

Sentencia T-178/10

REVOCACION DIRECTA DE ACTO ADMINISTRATIVO-Alcance

REVOCACION DIRECTA DE ACTO ADMINISTRATIVO-Consentimiento expreso y escrito del titular

DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Naturaleza

DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Concepto

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Fundamental

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Garantías derivadas de su carácter de derecho fundamental

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Consecuencias de su desconocimiento

DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Definición y objeto

ACCION DE TUTELA CONTRA REVOCATORIA DIRECTA DE ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR Y CONCRETO-Procedencia

Referencia: expediente T-2.414.771

Acción de Tutela instaurada por Dora Elsy Serna Ortiz contra La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil diez (2010)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los

magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida en segunda instancia, el 24 de agosto de 2009 por el Juez veintidós (22) penal del Circuito que confirmó el fallo de primera instancia del Juzgado 43 Penal Municipal proferido el 8 de julio de 2009 y tuteló los derechos fundamentales de la accionante Dora Elsy Serna Ortiz contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B. La Sala Séptima de Revisión de Tutelas avocó la revisión de este asunto en virtud de solicitud de insistencia.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Once de la Corte Constitucional seleccionó, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

1. SOLICITUD DE TUTELA

La señora Dora Elsy Serna Ortiz en acción contra La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B. solicita ante el juez de tutela, la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad al derecho fundamental al trabajo en condiciones de equidad y justicia y demás derechos fundamentales conexos.

1. Hechos

Sustenta su solicitud en los siguientes hechos y argumentos de derecho:

1. La señora Dora Elsy Serna Ortiz se encuentra vinculada a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B. en el cargo de secretaria técnica, nivel 40.

1. La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B. realizó la convocatoria No. 2007-155, con fijación de requisitos para ascensos internos a diversos cargos.

1. La accionante dice haber concurrido a la convocatoria, llenando todos los requisitos y superando las pruebas practicadas, de manera que fue ascendida y aceptó el cargo de “Tecnólogo Administrativo Nivel 30, el día 15 de abril de 2009 en acto administrativo No. 1410001-2009-416, firmado por la Gerente Corporativa de Gestión Humana y Administrativa, Margarita Carmona de Ruiz.

1. El 14 de abril de 2009, en forma unilateral e inconsulta la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B. revocó el ascenso concedido a la accionante, alegando que ésta no cumplía con los requisitos mínimos para el cargo exigidos por la Resolución 1111 del 06-11-07 que solicitaban acreditar el título de tecnólogo, y treinta y seis (36) meses de experiencia relacionada con las funciones del cargo.

1. La apoderada de la tutelante alegó en su escrito que “un acto administrativo que haya generado una situación particular y concreta no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, escrito y expreso de su titular, so pena de vulnerar el derecho fundamental al debido proceso”. Y que, además, se debe agotar el procedimiento previsto constitucionalmente para la revocatoria del acto administrativo del ascenso.

1. La propia apoderada de la señora Serna Ortiz reconoce en su escrito tutelar que “es la

jurisdicción de lo contencioso administrativo la llamada a dirimir el conflicto que se presente al respecto”.

1. Sin embargo, en memorando Interno 1410001-2009-443, fechado el 17 de abril de 2009, la Gerente Corporativa de Gestión Humana de la Empresa, comunicó a la accionante la existencia de “vacantes de Secretaria Profesional nivel 32, código 32159 de la Dirección Información Técnica y Geográfica” y le concedió dos días para aceptar el cargo en mención.

1. En respuesta extendida el 22-04-2009 doña Dora Elsy Serna comunicó a la Gerente Corporativa su aceptación del cargo de Secretaria Profesional nivel 32, código 32159. Ante solicitud de la misma Gerente de que ratificara por escrito la aceptación de este nuevo cargo, doña Dora Elsy solicitó un plazo de cinco días para responder. Y, el 5 de mayo, la accionante (folio 39) solicitó un nuevo plazo para aceptar el cargo, mientras se realizaba reunión solicitada por el presidente del Sindicato de la EAAB para tratar su problema, plazo que le fue concedido por la Gerente Corporativa (folio 38).

1. Admisión y traslado de la demanda de tutela

Radicada la acción de tutela, el Juzgado Cuarenta y Tres Penal Municipal de Bogotá, el día 24-06-09 la admitió, corrió traslado de la misma a las partes y la abrió a pruebas.

1. Pruebas documentales

En el expediente obran como pruebas, entre otros, los siguientes documentos:

1. Copia informal del Memorando Interno 1410001-2009-416 del 15-04-09, donde se

comunica el ascenso a la tutelante y simultáneamente, ésta lo acepta.

1. Copia informal del Memorando Interno 1410001-2009-443 del 17-04-09 comunicándole que el anterior acto administrativo “queda sin efecto”, y la posibilidad de ascenderla a otro cargo (folios 24-25).

1. Comunicaciones cruzadas (folios 26-30 y 36-40) entre la tutelante y la Gerente Corporativa de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B., donde aquella comunica su aceptación de ascenso a otro cargo y ésta le solicita ratificarlo nuevamente por escrito y aquella le pide plazos reiterados para atender la solicitud. Allí obran también intercambio de comunicaciones entre la Gerente y directivos sindicales sobre una reunión con la accionante, reunión de la cual ésta hacía depender su ratificación de aceptar el cargo que se le ofrecía.

1. Manual de funciones y de competencias laborales del cargo para el cual concursó, aprobó y en el cual debía tomar posesión la accionante (folios 31-35).

1. Resolución No. 0894 (folios 41-61) de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B. que regula el proceso de selección para el ingreso y la promoción de sus trabajadores.

1. Resolución No.1083 (folios 62-63) con la lista de elegibles que aprobaron el concurso de ascenso convocado por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B., donde aparece en el puesto número 12 doña Dora Elsy Serna Ortiz.

1. Sustentación jurisprudencial de la tutela aportada por la apoderada de la actora (folios 68-79).

1. Texto del fallo de Primera Instancia (folios 182-189)

1. Escrito de impugnación del fallo anterior (folios 190-199)

1. CONTESTACIÓN DE LA ACCIONADA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.A.A.B.

1. En relación con los hechos la accionada admitió algunos, los consignados en los números 4 y 6 y niega otros como los de los números, 3 y 5 y, en especial, los referidos en 7, 8, 9 y 10, donde analiza que ella estaba en el puesto 12º de elegibles y no existían sino 8 vacantes.

1. Explicó la Empresa que los elegibles ubicados en los puestos números 3, 7 y 11 no ejercieron su derecho de elegibilidad y doña Dora Elsy pasó a ocupar el puesto 9º, razón por la cual fue ascendida.

1. En entrevista con el Director de Informática éste constató que la señora Serna Ortiz no reunía las competencias ni las calidades exigidas para el cargo y comunicó el hecho a la Gerente Corporativa de Gestión.

1. Con base en esta información y el análisis del perfil de la accionante que acreditó siete semestres de Sociología, se dejó sin efecto el ascenso.

