de autorizar y expedir la copia auténtica de las piezas procesales que

sustentan la presente acción (afirmación del demandante no discutida por los intervinientes y respaldada con memoriales adjuntos visibles a folios 132, 133 y 134). Es evidente que ese interregno no puede correr en contra del accionante, quien desde el mes de abril solicitó copias del expediente, que le fueron negadas dado el tránsito del mismo de un despacho judicial a otro.

En efecto, en los oficios presentados por el demandante ante el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en junio de 2006, afirma que "desde el mes de abril nos desplazamos a las oficinas del Consejo de Estado a solicitar copia algunas piezas del expediente de la referencia, pero la solicitud fue rechazada puesto que, después de varias averiguaciones, se nos informó que el fallo conjuntamente con el expediente, se habría devuelto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 17 de febrero de 2006, según consta en Oficio 1089. Con dicha información volvimos al Tribunal Administrativo de Cundinamarca a solicitar las copias requeridas y desde que se levantó el paro judicial el 7 de junio de 2006, no hemos parado de buscar en los libros radicadores de la Subsección C y en el archivo general el expediente 34260 y éste no se encuentra en dicha dependencia (…) Agradezco entiendan la inmediatez con que se requieren estos documentos [las copias auténticas solicitadas] para interponer la correspondiente acción de tutela contra la sentencia judicial…" Y, además, en el segundo memorial de solicitud de copias auténticas se lee: "…el pasado 29 de junio de 2006, con el personal encargado de esa dependencia [el Tribunal Administrativo], se verificó la existencia del expediente en la Secretaría de la Subsección C y se procedió a cargarlo en el sistema para que se pueda consultar por pantalla. No obstante, nuevamente, se cerró el Tribunal y se suspendieron términos en razón del traslado del expediente a los 'Juzgados Contenciosos Administrativos'".

Finalmente, la Corte advierte que sólo se autorizan las copias auténticas de las sentencias atacadas en el mes de agosto de 2006, cuando el tribunal de origen recibe el expediente y ordena estarse a lo resuelto por el superior. Finalmente, tales copias sólo son expedidas efectivamente el 8 de septiembre de 2006 (folio 131 reverso), es decir, apenas 3 meses antes de la presentación de la tutela.

13. Por tanto, si bien en algunos casos la Corte ha señalado que un término superior a un año para presentar la acción de tutela contra una providencia judicial puede resultar excesivo [17] , en la medida que desaparecería el carácter urgente e inmediato de la protección constitucional, en casos como el presente el interesado no debe soportar los problemas administrativos, de comunicación o información entre los diversos despachos judiciales. Por lo tanto, tales trámites constituyen una causa objetiva que puede llegar a justificar la demora que ha existido en la presentación de la acción.

En suma, si las dilaciones que se derivan del funcionamiento del aparato administrativo de la rama judicial dificultan el acceso a los documentos y medios que se requieren para ejercer el recurso constitucional, debe entenderse que opera una causa objetiva para el retraso en la presentación de la acción.

En consecuencia, la Corte concluye que como el actor estuvo solicitando acceso al expediente desde el mes de abril, pero las copias del mismo tan solo fueron expedidas en septiembre de 2006 y la demanda fue presentada en diciembre del mismo año, la acción cumple el requisito de inmediatez.

Análisis del caso concreto: problemas constitucionales 14. Según el demandante, los fallos proferidos por la jurisdicción contencioso administrativa violaron sus derechos al debido proceso y a la igualdad, en la medida que:

(i) aplicaron la excepción de inconstitucionalidad oficiosamente -sin ser alegada por las partes- y de manera desfavorable a su posición jurídica, es decir, no para amparar sino para "desproteger sus derechos".

(ii) aplicaron la excepción de inconstitucionalidad sin que fuera evidente la contradicción con la Constitución de las normas legales que permitían la inscripción automática a carrera administrativa;

(iii) desconocieron la Sentencia C-030 de 1997 y precedentes de la misma jurisdicción contenciosa sobre la protección de empleados de carrera administrativa que lograron ese estatus por el sistema de inscripción automática;

(iv) desconocieron la buena fe y la confianza legítima que tenía el actor en su condición de empleado de carrera administrativa, en la medida que si la DIAN lo había tenido como tal, la jurisdicción contenciosa no podía pronunciarse en contrario.

Los primeros dos planteamientos hacen que la Corte se pregunte si constituye una vía de hecho judicial la aplicación oficiosa de la excepción de inconstitucionalidad.

Adicionalmente debe resolver si constituye una interpretación contraria a la Constitución entender que las normas de inscripción automática a carrera administrativa son inconstitucionales. Si los alegatos del actor fueran ciertos se estaría ante una vía de hecho material o sustantiva. En consecuencia, para resolver el problema planteado la Corte procederá a definir el alcance de la vía de hecho material y las condiciones que se exigen para entender que se ha configurado una decisión que puede ser calificada como tal por el juez constitucional.

Ahora bien, el tercer problema planteado por el actor, obliga a la Corte a responder dos interrogantes más: ¿la Sentencia C-030 de 1997 de la Corte Constitucional contenía una ratio decidendi aplicable al caso del accionante que no fue tenida en cuenta por los jueces accionados? y ¿se desconoció el precedente horizontal en las sentencias impugnadas?. En este caso, la solución estará dada a partir de los criterios fijados por la Corte para determinar si ha habido violación de los precedentes constitucional y horizontal y si tal violación – en el caso de existir – constituye una causal de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias.

El último problema plantea un interrogante final. Si la DIAN había tenido al actor como empleado de carrera administrativa en virtud del sistema de inscripción automática, ¿se violó por los jueces accionados el principio de confianza legítima y buena fe del actor al pronunciarse sobre su condición de empleado de carrera administrativa cuando la DIAN había dado por sentada esa condición? Primer problema:

presunta aplicación indebida de la excepción de inconstitucionalidad. Doctrina constitucional sobre el defecto material 15. En la sentencia SU-014 de 2001 [18] la Corte Constitucional señaló que el defecto sustantivo o material como causal de procedibilidad de la acción de tutela se configura “siempre que la decisión se encuentre fundada en una norma claramente inaplicable al caso concreto”.

Posteriormente, en la Sentencia SU-159 de 2002, reiterada en la Sentencia SU-881 de 2005 [19] , la Sala Plena explicó el alcance de esta causal y aclaró que la misma podía presentarse de diversas formas:

(i.) porque la norma aplicada ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii.) porque la norma aplicada es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, (iii.) porque la aplicación al caso concreto de la norma en cuestión resulta inconstitucional (iv.) porque la norma aplicada ha sido declarada inexequible por la propia Corte Constitucional o (v.) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó Ahora bien, en cualquiera de estos casos debe estarse frente a un desconocimiento claro y ostensible de la normatividad aplicable al caso co ncreto, de manera que la desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial sea notoria [20] y no tenga respaldo en el margen de autonomía e independencia que la Constitución le reconoce a los jueces (Art.

230 C.P.) [21] . Debe recordarse ademá s, que el amparo constitucional en estos casos no puede tener por objeto lograr interpretaciones más favorables para quien tutela [22] , sino exclusivamente, proteger los derechos fundamentales de quien queda sujeto a una providencia que se ha apartado de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico:

“Esta clase de defecto, como se reseñó en la parte dogmática de esta decisión, se configura cuando la providencia cuestionada se basa en una disposición ostensiblemente inaplicable para el caso, bien porque perdió vigencia, porque es inconstitucional, o porque no guarda conexidad material con los supuestos de hecho que originaron la controversia.

Así entonces, cuando los jueces desbordan las normas aplicables a los casos concretos, sus decisiones son susceptibles de ser excepcionalmente atacadas en sede de tutela, pues no constituyen más que una violación al debido proceso.

Ciertamente, en materia de interpretación de normas legales existen diferentes variables que configuran el defecto sustantivo, entre ellas, cuando el operador jurídico funda su decisión en una disposición evidentemente inaplicable al asunto sometido a su examen, o desde otra perspectiva, cuando inaplica la norma pertinente al caso bajo estudio , dando uso a la que no corresponde, o en todo caso, cuando cambia el sentido de la ley.” [23] (se subraya) Se ha entendido entonces que una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación inconstitucional de la ley o cuando se inaplica una norma constitucional directamente aplicable o se aplica una norma inconstitucional.

[24] 16. En virtud de lo anterior resulta claro que la indebida aplicación de la excepción de inconstitucionalidad a un caso concreto puede, efectivamente, constituir un defecto material grave en tanto que llevaría a inaplicar una norma aplicable (por considerarse contraria a la Constitución) y, de contera, a aplicar un régimen normativo equivocado para resolver el asunto.

En este sentido, debe recordarse que según la doctrina constitucional vigente, “la inaplicación de una norma de jerarquía inferior con apoyo en el artículo 4 de la Carta supone necesariamente la incompatibilidad entre su contenido y el de los preceptos constitucionales. Si tal incompatibilidad no existe, no cabe la inaplicación y la circunstancia no es otra que la de incumplimiento o violación de los mandatos dejados de aplicar.” [25] (subraya original) 17. Cabe entonces preguntarse si los jueces accionados incurrieron en un defecto material en la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad (i) al haberlo hecho de oficio y (ii) al aplicarla respecto de las normas de inscripción automática a la carrera administrativa especial de la DIAN.

Aplicación de oficio de excepción de inconstitucionalidad: no constituye defecto material de la sentencia cuando es evidente que la norma inferior viola el ordenamiento superior.

18. Al revisar la constitucionalidad del artículo 43 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la Corte se refirió al sistema de control constitucional adoptado en la Constitución Política de 1991, el cual tiene como fundamento la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma de inferior jerarquía (Art.4). Al respecto señaló:

“(E)l artículo 4o superior consagra la denominada excepción de inconstitucionalidad, a través de la cual, en un caso concreto y con efectos inter-partes, un juez o inclusive una autoridad administrativa, pueden abstenerse de aplicar una norma en aquellos eventos en que ésta contradiga en forma flagrante el texto de la Carta Política.” En efecto, la supremacía de la Constitución dentro del sistema de fuentes determina que los operadores jurídicos, cuando quiera que se enfrenten a una norma legal o reglamentaria incompatible con una norma constitucional, deban siempre preferir la aplicación de está última. Cuando las autoridades hacen prevalecer la Constitución como lo ordena el artículo 4 de la misma, evitan que sus mandatos sean modificados por normas de inferior jerarquía expedidos por funcionarios que no tienen competencias para ello [26] . Los diversos mecanismos de control constitucional establecidos en nuestro ordenamiento, aún cuando con efectos distintos, están signados por el principio general de supremacía constitucional [27] .

Ahora bien, con relación a las condiciones que se exigen para la aplicación de la excepción de constitucionalidad, aspecto sobre el cual el actor hace énfasis, la Corte ha señalado que la contradicción entre las normas constitucional y

legal debe ser clara y evidente , y debe estar precedida de argumentos suficientes en los cuales se soporte la decisión. Una decisión de esta naturaleza debe tener en cuenta la jurisprudencia proferida por el intérprete autorizado de la Carta. Ello, en particular, dada la especial estructura de las normas constitucionales y las dificultades especiales de interpretación que dicha estructura ofrece. De no respetarse las reglas anteriores, las personas quedarían libradas a la voluntad y libre valoración de cada operador jurídico, en contravía de la presunción de constitucionalidad que acompaña a las disposiciones legales y de los principios de igualdad y confianza en la administración de justicia (seguridad jurídica) cuya protección exige la Constitución.

[28] En esta medida, la Corte ha concluido que si no hay un precedente constitucional en la materia o una oposición evidente con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que disponen las disposiciones de inferior jerarquía (presunción de constitucionalidad), pues "la norma jurídica, independientemente de su jerarquía, obliga a sus destinatarios y es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, hacerla efectiva" [29] .

19. Respecto del carácter facultativo u obligatorio de la excepción de inconstitucionalidad, la Constitución señala que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales " (Art.4º). Con base en ello, la Corte ha reiterado que es deber de los funcionarios administrativos y judiciales aplicar directamente la norma constitucional si frente a un caso concreto encuentran una clara evidencia de que está siendo violentada o modificada por disposiciones inferior jerarquía, cuya inaplicación se impone por mandato constitucional:

Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa, la incompatibilidad entre las mismas , por parte de las autoridades con plena competencia para ello.

Si bien es cierto que por regla general las decisiones estatales son de obligatorio cumplimiento tanto para los servidores públicos como para los particulares "salvo norma expresa en contrario" como lo señala la primera parte del artículo 66 del decreto 01 de 1984, también lo es que, cuando de manera palmaria, ellas quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4° de la Carta ya citado, que ordena -se repite- que "en todo caso de incompatilibidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6° de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones".

[30] (Subrayado fuera de texto) En ese mismo sentido la Corte señaló posteriormente: "Pero si, a la inversa, lo que se tiene es una disposición, legal o de otro orden, que de manera ostensible, clara e indudable - prima facie - viola la Constitución, el precepto subalterno cede y se ha de inaplicar , no porque lo quiera el funcionario respectivo sino en cuanto lo manda el Constituyente, y a cambio de su dictado deben hacerse valer las normas de la Constitución con las cuales la regla subalterna colige.