1. Negó la verdad de los hechos 11, 12 y 13, por cuanto, en su concepto, la decisión unilateral de la revocatoria del ascenso no requería de la autorización previa de la accionante, por cuanto el ascenso no se hizo efectivo por culpa de la accionante, por ser sabedora de no contar con las capacidades, ni con las competencias laborales requeridas para el cargo de Tecnólogo Administrativo Nivel 30. La conciencia sobre su carencia de capacidad para el cargo y la irregularidad en que incurrió al aceptarlo, atribuible sólo a ella misma, permitía la revocatoria del ascenso por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B., con base en el artículo 73 del C. C. A y en el artículo 34 de la Ley 734 de 2002. A partir de este saber, la accionada conceptúa que la accionante debió comunicar su incapacidad, no aceptar el ascenso y no pretender aprovecharse de un error involuntario de la administración al comunicarle el ascenso.

1. Lo hechos 14 y 15 tampoco son ciertos porque la accionante no concursó para el cargo de Tecnólogo Administrativo Nivel 30 de la Dirección Informática, sino para el cargo de Tecnólogo Administrativo Nivel 30 de la Dirección de Servicios Administrativos, Mejoramiento de la Calidad de Vida y Gestión de Compensaciones de la Gerencia Corporativa de Gestión Humana.

1. No se violentó derecho adquirido alguno, porque el hecho de integrar una lista de elegibles, apenas si genera una mera expectativa para ascender a un cargo diferente sin cumplir los requisitos exigidos, como es el caso de la accionante.

1. Tampoco son ciertos los hechos relacionados de los numerales 16 a 22 porque para la accionada, en este caso, no está en juego derecho fundamental alguno. Del análisis de la demanda y sus anexos se desprende que el debate se centra en la discusión de un ascenso

en torno al cual giran un conjunto de derechos laborales económicos que no son materia de Tutela, sino competencia de la justicia ordinaria laboral.

1. Los hechos 23 a 25 también carecen de certidumbre, por cuanto la accionante no actuó de buena fe al aceptar una comunicación donde se le ofrecía un ascenso a un cargo para el cual no contaba con las capacidades, ni con las competencias laborales requeridas. Además, la accionante aceptó su nombramiento a otro cargo, el de Secretaria Nivel 32, para el cual si llenaba los requisitos exigidos en el manual de funciones de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B.

1. Como no se comprobó la existencia de un perjuicio irremediable, menos se puede acudir a la tutela como mecanismo transitorio y subsidiario para prevenirlo.

Con base en los anteriores razonamientos jurídicos la accionada solicita despachar desfavorablemente las pretensiones de la accionante.

1. DECISIONES JUDICIALES

1. PRIMERA INSTANCIA – JUZGADO CUARENTA Y TRES PENAL MUNICIPAL DE BOGOTÁ.

El Juzgado Cuarenta y Tres Penal Municipal de Bogotá en fallo del ocho (8) de julio de 2009 resolvió TUTELAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES de la accionante al debido proceso, a la igualdad, y al trabajo en condiciones de equidad y justicia que le fueron vulnerados por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B. Admitió la tutela con base en las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

1. El Juzgado 43 Penal Municipal sintetiza los hechos, los derechos quebrantados y las

pretensiones presentados en la Tutela.

1. Da como hechos probados y existentes: 1) la conformación de la lista de elegibles; 2) el acto administrativo 1410001-2009-416 donde se asciende a doña Dora Elsy Serna Ortiz al cargo de Tecnólogo Administrativo, Nivel 30, código 30031 en la Dirección de De Servicios de Informática de la Gerencia de Tecnología; 3) el acto administrativo 1410001-209-443 del 17-0409 que dejó sin efecto el ascenso anterior, por incumplimiento de requisitos, pero con la posibilidad de ascenderla a otro cargo en razón de su participación en la convocatoria 2007-160.

1. De la respuesta de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B. accionada el Juez Penal destaca:

1. El proceso analítico de los cargos de Tecnólogo Administrativo con su respectivo perfil y requisitos, y que, por no cumplirlos, no podían ser ocupados por trabajadores integrantes de la lista de elegibles.

1. La posición privilegiada de la accionante que pasó del puesto 12 al 9, por la no utilización de su derecho de algunos trabajadores elegibles, pero también el problema presentado por no llenar los requisitos para el cargo al cual se la ascendió, situación conocida a raíz de su entrevista con el Director de Informática.

1. Destaca cómo la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B. considera que no hubo violación de ningún derecho fundamental de la trabajadora, por cuanto si el ascenso no se hizo, fue por culpa atribuible a ella misma, porque a sabiendas de sus carencias aceptó el cargo y sólo posteriormente, al entender que había concursado para otro diferente,

el de Tecnólogo Administrativo nivel 30 de la Dirección de Servicios Administrativos y no para la Dirección de Informática aceptó la posibilidad de ascender a otro cargo: el de secretaria, nivel 32 en la Dirección de Información Técnica, para el cual también concursó con el lleno de los requisitos.

1. Al analizar la respuesta de la accionada Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B., el Juez Cuarenta y Tres Penal Municipal de Bogotá recalca como la opinión de la empresa, está centrada en controversias laborales, competencia de otra jurisdicción y porque en la convocatoria se brindaron a la trabajadora todas las garantías y oportunidades para su ascenso; además, ante el problema surgido se le otorgó la posibilidad de ascender al cargo de secretaria profesional, nivel 32.

1. La resolución de ascenso constituye un acto administrativo de carácter particular personal y concreto que generó unos efectos jurídicos y una situación jurídica particular en relación con la trabajadora accionante.

1. Destaca el fallador como esta situación no fue provocada por una actuación de mala fe de la accionante, ni por ninguna de las causales de revocación del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, sino por razones totalmente atribuibles a la Empresa, la cual a pesar de todos los análisis de perfil de los candidatos, a otros los descartó, pero a ella la nombró.

1. Por todas estas razones, concluye el Juez de primera instancia, la Administración violó el debido proceso, al haber revocado su propia decisión sin el consentimiento expreso y escrito de la titular, y sin mediar orden de autoridad competente.

1. IMPUGNACIÓN DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Empresa accionada, el día 15 de julio de 2009, a través de apoderado impugnó el fallo de primera instancia proferido por el Juez Cuarenta y Tres Penal Municipal de Bogotá.

1. El abogado se centra en la inexistencia de un perjuicio irremediable no aducido, ni probado por la accionante. Inexistencia que sustrae cualquier posibilidad de utilización de la tutela, ni siquiera como mecanismo transitorio.

1. Razona, advirtiendo que cuando se utiliza un medio ilícito para obtener una decisión administrativa, en este caso, la administración puede revocarlo sin recurrir al consentimiento del particular. Aduce que en el caso que nos ocupa, la accionante se coloca en esta situación, al pretender capitalizar en su favor un error de la Empresa para acceder a una mayor remuneración, al incremento de sus prestaciones, incluso el de su pensión ya cercana, lucrándose de una “fuente irregular”: el error de la Empresa, dando lugar, incluso, a la tipificación de un “enriquecimiento ilícito”.

1. En opinión del impugnante la accionante, en la vía administrativa, posee otros medios de defensa como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 relacionado con el 52 del estatuto administrativo.

1. SEGUNDA INSTANCIA – JUZGADO VEINTIDÓS PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

En esta instancia el Juez veintidós penal del Circuito de Bogotá, el 24 de agosto de 2009, confirmó el fallo de primera instancia y tuteló los derechos fundamentales de la accionante con base en las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

1. En esta instancia el fallador reproduce literalmente la síntesis de los hechos, los derechos quebrantados y las pretensiones de la Tutela, tal como los presentó el Juzgado 43 Penal Municipal.