En otras palabras, cabe recordar que el artículo 4 de la Carta contempla el principio de constitucionalidad, según el cual en caso de incompatibilidad entre el Estatuto Fundamental y otra norma jurídica de rango inferior, deberá prevalecer aquél.

En consecuencia, la autoridad pública que detecte una contradicción entre tales normas está en la obligación de inaplicar la de menor jerarquía y preferir la aplicación de la Carta Política.

(...) . [31] (Subrayado fuera de texto). Debe tenerse en cuenta que no son las partes en el proceso, sino la misma Constitución, la que habilita al juez para hacer prevalecer el ordenamiento superior. Por ello, el hecho de que la excepción de constitucionalidad no sea alegada por una de ellas, no implica que su declaratoria no pueda hacerse directamente por el fallador.

20. En virtud de los argumentos anteriores, la jurisprudencia de esta Corporación ha concluido que la excepción de inconstitucionalidad puede aplicarse de oficio [32] y que, en consecuencia, su utilización "no comporta un exceso en los límites materiales y personales del proceso en el cual ésta se verifica [33] ", como tampoco el desconocimiento del valor jerárquico normativo en que se estructura el ordenamiento jurídico.

21. En el presente caso el actor señaló en su demanda que el juez administrativo de primera instancia había vulnerado su derecho al debido proceso al aplicar de oficio la excepción de inconstitucionalidad. Sin embargo, como ha quedado explicado en los fundamentos anteriores de esta providencia, la aplicación oficiosa de la excepción de inconstitucionalidad no da origen, por este sólo hecho, a una vía de hecho judicial.

En efecto, dentro del proceso el juez únicamente está impedido para declarar aquéllas excepciones que deben ser alegadas por las partes -en tanto que responde a intereses particulares renunciables [34] -, no así para aquéllas que la misma ley o la Constitución le ordenan tener en cuenta oficiosamente para la protección de ciertos bienes jurídicos [35] .

Así, frente a las excepciones de oficio que la ley ordena declarar al juez, los sujetos procesales no pueden declararse sorprendidos ni pueden alegar la violación de su derecho de defensa, pues se trata de asuntos que por la materia de que se trata forman parte de la relación procesal "y, en consecuencia, saben las partes desde el momento en que aquélla se constituyó, que tales cuestiones son objeto de debate" [36] .

En esa medida, si la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad se ha hecho dentro de los parámetros constitucionales, la parte afectada no puede argumentar que su declaración oficiosa o el efecto desfavorable que ello le trae constituye per se una violación de un derecho fundamental.

En suma, dado que la excepción de inconstitucionalidad no exige necesariamente que su aplicación haya sido solicitada por una de las partes dentro del proceso, en tanto que es una obligación del funcionario judicial declararla si la encuentra probada, la Corte concluye que para el caso concreto los jueces accionados no violaron el debido proceso del accionante por la aplicación oficiosa de la excepción de inconstitucionalidad.

Superada esta primera acusación, pasa la Corte al segundo aspecto que planteó el accionante sobre la excepción de inconstitucionalidad: su indebida aplicación respecto de las normas de inscripción automática a la carrera administrativa especial de la DIAN.

La inconstitucionalidad de los sistemas de inscripción automática a carrera administrativa: su aplicación al caso concreto es razonable y no viola la Constitución.

22. El otro problema que plantea el accionante con relación a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad a su caso particular, se fundamenta en que respecto de las normas de inscripción automática a carrera administrativa no era posible su declaratoria, en la medida que no había una contraposición clara y evidente entre la norma inaplicada y la Constitución. Considera que si bien la inscripción automática a carrera administrativa podría parecer inconstitucional frente al artículo 125 de la Constitución, tendría respaldo en el derecho al trabajo, la igualdad, la dignidad humana y los derechos adquiridos.

23. En reiterada jurisprudencia la Corte ha señalado que el fundamento de la carrera administrativa está en el mérito y la capacidad de quienes ingresan a ella. Por esta razón la verificación de requisitos y la utilización de mecanismos idóneos para la selección de las personas constituye un elemento estructural de la función pública, en tanto que con ellos se

determina “la capacidad profesional o técnica del aspirante, sus aptitudes personales, su solvencia moral y sentido social de acuerdo con el empleo y necesidades del servicio (sentencia C-040 de 1995)” [37] . En este sentido ha reiterado que el sistema de concurso para el ingreso a la función pública garantiza el cumplimiento de principios y fines del Estado tan importantes como el acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos.

Así entonces, el régimen de carrera administrativa, “previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes” (art.125 C.P.), racionaliza el ejercicio de la función pública, a través de un sistema que regula de manera objetiva los criterios para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro del servicio y “que elimina el uso de factores subjetivos y aleatorios en la designación de los funcionarios estatales” [38] .

En tal sentido, los derechos derivados de la carrera, como el derecho a la estabilidad laboral, se derivan no del hecho mismo de estar inscrito como funcionario de carrera (cualquiera hubiera sido la forma de vinculación), sino si no del hecho de haber ingresado luego de un concurso abierto y objetivo que asegure la libre e igual competencia. Una vez implementado dicho concurso tiene sentido la defensa del derecho a la estabilidad en el cargo, derecho del que no son titulares los funcionarios de libre nombramiento ni aquellos incorporados de manera “automática” a la carrera. Dado que tales funcionarios no son titulares del derecho a la estabilidad laboral, resulta claro que el nominador puede pedir en cualquier momento su renuncia o decretar su insubsistencia. Sino fuera así se estaría desvirtuando la diferencia entre quienes han ingresado luego de un concurso en el que han podido demostrar sus mayores méritos o capacidades y quienes ocupan sus cargos simplemente por vía de un privilegio legislativo o por la confianza que el nominador ha depositado en su desempeño. En ninguno de estos dos casos puede alegarse el derecho a la estabilidad laboral.

En particular, la Corte Constitucional ha señalado que los sistemas de inscripción automática a carrera administrativa, a pesar de tener por objeto la estabilidad de quienes ya laboran en una entidad estatal, vulneran el ordenamiento superior, no sólo por su clara oposición al artículo 125 de la Constitución, sino porque con ellos se desconocen el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública (arts. 13 y 40-7 C.P.) y las expectativas legítimas que concede la Constitución de acceder a un empleo público en virtud de los merecimientos de cada persona:

“ A la luz de la anterior doctrina constitucional, que se reitera, la norma examinada [artículo 53 de la Ley 105 de 1993 [39]] inscripción vulnera de raíz el artículo 125 de la C.P. Contradice, en primer término, la esencia del sistema de carrera, en cuanto que en el ámbito de la mentada entidad administrativa, todos los cargos, sin excepción, se someten a la forma de designación propia de los empleos de libre nombramiento. En este sentido, igualmente desnaturaliza la carrera que a ella automáticamente ingresen funcionarios libremente nombrados por el director de la entidad, sin haberse sometido a las normas sobre concurso público. En segundo término, no se coligen razones de peso para conceder al nominador tan amplia facultad que se torna en “potestad infundada”. Finalmente, la indiscriminada excepción, no permite diferenciar las funciones de los empleos en conformidad con su naturaleza política o de confianza plena.

5. La ley está autorizada, dentro de los límites esbozados, para determinar los empleos no sujetos al régimen de carrera. La norma analizada, en estricto rigor, no sustrae empleos del régimen de carrera, sino que aplica a los empleos de esta clase las reglas de ingreso predicables únicamente de los empleos de libre nombramiento. Por esta razón la extralimitación de la ley es todavía mayor y su efecto concreto, como se indicó en la sentencia citada, resulta claramente desproporcionado.

6. El artículo 125 de la C.P., determina una reserva normativa en favor de la ley para fijar los requisitos y condiciones con base en los cuales se establecen los méritos y calidades de los aspirantes a cargos de carrera.” [40] 24. En virtud de lo anterior, la Corte ha declarado inexequibles los sistemas de inscripción automática a diferentes carreras administrativas especiales como las de la Aeronáutica Civil (Sentencia C-317 de 1995), la Rama Judicial (Sentencia C-037 de 1996) y la de los docentes (Sentencia C-562 de 1996 [41]).

Así mismo, declaró inexequible el sistema de inscripción automática al régimen general de carrera administrativa de los funcionarios del orden nacional [42] y departamental de la Administración [43] . Al respecto dijo la Corte:

“Estas normas, tal como lo indica el actor, permiten el ingreso automático a la carrera administrativa, de funcionarios que reúnan dos condiciones, a saber: la primera, estar ocupando un cargo que la ley ha definido como de carrera; la segunda, acreditar una serie de requisitos contemplados en leyes y decretos, en un período de tiempo determinado.

De esta manera, esas normas facilitan el ingreso y permanencia en la carrera administrativa de cierto grupo de personas que, por estar en cierta condición (desempeñando un cargo de carrera), no requieren someterse a un proceso de selección para evaluar sus méritos y capacidades. Así se desconocen, no sólo el mandato constitucional contenido en el artículo 125 de la Constitución, que exige la convocación a concursos públicos para proveer los cargos de carrera, sino los principios generales que este sistema de selección tiene implícitos, tales como la igualdad y la eficacia en la administración pública (artículos 13 y 209 de la Constitución).

La excepción que establecen las normas acusadas para el ingreso a la carrera administrativa, desnaturaliza el sistema mismo, pues se dejan de lado conceptos como el mérito y capacidades, para darle paso a otros de diversa índole, permitiendo que la discrecionalidad de los nominadores rija este sistema, e impidiendo que todos aquellos que crean tener las condiciones para desempeñar un empleo de esta naturaleza a nivel nacional o territorial, tengan la oportunidad de acceder a ellos, simplemente porque no hay un mecanismo que permita la evaluación de sus méritos y capacidades.” [44] Esta misma línea jurisprudencial ha sido la que ha tenido el Consejo de Estado, incluso antes de las primeras sentencias de la Corte Constitucional sobre la materia, advirtiendo sobre la inconstitucionalidad de los sistemas de inscripción automática a carrera administrativa, puesto que “para gozar el amparo inherente a una carrera deben cumplirse las etapas y llenarse los requisitos que la ley señala y que carecían de sentido y no tendrían razón de ser si existiese la llamada inscripción automática” [45] .

25. En virtud de los argumentos expuestos, la Corte observa que las sentencias impugnadas por el tutelante no incurrieron en un defecto material o sustantivo al aplicar la excepción de inconstitucionalidad a las normas que se referían a la inscripción automática a la carrera administrativa sin la realización de un concurso previo y sin tener siquiera que acreditar los requisitos legales para ocupar el cargo (Decreto 2117 de 1992). Como se ha señalado en los fundamentos anteriores de esta decisión, dichos sistemas han sido considerados abiertamente contrarios a la Constitución [46] .

En ese sentido, las aspiraciones de estabilidad de quienes ingresaron a la función pública sin la realización de un concurso previo basado en el merecimiento y calidades personales del aspirante [47] , no puede lograrse a partir de su inscripción automática a la carrera administrativa, tal como reiteradamente lo ha señalado esta Corporación. Si bien ello no significa que la situación de tales personas en la Administración no tenga protección constitucional, tal protección no alcanza para garantizar un pretendido derecho a la estabilidad que no tendría fundamento objetivo alguno. En efecto, como ya lo ha dicho la Corte, la estabilidad no puede surgir de procesos de selección basados en mecanismos contrarios al mérito y a la competencia pública y abierta entre aspirantes en igualad de condiciones (art. 125).

26. Ahora bien, es cierto que dentro de la misma Constitución y de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, existen diversas disposiciones que tutelan los derechos de las personas al debido proceso y a un trabajo en condiciones dignas y equitativas [48] . Sin embargo, a su amparo no es posible sostener que quienes han accedido al servicio público por simple decisión del nominador de turno tengan derecho a la estabilidad laboral a la cual son acreedores quienes se han sometido a un proceso de selección precedido por un concurso público, abierto y objetivo. En suma, ninguna de las disposiciones internacionales mencionadas en la demanda permiten soportar la afirmación

según la cual el actor tenía derecho a la aplicación de normas inconstitucionales que lo vinculaban de manera automática al régimen de carrera.

A este respecto no sobra mencionar que la Corte no sólo ha declarado inconstitucional la inscripción automática a carrera, sino que en diversas oportunidades ha ordenado corregir el rumbo de concursos que no ofrecen suficientes garantías de objetividad e imparcialidad. En efecto, en distintas decisiones ha ordenado inaplicar reglas de concursos de acceso a la función pública que conceden beneficios injustificados a unas personas sobre otras (por ejemplo cuando se concede un mayor puntaje a las personas que ya están vinculadas a la entidad o en razón de vivir en el lugar donde se desarrollará el concurso), o ha ordenado revisar el diseño de concursos que no ofrecen condiciones de igualdad para personas desaventajadas que sin embargo pueden desempeñar las funciones para las cuales se establece el concurso [49] . En todas estas decisiones la Corporación ha buscado garantiza el derecho al trabajo, la igualdad y la efectividad de los derechos de quienes aspiran acceder a la función pública. Al respecto ha señalado la Corporación:

“El sistema de concurso constituye, a no dudarlo, la expresión más acabada del derecho a la igualdad de oportunidades para el acceso a cargos públicos, en la medida en que coloca a todas las persona en la posibilidad de participar en aquél, sin cortapisas excluyentes, porque tan sólo se exige como condición general para los aspirantes que reúnan las exigencias mínimas que el ejercicio del cargo requiere.