1. En el análisis de los antecedentes, esquematiza las discrepancias del impugnante en los siguientes acápite:

1. La actora tiene otros medios de defensa judicial.

1. No se demostró el perjuicio irremediable, de manera que no existe el requisito para que se recurra a la tutela como mecanismo transitorio.

1. Que la administración tiene derecho a corregir sus eventuales errores y una de las formas de hacerlo, que le está permitida, es revocar su decisión sin necesidad del consentimiento del particular afectado.

1. Que en el error de la administración incidió la actitud de la trabajadora al aceptar el cargo sin llenar los requisitos exigidos.

1. De los alegatos de la accionante recogió su insistencia en la irrevocabilidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto e insistió en la ausencia del consentimiento de la implicada, para dejar sin efectos el acto proferido y la afectación al debido proceso en razón de esta omisión de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B.

1. Las consideraciones jurídicas las redujo a los siguientes puntos:

1. Es evidente que como la actora no cuenta con otros medios de defensa judicial, debe acudir a la acción de tutela, por cuanto quien debe demandar el acto administrativo es precisamente la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B. y no la señora Serna Ortiz.

1. La administración debe acudir al aparato jurisdiccional para revocar o modificar los derechos del particular y debe contar con su consentimiento para intentarlo.

1. La revocación directa del acto administrativo vulneró insoslayablemente los derechos a la defensa y al debido proceso, por no haberse cumplido procedimiento previsto en el artículo 73 del C. C. A.

1. La carga de comprobar, antes de ascenderla, si la actora cumplía con los requisitos para el cargo, la soportaba la empresa, de manera que el error en que incurrió la misma no es achacable a la trabajadora quien siempre obró de buena fe exponiendo a toda luz cuáles eran sus estudios y competencias.

1. Para apoyar su decisión, el Juez en esta instancia, recoge la teoría de la Corte Constitucional sobre el respeto al acto propio, en virtud de la cual cuando una autoridad administrativa ha emitido un acto que genera una situación particular, concreta y definida a favor de alguien, tal principio limita la competencia de la autoridad para modificar unilateralmente su decisión.

1. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución, es competente para revisar el fallo de tutela objeto del proceso de esta referencia.

1. PROBLEMA JURÍDICO

En el presente caso esta Sala Séptima de Revisión debe resolver ¿si la acción de tutela procede como amparo judicial, porque la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B. vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la Señora Doris Elsy Serna Ortiz, al haber dejado, unilateralmente, sin efectos la Resolución 1410001-2009-416 del 15-04-09, por medio de la cual la ascendió al cargo de Tecnólogo Administrativo, nivel 330, código 30331 que se constituyó para ella en un acto administrativo favorable, de carácter particular y concreto, para cuya invalidación no se contó con el consentimiento expreso y escrito de la trabajadora accionante afectada?

Para resolver el problema jurídico la Sala Séptima de Revisión considerará: primero, la normatividad sobre la revocación directa de los actos administrativos; segundo, las condiciones dentro de las cuales procede la acción de tutela cuando a través de un acto administrativo se viola el derecho fundamental al debido proceso; tercero, la irrevocabilidad de los actos administrativos de carácter, particular y concreto; cuarto, la posibilidad para la administración de demandar sus propios actos ante la jurisdicción contencioso administrativa y quinto, la aplicación al caso concreto.

1. Normas sobre la revocación directa de los actos administrativos

La normatividad utilizada como marco de referencia jurídico en el presente asunto se concreta en las siguientes disposiciones:

1. El artículo 29 de la Constitución Política donde se garantiza que El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas...”.

1. El artículo 209 de la Constitución Política que proclama que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad...”.

1. El artículo 229 de la misma Constitución que garantiza “...el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia...”.

1. Los artículos 69 a 74 del Título V del Código Contencioso Administrativo abordan explícitamente el procedimiento aplicable a la Revocación Directa de los Actos Administrativos. Allí, en el artículo 69 se presentan las causales de revocación; en el 70 la improcedencia de la misma; en el 71 la oportunidad para ejercerla; en el 71 sus efectos, en cuanto no revive términos legales para el ejercicio de las acciones, ni da lugar a aplicar el silencio administrativo; el artículo 73 se refiere específicamente a la revocación de los actos de carácter particular y concreto tema central de la presente providencia y el 74 culmina este Título V con el tópico del procedimiento para la revocación de esta clase de actos; y en concordancia con el 74, el artículo 28 del mismo Código que proclama el deber de comunicar la revocación a quienes resulten directamente afectados por ella.

1. El artículo 85 del CCA. Referido a la “Acción de nulidad y restablecimiento del derecho...”.

1. También se hace referencia en el expediente al artículo 34 numeral 1. de la Ley 734 de 2002 - Código Disciplinario Único en el cual no solo se consagran los deberes del servidor público, sino que se obliga a sus superiores, también en cuanto servidores a “cumplir y hacer cumplir los deberes contenidos en ...” las leyes, sino que se desciende hasta detallar la observancia de “los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones”. En el numeral 9. del mismo artículo se consagra igualmente como uno de los deberes del servidor público “acreditar los requisitos exigidos por la ley para la posesión y el desempeño del cargo”.

1. Jurisprudencia de la Corte sobre las condiciones dentro de las cuales procede la acción de tutela cuando a través de un acto administrativo se viola el derecho fundamental al debido proceso.

Como en este caso la violación al debido proceso posee una especificidad, habrá que rastrear con la misma Corte qué se entiende por debido proceso administrativo, por qué se lo considera un derecho fundamental y en qué condiciones procede la acción de tutela cuando se lo vulnera.

1. El derecho al debido proceso administrativo

Los derechos fundamentales deben analizarse e interpretarse en su conjunto, pues con un solo acto cualquier autoridad puede afectar simultáneamente varios derechos fundamentales, corriendo el derecho al debido proceso administrativo (art. 29 CN) el riesgo de ser uno de los más vulnerados.

La sentencia T-061 de 2.002, de la Corte Constitucional fija los siguientes criterios en relación con este derecho fundamental

“La Constitución Política, en su artículo 29, prescribe que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. En virtud de tal disposición, se

reconoce el principio de legalidad como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades judiciales y administrativas, razón por la cual están obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y a asegurar la efectividad de todas aquellas normas que permitan a los administrados presentar, solicitar y controvertir pruebas, y que en últimas, garanticen el ejercicio efectivo del derecho de defensa”. (negrillas fuera de texto)

Por esta potísima razón, pero prevalentemente por tratarse de un derecho fundamental, el debido proceso administrativo exige a la administración pública sumisión plena a la Constitución y a la ley en el ejercicio de sus funciones, tal como lo disponen los artículos 6º, 29 y 209 de la Carta Política. De otra manera se transgredirían los principios reguladores de la actividad administrativa, como son el de la igualdad, la imparcialidad, la publicidad, la contradicción y la moralidad. Especialmente se quebrantarían los derechos fundamentales de quienes acceden o en alguna manera quedan vinculados por las actuaciones de la Administración, y, particularmente, ven afectado su derecho a acceder a la administración de justicia.

1. Concepto sobre el debido proceso administrativo

De las pautas de la jurisprudencia constitucional se vislumbra que la Corte entiende como tal la regulación jurídica previa que constriñe los poderes del Estado y garantiza la protección de los derechos de los administrados, de tal manera que ninguna de las actuaciones de la autoridad pública va a depender de su propio arbitrio, sino que se encuentra sometida a los procedimientos de ley.

Al respecto, la Corte en Sentencia C-214 de 1994 señaló¹ que “Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica, cuando quiera que la autoridad judicial o administrativa deba aplicar la ley en el juzgamiento de un hecho o una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación o sanción....

... En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional.....”. (negrillas fuera de

texto).

1. Posee el rango de derecho fundamental

Ahora bien, dentro del concepto de debido proceso administrativo ha de incluirse necesariamente su dimensión de derecho fundamental adquirida en la Constitución de 1991.

La doctrina constitucional sentada por esta Corporación ha sido uniforme en precisar el deber de todas las autoridades de garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales (Art. 2, CP). De conformidad con este principio, ha señalado en su jurisprudencia² que el debido proceso es un derecho fundamental exigible tanto en las decisiones judiciales como en las administrativas. Por tal razón, estas autoridades deben actuar respetando y garantizando el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción. Así lo señaló la Corte, por primera vez, en la sentencia T-550 de 1992,³ donde señaló lo siguiente:

“La Constitución Política de 1991, a más de consagrar en forma expresa el derecho al debido proceso en las actuaciones judiciales, lo consagra para las actuaciones administrativas, con lo cual se produce una innovación que eleva a la categoría de Derecho Fundamental, un derecho de los asociados que, tradicionalmente, tenía rango legal, y no hacía parte del concepto original propio del derecho al debido proceso. En efecto, se distinguía entre una y otra realidad jurídica, en tanto ese derecho buscaba, en sus primeros tiempos asegurar la libertad física, y, sólo gradualmente se extendió a procesos de naturaleza no criminal, a las demás formas propias de cada juicio, según el texto constitucional anterior; ahora, sigue aumentando su espectro este derecho, que comprende como el que más la necesidad de consultar el principio de legalidad en las actuaciones públicas judiciales y en adelante las administrativas, ampliando su ámbito garantizador. (...)”

En conclusión, la Corte Constitucional entiende como “proceso” administrativo, para los efectos del artículo 29 de la Constitución Política, “un conjunto complejo de circunstancias de la administración que le impone la ley [al Estado] para su ordenado funcionamiento, para la seguridad jurídica de los administrados y para la validez de sus propias actuaciones, ya que

su inobservancia puede producir sanciones legales de distinto género. Se trata del cumplimiento de la secuencia de los actos de la autoridad administrativa, relacionados entre si de manera directa o indirecta, y que tienden a un fin, todo de acuerdo con disposición que de ellos realice la ley.”

1. Garantías derivadas de su carácter de derecho fundamental

Según la Sentencia T-455/05 4 de la consideración del debido proceso administrativo como derecho fundamental se desprenden las siguientes garantías:

“...i) la necesidad que la actuación administrativa se surta sin dilaciones injustificadas, ii) de conformidad con el procedimiento previamente definido en las normas, iii) ante la autoridad competente; iv) con pleno respeto de las formas propias de la actuación administrativa previstas en el ordenamiento jurídico; v) en acatamiento del principio de presunción de inocencia; vi) de garantía efectiva de los derechos a ser oídos, a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en la actuación administrativa, a impugnar las decisiones que contra ellos se profieran, a presentar y a controvertir las pruebas y a solicitar la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.”(negrillas fuera de texto).

De este apartado de la sentencia se deducen tres conclusiones: 1) Que el procedimiento administrativo debe responder al principio de legalidad y estar establecido en las normas; 2) Que deben respetarse con absoluta estrictez las formas de actuación previstas en la normatividad, y 3) que se debe garantizar el derecho a la defensa en todas sus formas.

1. Consecuencias del desconocimiento del derecho al debido proceso.

Del desconocimiento del derecho al debido proceso administrativo, como derecho fundamental, se derivan unas implicaciones que comprometen, tanto a la administración, como a quienes se encuentran sujetos a ella.

Así, la Corte ha sostenido que: “...El desconocimiento en cualquier forma del derecho al debido proceso en un trámite administrativo, no sólo quebranta los elementos esenciales

que lo conforman, sino que igualmente comporta una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares todas las personas naturales y jurídicas (C.P., art. 229), que en calidad de administrados deben someterse a la decisión de la administración, por conducto de sus servidores públicos competentes...”. (negrillas fuera de texto).

Uno de los efectos cardinales del debido proceso es imponer a los administrados la carga de observar y de emplear todos los medios procesales que la ley coloca a su alcance para proteger y hacer efectivos sus derechos, cuando por su conducta negligente o descuidada no sólo generan consecuencias desfavorables para ellos mismos, sino que se ven como administrados en una posición de indefensión, por cuanto quedan en la imposibilidad de imputar responsabilidad alguna al Estado y, menos aún, se les va a permite recurrir a la acción de tutela.

En consecuencia, no sólo es un deber de la administración ajustar su actuación a los principios, mandatos y reglas que gobiernan la función pública y que determinan su competencia funcional, para garantizar el derecho fundamental al debido proceso, sino que sobre los hombros de los administrados recae el peso de observar y de utilizar los valiosos mecanismos procesales que el ordenamiento jurídico les otorga, para evitar el riesgo de soportar las consecuencias negativas que de su conducta negligente puedan llegar a derivarse.

1. La presencia de la tutela como mecanismo permanente o principal.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional ⁵ hay dos aspectos que, según reitera la Corte, posibilitan la procedencia excepcional de la acción de tutela como medio de defensa judicial frente a actos administrativos que vulneren derechos fundamentales:

“En primer lugar, si la tutela se presenta como mecanismo principal, al definir su procedibilidad es preciso examinar si no existe otro medio judicial. Si no existe otro medio, o aún si existe pero éste no resulta idóneo en el caso concreto, la tutela procede como mecanismo principal de amparo de los derechos fundamentales. En relación con la existencia del otro medio de defensa judicial, adicionalmente ha señalado la jurisprudencia de la Corte

que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda. Sin embargo, si el demandante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, por prescripción o caducidad de la acción, la tutela no procede como mecanismo transitorio.⁶

En segundo lugar, cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, habida cuenta de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo, es preciso demostrar que ésta es necesaria para evitar un perjuicio irremediable.⁷

Con base en este texto, la Sala plantea la posibilidad de recurrir a la acción de tutela como medio de defensa judicial directo y definitivo contra actos administrativos que vulneren derechos fundamentales, aunque exista otro medio judicial de defensa, como el recurso a la contencioso administrativa, pero no tan idóneo para el caso concreto en cuanto puede resultar inequitativo o desproporcionado por su falta de inmediatez. Igual inferencia se desprende del texto de la sentencia T-1064 del 7 de diciembre de 2006⁸ en la cual se ordena la aplicación de la tutela como mecanismo directo y definitivo porque el recurso a la vía judicial no resulta eficaz:

Para esta Sala es claro que el medio de defensa judicial no resulta eficaz atendiendo las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentra el actor, aunado al hecho de que se está ante un sujeto de especial protección constitucional (arts. 13, 47 y 48 de la Constitución). Toma así este asunto relevancia constitucional para el juez de los derechos fundamentales y amerita la procedencia excepcional de la acción de tutela para la protección oportuna de los derechos fundamentales del actor ante la carencia de eficacia e inmediatez del medio de defensa judicial ordinario. En el presente caso, dadas las circunstancias de gravedad y urgencia que padece el actor -invalidez superior al 50% por enfermedad mortal de VIH-SIDA-, para la Sala resulta imperativo la procedencia directa y definitiva de la tutela por su condición de sujeto de especial protección constitucional.