Cuando quiera que en el proceso de selección se establecen prerrogativas en favor de ciertas personas o determinados sectores o se consignan exigencias a cargo de algunos participantes, y tales prerrogativas y exigencias carecen de justificación racional, se convierten indudablemente en fuente de violación del derecho de igualdad” [50] .

27. En este orden de ideas, la Sala no encuentra que los jueces accionados hubieren actuado de manera caprichosa o irrazonable o por fuera del marco de la Constitución, cuando para el caso analizado consideraron que debían inaplicarse, por inconstitucionales, unas normas que establecían la inscripción automática a carrera administrativa sin concurso previo y sin verificación de requisitos para ocupar el cargo.

En consecuencia, esta acusación contra las sentencias atacadas tampoco puede producir su revocatoria. Segundo problema: ¿los jueces accionados desconocieron los precedentes constitucional y horizontal? 28. Otro de los fundamentos de la presente acción de tutela radica en que para el actor el Consejo de Estado se separó (i) del precedente constitucional fijado en la Sentencia C-030 de 1997 sobre la protección de los derechos de las personas de inscripción automática a carrera administrativa, y (ii) de otros precedentes del mismo Consejo de Estado en casos iguales al suyo.

Para resolver estos cuestionamientos la Corte recordará brevemente su doctrina sobre el desconocimiento del precedente como causal de procedibilidad de la acción de tutela y con fundamento en ello verificará si en este caso el Consejo de Estado incurrió en ese defecto.

Lineamientos generales sobre el desconocimiento del precedente judicial como causal de procedibilidad de la acción de tutela 29. Esta Corporación ha señalado que existe una violación al precedente constitucional en una de cuatro circunstancias: (i) cuando el juez contraría la parte resolutiva o la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad porque, por ejemplo, aplica una disposición declarada inconstitucionalidad o la interpreta de manera contraria a lo dispuesto en la sentencia de constitucionalidad que declaró su constitucionalidad condicionada o se aparta de manera injustificada de la ratio decidendi que dio lugar a la decisión; o (ii) cuando el juez contraría el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de las sentencias que constituyen precedente en materia de tutela [51] .

30. Específicamente, la Corte ha considerado que una sentencia judicial vulnera la Constitución cuando desconoce sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso

administrativo cuando actúa como juez de constitucionalidad de los actos administrativos [52] , “cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva” [53] .

De esta forma es claro que las sentencias de constitucionalidad vinculan a todos los operadores jurídicos y que su desconocimiento por parte de los jueces ordinarios constituye causal de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales.

31. Ahora bien, con relación al respeto por el precedente horizontal esta Corporación ha hecho énfasis en que si bien las autoridades judiciales tienen un amplio margen de interpretación del ordenamiento jurídico, razones de seguridad jurídica, igualdad y confianza legítima determinan que deban respetar y actuar de conformidad con su propio precedente [54] .

Por ello, cuando un juez se aparta de su propia jurisprudencia debe establecer las diferenciaciones del caso particular que justifican esa separación [55] o exponer las razones del cambio jurisprudencial, so pena de vulnerar el derecho a la igualdad de la parte afectada. Al respecto ha dicho la Corte:

“12. Frente a las condiciones del cambio de jurisprudencia, la Corte, como se reseñó antes, ha precisado que el precedente vincula horizontalmente, y que la separación del mismo puede operar de diversas maneras. Por una parte, mediante la introducción de distinciones que lleven a la conclusión de que el precedente no es aplicable en el caso concreto. Por otra parte, la revisión del precedente.

Para efectos de separarse del precedente por revisión son necesarios dos elementos. De una parte referirse al precedente anterior y, por otra, ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio. El primer requisito es respuesta al principio de interdicción de la arbitrariedad, pues sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia.

El ciudadano tiene derecho a que sus jueces tengan en mente las reglas judiciales fijadas con anterioridad, pues ello garantiza que sus decisiones no son producto de apreciaciones ex novo, sino que recogen una tradición jurídica que ha generado expectativas legítimas. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso, sea de manera intencional o por desconocimiento, introduce un margen de discrecionalidad incompatible con el principio de seguridad jurídica, ahora sí, producto de decisiones que han hecho tránsito a cosa juzgada y que han definido rationes decidendii, que los ciudadanos legítimamente siguen.

A partir de la referencia al precedente anterior, es posible entrar a ofrecer argumentos suficientes que justifiquen su abandono o revisión. No se trata, en este orden de ideas, simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta indispensable demostrar que los argumentos que soportan el precedente no son válidos, suficientes, correctos, etc. El juez tiene la obligación de motivar sus decisiones. Ello implica el justificar su postura frente a otras consideraciones que han sido base de decisiones anteriores. Sólo este proceso permite superar la barrera que el derecho a la igualdad impone en la aplicación e interpretación del derecho. Sin dichas razones, el cambio de jurisprudencia será simplemente la introducción de un acto discriminatorio, incompatible con la Constitución. En el fundamento 10 b) de esa sentencia se han presentado razones que hacen válido y admisible el cambio o separación del precedente” [56] .

32. Cuando se alega por vía de tutela la violación de un precedente judicial horizontal, es necesario que la jurisprudencia que se cita como referente y respecto de la cual se alega un derecho a la igualdad, constituya efectivamente la doctrina aplicable y no haya avanzado o sido modificada por una diferente que constituya la nueva interpretación para el caso concreto. Ello porque el accionante no puede buscar que el juez constitucional anule una sentencia judicial con base en providencias aisladas o cuya interpretación ha avanzado o se hubiere modificado sustancialmente, pues en estos casos no es posible sostener que el juzgador ha incurrido en una desviación infundada, inmotivada o caprichosa de su propio precedente.

En estos casos, la Corte, siguiendo las reglas generales sobre procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias, ha señalado que el juez de tutela está obligado a respetar el margen de autonomía e independencia del juez en la interpretación de la normatividad aplicable y debe situar el análisis únicamente en la constatación de que la sentencia atacada no es manifiestamente irrazonable, arbitraria ni caprichosa (porque, por ejemplo, no se aparta de manera inmotivada del precedente) [57] . En efecto, como ha reiterado esta Corporación, no es función del juez constitucional "sustituir la interpretación acogida por el fallador" ni convertir la tutela en una nueva instancia [58] .

Hechas estas consideraciones, pasa la Sala a resolver las dos acusaciones que el actor hace por violación del precedente judicial. La Sentencia C-030 de 1997 y su inaplicación al caso concreto.

33. En la sentencia C-030 de 1997, cuya violación alega el tutelante, esta Corporación declaró la inexequibilidad, entre otros, del artículo 5º de la Ley 61 de 1987 [59] , que consagraba la inscripción automática al sistema general de carrera administrativa (diferente al sistema especial de carrera que cobija al actor). Al hacer esta declaratoria, la Corte aclaró que no se verían afectados con la sentencia quienes antes del fallo tuvieran a su favor un acto administrativo de inscripción en la carrera administrativa por parte del Departamento Administrativo del Servicio Civil. Así, la Corte hizo en ese momento una diferenciación entre quienes tenían una situación particular y concreta a su favor debidamente reconocida en un acto administrativo y quienes no habían logrado ese reconocimiento. Es decir, no bastaba la consagración legal del sistema de inscripción automática a carrera administrativa, sino que se requería un acto administrativo que lo reconociera. Consecuencia de lo anterior, en la parte resolutiva se declaró la inexequibilidad de las normas acusadas y se incluyó un ordinal más, así:

"Segundo. Esta sentencia sólo surtirá efectos hacia el futuro, a partir de su notificación. Por tanto, los empleados que en virtud de las normas declaradas inexequibles, hayan sido inscritos en la carrera administrativa , seguirán perteneciendo a ella". (se subraya) 34. A juicio del demandante, la jurisdicción contenciosa debió haber tenido en cuenta la regla contenida en la sentencia C-030 de 1997 para resolver su caso, de forma que se respetara su inscripción automática a la carrera administrativa especial de la DIAN, aún si se consideraba que ese sistema era inexequible.

35. Al respecto y con independencia de un eventual cambio de precedente, la Corte observa que los supuestos normativos de la Ley 61 de 1987 (régimen general de carrera administrativa) sobre los cuales se pronunció la Corte en la Sentencia C-030 de 1997, son diferentes de los previstos en el Decreto 2117 de 1992 (régimen especial de la DIAN), que regía la situación jurídica del actor.

En efecto, en el caso de la Ley 61 de 1987, el derecho a ingresar a la carrera administrativa si bien no requería concurso, sí estaba sujeto por lo menos a dos condiciones básicas:

(i) el cumplimiento de los requisitos exigidos para ocupar el cargo, aspecto que se debía acreditar dentro del plazo de un año; (ii) la solicitud y aceptación, mediante acto administrativo, de la inscripción en carrera administrativa por parte del Departamento Administrativo del Servicio Civil En el caso del actor la situación es distinta, pues conforme al artículo 116 del Decreto 2117 de 1992 [60] que regía para él, la inscripción automática en la carrera administrativa especial de la DIAN no sólo no requería concurso, sino que además no exigía (i) acreditación de requisitos para ocupar el cargo y, tampoco, (ii) la intervención de una autoridad administrativa que ejerciera funciones de verificación de idoneidad para quedar inscrito en carrera administrativa. En esa medida, no había un acto administrativo de inscripción en el que se consolidara una situación de carácter particular y concreto.

Ello significa que no es posible extender lo dispuesto en el ordinal 2º de la parte resolutiva de la Sentencia C-037 de 1997 a otras hipótesis de inscripción automática a carrera administrativa que no tienen los mismos supuestos normativos que allí se revisaron y que sirvieron de base el condicionamiento que se hizo en ese momento. Dicha sentencia de

constitucionalidad se encuentra estrechamente ligada a los supuestos normativos de la Ley 61 de 1987 y no resulta evidente que deba extenderse a otros eventos en que el contenido legal es distinto.

En este mismo sentido se ha manifestado la Corte en las decisiones posteriores y más recientes sobre este tema [61] . En efecto, si la incorporación automática al régimen de carrera diera lugar a todos los funcionarios efectivamente inscritos a permanecer en sus cargos, la regla general que se deriva del artículo 125 de la Carta y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a cargos y empleos públicos resultaría abiertamente comprometido para garantizar privilegios que no tienen soporte constitucional.

En este sentido se ha señalado que si la persona que venia ocupando el cargo quiere seguir haciéndolo debe someterse a un concurso para el cual seguramente estará suficientemente capacitada.

36. En esa medida, no parece irrazonable o arbitrario que en las sentencias atacadas no se hubiera considerado que el actor debía beneficiarse de la protección contenida en la Sentencia C-030 de 1997. Por tanto, tratándose de situaciones fácticas y normativas distintas, no se colige necesariamente que lo establecido allí respecto del régimen general de carrera fuera aplicable al sistema especial de la DIAN que cobijaba al actor.

En consecuencia, esta acusación tampoco puede llevar a la revocatoria de los fallos impugnados. Precedente horizontal del Consejo de Estado: existencia de referentes jurisprudenciales distintos a los que cita el actor.

37. Según el accionante, el Consejo de Estado desconoció los precedentes fijados por esa misma Corporación Judicial en casos iguales al suyo, violando su derecho a la igualdad. Cita para el efecto, las sentencias proferidas en los procesos de Alexandra Ospina Fernández (Expediente 13.232) y Jorge Eliécer Suancha Talero (Expediente 13.479) del 26 de septiembre de 1996 y 27 de febrero de 1997, respectivamente, en las que la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado resolvió casos similares al suyo, declarando la nulidad de los actos de desvinculación de personas con inscripción automática a carrera administrativa.

Se pregunta la Corte si los alegatos del actor son ciertos y si de ellos es posible derivar una desviación inmotivada o arbitraria del precedente horizontal, es decir, una violación del derecho a la igualdad.

38. Constata la Corte que la sentencia de segunda instancia que se impugna, proferida el 1 de octubre de 1998 (dos años después del precedente invocado), hace referencia expresa al cambio jurisprudencial hecho por el Consejo de Estado - Sala Plena de la Sección Segunda - en una sentencia anterior del 4 de marzo de 1998 (expediente 16.526). En dicha decisión el Consejo de Estado ya había indicado que la inscripción automática a carrera prevista para la DIAN era inaplicable y por tanto no permitía extender los beneficios de la carrera administrativa a quienes no habían concursado para sus cargos. Dijo entonces:

“Y no puede sostenerse, como dijo el a quo que como la administración en la resolución acusada asumió que el empleado era de carrera y ordenó reconocerle una indemnización, no puede en sede jurisdiccional desconocerse tal calidad, en primer lugar, porque como es sabido el error no crea derecho, y en segundo, porque no se trata de un acto de escalafonamiento ajeno al litigio, que por no ser objeto del debate resultaría intangible para el juez; se trata de examinar el mismo acto cuya nulidad se pide con miras a determinar si efectivamente violó el derecho cuyo restablecimiento se reclama.

En estos eventos, el juzgador debe examinar los supuestos de la norma que confiere el derecho para confrontarlos con los hechos y con el acto acusado y sólo cuando tenga certeza de que el acto ha lesionado el derecho, proceder a declarar su nulidad y ordenar el restablecimiento. No tendría objeto alguno anular un acto porque al expedirlo erró la administración, si no hay lugar a decretar el restablecimiento del derecho que es el objeto primordial de la acción que incoó la actora con fundamento en el art. 85 del C.C.A.

Se rectifica así la jurisprudencia contenida en los fallos de septiembre 26 de 1996 [uno de los fallos que cita el tutelante] y febrero 27 de 1992 Exps. 13232 y 13478, en su orden - Sub Sección “B”.

Bajo la premisa entonces de que a la actora no le asistía el fuero de estabilidad que confiere la carrera, por ser de libre nombramiento y remoción, no procede la censura basada en la declaratoria de inexequibilidad del artículo 40 del decreto 1647 de 1991, proferida por la Corte Constitucional mediante sentencia C-023 de 1994, porque al ostentar la calidad de empleada de libre nombramiento y remoción, no amparada por fuero de relativa estabilidad, bien podía el nominador disponer su desvinculación del servicio en forma discrecional. No se lesionó así ningún derecho de la actora; por el contrario, se le benefició con una indemnización a la cual no tenía derecho alguno.“ (paréntesis, negrilla y subraya fuera del texto) Incluso, esta línea jurisprudencial ya había sido reiterada antes del fallo de segunda instancia que resolvió la situación del actor, en las Sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 21 de agosto de 1998 (expediente 17079) y del 10 de septiembre de 1998 (expediente 16861), en las que también se negó a los demandantes la calidad de empleados de carrera apoyada en normas de inscripción automática. Precisamente, en el segundo de estos fallos se dijo:

“El demandante invoca el artículo 116 del citado Decreto 2117 de 1992 para alegar el fuero de carrera que adquirió con base en la inscripción automática señalada en dicha norma. Debe la Sala por lo tanto examinar dicha disposición frente al mandato del artículo 125 de la Constitución Política y a la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la inscripción automática en el escalafón de carrera de los empleados estatales, para determinar si es acertado o no su planteamiento.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-030 de enero de 1997. M.P. Dr: Jorge Arango Mejía, al examinar la constitucionalidad de los artículos 5º y 6º de la Ley 61 de 1987 y el artículo 22 de la Ley 27 de 1992, que consagraban la inscripción automática de los empleados del nivel nacional y territorial, en su orden, al igual que lo hace el artículo 116 del Decreto 2117 de 1992 objeto de estudio en este caso particular, se pronunció de la siguiente manera: (…) Los anteriores planteamientos son suficientes para permitir a la Sala juzgar el caso debatido, pues los razonamientos que entonces hizo la Corte se acomodan perfectamente al sub lite, ya que el fundamento de las pretensiones del libelista, se centra en la pretendida inscripción automática en la carrera especial, cuestión que no es posible, pues no puede existir inscripción automática en el escalafón, ya que el ingreso a un cargo de la carrera sólo es factible mediante el concurso, lo que no sucedió en este caso.

Según el análisis anterior, resulta que la preceptiva del artículo 116 del citado decreto 2117 de 1992 es inconstitucional, al prescribir la inscripción automática en carrera de los funcionarios de la DIAN que fueron incorporados a la nueva planta de personal de la entidad sin haber agotado el proceso de selección, lo que impone, en cumplimiento al mandato del artículo 4º de la Carta Política, su inaplicación, por desconocer la prescripción del artículo 125 de la Constitución y los principios de igualdad y eficacia que deben regir la administración pública .” (se subraya) Como se señaló anteriormente, esta línea jurisprudencial responde además a la doctrina que en relación con la inconstitucionalidad de los sistemas de inscripción automática a carrera ha tenido el Consejo de Estado, tanto antes como después del caso que se revisa [62] .

39. Igualmente, como se advirtió, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad al caso concreto responde a la doctrina constitucional sobre la materia [63] , lo que para los jueces impugnados llevaba, sin que ello carezca de elementos de razonabilidad [64] , a que la situación del actor no pudiera estudiarse bajo la misma óptica de las personas que ingresan a la carrera administrativa por concurso y respecto de los cuales la Corte Constitucional había establecido la imposibilidad de ser desvinculados discrecionalmente con indemnización.

En consecuencia, la Corte encuentra que si bien existen decisiones contradictorias del Consejo de Estado, las mismas se explican en virtud de una evolución jurisprudencial que fue expresamente reconocida por la Corporación explicando a

los ciudadanos usuarios de la administración, las razones del cambio. Nada en lo anterior puede catalogarse como arbitrario. Por tanto, la acusación del actor por violación del precedente horizontal tampoco es procedente.

El alcance de los principios de buena fe y de confianza legítima 40. Finalmente se pregunta la Corte si constituye una violación directa de la Constitución, en particular de los principios de buena fe y de confianza legítima el que el juez contencioso hubiera encontrado que el accionante no era empleado de carrera pese a que la DIAN, en aplicación de las disposiciones que los jueces encontraron inconstitucionales, ya había supuesto tal calidad, debido a la incorporación automática que se discute.

41. En forma reiterada la Corte ha destacado la importancia que en todos los ámbitos del derecho y, en especial, en el constitucional, ostenta el principio de la buena fe:

“la buena fe ha pasado de ser un principio general del derecho para convertirse en un postulado constitucional (CP art. 83). Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta (“vir bonus”). La buena fe supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada” [65] .

En ese sentido, la buena fe determina que así como las partes de una relación jurídica deben actuar de buena fe, también pueden confiar legítimamente en que su contraparte actuará de la misma forma y respetará sus propias actuaciones: “ La buena fe presenta dos aspectos, uno activo que se traduce en el deber que tienen todos los individuos y las autoridades públicas de proceder con lealtad en sus relaciones jurídicas, y otro pasivo, que se traduce en el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma” [66] .

Así, el principio de la buena fe preside las actuaciones de los particulares y de los servidores públicos (art. 83 C.P.): en el caso de los particulares la presunción de la buena fe protege sus actuaciones mientras no obre prueba en contrario;

respecto de los servidores públicos, éstos deben actuar ceñidos al principio de legalidad, que significa la sujeción a la Constitución y a las demás disposiciones habilitantes y limitantes de la respectiva función (principio de legalidad en sentido material). Así, “ podría decirse entonces que la presunción de buena fe que milita a favor de los particulares, en la balanza Estado-administración hace las veces de contrapeso institucional de cara a los principios de constitucionalidad y legalidad que amparan en su orden a la ley y a los actos administrativos” [67] .

42. No obstante lo anterior, la Corte ha señalado que no es aceptable afirmar que la presunción general de la buena fe es incompatible con las exigencias probatorias en los procesos judiciales, con el deber del juez de promover el proceso y con la obligación general de las partes de demostrar los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones [68] .

Así pues, el reconocimiento del principio de buena fe no puede extenderse al punto de restringir la función del juez en el decreto y la apreciación de las pruebas conforme al principio de la sana crítica o de afirmar que le está impedido verificar si los hechos en que las partes fundan sus pretensiones están o no probados en el proceso.

En especial, el régimen contencioso administrativo, en defensa del interés público comprometido en los procesos respectivos, permite a las autoridades judiciales decretar pruebas de oficio y ello no puede entenderse violatorio del principio de buena fe o confianza legítima del administrado. Dos razones militan a favor de esta tesis. En primer lugar que en este tipo de procesos las entidades públicas no pueden renunciar o disponer de los intereses que están obligadas a defender. Y en segundo lugar por que el juez, dentro de su autonomía e independencia, tiene la obligación de fallar de acuerdo con los hechos y con el derecho aplicable. En este sentido, el juez no puede dejar de atender a consideraciones necesarias para que su decisión se adecue a la Constitución y a la ley.

43. En consecuencia, si el demandante basaba sus pretensiones en su condición de empleado de carrera administrativa (hechos 2 y 3 de la demanda), no puede considerarse violada su buena fe o la confianza que sobre ese punto le había dado la DIAN, por el hecho de que el juez de conocimiento, en uso de sus facultades dentro del proceso, se hubiera pronunciado sobre esa circunstancia y hubiera concluido que el demandante no tenía esa calidad, bien porque cuando ingresó a la DIAN en 1989 lo hizo a un cargo de libre nombramiento y remoción como lo eran todos los de esa entidad (Decreto 1290 de 1988); bien porque los diversos cargos que ocupó desde su ingreso hasta su desvinculación no fueron resultado de procesos de selección o mérito, de forma que definitivamente "el libelista no era un empleado de carrera" ; o bien porque el ingreso automático a carrera previsto en el Decreto 2117 de 1992 resultaba contrario a la Constitución Política.

44. La Corte ya se había pronunciado en idéntico sentido en la revisión de una acción de tutela similar a la que ahora se estudia (Sentencia T-428 de 2007 [69]).

Se trataba entonces del caso de un funcionario de la DIAN que había sido desvinculado de la entidad mediante un plan de retiro compensado de empleados de carrera que posteriormente fue declarado inexequible por la Corte Constitucional. En este caso, la Sala Novena de Revisión, con argumentos similares a los que acá se exponen, negó el amparo de tutela al considerar que la jurisdicción contenciosa no había incurrido en una interpretación inconstitucional al concluir que si el actor no tenía la calidad de empleado de carrera, no podía reclamar para sí los derechos propios de esta clase de funcionarios. Al respecto dijo la Corte:

"Obsérvese entonces, que la conclusión a la que llega el Tribunal, sobre los alcances del artículo 2° de la Ley 61 de 1987, no es equivocada sino que tiene soporte claro en el contexto general de la ley que regía en el momento de su retiro de la entidad: si el actor no había acreditado el cumplimiento de los requisitos o su idoneidad para ocupar el cargo [70] , no tenía derecho a beneficiarse de la carrera administrativa y, por tanto, podía ser separado de la entidad a partir de la ejecución del plan de retiro compensado.

No existe razón para considerar la postura del Tribunal como arbitraria y, por tanto, tampoco existe fundamento para que a partir de este cargo se evidencie la existencia de un defecto sustantivo.

(…) "Sin embargo, para esta Sala de Revisión es claro, conforme a lo expuesto hasta acá, que la interpretación efectuada por la Sala Especial Transitoria del Consejo de Estado no es contraria a la sentencia de constitucionalidad citada, en la cual se declaró inexequible el plan de retiro compensado previsto en el Decreto 1660 de 1991, teniendo en cuenta que para desvirtuar las imputaciones presentadas por el actor en su súplica se estableció que el actor no gozaba de la estabilidad prevista para los empleados inscritos en carrera administrativa, conforme a la ley 61 de 1987." [71] 45. De hecho, en vía de tutela la Corte ha indicado que sin perjuicio de la protección de los empleados provisionales, las personas incorporadas a un cargo de carrera administrativa sin cumplir los requisitos del concurso no se convierten en empleados de carrera ni pueden reclamar los derechos propios de este tipo de funcionarios:

4.5. Como puede observarse el cargo de Profesional Especializado Grado 17 de la Defensoría del Pueblo Delegada para el Estudio de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, para el cual fue designada la doctora Beatriz Clemencia García fue provisto sin que para el efecto hubiere sido sometido a concurso. Es decir, el nombramiento respectivo no incluye a esa ciudadana en la carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo. Por ello, no le son aplicables entonces las normas que la regulan. Con posterioridad a ese nombramiento podrá la Defensoría del Pueblo, si todavía no lo ha hecho, convocar al concurso respectivo, con el lleno de los requisitos que exige la ley y, entonces, a ese concurso serán aplicables en su integridad las normas propias de la carrera administrativa [72] .

46. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que no todo efecto desfavorable proveniente de un fallo judicial implica la afectación de derechos fundamentales y habilita por tanto el ejercicio de la acción de tutela. Tal efecto negativo puede ser

consecuencia de la aplicación, dentro del marco constitucional, de la normatividad y jurisprudencia vigentes, frente a lo cual el amparo constitucional es improcedente. De hecho, lo ordinario será que el debate procesal finalice con una parte vencida y una vencedora, que si no ha visto vulnerados sus derechos fundamentales, deberá estarse a lo resuelto por la autoridad judicial. De lo contrario, se tendría simplemente que la parte vencida podría, como regla general, usar la acción de tutela como un recurso adicional dirigido a la revisión y discusión de los fallos judiciales, entendimiento que resulta claramente contrario a la naturaleza excepcional de la tutela contra sentencias.

47. De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye que la respuesta al interrogante inicialmente planteado, sobre si se violó la buena fe del accionante por el hecho de que el juez contencioso hubiera analizado la condición en que el actor se presentaba al proceso judicial si la DIAN ya había supuesto su calidad de empleado de carrera administrativa, es negativa.

48. La Sala observa sin embargo, que si bien el Consejo de Estado no aceptó la condición de empleado de carrera del actor y en ese sentido denegó las pretensiones de la demanda, no afectó ni revocó la indemnización que ese funcionario había recibido sin tener esa condición. Esa solución se enmarca dentro del respeto por la confianza legítima del demandante (que es diferente a considerar que existe un derecho adquirido a la carrera administrativa) y sigue, precisamente la misma línea de la Sentencia C-104 de 1994, cuando al declarar inexequibles algunas normas que ordenaban indemnizaciones a favor de funcionarios que no tenían la condición de empleados de carrera, la Corte señaló que no se podía exigir la devolución de lo ya pagado en virtud del principio de buena fe [73] .