De la Sentencia T-836 del 12 de octubre de 2006⁹, citada en la T-849-0910, también se puede inferir el reconocimiento de la tutela como mecanismo definitivo, a partir de un razonamiento “a contrario sensu”. El texto original reza:

“El excepcional reconocimiento del derecho pensional por vía de tutela se encuentra

sometido, adicionalmente, a una última condición de tipo probatorio, consistente en que en el expediente esté acreditada la procedencia del derecho, a pesar de lo cual la entidad encargada de responder no ha hecho el mencionado reconocimiento o simplemente no ha ofrecido respuesta alguna a la solicitud. Ahora bien, en aquellos casos en los cuales no se encuentre plenamente acreditado el cumplimiento de los requisitos y los derechos fundamentales del solicitante se encuentren amenazados por un perjuicio irremediable, el juez de tutela podrá reconocer de manera transitoria el derecho pensional cuando exista un considerable grado de certeza sobre la procedencia de la solicitud.

Al aplicar con base en el texto citado el argumento a “contrario sensu” se encuentra que la tutela procede como mecanismo definitivo “cuando SI se encuentra plenamente acreditado el cumplimiento de los requisitos tutelares y el derecho fundamental del solicitante...”.

1. Consideración de la Corte sobre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Dado que contra los actos administrativos que vulneran un derecho fundamental particular, procede normalmente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 CCA.) y que al emplear dicha vía, el interesado puede solicitar la suspensión provisional del acto, la Corte ha considerado que “no le es dable al juez de tutela entrar, mediante una decisión judicial, a revivir los términos para interponer recursos que en su momento no fueron utilizados, o revivir los términos de caducidad establecidos para ejercer las acciones judiciales procedentes, pues la acción de tutela no es un mecanismo judicial, alterno, supletivo, concomitante o una tercera instancia, a la cual se pueda acudir para remediar aquellas actuaciones judiciales dejadas de hacer por la negligencia o mera liberalidad del particular, como tampoco para reemplazar al juez ordinario al que eventualmente le corresponda dirimir determinado asunto en virtud del ejercicio de la acción judicial correspondiente.”¹¹

En estos términos la Corte Constitucional ha precisado que el análisis para verificar la existencia de una vulneración de un derecho fundamental por un acto administrativo a través de la acción de tutela, ha de ser un análisis mucho más intenso que el efectuado en relación con providencias judiciales que vulneren derechos.¹² Así lo expresó la sentencia T-214 de

200413 donde se estableció:

“Aunque el derecho al debido proceso administrativo adquirió rango fundamental, ello no significa que la tutela sea el medio adecuado para controvertir este tipo de actuaciones. En principio, el ámbito propio para tramitar los reproches de los ciudadanos contra las actuaciones de la administración es la jurisdicción contenciosa administrativa quien está vinculada con el deber de guarda y promoción de las garantías fundamentales¹⁴. Es en este contexto donde demandados y demandantes pueden desplegar una amplia y exhaustiva controversia argumentativa y probatoria, teniendo a su disposición los diversos recursos que la normatividad nacional contempla. El recurso de amparo sólo será procedente, en consecuencia, cuando la vulneración de las etapas y garantías que informan los procedimientos administrativos haya sido de tal magnitud, que los derechos fundamentales de los asociados no cuenten con otro medio de defensa efectivo¹⁵. El recurso de amparo, como sucede en la hipótesis de protección de todos los derechos fundamentales, es subsidiario y residual, lo que implica que si la persona cuenta con un medio de defensa efectivo a su alcance o, habiendo contado con el mismo, de manera negligente lo ha dejado vencer, la tutela devendrá improcedente. En caso de existir otro medio de defensa, procede la tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable”

En este contexto la acción de nulidad y restablecimiento del derecho puede llegar a constituirse en uno de esos recursos contemplados por la normatividad para la protección de un derecho vulnerado.

1. Jurisprudencia de la Corte sobre la irrevocabilidad de los actos administrativos de carácter, particular y concreto.

1. Necesidad de la autorización del afectado

En la Sentencia T-059 de 2002¹⁶ esta Corte se pregunta: “¿Tiene la Administración la potestad de revocar sus propios actos sin la autorización por escrito del particular afectado?”

Para la revocatoria de este tipo de actos la administración debe sujetarse al procedimiento ordenado en los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo que exigen el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho que resultará afectado por la revocatoria.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional desde 1994 (T-347 de 1994; T-355 de 1995 y T-134 de 1996, T-315/96, T-827/99, T-1131/01) ha venido sosteniendo que la administración no puede, en forma unilateral, revocar actos de carácter particular y concreto que reconozcan derechos en favor de los administrados, sin el consentimiento por escrito de éstos. A esta conclusión arriba precisamente del examen de la aplicación de los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo. La Corte señaló al respecto:

“Dicho de otra manera, los actos administrativos expresos expedidos por la administración que reconocen un derecho subjetivo no son revocables por ésta sino en los términos ya indicados (arts. 73, inciso 1 del C.C.A.). En tal virtud cuando la administración observe que un acto de esta naturaleza es contrario a la Constitución o la ley debe proceder a demandar su propio acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 149 inciso 1 del C.C.A.), pero no podrá revocarlo directamente.” (T- 347 de 1994).¹⁷

La Sentencia T-355/9518 explicitó la necesidad de la aceptación

por parte del afectado:

“Cabe recordar que expresamente el artículo 73 de C.C.A. establece que “Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica particular y concreta o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”. Como vemos se trata de una renuncia por parte del administrado, que se constituye en una clara declinación por parte del interesado de los derechos que el acto le confiere. Es clara esta disposición y en consecuencia resulta violatorio de toda la normatividad pretender desconocer lo que allí la norma prescribe.” (negrillas y subraya fuera de texto)

La sentencia T-315/9619 referida precisamente a la revocación directa de los actos administrativos, por su parte, reiteró:

“Esta prerrogativa con que cuenta el particular, como lo ha expuesto la Corte a través de sus distintas salas de revisión, tiene como objetivos, entre otros, evitar que la administración, en uso de ciertos poderes y aduciendo una serie de necesidades, desconozca derechos subjetivos cuya modificación o desconocimiento requiere de la anuencia de su titular, pues, sólo él, por la misma naturaleza del derecho, puede renunciarlo. Si la administración no logra obtener ese consentimiento debe buscar la intervención del aparato jurisdiccional, que decide si es posible modificar o desconocer los derechos reconocidos al particular.

Se busca, así, darle algún equilibrio a las relaciones que surgen entre la administración y el particular, asegurándole a éste que aquélla no modificará o desconocerá sus derechos, sin el agotamiento previo de ciertos requisitos. Se evitan así decisiones que asalten la buena fe del titular del derecho y rompan la seguridad jurídica.