Conclusión 49. De acuerdo con lo que se ha expuesto, la Corte puede concluir que los jueces accionados no incurrieron en una interpretación irrazonable o arbitraria contraria a la Constitución Política o los Tratados de Derechos Humanos que reconocen el derecho al debido proceso y al trabajo, al considerar, de oficio, que el actor no tenía la condición de empleado de carrera administrativa, dada la inconstitucionalidad de las normas de las cuales pretendía derivar ese derecho.

Tampoco se desconocieron los precedentes constitucional ni horizontal y en ese sentido, los fallos atacados no comprometen el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley ni el derecho fundamental al debido proceso.

Finalmente, no se vulneró el principio de buena fe o la confianza legítima del actor, en tanto que la actuación de las autoridades judiciales se ciñó a sus funciones y al deber que les asiste de fallar conforme a las pruebas aportadas al proceso y al derecho vigente.

Por tanto, la Corte no accederá a la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y la igualdad invocados por el accionante. III. DECISION En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE:

Primero. REVOCAR las Sentencias de los jueces de instancia que rechazaron la acción de tutela por improcedente y en su lugar NEGAR la tutela interpuesta por Jaime Adolfo García Santacruz contra la Sala Plena (Sala Especial Transitoria de Decisión 2D) y la Sección Segunda (Subsección A) del Consejo de Estado.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase. CATALINA BOTERO MARINO Magistrada Ponente CLARA INES VARGAS HERNANDEZ Magistrada JAIME ARAUJO RENTERIA Magistrado CON SALVAMENTO DE VOTO MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO Secretaria General SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA T-808 DEL 2007 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES -Procedencia frente a tentativas de tratar de eliminar el amparo constitucional bajo el argumento de preservación de la seguridad jurídica (Salvamento de voto) ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES -Razones para su procedencia (Salvamento de voto) ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Valor de la justicia frente a la seguridad

jurídica (Salvamento de voto) ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Requisitos básicos de procedencia (Salvamento de voto) PRINCIPIO DE INEMDIATEZ- Diligencia por parte de la persona que siente vulnerados sus derechos fundamentales (Salvamento de voto) PRINCIPIOS DE INMEDIACION E INMEDIATEZ EN TRAMITE DE ACCION DE TUTELA- Conceptos según la Real Academia Española (Salvamento de voto) ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ -Ejercicio oportuno (Salvamento de voto) PRINCIPIO DE INMEDIATEZ- Inaplicabilidad frente a vulneración efectiva y continuada de los derechos fundamentales (Salvamento de voto) CARRERA ADMINISTRATIVA -Principio superior (Salvamento de voto) CARRERA ADMINISTRATIVA- Mérito e igualdad (Salvamento de voto) ACCESO A CARGOS PUBLICOS- Mérito e igualdad (Salvamento de voto) CARRERA ADMINISTRATIVA -Mérito, capacidad e idoneidad y condiciones morales de los aspirantes como fundamento del nombramiento (Salvamento de voto) CARRERA ADMINISTRATIVA -Concepto y fines (Salvamento de voto) CARRERA ADMINISTRATIVA -Debido proceso destitución o desvinculación (Salvamento de voto) CARRERA ADMINISTRATIVA -Causales de retiro (Salvamento de voto) CARRERA ADMINISTRATIVA -Debido proceso en el proceso de desvinculación (Salvamento de voto) CARRERA ADMINISTRATIVA -Vulneración del debido proceso y el derecho de defensa por no aplicación al caso concreto de la Sentencia C-030 de 1997 (Salvamento de voto) Referencia: expediente T-1599528 Acción de tutela instaurada por Jaime Adolfo García Santacruz contra el Consejo de Estado.

Magistrada Ponente (e): Dra. CATALINA BOTERO MARINO Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de esta Sala de Revisión, me permito presentar salvamento de voto frente a esta decisión, para lo cual me permito reiterar mi posición jurídica respecto de (i) la procedencia de la tutela contra providencias judiciales como regla general, (ii) el requisito de inmediatez, y finalmente (iii) mi posición respecto del tema de la desvinculación de funcionarios de carrera administrativa.

1. TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES 1.1 Mi posición jurídica respecto del tema de la procedencia de la tutela contra providencias judiciales ha sido siempre la de que dentro del marco normativo del Estado social y constitucional de Derecho está plenamente justificada la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, frente a las tentativas de tratar de eliminar este amparo constitucional, bajo el argumento de la preservación de la seguridad jurídica, respecto de lo cual he sostenido que no es la seguridad o el bien común, el fin supremo del derecho, sino la justicia.

En mi concepto, la tentativa de tratar de eliminar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, es insostenible, tanto desde el punto de vista iusfilosófico, como desde la teoría constitucional, por la contundente razón de que todas las ramas del poder público –legislativa, ejecutiva o judicial- tienen tanto el deber de respetar los derechos fundamentales, como también pueden llegar a vulnerar estos derechos, escenario en el cual debe proceder la garantía constitucional de la tutela [74] .

Considero que el fin primordial y supremo del derecho es la justicia y que la seguridad jurídica debe servir esencialmente para que los ciudadanos conozcan sus derechos. Por tal razón, es esencial que exista una entidad jurisdiccional superior que cumpla la función de órgano de cierre del sistema de derechos, para que los ciudadanos tengan certeza sobre sus derechos [75] .

En este sentido he sostenido que la procedencia de la acción de tutela se basa en que la Constitución es la máxima norma del orden jurídico, con la máxima eficacia jurídica; en que todos los poderes públicos deben respetar los derechos fundamentales; y en que el supremo interprete de la Constitución es el Tribunal Constitucional [76] .

Por consiguiente, la procedencia del amparo constitucional de tutela frente a las providencias judiciales, se justifica porque: “ (i) los derechos fundamentales vinculan por igual a todas las ramas del poder público y demás órganos del

Estado; (ii) la justicia prevalece sobre los demás fines del derecho, incluida la seguridad jurídica; y (iii) la acción de tutela procede contra todas las autoridades públicas ” [77] .

(i) La primera razón de la procedencia de la garantía tutelar contra decisiones judiciales la constituye la fuerza vinculante de los derechos humanos frente a todas las ramas del poder público y órganos o entidades del Estado. La vinculación del Estado a los derechos fundamentales tiene a su vez una doble connotación: la primera es que el Estado, a través de sus órganos y entidades, puede llegar a desconocer tales derechos. Esta es la razón por la cual el liberalismo clásico consideró de la esencia de los derechos humanos el constituir un límite al poder político del Estado y una talanquera al abuso de este poder por quienes lo ejercen, contrarrestando de esta forma la tendencia de la naturaleza humana al abuso del poder. Esta constituye una regla de oro que no debe admitir excepción alguna, por cuanto implicaría admitir la vulneración de derechos por parte de cualquiera de los órganos o entidades del Estado, incluyendo la rama judicial, lo cual a su vez negaría el presupuesto normativo básico del Estado social y constitucional de Derecho, esto es, la garantía de los derechos del individuo en cuanto ser digno, libre e igual [78] .

La segunda connotación de la vinculación de las ramas del poder público, órganos, entidades o funcionarios públicos, por los derechos fundamentales, es que el Estado moderno fue instituido para garantizar y proteger los derechos, y es ésa precisamente su razón de ser y su fundamento último. Por tanto, se puede concluir que la legitimidad de las autoridades públicas, y por ende del Estado, deriva del cumplimiento de estos mandatos y que el respeto, cumplimiento y realización de los derechos fundamentales es un deber no solo del legislador, del gobierno y de los jueces, sino de todas las autoridades [79] .

(ii) La segunda razón expuesta para justificar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales es la prevalencia de la justicia como supremo bien del derecho frente a la seguridad jurídica y al bien común.

Si bien el ideal es la convivencia armónica y simultánea entre estos tres valores, en realidad se presentan antinomias y relaciones dialécticas entre ellos, de manera que debe haber un juicio sobre la primacía o prevalencia de alguno de ellos sobre los demás. Ha sido mi tesis, siguiendo en esto al filósofo del derecho Gustav Radbruch, que en caso que la justicia se encuentre en conflicto con la seguridad, debe dársele mayor peso y reconocerle primacía a la justicia.

En este sentido, he sostenido que la afectación del principio de la seguridad jurídica o de una de sus expresiones, como lo es la cosa juzgada, se produce en el derecho con el fin de salvaguardar otros valores como la justicia o la paz, como lo ejemplifican el recurso extraordinario de revisión, la favorabilidad en materia penal, así como la existencia de la Corte Penal Internacional, casos en los que se muestra cómo la seguridad jurídica en su manifestación del concepto de cosa juzgada debe ceder ante el valor de la justicia, por lo cual es válido también que ceda cuando se trata de los derechos fundamentales [80] .

He sostenido por tanto que los argumentos contra la tutela frente a providencias judiciales son falaces, por cuanto son razonamientos errados que buscan engañar al contradictor o receptor del mensaje, como ocurre tanto con el argumento de la seguridad jurídica como con el de la jerarquía de los jueces.

(iii) El tercer argumento en favor de la procedencia de la tutela contra las providencias judiciales es el de que la tutela procede contra todas las autoridades públicas, cuando quiera que los derechos fundamentales sean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de conformidad con el artículo 86 Superior.

“ El concepto de “autoridad pública” comprende todas las ramas del poder público y demás órganos que integran el Estado. La Constitución no contempla excepción alguna.

De ahí que no sea válido entrar a diferenciar donde no lo hizo el Constituyente. Es más, conforme los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente queda claro que su voluntad estuvo dirigida a que la tutela procediera contra las

actuaciones de todas las autoridades públicas ” [81] , incluidos los jueces, y no solo frente a las autoridades administrativas, restricción que fue rechazada por el Constituyente.

Esta postura de nuestra Constitución la encuentro coherente con la finalidad de proteger efectivamente los derechos fundamentales, por cuanto, si todas las autoridades públicas pueden vulnerar derechos fundamentales, entonces es de suyo que la acción de tutela debe proceder contra todas ellas, incluso contra los jueces en sus decisiones judiciales.

Así mismo, esta postura concuerda con el reconocimiento histórico de que no sólo los gobiernos pueden vulnerar los derechos fundamentales sino también los legisladores y los jueces, e incluso los particulares. De este modo, el concepto mismo de derecho fundamental implica que este representa un límite incluso para el propio legislador, en cuanto el núcleo esencial del derecho no puede ser tocado ni siquiera por éste, entendiéndose por núcleo esencial aquello que lo caracteriza y lo hace tal derecho y sin lo cual deja de serlo o se convierte en otra cosa diferente. Así mismo también los particulares pueden violar un derecho fundamental y es necesario garantizarlo frente a los particulares.

De igual manera, los jueces pueden conculcar los derechos fundamentales y es necesario entonces protegerlos frente a éstos, por cuanto concluir lo contrario sería aceptar que los derechos fundamentales pueden ser conculcados por los jueces, que los derechos de los ciudadanos no valen ante los jueces y que el Estado no está al servicio del individuo sino que éste está sometido a aquel [82] .

Por esta razón, tanto en el sistema constitucional alemán como en el español procede el recurso de amparo contra providencias judiciales, por cuanto tienen claro que los derechos fundamentales pueden ser vulnerados por la autoridad judicial mediante las resoluciones o decisiones judiciales [83] .

Por consiguiente, debe concluirse necesariamente que está plenamente justificado tanto por razones de filosofía del derecho como de teoría constitucional la procedencia del amparo constitucional de los derechos fundamentales a través de la tutela frente al accionar o la omisión de los jueces de la República mediante sus resoluciones o decisiones judiciales que constituyan vulneración de derechos fundamentales.

1.2 De conformidad con lo anterior, considero que hay que volver a la regla general, hay que invertir la regla aplicada por la Corte, en el sentido que la regla general es que la tutela procede contra providencias judiciales, otorgándole prioridad al valor de la justicia frente al de la seguridad jurídica, en las relaciones dialécticas entre estas últimas dentro del marco del Estado social y constitucional de Derecho.

En los casos de procesos ejecutivos hipotecarios que se revisan se cumplen los requisitos para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales pues las providencias judiciales desconocen tanto los criterios legales establecidos por la Ley 546 de 1999 y la jurisprudencia de esta Corporación en sentencia C-955 de 2000, configurándose por tanto una vía de hecho judicial.

Los requisitos básicos de la procedencia de la tutela contra providencias judiciales fueron fijados en la sentencia T-231 de 1994 [84] , en la que se señaló que existe vía de hecho cuando se observan algunos de los cuatro defectos:

sustantivo, orgánico, fáctico y procedimental. Esta línea jurisprudencial ha sido ratificada y desarrollada en numerosa jurisprudencia reciente de esta Corte como por ejemplo en las sentencias T-169/05, T-289/05, T-390/05, 391/05, T-494/05, T-1203/05, T-1211/05, T-579/06, T-590/06, T-797/06, T-909/06, T-949/06, T-1026/06, T-1078/06, T-1084/06 entre otras.