Los requisitos mencionados son: el consentimiento del titular del derecho y, en su defecto, la intervención de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Intervención que se logra cuando la administración demanda su propio acto, es decir, la obligación de demandar corresponde al ente administrativo y no al particular.”(negritas fuera de texto).

1. La comisión de un error por parte de la administración, no justifica, ni es causal de la revocación directa de su acto

“Quinto: La Corte no desconoce que la administración puede cometer errores que, sean generadores de derechos en cabeza de un particular. Sin embargo, en esos casos, la administración no puede alegar su propio error para hacer la revocación directa del acto, porque la propia ley, en defensa del particular y, por los motivos ya explicados, ha establecido los mecanismos que se deben emplear para corregir la equivocación.”

La Corte Constitucional afirmó en jurisprudencia T-393/200120 que, cuando un funcionario administrativo comprueba que se han cometido errores en un acto administrativo particular sin su debida autorización,

“este proceder toma de sorpresa al afectado, introduce un pernicioso factor de inseguridad y desconfianza en la actividad administrativa, quebranta el principio de la buena fe y delata

indebido aprovechamiento del poder que ejerce, sobre la base de la debilidad del administrado (T-7220/98). En otras palabras, coloca a la persona en situación de indefensión y esto ocasiona sin lugar a dudas una violación al debido proceso. Para que no ocurra este asalto a la buena fe y al debido proceso se estableció la acción de lesividad y, además, el propio C.C.A., en el artículo 74 indica: “Para proceder a la revocación de actos de carácter particular y concreto se adelantará la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos 28 y concordantes de este Código”.(negrillas fuera de texto)

“Lo justo es que en situaciones como la que ha dado origen a la presente tutela (conjunción indebida de agotamiento de la vía gubernativa y revocación directa de actos administrativos, por presuntos errores matemáticos) se haga uso de los artículos 74 y 28 del C. C. A. Esta última norma habla del deber que tiene la decisión tomada sin la presencia y conocimiento del presunto afectado no es oponible a éste porque le impide pedir la práctica de pruebas y demás actuaciones indispensables para la publicidad e imparcialidad de las decisiones administrativas. Por estas razones es que se considera la violación al debido proceso.”²¹

1. La tutela como única alternativa de defensa ante la revocatoria directa e inconsulta por parte de la administración de un acto suyo.

Ante el hecho de haber recurrido la administración a revocar o dejar sin efectos una actuación administrativa que produjo un efecto particular y concreto a favor de un particular, la misma Corte se pregunta si ¿Se puede utilizar la tutela como mecanismo transitorio o permanente como idóneo para hacer este tipo de reclamaciones y proteger sus derechos?

La Corte aclaró la cuestión en la citada Sentencia T-315/96 sobre la revocatoria directa de los actos administrativos. :

“Así, cuando la administración decide revocar un acto de carácter particular, con inobservancia de los pasos antes señalados, se debe admitir que la tutela viene a convertirse en el único mecanismo idóneo de defensa con que cuenta el particular. Esta acción no sólo (seguridad jurídica), mientras la administración no agote las formalidades que el mismo ordenamiento ha impuesto para que ellos sean modificados, sino que mantiene en cabeza de

la administración la obligación de poner en movimiento la jurisdicción, al tener que demandar sus propios actos. Esta carga de la administración hace parte del debido proceso que debe ser garantizado al particular, pues la ley ha establecido que es a ella y no al individuo a quien corresponde activar la intervención de la jurisdicción. Lo contrario, es admitir que la administración puede hacer uso de sus atribuciones para burlar los derechos de sus administrados.

Es por esta razón, que no es factible admitir que una vez la administración ha revocado el acto creador de derechos, sin agotar las respectivas formalidades, sea el particular el obligado a hacer uso de las acciones correspondientes, pues ello implica el desconocimiento de una de las principales garantías con que cuenta el individuo en relación con los poderes de la administración.”

1. LA APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

1. La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B. violó el debido proceso administrativo consagrado legal y constitucionalmente, porque no contó con el consentimiento expreso y por escrito de la actora para dejar unilateralmente sin efectos la Resolución 1410001-2009-416 a través de la cual se produjo el ascenso de la tutelante. La violación al debido proceso administrativo se tipificó porque se quebrantaron el artículo 29 de la Constitución Política y los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo, que exigen este consentimiento para la revocatoria, como condición del debido proceso.

En este punto no se acepta el argumento con el cual se defiende la accionada, cuando aduce haber cumplido con el debido proceso al emitir, comunicar y revocar los actos de “ascenso” y el de “dejarlo sin efecto” dentro de los términos previstos en el régimen de procedimiento interno de la empresa. La violación del debido proceso posee en el presente asunto una entidad de mayor calado, porque ante la inobservancia de lo previsto constitucional y legalmente para la revocatoria de los actos administrativos, se quebranta el principio de la buena fe y se coloca a la ascendida en una situación crítica de desprotección e indefensión.

1. Se consumió la producción de un perjuicio material grave porque se ha infringido un daño cuantioso a su “patrimonio económico” en dos ítems:

4.1.1.1 El del incremento salarial. Con este nombramiento se le generaron a la accionante, las expectativas de obtener un incremento salarial significativo: pasar de un salario actual de \$1.390.070,00 (fol. 75) a otro, el del cargo de Tecnólogo Administrativo de la Dirección de Servicios Administrativos, (cargo para el cual concursó y al cual ha debido ser ascendida, con una asignación mensual de \$2.452.880,00 (fol.76). En otras palabras, al dejar sin efecto su ascenso la Empresa la ha afectado patrimonialmente en más de un millón de pesos mensuales, exactamente \$1.062.810, que ha dejado y que dejará de percibir si la tutela no prospera, que representan más de doce millones al año, más su incidencia en el incremento monetario de cesantías, vacaciones y prestaciones sociales, como funcionaria con una trayectoria de más de 20 años de servicio a la empresa.

4.1.1.2. Pero el aspecto económico patrimonial más afectado es el de su derecho al incremento de la liquidación final de su pensión de jubilación. La accionante, de acuerdo con certificación expedida por la Empresa (folio 216), cumplió el día 17 de agosto de 2009, los requisitos para acceder a su pensión convencional. Ahora, la equivocación de la empresa al no haberla ascendido al cargo para el cual concursó y llenaba los requisitos, indudablemente ha vulnerado gravemente esta prestación social con la que seguramente esperaba asegurar el transcurso de una vejez mucho más tranquila y solvente.

En consecuencia el detrimento económico sufrido por la trabajadora es de una cuantía mayor y puede considerárselo como grave.

4.1.1.3. Aunque, sin ser determinante a la hora del fallo, la revocatoria de su nombramiento podría tener alguna incidencia en el aspecto moral, por cuanto sería aceptar en cierto sentido el argumento de la accionada Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B., la cual al responder la tutela en primera instancia (folio 80) y al impugnarla, en la segunda (folios 196 y 197) , no dudó en proclamar y en tratar de comprobar que la emisión del acto administrativo que dejó sin efectos el ascenso otorgado a la accionante, se produjo no por un error de la Empresa, sino por las argucias que para posesionarse y con intención torticera, utilizó la trabajadora, en síntesis que el error en el cual incurrió la

accionada fue provocado por la mala fe de la tutelante.