En síntesis, las sentencias contra las cuales se enerva la tutela en este caso, desconocen tanto la ley como una sentencia de constitucionalidad con efectos erga ommes , y constituyen por tanto una vía de hecho , razón por la cual considero que en este caso procede la tutela y debe ser concedida por cuanto se constituye vía de hecho judicial, por desconocimiento de la ley… y se encuentra en una vía contraria a la sentencia de constitucionalidad C- 2. EL

REQUISITO DE INMEDIATEZ 2.1 El tema de la inmediatez es un concepto de creación jurisprudencial que ha hecho referencia a la diligencia en que debió haber incurrido aquella persona que se haya visto vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales. Específicamente, ésta ha sido utilizada por la Corte Constitucional para denotar la actividad y prontitud con que la persona buscó proteger sus derechos fundamentales. En esencia, la inmediatez radica en actos diligentes por parte de la persona afectada por violación de sus derechos fundamentales.

No obstante, debo afirmar aquí radicalmente que el artículo 86 constitucional, norma que señala la acción de tutela, no establece término para hacer valer el derecho fundamental amenazado o vulnerado.

En realidad la Corte Constitucional ha utilizado los términos de inmediación e inmediatez en la acción de tutela por cuestiones eminentemente prácticas o pragmáticas, pero en momento alguno se han esbozado criterios o razonamientos apegados a la ley o a la Constitución que sustenten un término para interponer la acción de tutela.

Aún más, los conceptos de inmediación e inmediatez, utilizados por ésta Corporación son conceptos diferentes. Según el diccionario de la Real Academia Española, inmediación es la proximidad en torno a un lugar , mientras que inmediatez hace referencia a la cualidad de inmediato (contiguo o muy cercano a algo o a alguien).

Ahora bien, el artículo 11 del decreto 2591 de 1991 establecía: “ Caducidad: la acción de tutela podrá ejercerse en todo tiempo salvo la dirigida contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso, la cual caducará a los dos meses de ejecutoriada la providencia correspondiente“ . Respecto de este artículo la Corte Constitucional mediante sentencia C- 543 de 1992 analizó su constitucionalidad, dividiendo la argumentación en dos partes así:

“ a) La limitación en el tiempo de las posibilidades de acudir a la acción de tutela (caducidad); b) El supuesto -del cual parte y al cual se refiere la aludida caducidad- de que es procedente la tutela contra sentencias que pongan fin a un proceso judicial.

La Corte se ocupará de estos dos asuntos de manera independiente , tomando en consideración los argumentos de los actores.” En este orden de ideas, en dicha sentencia y en lo que interesa para este salvamento de voto, es decir el literal a) de dicho análisis, la Corte Constitucional afirmó respecto a la limitación en el tiempo de la posibilidad de acudir a la acción de tutela:

“ a) Inconstitucionalidad de la caducidad El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona "tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar (...) la protección inmediata de sus derechos fundamentales...".

(…) Resulta palpable la oposición entre el establecimiento de un término de caducidad para ejercer la acción y lo estatuído en el artículo 86 de la Constitución cuando señala que ella puede intentarse "en todo momento", razón suficiente para declarar, como lo hará esta Corte, que por el aspecto enunciado es inexequible el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991 .

Esta norma contraviene la Carta Política, además de lo ya expuesto en materia de caducidad, por cuanto excede el alcance fijado por el Constituyente a la acción de tutela, quebranta la autonomía funcional de los jueces, obstruye el acceso a la administración de justicia, rompe la estructura descentralizada y autónoma de las distintas jurisdicciones, impide la preservación de un orden justo y afecta el interés general de la sociedad, además de lesionar en forma grave el principio de la cosa juzgada, inherente a los fundamentos constitucionales del ordenamiento jurídico.” En consecuencia, a través de una sentencia de constitucionalidad se estableció como inconstitucional la existencia de un término que limite la posibilidad de interponer la acción de tutela.

Así las cosas, no existe ni por vía constitucional, ni por vía legal y menos aún por vía jurisprudencial; un término que limite la posibilidad de interponer la acción de tutela.

2.2 Pues bien, en el presente caso, además el argumento para su no procedencia no puede ser el de inmediatez. Lo anterior, por cuanto en primer término, el actor fue diligente en la reivindicación de sus derechos y como lo reconoce la propia sentencia no puede soportar la carga de la demora de la administración de justicia, y en segundo término por cuanto el hecho de que exista una vulneración a un derecho fundamental le permite interponer en todo tiempo la acción de tutela.

En consecuencia, en mi concepto el principio de la inmediatez no es aplicable frente a la vulneración efectiva y continuada de los derechos fundamentales, por cuanto si un derecho ha sido y sigue siendo vulnerado en el transcurso del tiempo, esto es, de manera continuada, no se puede alegar de ninguna manera el mero transcurso del tiempo, por largo que este sea, para evitar administrar justicia y restablecer el derecho. Esto sería además de absurdo, inconstitucional, por cuanto nuestra Constitución da prevalencia al derecho material y sustancial, máxime cuando se trata de derechos fundamentales, frente al derecho formal y a las formalidades procesales –art. 228 CN-. Baste ilustrar esta situación a través de los delitos continuados, como por ejemplo el delito del secuestro, en el cual por más que se lleve 20 o más años secuestrado, no se puede afirmar de ninguna manera que se haya acabado el secuestro, sino que por el contrario lo que hubo fue una perpetuidad del delito y de la vulneración de los derechos.

En este sentido, es necesario recordar que nunca puede un hecho vulnerar un derecho , es decir, en este caso, nunca puede la continuidad de un hecho violatorio de un derecho fundamental terminar vulnerando derechos fundamentales.

Por tanto, me permito rebatir nuevamente la tesis de la inmediatez que sirve para coadyuvar a la violación de los derechos fundamentales, por cuanto aunque hayan pasado varios o muchos años a partir de la vulneración de un derecho fundamental, su restablecimiento y reparación se puede pedir o solicitar siempre. En forma contraria a lo que se afirma respecto de la inmediatez, considero que en cuanto más tiempo haya transcurrido en la vulneración continuada de un derecho, mayor daño y mayor gravedad comporta dicha vulneración y por lo tanto hay que reconocerle mayor gravedad a dicha violación, lo cual exige a su vez, un mayor restablecimiento del derecho.

Por consiguiente, reitero lo sostenido en varias oportunidades en Sala Plena [85] , que considero que el requisito de inmediatez es una creación jurisprudencial que se debe apreciar en cada caso, pues en realidad la Constitución Política no establece ningún límite temporal para la presentación de la tutela, como quiera que la protección de los derechos no tiene plazo para su reclamo y la norma legal que establecía la caducidad de la acción fue declarada inexequible. Por tanto, la regla general es la admisibilidad de la tutela y la apreciación respecto de la procedencia o no de la acción frente al requisito de inmediatez sólo puede hacerse por el juez constitucional caso por caso. Los derechos no tienen plazo ni término, ésta es la jurisprudencia de la Corte, que no se puede violar en este caso.

En síntesis y de conformidad con el artículo 86 CN, sostengo de manera clara y categórica que en materia de derechos fundamentales no hay inmediación por la naturaleza propia de estos derechos, lo cual es válido respecto de la tutela que nos ocupan en esta oportunidad, como también en todos los demás procesos de tutela.

3. CARRERA ADMINISTRATIVA, REGÍMENES ESPECIALES Y PROCESOS DE DESVINCULACIÓN En relación con estos temas me permito reiterar aquí mi posición jurídica sostenida en repetidas oportunidades respecto del principio general de carrera administrativa, el debido proceso para la desvinculación de funcionarios públicos, el régimen general y los regímenes especiales de carrera [86] , como paso a exponer a continuación:

3.1 Es la propia Norma de Normas en su artículo 125, la que dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con las excepciones consagradas en la propia norma constitucional y en la ley, agregando que, la forma de ingreso y de ascenso a los cargos de carrera, se hará por concurso de méritos previo el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley y de haberse adelantado el respectivo proceso que finalice con la formación de la lista de elegibles, que deberá utilizarse para proveer las vacantes del respectivo concurso.

De esta manera, la filosofía orientadora de la Carta de Derechos de 1991, en cuanto al ingreso a cargos públicos en las diferentes entidades y órganos del Estado, es precisamente el sistema de mér itos y la igualdad entre ellos, así se asegura no solamente que la persona más idónea ingrese a dicho cargo sino también la prestación más eficiente de los servicios públicos, materializando así los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, imparciali dad y eficacia (Art.

209 C.P) que deben guiar la función administrativa en el desarrollo de las funciones públicas. El anterior mandato constitucional, lleva aparejado otros derechos constitucionales como lo son, la igualdad de oportunidades (art. 13), trabajo (art. 25), estabilidad en el empleo (art. 53), y los derechos adquiridos (art.

58). La primera de las normas citadas consagra el derecho a la igualdad, determinando que todas las personas nacen libres e iguales antes la ley y gozarán de los mismos derechos y oportunidades sin ninguna discriminación, imponiendo a las autoridades estatales el deber de velar porque esa igualdad sea real y efectiva. Aquí cobra vigencia uno de los criterios atinentes a la igualdad señalada p or Aristóteles (Política, 1301), al contraponer algunas veces la igualdad no a la igualdad proporcional en general sino a la igualdad proporcional al mérito. "...

Cuanto más merece una persona tanto mayor será su recompensa, y por lo tanto personas de igua les méritos merecen partes iguales. Cualquier criterio de distribución que no toma en cuenta el mérito no es entonces verdaderamente igualitario (Felix E. Oppenheim).

De lo dispuesto en el artículo 125 constitucional se infiere en forma categórica que, cuando cualquier ciudadano aspire ocupar un cargo estatal, con las excepciones consagradas por el legislador y la propia Carta de Derechos, debe someterse a concurso, siendo determinantes los resultados obtenidos en el mismo para efectos del nombramiento y la calificación obtenida es vinculante para el nominador, quien no podrá pasarla por alto porque tal omisión sería dar un tratamiento no merecido para quienes hicieron parte del proceso de selección. De la misma forma, los resultados finales obtenidos por los participantes en el mencionado proceso de selección generan derechos en cabeza de quienes obtuvieron los más altos puntajes.

De esta forma, el artículo 125 del Estatuto Supremo dispone: "Los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes."

Es éste uno de los cambios constitucionales de mayor trascendencia en cuanto se refiere al sistema de elección y nombramiento de los servidores públicos, pues a partir de la Constitución de 1991 la regla general es que los empleos de todos los órganos y entidades del Estado son de carrera y la excepción, la constituyen los cargos de libre nombramiento y remoción, los de concurso público y los de elección popular. Así las cosas es el mérito, la capacidad e idoneidad de los aspirantes y sus condiciones morales, las que fundamentan el nombramiento en la carrera.

La carrera administrativa ha sido definida por el legislador, como un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer a todos los colombianos igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en sus empleos y la posibilidad de ascender en la carrera, conforme a las disposiciones que establezca la ley.

3.2 En consonancia con lo anterior, considero así mismo que cuando un funcionario ya se encuentra en carrera administrativa, no se le puede retirar sino mediante el cumplimiento de un debido proceso, esto es, mediante un procedimiento previsto en la ley, lo que es válido igualmente para los regímenes especiales de carrera, ya que de lo contrario, se estaría acabando con la carrera administrativa, puesto que motivos especiales, p.e. de seguridad, se podrían

alegar en todas las entidades del estado. En consecuencia, debe dársele siempre al funcionario la posibilidad de ejercer su legítimo derecho de defensa.

En este sentido, la Constitución dispone en relación con el funcionario de carrera, que en cuanto incumpla sus funciones y por ende sus deberes, y a efectos de llegar a la destitución, debe cumplirse primero un debido proceso disciplinario para ello.

Todo incumplimiento de las funciones configura una falta disciplinaria vinculada a la conducta oficial, y en cada caso concreto debe probarse que se ha incumplido de manera grave una de las funciones asignadas. Así he sostenido que la discusión a posteriori del acto administrativo que declara la desvinculación es contraria a la Constitución, por cuanto la desvinculación debe ser solo el último acto, después de agotado un procedimiento debido. En consecuencia, considero que la posibilidad de controvertir las decisiones ante la jurisdicción no subsana, en mi criterio, la vulneración causada por el desconocimiento del debido proceso por la administración pública para la destitución o desvinculación.

En este orden de ideas, el artículo 125 de la Constitución solo prevé como causales de retiro del servicio del empleado de carrera, la calificación insatisfactoria del desempeño, el incumplimiento del régimen disciplinario y las otras causales que señale la ley, que se refieren a situaciones que no se relacionen con el cumplimiento de las funciones, como por ejemplo, el cumplimiento de los requisitos para la pensión o una situación de invalidez. Así, todo lo relacionado con el comportamiento del empleado, debe seguir un debido proceso, el cual no existe si se le desvincula sin darle la oportunidad de defenderse.

De este modo, siempre que se vaya a sancionar a un funcionario hay que hacer referencia a sus deberes, dentro de un proceso disciplinario y previa determinación de la conducta que se sanciona de manera clara y precisa. De esta forma la causa de desvinculación de un funcionario de carrera solo puede ser el comportamiento oficial del funcionario, esto tiene que ubicarse clara y debidamente en el campo disciplinario, toda vez que siempre que se cuestiona a un funcionario por su comportamiento, hay una cuestión de naturaleza disciplinaria.

De conformidad con lo anterior, el concepto de debido proceso con todas sus garantías juega un papel esencial en el proceso de desvinculación del funcionario, lo cual se apoya en un supuesto disciplinario y no en uno meramente administrativo. En este sentido, considero que la defensa del funcionario no puede consistir en una discusión posterior a la desvinculación. De lo contrario, reitero que se estaría violando los artículos 29 y 125 de la Constitución Política.

3.3 En tercer lugar y respecto del concepto de carreras especiales, considero que hay que aludir aquí a la orientación jurisprudencial, ya que la Constitución diferencia entre la carrera general y carreras especiales, en razón a la naturaleza y misión de las entidades, y en principio no estaría claro en qué consistiría la particularidad de tales sistemas específicos.

En mi concepto, el cambio de jurisprudencia a que alude la presente sentencia – página 33 y ss- hace referencia a diferenciar el régimen general de carrera administrativa –Ley 61 de 1987- sobre el cual ya se pronunció la Corte en la sentencia C-030 de 1997, de los regímenes especiales, caso del previsto en el Decreto 2117 de 1992 –régimen especial de la DIAN-, dejando de lado la discusión sobre el concepto de “carreras especiales” a las que alude la Constitución (Rama Judicial, Fiscalía, Procuraduría, etc.). A mi juicio, una cosa distinta es, que el Legislador pueda establecer modalidades de carrera que no se sustraen de la administración y control de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que incluye todo el sistema administrativo público, razón por la cual no coincido con la tesis planteada en la sentencia.

Por lo tanto, en mi criterio, la situación aquí planteada por el Decreto 2117 de 1992, constituye una situación diferente, ya que estas normas establecen las especificidades propias de la carrera en la DIAN. Sin embargo, considero que se debe dejar abierta la senda para controlar estas regulaciones especiales en los aspectos generales comunes de la carrera administrativa, es decir, de conformidad con la Ley 61 de 1987.

Ahora bien, respecto de la vinculación automática a la carrera administrativa, si bien he sostenido que la jurisprudencia de la Corte es clara en cuanto no puede haber ingreso automático a la carrera administrativa, en mi concepto, en este caso se trata no obstante de la aplicación de una normatividad que fue declarada inconstitucional por la sentencia C-030 de 1997 con posterioridad a la incorporación del actor a la planta de personal de la DIAN y, que de conformidad con lo dispuesto por la misma sentencia, sólo debe producir efectos hacia el futuro.

De conformidad con lo anterior y respecto del caso concreto que nos ocupa, considero que sí le es aplicable lo decidido en la sentencia C-030 de 1997, que declaró la inexequibilidad del artículo 5º de la Ley 61 de 1987, que consagraba la inscripción automática al sistema general de carrera administrativa, entre otros artículos.

De esta forma, la Corte determinó que no se verían afectados con la sentencia quienes antes del fallo tuvieran a su favor un acto administrativo de inscripción en la carrera administrativa por parte del Departamento Administrativo del Servicio Civil, consagrando por tanto que dicha sentencia sólo tendría efectos hacia el futuro y que por tanto los empleados que en virtud de las normas declaradas inexequibles, hubieren sido inscritos en la carrera administrativa, seguirían perteneciendo a ella".

Por tanto, coincido con el demandante en el sentido que se debió aplicar a su caso la sentencia C-030 de 1997, en forma tal que se respetara su inscripción automática a la carrera administrativa especial de la DIAN. Por tanto considero que debió respetársele al actor su inscripción a la carrera administrativa bajo estos supuestos excepcionales.

3.4 Finalmente y como consecuencia de las anteriores observaciones, considero que en el presente caso, se desconoció no sólo el debido proceso y el derecho de defensa, sino también los principios de la carrera administrativa y derechos fundamentales, consagrados en los preceptos constitucionales de los artículos 29 y 125 de la Constitución Nacional, razón por la cual la presente tutela no sólo era procedente sino que debió haber sido concedida.

Por las razones anotadas anteriormente, salvo mi voto a la presente decisión. Fecha ut supra . JAIME ARAÚJO RENTERÍA Magistrado [1] Cfr. Sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En esta sentencia se hace en recuento de la jurisprudencia constitucional sobre la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, en especial respecto del alcance que debe darse a la Sentencia C-543 de 1992, en la que se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, disposiciones que consagraban la acción de tutela contra decisiones judiciales:

"De este modo, no es cierto que la Corte, en el fallo citado, haya descartado, de manera absoluta, la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales. Lo que hizo en esa oportunidad fue excluir del ordenamiento jurídico unos preceptos normativos que afirmaban la procedencia de ese mecanismo contra las sentencias como regla general y no como excepción. De allí que la Corte, en la motivación de ese pronunciamiento, haya delineado genéricamente los supuestos en los que de manera excepcional procedía la acción de tutela contra tales decisiones." Igualmente puede verse la Sentencia SU-1184 de 2001.

[2] Sentencia T-231 de 1994, Eduardo Cifuentes Muñoz. [3] Sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño. [4] "De esta manera, en una sentencia que produce efectos erga omnes [C-590 de 2005], se reafirmó la posición que ha venido adoptando la Corte Constitucional desde 1993, la cual reitera la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en casos excepcionales y estima contrario a la Carta que se excluya de manera general y absoluta la interposición de la acción de tutela contra providencias judiciales, incluidas las proferidas por la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado".

[5] Sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño. [6] "El presupuesto básico para la procedencia del amparo es la vulneración o la amenaza de vulneración a un derecho fundamental y en ese sentido puede anotarse que las causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra decisiones judiciales deben estar inescindiblemente relacionadas con la

vulneración de derechos fundamentales, lo que implica que para lograr el amparo constitucional, no basta acreditar la concurrencia de una de las vulneraciones genéricas señaladas –que bien podrían ser subsanadas a través de los mecanismos y recursos ordinarios-es necesario también, que tal defecto en la providencia vulnere derechos fundamentales (Art.

86 C.P.)" Sentencia C-701 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. Ver también Sentencia T-381 de 2004, reiterada en Sentencia T-590 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería.

[7] Sentencia T-522/01 [8] Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01. [9] " Ahora bien, en los últimos años se ha venido presentando una evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacen viable la acción de tutela contra providencias judiciales. Este desarrollo ha llevado a concluir que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales, y que, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente una "violación flagrante y grosera de la Constitución", es más adecuado utilizar el concepto de " causales genéricas de procedibilidad de la acción " que el de " vía de hecho ." (Sentencia T-453 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[10] "Si se interpone la acción de tutela es porque hay un principio de razón suficiente que lo justifica. No se instituyó este mecanismo como un medio de sustitución, sino como un medio subsidiario – regla general-, o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, evento excepcional. Pero aún en este caso no se sustituye la vía ordinaria, porque la tutela es transitoria, es decir, se acudiría a la vía ordinaria de todas maneras (Sentencia T-327 de 1994)".

[11] Sentencia T-051 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería. [12] "La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros. Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción. En jurisprudencia reiterada, la Corte ha determinado que la acción de tutela se caracteriza por su 'inmediatez'. (...) Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción" (Sentencia SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.) [13] Entre otras pueden verse las sentencias SU-961 de 1999, T-173 y T-575 de 2002 y T-370 de 2005.

[14] Sentencia T-1089 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Gálvis. [15] Sentencia T-684 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y T-123 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[16] Sentencia T-1086 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. " El desconocimiento del concepto de plazo razonable por parte del actor en sede de tutela, en atención a los hechos relevantes de cada caso, implica a saber: i) que la inactividad del peticionario no se encuentre validamente justificada;

ii) que se vulneren derechos de terceros o se desnaturalice el amparo solicitado; y iii) que se configure un nexo causal suficiente entre los dos requisitos anteriores." (Sentencia T-108 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería).

[17] Sentencia T-222 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas, en la que acción de tutela presentada un año y 10 meses después de proferida la sentencia atacada; igualmente puede verse la Sentencia T-001 de 2007.

[18] Sentencia SU-014 de 2001 (MP: Martha Victoria Sáchica Méndez). [19] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [20] Sentencia T-231 de 1994 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, citada nuevamente en la Sentencia SU-881 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[21] Al respecto ha dicho la Corte: “De esta manera, es claro que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, y más cuando la alegada vía de hecho tiene que ver con la interpretación que el juez haga de la norma, tiene un carácter eminentemente excepcional, por virtud del principio de independencia de la administración de justicia y del carácter residual de la acción de tutela.

Por tal razón, las vías de hecho deben estar presentes en forma tan protuberante, y deben tener tal magnitud, que sean capaces de desvirtuar la juridicidad del pronunciamiento judicial objeto de cuestionamiento” . (se subraya) Sentencia T-955 de 2006, MP Jaime Araujo Renteria.

[22] Sobre el particular, la Corte ha insistido en que no procede la acción de tutela para controvertir decisiones judiciales cuando la acción se dirige a hacer prevalecer una de las posibles interpretaciones de la norma, sin demostrar que la hecha por el juez natural es constitucionalmente inadmisible:

“en tratándose de casos en los cuales los jueces optan por una entre las posibles interpretaciones de las normas jurídicas en juego, la tutela es improcedente” (Sentencia T-359 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería, reiterada en la Sentencia T-955 de 2006, del mismo magistrado. En igual sentido puede verse la sentencia T-169 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[23] Sentencia T-284 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [24] Sentencia T-1086 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia T-1216 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[25] Sentencia C-600 de 1998, M..P. José Gregorio Hernández. [26] Sentencia C-069 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara. [27] Sentencia C-600 de 1998, M..P. José Gregorio Hernández.

[28] Sentencia T-614 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En el mismo sentido, Sentencia C-600 de 1998. [29] Sentencia C-600 de 1998, M..P. José Gregorio Hernández.

“ En el caso presente, la norma general –de rango constitucional- es el principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, el cual es consubstancial a la noción misma de Estado de Derecho, pues justamente lo que distingue las normas jurídicas de los demás sistemas normativos, es esta característica de ser de imperativa observación por parte de sus destinatarios (…) Siendo entonces que todo el soporte de la eficacia del ordenamiento jurídico radica en el principio de obligatoriedad del mismo, los casos excepcionales en los cuales los particulares o las autoridades pueden inaplicar las normas o las disposiciones de las autoridades, no pueden ser deducidos analógicamente.” [30] Sentencia C-069 del 23 de febrero de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.

[31] Sentencia T-556 del 6 de octubre 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. [32] Sentencia T-067 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Por ejemplo, en la Sentencia C-600 de 1998 la Corte declaró exequible la aplicación de oficio de la excepción de inconstitucionalidad en las acción de cumplimiento.

[33] Sentencia T-780 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis . [34] El artículo 305 del Código de Procedimiento Civil dispone: “ La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley” . Por su parte, el Código Contencioso Administrativo parece ser aún más amplio al disponer: “En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada” (Art. 164).

[35] Aquí no se encuentra únicamente la excepción de inconstitucionalidad. También en otros órdenes, por motivos de orden público o de interés general, la ley ha establecido situaciones que obligan un pronunciamiento oficioso del juez aún frente al silencio o la oposición de las partes. Véase por ejemplo, la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta en los contratos privados o estatales, la provisión oficiosa de alimentos a favor de los hijos en casos de nulidad del matrimonio civil, etc.

[36] MORALES Molina Hernando. Curso de Derecho Procesal. Octava Edición, 1983. [37] Sentencia C-030 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía. [38] Sentencia C-532 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Gálvis. En el mismo sentido se señaló en la Sentencia C-563 de 2000 que la carrera administrativa garantiza la prevalencia del interés general, “pues descarta de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado social de derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, entre otros, y en cambio fomenta la eficacia y eficiencia de la gestión pública.” [39] Establecía un sistema de inscripción automática a la carrera administrativa de la Aeronáutica Civil.

[40] Sentencia C-317 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [41] La Corte consideró en esta sentencia que la inscripción automática a carrera administrativa era inexequible, salvo cuando se trata de docentes ubicados en zonas de alto riesgo, pero aclaró que “aquellos docentes, que laboran en zonas de difícil acceso y que sean vinculados sin el requisito del concurso, sólo podrán permanecer en la carrera docente en la medida en que continúen laborando en este tipo de zonas. Por consiguiente, si tales docentes desean laborar en otras zonas deberán someterse al requisito del concurso, de acuerdo con los lineamientos del artículo 105 de la Ley 115 de 1994 pues, por las razones señaladas en los numerales anteriores de esta sentencia, su vinculación al escalafón docente es de naturaleza excepcional.” (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

[42] Ley 61 de 1987. Artículo 5: Al entrar en vigencia esta ley, los empleados que estén desempeñando un cargo de carrera sin que se encuentren inscritos en la misma, deberán acreditar, dentro del año inmediatamente siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados para sus respectivos empleos en el manual de requisitos expedido por el Gobierno Nacional o en los Decretos que establezcan equivalencias de dichos requisitos, según el caso.

Acreditados tales requisitos o sus equivalencias tendrán derecho a solicitar al Departamento Administrativo del Servicio Civil su inscripción en la Carrera Administrativa [43] Ley 27 de 1992. Artículo 22-. De los requisitos para los empleados del nivel territorial. Al entrar en vigencia esta ley, los empleados del nivel territorial que por virtud de ella llegaren a desempeñar cargos de carrera administrativa de conformidad con las normas vigentes, deberán acreditar dentro del año siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados en los manuales para los respectivos cargos o en las equivalencias establecidas en el decreto 583 de 1984, ley 61 de 1987 y Decreto Reglamentario 573 de 1988.