Posición retomada por la accionada cuando en la contestación de la tutela afirmó a la letra: “el ascenso no se hizo efectivo por causa de la accionante, quien a sabiendas de que ella no tenía los requisitos lo aceptó”.

Al impugnar el fallo de primera instancia, desfavorable a la accionada, el abogado impugnante argumentó a nombre de la empresa (folios 194 - 1976) que “la administración puede revocar su decisión sin el consentimiento del particular, en casos de haberse utilizado medios ilícitos para obtenerla”. Y este sería el caso de la tutelante, quien se habría aprovechado, según el profesional, del error de la administración para acceder a un mejoramiento sustancial de su remuneración y de sus prestaciones, incluso de su pensión que en ese momento procesal (15 de julio de 2009, fecha de la impugnación) estaba a punto de causarse (el próximo 17 de agosto la trabajadora estaría en condiciones de acceder a su pensión convencional). Beneficios económicos que por provenir de “una fuente irregular”. “En la construcción del error en que incurrió la administración, afirmó el impugnante, jugó un importante papel la actitud omisiva de la trabajadora quejosa quien a sabiendas de que el cargo para el cual había sido promocionada exigía título de tecnólogo...guardó silencio...aspecto de la buena fe que el Superior deberá valorar...”.

Sin embargo, del análisis de los antecedentes y de la documental obrante en el plenario, se deduce que la accionante obró siempre de buena fe:

1. La Resolución de ascenso 1410001-2009-416 es un acto administrativo de carácter personal y concreto que creó una situación jurídica particular favorable a la trabajadora.

1. Antes de la emisión de la misma y de otras resoluciones la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B. hace constar que realizó un análisis cuidadoso de perfiles y requisitos de los aspirantes, con base en el cual, incluso se abstuvo de nombrar a otros aspirantes a los cargos del concurso. Por qué razón no incluyó a la trabajadora entre los candidatos excluidos? Sencillamente, por descuido de la Administración y porque la misma al

concurrir cumplía los requisitos para el cargo o cargos para los cuales concursó y que, tal como se constató, por error de la administración fue ascendida a uno distinto

1. Tampoco es indicio de mala fe la presteza con la cual la accionante manifestó su aquiescencia al ascenso. Al observar con alguna detención en el folio 23 del expediente el diseño del formato del Memo Interno de “comunicación y aceptación del ascenso”, se constata que estaba dispuesto en tal forma que al momento de firmar el recibido, simultáneamente se podía marcar con una “x” frente al “acepto” o el “no acepto”. Y así lo hizo doña Dora, quien el mismo 15 de abril cuando recibió la comunicación del ascenso, y ante las ventajas evidentes que le representaba, simultáneamente llenó con una “x” la casilla prediseñada para expresar la aceptación.

1. Cosa bien distinta hubiera sido, si la accionante hubiera aportado para concurrir información o documentación falsa, antes de la emisión del acto administrativo. Pero ella siempre obró a plena luz aportando los documentos que respaldaban sus conocimientos para el cargo al cual aspiraba. ¿Cómo se explica que si hubiera habido mala fe, como quiere hacerlo ver la empresa, ésta aparezca operando después y no antes de proferirse la Resolución de ascenso? Lo cierto es que la trabajadora en el momento de firmar no sabía que había sido ascendida a un cargo distinto para el cual no había concursado, máxime que la similitud existente en la denominación de los cargos dificulta, a primera vista, su discriminación. Ambos se identifican con la expresión: “Tecnólogo Administrativo nivel 30”, sólo que un cargo pertenece a la Dirección de Informática y el otro a la Dirección Administrativa

La trabajadora accionante sólo se dio cuenta del error de la administración, mucho después de proferido el ascenso, cuando entró en contacto con el Director de la Dirección de Informática, de manera que ella personalmente no incidió maliciosamente en el acto administrativo equivocado que la promovió en su ascenso.

Considera, entonces, esta Sala de Revisión que, aunque no se trata de una cuestión determinante, la aceptación de la solicitud de la tutela incoada por la accionante sí contribuye, de contera, a respaldar la buena fe de sus actuaciones.

1. La procedencia de la tutela como mecanismo definitivo.

En el presente caso se cumplen a cabalidad las previsiones establecidas en la jurisprudencia (3.2.2.6.) para recurrir a la tutela como mecanismo de protección definitivo:

1. En primer lugar, porque la Resolución de ascenso constituye jurídicamente un acto administrativo que creó una situación personal, particular y concreta a favor de la accionante, de naturaleza irrevocable y cuya irrevocabilidad de acuerdo con la JURISPRUDENCIA DE LA CORTE (3.2.3.) es característica propia de los actos administrativos de carácter, particular y concreto y para dejarlos sin efectos.

1. El artículo 73 de C.C.A. establece el debido proceso que se debe seguir en estos casos al afirmar: “Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica particular y concreta o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”. Esta posición jurídica la respalda la citada Sentencia T-347-94. En el presente caso, de acuerdo con el artículo citado, se necesita la autorización del afectado, condición que, como no se dio, originó la violación del debido proceso administrativo, ante la cual el único instrumento de protección pertinente es la tutela. Según la misma Corte (3.2.3.3.) “se debe admitir que la tutela viene a convertirse en el único mecanismo idóneo de defensa con que cuenta el particular”.

1. En el ámbito patrimonial, también procede la tutela por haberse configurado en el

presente caso, como quedó demostrado, la existencia de un perjuicio material económico grave y cuantioso, irremediable e inminente.

1. En relación con el aspecto de la buena fe, el derecho a la honra y el buen nombre, ya se aclaró que con la sola aceptación de la tutela, tales aspectos no resultan afectados. Porque queda sin piso la afirmación de ser ella quien indujo a la empresa al error con base en actuaciones producto de su mala fe.

2. Como en este caso concreto se encuentran demostrados los requisitos de procedencia de la tutela y la afectación del derecho fundamental de la solicitante al debido proceso, la tutela se reconocerá como amparo principal y definitivo.

1. También procede en este caso específico la tutela, como mecanismo principal, definitivo, ágil y eficaz, porque de acuerdo con la Sentencia T-315 de 1996 (3.2.2.6.), no se puede obligar al particular, a la tutelante, en el caso que nos ocupa, a recurrir a la vía contencioso administrativa menos expedita y eficaz, porque el error o equivocación al proferir el acto administrativo no fue suyo, sino de la administración que ni siquiera cumplió con los requisitos de solicitarle su aquiescencia (3.2.3.1.) o la de la jurisdicción contenciosa para revocar su nombramiento.

1. Del análisis de los documentos del proceso se evidenció que la equivocación de ascender a la trabajadora a un cargo para el cual no cumplía con los requisitos, fue resultado de una equivocada apreciación de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B. y no de maniobras ilegales de la accionante.

1. El propio abogado impugnante pretendió justificar (folios 194-196 del expediente) el error

en el cual incurrió su poderdante, aduciendo la posibilidad, que supuestamente tenía la accionada, de revocar sus propios actos sin el consentimiento de la trabajadora afectada.