"Quienes no acrediten los requisitos dentro del término señalado, quedarán de libre nombramiento y remoción. No obstante, si tales empleados continúan al servicio de la Entidad u organismo, podrán solicitar su inscripción cuando lleguen a poseer los requisitos del cargo y los acrediten en debida forma.” [44] Sentencia C-030 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía.

[45] Consejo de Estado, Sección 2ª, Sentencia No.4577 del 8 de junio de 1992, M.P. Clara Inés Forero de Castro. Así mismo, sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado d el 10 de abril de 1997, expediente 12198, M.P. Doctora Dolly Pedraza de Arenas y del 16 de julio de 1998, Expediente 12429, M.P. Clara Inés Forero; igualmente, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, 5 de septiembre de 2002, M.P. Alberto Arango Mantilla y Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 2003-00165 del 8 de mayo de 2003, M.P.

Jesús María Lemus (acción popular). [46] “Por ello, esta Corporación, conjugando el aludido principio con el de la igualdad (artículo 13 C.P.), ha rechazado como inexequibles las normas legales que han pretendido consagrar la

incorporación masiva y automática en carrera de los empleados de determinadas instituciones, declarándolos exentos de los requisitos y condiciones exigidos a los demás (Cfr., por ejemplo, las sentencias C-317 del 19 de julio de 1995, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-037 del 5 de febrero de 1996, M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, que declaró inexequible el artículo 193 del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia)". Sentencia T-400 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández.

[47] La Corte ha señalado que no cualquier tipo de concurso permite ingresar a la carrera administrativa, pues se requiere que el mismo sea público y abierto y que los requisitos sean los mismos para todos los aspirantes. (Sentencias C-624 de 2000, T-507 de 1998, T-766 de 2006, entre otras) [48] Declaración Universal de los Derechos del Hombre: "Art. 17. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias del trabajo y a la protección contra el desempleo". Así mismo el Paco Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece: Artículo 6º.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Artículo 7. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo;

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos. " [49] Así por ejemplo en la sentencia C-076 de 2006. MP Jaime Córdoba Triviño, la Corte señaló que las personas con desventajas funcionales que sin embargo pudieran desempeñar el cargo de notarios (como personas sordomudas) tienen derecho a que en el concurso de acceso al cargo se realicen las adecuaciones razonables necesarias para que puedan competir en igualdad de condiciones con el resto de los aspirantes.

[50] Sentencia T-507 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell. En el mismo sentido, Sentencia T-451 de 2001. [51] Sentencia T-254 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-292 MP Manuel José Cepeda Espinosa.

[52] Sentencia T-292 de 2006, MP. Manuel José Cepeda Espinosa. Igualmente, Sentencia T-047 de 2005, MP. Clara Inés Vargas. [53] Sentencia T-462 de 2003 MP. Eduardo Montealegre Lynett .

[54] "13. En lo que hace referencia al primero de los límites, la justificación del deber que tienen los jueces de respetar su propio precedente y el originado en la jurisprudencia de los altos tribunales radica en la necesidad de proteger múltiples bienes constitucionales que se verían vulnerados si se extendiera el alcance de la autonomía judicial a un grado tal que permitiera el desconocimiento de dichas actuaciones. Entre ellos, la vigencia del principio de igualdad, en sus

variantes de igualdad ante la ley, en la aplicación de la misma e igualdad de protección y trato por parte de las autoridades (Art. 13 C.P.) que compele a los funcionarios judiciales a decidir con los mismos parámetros casos similares, so pena de alterar el deber de imparcialidad al que se hizo referencia y afectar así la efectividad de los derechos fundamentales constitucionales, materializada en las decisiones de los órganos jurisdiccionales.

Igualmente, el respeto al precedente es presupuesto necesario para garantizar la seguridad jurídica, postulado que permite la estabilidad de la actividad judicial, permitiendo con ello que los asociados tengan cierto nivel de previsibilidad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y, de este modo se asegure la vigencia de un orden justo.

[54] La realización del principio de seguridad jurídica, además, está relacionada con la buena fe (Art. 83 C.P.) y la confianza legítima, en el entendido que las razones que llevan a los jueces a motivar sus fallos determinan el contorno del contenido de los derechos y las obligaciones de las personas, la forma de resolución de las tensiones entre los mismos y el alcance de los contenidos normativos respecto a situaciones de hecho específicas, criterios que hacen concluir que la observancia del precedente jurisprudencial constituye un parámetro válido para efectuar un ejercicio de control sobre la racionalidad de la decisión judicial.” (Sentencia T-1130 de 2003).

[55] Sentencia SU-047 de 1999. [56] Sentencia T-688 de 2003, MP: Eduardo Montealegre Lynett. [57] Sentencia T-731 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “Cabe resaltar que sobre las normas legales relevantes el juez podría acoger diversas interpretaciones, pero al controlar la validez de una sentencia el juez constitucional no debe imponer la interpretación que él preferiría, sino verificar que la sentencia juzgada no se fundó en argumentos manifiestamente irrazonables, o fue caprichosa o arbitraria, es decir, que no violó el debido proceso."

[58] Ibídem. [59] “Artículo 5. Al entrar en vigencia esta ley, los empleados que estén desempeñando un cargo de carrera sin que se encuentren inscritos en la misma, deberán acreditar, dentro del año inmediatamente siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados para sus respectivos empleos en el manual de requisitos expedido por el Gobierno Nacional o en los Decretos que establezcan equivalencias de dichos requisitos, según el caso. Acreditados tales requisitos o sus equivalencias tendrán derecho a solicitar al Departamento Administrativo del Servicio Civil su inscripción en la Carrera Administrativa.

Si el cargo que se desempeña no estuviera incluido en el manual de requisitos, el período se extenderá por seis (6) meses, contados a partir de la fecha en que el Gobierno lo incluya, para lo cual éste tendrá un término de doce (12) meses a partir de la fecha de promulgación de la presente ley.

"Artículo 6. Los empleados que no acrediten poseer los requisitos para el desempeño del cargo, dentro de los términos señalados en el artículo anterior, quedarán como de libre nombramiento y remoción, pero si continúan al servicio del mismo organismo sin solución de continuidad podrán solicitar su inscripción en la carrera cuando demuestren poseer los requisitos para el cargo que están desempeñando en el momento que acrediten dicho cumplimiento.

Sin embargo, los empleados que tengan cinco o más años de servicio a la entidad, tendrán derecho a solicitar su inscripción en la carrera siempre que para el ejercicio de las funciones del empleo que desempeñan no se exija título profesional correspondiente a una carrera reglamentaria."

[60] “ ARTICULO 116. PLANTA DE PERSONAL E INCORPORACIÓN DE FUNCIONARIOS. La planta de personal que se expida para la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, deberá recoger las plantas de las dos entidades que se fusionan, más los cargos necesarios para el cumplimiento de las funciones que en materia de control cambiario y de impuestos territoriales se asumen. La planta seguirá la nomenclatura señalada en el Decreto 1865 de 1992, en cuanto a los funcionarios de carrera.

Los cargos de secretario general se asimilan al cargo de subdirector, los cargos de subsecretarios se asimilan al de jefe de oficina para efectos del reconocimiento de prima de dirección. Para efectos de la incorporación a la nueva planta de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que se entenderá realizada el primero de junio de 1993, los funcionarios de las Direcciones de Impuestos Nacionales y de Aduanas Nacionales, quedarán automáticamente incorporados e incluidos en carrera, sin ninguna formalidad ni requisito adicional.

La dirección de Impuestos Nacionales previamente a la fecha de incorporación a la nueva entidad, adoptará la nomenclatura y clasificación señalada en los incisos anteriores. Con el concepto previo y favorable de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Para efectos de esta incorporación no se tendrán en cuenta los requisitos para ingreso, escalafonamiento, y el sistema de concursos de que trata el Decreto 1647 de 1991 y sólo se exigirá para la posesión la firma de la respectiva acta." (se subraya) [61] Cfr. Por ejemplo, la Sentencia T-428 de 2007, M.P. Clara Ines Vargas Hernández [62] Consejo de Estado, Sección 2ª, Sentencia No.4577 del 8 de junio de 1992, M.P. Clara Inés Forero de Castro y Sentencia 4844 del 10 de septiembre de 1993, M.P. Álvaro Lecompte Luna. Así mismo, sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 10 de abril de 1997, expediente 12198, M.P. Doctora Dolly Pedraza de Arenas y del 16 de julio de 1998, Expediente 12429, M.P. Clara Inés Forero; igualmente, Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 2003-00165 del 8 de mayo de 2003, M.P. Jesús María Lemus (acción popular). En la sentencia del 10 de abril de 1997, ratificada en la providencia del 16 de julio de 1998 se dijo:

" Las normas acusadas, en su orden, los artículos 5º. y 6º. de la ley 61 de 1987, y el 22 de la ley 27 de 1992, las primeras aplicables a los empleos del nivel nacional, el segundo, a los empleos del nivel territorial, señalan, en términos generales, que, a su entrada en vigencia, los empleados que ocupen un cargo de carrera, podrán, dentro del año siguiente, solicitar su inscripción en la carrera administrativa, previa acreditación de los requisitos establecidos por el Gobierno Nacional o por los decretos que prevean las correspondientes equivalencias. Igualmente, consagran la posibilidad de que las personas que ocupen esos cargos y no puedan acreditar los requisitos en el término que ellas prevén accedan a la carrera, cuando logren acreditar esos requisitos. (…) En conclusión: las normas acusadas desconocen el mandato general del artículo 125 de la Constitución, y los principios de igualdad y eficacia que deben regir la administración pública.

Razón por la que se declarará la inexequibilidad de los artículos 5º. y 6º. de la ley 61 de 1987 y 22 de la ley 27 de 1992. Por las razones anotadas, más que por las aducidas en la resolución demandada, procedía negar la solicitud de escalafonamiento en carrera administrativa elevada por el demandante al Departamento Administrativo de la Función Pública en septiembre de 1994, pues carece de relevancia determinar si el cargo era o no de carrera, ante la realidad de la supresión ordenada por la ley de la respectiva dependencia, y de la imposibilidad de ingresar a la carrera administrativa por el mecanismo de la inscripción extraordinaria ." (se subraya).

[63] De manera reciente p uede verse la sentencia C-1262 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, en la que se declararon inexequibles algunas disposiciones legales que permitían el uso de mecanismos de concurso cerrado que desfavorecían a quienes no se encontraban vinculados a la entidad pública.

[64] Un caso similar al presente puede verse en la sentencia T-428 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández [65] Sentencia T-475 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [66] Sentencia C-622 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

[67] Sentencia C-840 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería. [68] Sentencia C-071 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Gálvis. [69] Sentencia T-428 de 2007, M.P. Clara Ines Vargas Hernández [70] De hecho, la sentencia de segunda instancia proferida en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho adelantada por el actor, por la Sección Segunda, Subsección "A", del Consejo de Estado, señaló: " No existe prueba en el proceso de que el demandante hubiera sido inscrito o actualizado su escalafón en la carrera en el aludido empleo que ocupaba al entrar en vigencia la Ley 61 de

1987 en los términos de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 del decreto 573 de 1988. Tampoco consta que en el cargo de Profesional Especializado 3010-09 que comenzó a desempeñar el actor en el mes de agosto de 1988 en la Dirección General de Impuestos Nacionales se le hubiese otorgado la comisión en empleo de libre nombramiento y remoción ”.

[71] Sentencia T-428 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [72] Sentencia T-604 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [73] “ Puede haber ocurrido que empleados de libre nombramiento y remoción hubieren recibido como consecuencia de la aplicación del inciso 3º del Artículo 106 de la Ley 6ª de 1992, una indemnización, que se considera inconstitucional en esta sentencia, pero en razón de que dicha norma es anterior al fallo del decreto 1660 de 1991 , dichos empleados no están obligados a reintegrar lo que hubieren recibido porque los protege el principio constitucional de la buena fe.”.

[74] Ver Araújo Rentería, Jaime, “Procedencia de la Acción de Tutela contra providencias judiciales”, en III Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2005.

[75] Opus cit. [76] Opus cit. [77] Araújo Rentería, Jaime, “Procedencia de la Acción de Tutela contra providencias judiciales”, en III Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2005, pág. 192.

[78] Ver opus cit. [79] Ver opus cit. [80] Ver opus cit. [81] Araújo Rentería, Jaime, “Procedencia de la Acción de Tutela contra providencias judiciales”, en III Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2005, pág. 202.

[82] Ver opus cit. [83] Ver art. 19-4 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, y el art. 54-1 y 55 de la Constitución española de 1978 [84] MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[85] Ver por ejemplo el Acta No. 45. Sesión de la Sala Plena de la Corte Constitucional, noviembre 22 de 2006, respecto del incidente de nulidad frente a la sentencia T-171 del 2006, y el Acta No. 19 Sesión 12 de Julio de 2007 , solicitud de nulidad de la sentencia T-171/06.

[86] Ver salvamento parcial de voto a la sentencia C-517/02, salvamento de voto a la sentencia T-604/03, aclaración de voto a la sentencia C-1230 del 2005, aclaración de voto a la sentencia C–501 de 2005, aclaración de voto a la sentencia C-175 de 2007, aclaración de voto a la sentencia C-290 de 2007, entre otros.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 13 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.