En 3.2.3.2 quedó consignado expresamente que la Corte reconoce que la administración puede cometer errores generadores de derechos en cabeza de un particular. Pero proclama sin ambages que en tales casos no puede entrar a alegar su error como causal para revocar directamente su actuación. Entonces, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B. , acatando la sugerencia de esta Corte puede “ proceder a demandar su propio acto ante la jurisdicción contencioso administrativa pero no podrá revocarlo directamente... porque la propia ley, en defensa del particular y, por los motivos ya explicados, ha establecido los mecanismos que se deben emplear para corregir la equivocación.” (Sent. T-347-94).

Del análisis del caso esta Sala Séptima de revisión en aras de la aceptación de la tutela llega a las siguientes CONCLUSIONES:

1. En el caso de la presente tutela no hay duda y no se discute si el actor cumplía con el pleno de los requisitos exigidos para acceder al cargo en relación con el cual concursó. Otra cosa, es que por error e incuria de la administración, no atribuible a malicia, ni siquiera a culpa de la afectada, la administración la haya ascendido a un cargo para el cual se requerían otras competencias y habilidades.

1. De la jurisprudencia constitucional considerada se deduce, que para el caso concreto, la acción de tutela puede utilizarse como mecanismo principal, definitivo, adecuado y eficaz, porque, según ella, no corresponde al particular asumir la iniciativa de controvertir el acto administrativo, sino que reposa en cabeza de la administración, en este caso de la Empresa, la responsabilidad de demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa la ilegalidad de un acto proferido en virtud de su propia equivocación.

1. La tutela debe operar porque se ha demostrado que a la accionante se le violó el derecho fundamental al debido proceso y se le irrogó un grave perjuicio económico. Por tanto, se está frente al cumplimiento de las características señaladas en la Sentencia T-225 de 1993.

1. Como el perjuicio se causó, pero persiste la amenaza de seguirlo causando, o de hacerlo mayor, en el caso de la incidencia en la pensión convencional, la tutela debe operar como mecanismo permanente, para proteger las legítimas expectativas patrimoniales generadas por la decisión de la administración y dejar sin vigencia la hipótesis lanzada por la accionada de que la actora obró de mala fe.

1. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.-: CONFIRMAR, por las razones expuestas en la parte considerativa el fallo proferido en segunda instancia, el 24 de agosto de 2009 por el Juez veintidós (22) penal del Circuito de Bogotá que, a su vez confirmó el fallo de primera instancia del Juzgado 43 Penal Municipal de Bogotá, proferido el 8 de julio de 2009, y tuteló los derechos fundamentales de la accionante Dora Elsy Serna Ortiz contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B.

SEGUNDO.-: CONCEDER la tutela como el mecanismo permanente más adecuado y eficaz para proteger los derechos de la tutelante al debido proceso, a la administración de justicia, al trabajo, y a la preservación de la buena fe en sus actuaciones.

TERCERO.-: ORDENAR a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B., en el término de 48 horas, reintegrar a la accionante al cargo para el cual fue nombrada y para el cual concursó y demostró tener los requisitos exigidos.

CUARTO.-: ORDENAR a la accionada Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B. dejar sin efecto, en el término de 48 horas la decisión administrativa comunicada en Memorando Interno No. 1410001-2009-443 del 17 de abril de 2009 expedido por la Gerente Corporativa de Gestión Humana y Administrativa de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B. y restablecer el ascenso conferido, en el puesto que le corresponda, a la trabajadora accionante, según Memorando Interno No. 1410001-2009-416 del 15 de abril de 2009 de la misma Empresa. Dejar a la E.A.A.B. la posibilidad de demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo su propia decisión, contenida en el Memorando Interno No. 1410001-2009-443 del 17 de abril de 2009.

QUINTO.-: ADVERTIR a la entidad accionada que, si es su voluntad revocar el acto administrativo del nombramiento, debe contar con el consentimiento expreso de la titular del derecho y en caso de no obtenerlo, solicitarlo ante la jurisdicción contencioso administrativa.

SEXTO.-: ORDENAR a la misma Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B. que, en el entretanto, mantenga a la accionante en el cargo al cual la ascendió con el derecho a la asignación salarial y a las prestaciones correspondientes.

SÉPTIMO.- ORDENAR a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B. ofrecer nuevamente a la trabajadora accionante, en caso de estar disponible y que ella lo acepte, alguno de los cargos, como el de Secretaria profesional, nivel 32 código. 32159 que le fue ofrecido, primero en el Memorando Interno No. 1410001-2009-443 del 17 de abril de 2009, y después en reiteradas ocasiones y que, en principio, había sido aceptado por ella.

OCTAVO.-: Por secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado Ponente

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Sentencia C-214 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonel

2 Ver entre otras las sentencias T-550 del 7 de 1992, MP. Fabio Morón Díaz; T-457 de 1994, MP. Jorge Arango Mejía; T-1016 de 1999, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-1061 de 2001, MP: Manuel José Cepeda Espinosa; T-611 de 2002, MP: Alfredo Beltrán Sierra; T-214 de 2004 MP. Eduardo Montealegre Lynett; T-447 de 2003, MP: Rodrigo Escobar Gil; y T-581 de 2004 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

3 Corte Constitucional, Sentencia T-550 de 1992, MP. Fabio Morón Díaz.

4 Sentencia T-455-05, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa

5 Sentencia T-871-1999 M. P. Antonio Barrera Carbonel

6 Sentencia T-812-2000 M. P. Antonio Barrera Carbonel

7 Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias de la Corte Constitucional, T-225 de 1993, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, SU-544 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, T-983 de 2001, MP: Álvaro Tafur Galvis, entre otras.

8 Sentencia T-1064-2006 M. P.. Clara Inés Vargas Hernández

9 Sentencia T-836 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto

10 Sentencia T-849-09 M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

11 Sentencia T-1204 de 2001, MP. Clara Inés Vargas Hernández. Se refiere al caso de unos accionantes que solicitaron la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la vivienda digna, el de petición y buen nombre al haber sido sancionados por una empresa de servicios públicos domiciliarios con ocasión de la detección de anomalías en sus medidores de energía.

12 Pueden Consultarse, entre otras, las sentencias T-468 de 1992, MP: Simón Rodríguez Rodríguez y Jaime Sanin Greiffenstein; T-145 de 1993, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-1193 de 2000, MP: Alfredo Beltrán Sierra; T-751 de 2001, MP: Clara Inés Vargas Hernández.

13 Sentencia T-214-2004 M. P. Eduardo Montealegre Lynett

14 En la SU-544 de 2001, esta Corporación indicó: “La acción de tutela como mecanismo transitorio únicamente opera cuando se amenaza un derecho fundamental y el juez tiene la posibilidad de adoptar una medida temporal de protección, para evitar un perjuicio irremediable. En materia de debido proceso administrativo, salvo que se trate de una serie de hechos concatenados, resulta en extremo difícil sostener que una persona se enfrenta a un posible perjuicio irremediable en razón al peligro de que el derecho se viole. La Corte no descarta la posibilidad, sin embargo, para que proceda, resulta necesario que la administración no haya adoptado la decisión, pues en tal caso, se estará frente a una violación y no ante la puesta en peligro del derecho.”

15 Consultar las sentencias T-045 de 1993, T-480 de 1993, T-554 de 1993, T-142 de 1995.

16 Sentencia T059 de 2002 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra

17 M.P. Antonio Barrera Carbonell

18 M.P. Alejandro Martínez Caballero

19 M.P. Jorge Arango Mejía

20 T-393/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

21 T-1131-2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra