

CARRERA ESPECIAL DE LAS FUERZAS MILITARES-Fundamento constitucional y especificidades del ingreso

CARRERA ADMINISTRATIVA ESPECIAL EN FUERZA PUBLICA-Naturaleza jurídica

(i) Las actuaciones dictadas por las autoridades dentro de los procesos de selección de personal son actos administrativos a los que les aplica por regla general las disposiciones de la primera parte del CCA y los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, buena fe, eficiencia, participación, responsabilidad y transparencia propios de la función administrativa; ii) la Constitución estableció como regla general para proveer los empleos públicos el régimen de carrera, el cual tiene como fines esenciales la eficacia y eficiencia en la función pública, la estabilidad laboral y la igualdad en el acceso a los cargos; iii) la manera de alcanzar dichos fines es a través del mérito como criterio esencial de elegibilidad, lo cual solo es posible mediante el concurso como proceso de selección; y iv) los regímenes especiales de carrera permiten que por vía legal se ajusten algunas actuaciones institucionales, sin que en ningún caso puedan desconocerse los elementos mencionados en los puntos i, ii y iii, los cuales son comunes a todos los sistemas de carrera.

FACULTAD DISCRECIONAL-Absoluta y relativa/FACULTAD DISCRECIONAL-Límite

MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO-Discrecionalidad no es absoluta

En un Estado de derecho, siempre que se actúe en ejercicio de una potestad discrecional debe como mínimo expresarse los hechos y causas que llevan a la autoridad a tomar la decisión, así como su adecuación a los fines de la norma que la consagra. Esto garantiza el respeto por el debido proceso de los destinatarios de la decisión que se adopta. Por tanto, la existencia de facultades discrecionales no necesariamente riñe con la Constitución. Sin embargo, no es admisible en un Estado de derecho que a los particulares se les impida conocer los motivos que llevaron a una entidad pública a tomar una medida particular que los afecte, toda vez que de esta manera “se hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su

derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.”

INGRESO A CARRERA ESPECIAL DE LAS FUERZAS MILITARES-Normatividad no contempla facultad discrecional

Del análisis de las disposiciones de rango legal que regulan el ingreso al Cuerpo Administrativo de las FFMM, se observa que en ninguna de ellas se identifica el otorgamiento de facultades de carácter discrecional en cabeza de las Juntas de Selección, como sí ocurre con otro tipo de actuaciones.

CONCURSO DE MERITOS-Notificación de resultados a través de medios adecuados para ejercer derecho de contradicción

Es de la esencia de los concursos públicos, así estos sean especiales, que los participantes puedan conocer de manera real y efectiva los resultados del proceso de selección, lo cual deberá comunicarse a través de medios adecuados que permitan conocer la determinación adoptada y así poder controvertirla por intermedio de las instancias administrativas y/o judiciales, en caso de desacuerdo. Acudir a formas que terminen afectando el cumplimiento de estos fines, vulnera el derecho al debido proceso de los participantes cuyo “propósito consiste en evitar que la suerte de las personas quede al albur de una decisión arbitraria”.

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA EN LOS PROCESOS DE SELECCION PARA OCUPAR CARGOS DE CARRERA-Posibilidad de inaplicar las condiciones iniciales cuando vulneran flagrantemente la Constitución o la ley

El principio de confianza legítima se encuentra consagrado en el artículo 83 de la Carta que establece: “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. Esta Corporación ha hecho especial énfasis en la necesidad de que los particulares gocen de la certeza de que la actuación de los entes públicos habrá de cumplirse conforme al ordenamiento jurídico, lo cual se justifica en la posición de superioridad que

tiene el Estado frente a los administrados. Una de las esferas en donde se configura esta expectativa es en la apertura a convocatorias públicas para proveer cargos. En estos casos es claro que los particulares acuden con la confianza mínima en que la entidad tiene la disponibilidad de los cargos en su planta de personal y que la plaza a la que están aplicando será ocupada por el mejor aspirante (mérito como elementos esencial de la carrera), salvo que ninguno de los participantes cumpla con los requisitos o que deba declararse desierto el concurso por cuestiones excepcionales, imperiosas y fundamentadas legalmente. Esta situación se debe a que si la entidad asume el desgaste institucional que implica el proceso de selección, lo cual incluye utilización de recursos y el sometimiento de los aspirantes al cumplimiento de requisitos complejos, es porque previamente ha determinado y justificado las “necesidades de la fuerza”.

CONVOCATORIA PARA CONCURSO EN LAS FUERZAS MILITARES-Obligación de mantener las condiciones establecidas siempre que estén ajustadas a la Constitución

Cuando se alude a la obligación de mantener las condiciones establecidas en la convocatoria, se hace referencia en primer lugar a aquellas contempladas en las normas de rango constitucional y legal que regulan este tipo de actuaciones, y luego a las que hayan sido diseñadas por la entidad para el caso específico, que deben estar conforme a la ley y la Constitución. Esto se debe a que son las primeras las que contemplan los preceptos esenciales de la función administrativa, del acceso a los cargos públicos y de la carrera. Este aspecto tiene a su vez una estrecha relación con el principio de legalidad de los actos administrativos, en el sentido de que es dable presumir que los reglamentos del concurso se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico superior. Así, si bien por regla general las condiciones establecidas en una convocatoria pública son inmodificables, en aquellos casos en donde las condiciones diseñadas por la entidad contrarían de manera evidente normas de mayor rango, el juez de tutela podrá incluso restablecer el orden constitucional y legal inaplicando aquellas disposiciones que vulneren los derechos fundamentales de los participantes (art. 4° Superior). En otros términos, se deberá defender “la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales”.

ACCION DE TUTELA EN CONCURSO DE MERITOS-Procendencia excepcional cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio

irremediable

La oportunidad que brinda la acción de tutela para la garantía efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, sumado a la protección material de los mismos en orden a las particularidades que ofrece el presente asunto, constituyen razones suficientes al menos para habilitar el estudio inicial de este asunto dada la relevancia constitucional que ofrece la materia. En ese sentido, las circunstancias especiales del caso conllevan a la imperiosa necesidad de obtener un pronunciamiento oportuno, expedito y definitivo en sede de tutela, que evite la prolongación en el tiempo de la violación de los derechos fundamentales que reclaman una protección inmediata a la luz del ordenamiento constitucional. Adicionalmente, el asunto ofrece como materia de discusión el alcance de disposiciones constitucionales como los artículos 125 y 217, que exigen la intervención directa de la Corte Constitucional como intérprete autorizado de la Carta Política (art. 241 superior).

INGRESO A CARRERA ESPECIAL DE LAS FUERZAS MILITARES-Junta de Selección de la FAC no gozaba legalmente de la facultad de decidir discrecionalmente acerca del ingreso del accionante al curso número 30 de Oficiales del Cuerpo Administrativo

CONCURSO DE MERITOS-No existe disposición alguna que consagre la necesidad de pluralidad de aspirantes

Quedó probado que el accionante fue el único aspirante al cargo de Administrador de Empresas con especialización en Derecho Disciplinario que participó en la convocatoria además de superar todas las pruebas de mérito que se le aplicaron. Adicionalmente, en ningún momento fue alegado que se hubiera presentado una afectación de la igualdad en el acceso al concurso. Por lo anterior, no encuentra la Corte razones constitucionalmente válidas para considerar que el hecho de haberse presentado solo configure por sí mismo una causal que justifique la invalidación del proceso, ya que esta situación no impide que se garanticen los tres elementos esenciales de la carrera antes examinados. Aunque en gracia de discusión se considerara la pluralidad de postulantes como un aspecto necesario para la continuación del concurso, lo cierto es que desde el inicio se ha debido advertir esta situación y no esperar al agotamiento de todas las etapas del proceso para llegar a esa conclusión. Por estas razones, se descarta que la condición de aspirante único afecte la validez del proceso de selección.

DEBIDO PROCESO EN INGRESO A CARRERA ESPECIAL DE LAS FUERZAS MILITARES-
Vulneración por la FAC al notificar al accionante con una simple llamada telefónica sobre la
decisión de no seleccionarlo al Curso No. 30 de Oficiales del Cuerpo Administrativo

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA EN LOS PROCESOS DE SELECCION PARA OCUPAR
CARGOS DE CARRERA-Prevalencia del mérito como criterio esencial de elegibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA LA FUERZA AEREA COLOMBIA-Orden de incorporar al accionante
al siguiente curso de orientación militar para Oficiales del Cuerpo Administrativo de la FAC

Referencia: expediente T-3.237.914

Acción de tutela interpuesta por Héctor Yezid Bermúdez Ramos contra la Fuerza Aérea
Colombiana.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados NILSON
PINILLA PINILLA, JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB y quien la preside JORGE IVÁN PALACIO
PALACIO, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales, específicamente las
previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución, y 33 y concordantes del
Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de segunda instancia dictado por la Sala Jurisdiccional
Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que declaró la improcedencia y revocó la
sentencia del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, que en primera instancia negó
las pretensiones del ciudadano Héctor Yezid Bermúdez Ramos contra la Fuerza Aérea
Colombiana -FAC-.

I. Antecedentes

El ciudadano Bermúdez Ramos interpuso acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo en condiciones dignas, al debido proceso administrativo, a la buena fe y al acceso a la carrera especial de oficiales de las Fuerzas Militares, al no haber sido llamado por la FAC a formar parte del curso número 30 de Oficiales del Cuerpo Administrativo.

1. Hechos

i. Luego de haber prestado el servicio militar como soldado bachiller en 1996, el accionante se vinculó a las Fuerzas Militares en el año 2002 como soldado profesional, en donde obtuvo los títulos de Administrador de Empresas de la Universidad Militar Nueva Granada en el 2008 y de Especialista en Derecho Disciplinario de la Universidad Cooperativa de Colombia en el 2009, además de encontrarse próximo a culminar sus estudios profesionales en Contaduría Pública en la Universidad Militar Nueva Granada. También ha realizado diplomados en sistemas de información, gestión de proyectos y programación de computadores.

i. En el mes de septiembre de 2009 le presentó al Comandante de la FAC un proyecto de investigación denominado “Optimización, cambio e innovación de las oficinas de control disciplinario de las Fuerzas Militares”, lo cual dio lugar a que la jefatura jurídica solicitara un profesional en Administración de Empresas con especialización en Derecho Disciplinario.

i. En el mes de marzo de 2011 fue publicado en la página web de la FAC una convocatoria pública para hacer parte del curso número 30 de Oficiales de Cuerpo Administrativo, en la cual se incluyó el cupo para una persona con título en Administración de Empresas y especialización en Derecho Disciplinario. En la publicación se establecieron los requisitos y pruebas que los aplicantes debían cumplir, las fases a superar dentro del proceso y la precisión de que la Junta de Selección elegiría discrecionalmente a quienes ingresarían al curso entre aquellos que hubieran aprobado todas las etapas del concurso.

i. Debido a que el perfil requerido se ajustaba a su formación académica y profesional, el señor Bermúdez Ramos aplicó a la convocatoria obteniendo los siguientes resultados:

* Entrevista psicológica y examen médico. Mediante oficio 20113410067631 de 4 de mayo de 2011 se le informó que en la prueba psicológica había sido clasificado como “seleccionable”. Igualmente le fue informado que si deseaba continuar en el proceso de selección debía repetir el examen de ácido úrico y realizarse una septo plastia -cirugía de nariz para corregir el desvío de tabique-. Luego de haber cumplido estas exigencias que tuvieron un costo de cinco millones de pesos, fue clasificado como “apto médicamente”.

* Prueba físico-atlética. El 6 de mayo de 2011 fueron realizadas las pruebas de “recorrido de dos millas” con grado de efectividad del 136%, “flexión de brazos” con el 150% y “flexión de abdominales” con el 100%.

* Entrevista profesional. Se llevó a cabo el 24 de mayo de 2011 y estuvo encaminada a obtener información acerca de su experiencia y conocimiento en el área del derecho disciplinario, así como la forma en que los aplicaría al servicio de la fuerza. Hizo alusión a los estudios en contaduría, programación de computadores, gestión de proyectos, optimización de procesos, sistemas información, gestión de calidad y al proyecto que presentó ante el Comandante de la FAC.

* Visita domiciliaria. Se practicó el 3 de junio de 2011 y se centró en temas relacionados con su núcleo familiar, las actividades que realiza con ellos, los ingresos y gastos, y las expectativas de sus padres respecto de su ingreso a la escuela de formación militar.

Adicionalmente debió aportar la siguiente documentación:

* Promedio de notas de los estudios realizados de donde se aprecia: 4.03 sobre 5 en Administración de Empresas y de 4.7 sobre 5 en la especialización en Derecho Disciplinario.

* Prueba ECAES. Puntaje de 117.5 en Administración de Empresas y de 124.13 en Contaduría Pública.

* Logros académicos: mejor trabajo de grado de especialización.

* Otros estudios: diplomados en programación de computadores, sistemas de información, gestión de proyectos, estudios en diseño de bases de datos en SQL, Excel avanzado con programación en Visual Basic, programación en Excel y diseño WEB.

* También: certificado de antecedentes penales, certificado judicial, diplomas de estudios, referencias personales y laborales.

i. En el mes de junio de 2011 al aspirante le fue notificado mediante una “llamada telefónica” que la Junta de Selección había decidido discrecionalmente no llamarlo a formar parte del curso de oficial al que había aplicado. Sin embargo, pudo comprobar que dicha plaza no fue ocupada.

De esta manera, el accionante interpuso acción de tutela al no haber sido llamado por la FAC a incorporarse al curso número 30 de Oficiales del Cuerpo Administrativo. Estima que la

actuación de la entidad resulta arbitraria al no encontrar fundamento para que se hubiere dejado de proveer la plaza disponible, cuando superó todas las pruebas hasta la fase de la Junta de Selección, lo cual es indicativo de ser un candidato apto para ocupar el cargo ofrecido. Pretende que se le ordene al Comando de la FAC su incorporación al mencionado curso.

1. Trámite en instancia

- La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá avocó el conocimiento de la acción y ordenó librar oficio al Comandante de la FAC para que informara:

“3.1 Las razones por las cuales el actor, no fue seleccionado para ser incorporado al curso No. 30 de Oficiales del Cuerpo Administrativo, dentro del cual se incluye la de administración de empresas con especialización en derecho disciplinario.

3.2 Señalar si cumplió con los parámetros establecidos para dicha plaza.

3.3 Que indique quiénes quedaron opcionados y explique los lineamientos para su llamamiento.”

Igualmente se ordenó a la institución militar publicar en la página web la existencia de la acción de tutela, para que quienes quisieran intervenir en el proceso pudieran hacerlo. No obstante, al momento de enviar los oficios se presentó una diferencia entre lo dispuesto en el auto y lo efectivamente requerido:

“1. Con relación al ciudadano [...] indique normativamente los resultados de su calificación, de los antecedentes de su experiencia laboral en atención al cargo para el cual se inscribió.

2. Señale las razones, de ser cierto, por las cuales no se le dio a conocer en la etapa de análisis de antecedentes, en la etapa previa y posterior (al tenor de la tutela), a la conformación de la lista de elegibles, las razones por las cuales se le clasificó en el puesto

19, convocatoria 001/05 (individualizar la respuesta frente a cada una de las etapas, con fechas).

3. Señalar si en cada una de tales etapas el tutelante agotó las posibilidades que le ofreció la convocatoria para su defensa. De haberlas agotado, allegar copia de la respuesta y de sus alegatos y de los medios de notificación; además de los recursos de su reclamación y de cómo fueron resueltos”.

- En virtud de lo anterior, el señor Mayor General del Aire dio respuesta en los siguientes términos:

. No es procedente la acción de tutela al no probarse la existencia de un perjuicio irremediable.

. No se cumple el requisito de inmediatez ya que la tutela se presentó un mes después de haber sido notificada la decisión.

. No hubo violación de los derechos al debido proceso ni al acceso a la carrera administrativa dado que las características del procedimiento de selección se encontraban descritas en la publicación de la convocatoria en la página web de la entidad. Dentro de los parámetros allí establecidos se dejaba claro que la Junta de Selección decidiría discrecionalmente la vinculación de los aspirantes teniendo en cuenta las necesidades de la fuerza, según lo establecido en el artículo 36 del Decreto 1790 de 20001.

. Afirmó que no es cierto que se hubiere clasificado al actor en el puesto 19, dado que en estos procesos no se asignan posiciones a los participantes, sino que simplemente se les informa por vía telefónica o personal si fueron o no seleccionados.

. No hubo vulneración del derecho a la igualdad ya que el accionante debió cumplir y aprobar las mismas etapas que los demás aspirantes, habiendo sido presentado ante la Junta de Selección en igualdad de condiciones.

- . El hecho de haber participado en el proceso de selección no genera vínculo laboral alguno.
 - . No existe vulneración del principio de buena fe toda vez que desde el principio las condiciones y términos de la convocatoria fueron claras y públicas, permaneciendo invariables durante la totalidad del proceso de selección y aplicándose de manera indistinta a todos los aspirantes.
 - . La incorporación al curso número 30 se rigió no sólo por las normas de la carrera militar, sino también por el Reglamento de Incorporación para las Escuelas de Formación de la Fuerza Aérea Colombiana (R-INCOR) FAC 1-027 y la Directiva Transitoria 07 de 2011.
- En la contestación se guardó silencio sobre las razones por las que la Junta de Selección no escogió a persona alguna para el cupo de Administración de Empresas con especialización en Derecho Disciplinario, ni tampoco las que sustentaron la decisión en el caso del señor Bermúdez Ramos.
- Como anexos al informe presentado fueron adjuntados unos documentos, además de que puede apreciarse lo siguiente:
- . Copia de una petición presentada por el accionante de 21 de junio de 2011 dirigida al señor General del Aire, en la que solicita la reconsideración de la decisión tomada. Allí se hizo alusión a que el accionante cumplía con todos los requisitos para ser elegido.
 - . Respuesta a la petición mediante oficio de 30 de junio del mismo año, en donde la entidad afirmó: “me permito informarle que usted cumplió con las diferentes fases del proceso de selección, lo cual le permitió su presentación en la Junta de Selección, pero haber llegado hasta la fase final del proceso no implica que debiera ser seleccionado, dado que en la Junta se evalúan aspectos cualitativos y cuantitativos de todos los aspirantes que llegan a esta instancia y acorde a esta evaluación se escoge al personal que tenga el mejor perfil para ingresar”. Igualmente, al citar la cláusula número 6° de la ficha de registro la entidad agregó: “llegar a la última fase del proceso no significa la obtención automática del cupo. Para tal fin, habrá una junta de selección final donde se escogerá a los mejores aspirantes de acuerdo con los cupos autorizados por la fuerza aérea”.

. Impresiones de pantalla de las fases del proceso de selección publicadas en la página web de la entidad para el concurso número 30 de Oficiales del Cuerpo Administrativo de la FAC. De este documento se extraen los siguientes apartes:

“Para ingresar a la Fuerza Aérea colombiana se tiene establecido un proceso de incorporación donde los aspirantes son quienes hacen los méritos para pertenecer a esta prestigiosa institución. Esto permite que la misión que cumple la Fuerza Aérea esté en manos del mejor talento humano. Para tal fin se tiene la siguiente filosofía:

a. Todos los aspirantes tienen igualdad de condiciones, sin discriminación de cualquier índole.

b. La realización de las pruebas de selección se hacen observando los principios de igualdad, objetividad, y transparencia.

c. Ingresar a la Fuerza Aérea no requiere en lo absoluto influencias de personas de cualquier nivel. Para nuestra Institución, es aspirante a oficial toda persona, hombre o mujer, que cumpla con los requisitos establecidos y definidos por la Fuerza Aérea colombiana.

e. La selección será a cargo de la Junta de Selección, integrada por miembros del Comando de la Fuerza Aérea y Escuelas de Formación, donde se analiza la información general de quienes han aprobado las diferentes pruebas del proceso y se estudian los factores cualitativos y cuantitativos de cada uno de los aspirantes, seleccionándose discrecionalmente el (la) aspirante que por su perfil personal, profesional y razón del buen servicio será llamado a integrar el respectivo curso de formación”.

También se aprecia que el proceso de selección para el caso particular consistió en las siguientes fases:

. Presentación de documentos: hoja de vida, cédula de ciudadanía, diploma y acta de grado, notas y promedio general de la carrera, tarjeta profesional, certificado de antecedentes penales y certificado judicial.

* Examen de inglés. Busca evaluar el nivel de conocimiento del idioma, en aras de establecer un plan de estudio a su ingreso a la institución.

* Examen de aptitud psicofísica -prueba psicológica y exámenes médicos-. Se solicita al aspirante que se presente en la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas de la FAC para que realice una serie de pruebas que determinan su perfil psicológico. Posterior a ello, se le cita al Centro de Medicina de Aviación de la FAC en donde se le practican una serie de exámenes en diferentes áreas de la salud como rayos x de columna, laboratorio, audiometría, otorrinolaringología, medicina general, odontología, electrocardiograma, oftalmología y optometría.

* Prueba físico-atlética. Consiste en la presentación de distintos ejercicios que buscan medir el estado físico atlético del aspirante.

* Entrevista profesional. Se realiza en la Dirección de Reclutamiento en Bogotá y busca determinar aspectos relacionados con la experiencia laboral, el interés en el ingreso, la ética, los valores y competencias requeridas para proyectar la aplicación de su carrera en la vida militar.

* Visita domiciliaria. Se realiza en el lugar de residencia del aspirante con el fin de conocer aspectos relacionados con su ambiente social y familiar.

* Estudio de seguridad personal. Es el proceso mediante el cual la Dirección de Contrainteligencia de la FAC verifica los antecedentes de los aspirantes y confronta la veracidad de la documentación e información proporcionada. Para el efecto, lleva a cabo una comprobación real de los datos personales de los aspirantes a ingresar y determina su grado

de confiabilidad.

Los aspirantes que superan las anteriores exigencias son sometidos a la aprobación final de una Junta de Selección, quien elige de manera discrecional a quienes ingresan a un curso de orientación militar en el cual adquieren conocimientos, habilidades y competencias vitales para el desarrollo institucional, propios de la vida castrense. Culminado lo anterior, los elegidos son escalafonados al interior de la respectiva fuerza para desempeñar el cargo para el cual concursaron.

. Listado de los cargos para los cuales se abrió la convocatoria, dentro de los cuales aparece “Administración de Empresas con especialización en Derecho Disciplinario”.

. Impresión de pantalla de la página web de la entidad en la cual se deja constancia de la publicación de la acción de tutela para que los interesados pudieran pronunciarse.

1. Sentencia de primera instancia

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá negó la tutela bajo los siguientes argumentos:

“[E]s la misma convocatoria [ya reseñada], que sustenta y explica el proceso de selección para incorporar aspirantes al curso 30 de oficiales del Cuerpo Administrativo, y es su mismo contenido el que aclara desde su publicación que ‘Llegar a la junta de selección no significa tener un cupo para ingresar a la respectiva Escuela de Formación’. Y como se vio, es la aludida Junta de Selección la que define ‘discrecionalmente’ a cada uno de los aspirantes que llamará. Así que, surge claro, en este caso, que el tutelante está obligado a acatar las normas de la convocatoria reseñada, que le indican, entre otros, que la citada Junta seleccionará discrecionalmente, a aquellos que superen todas sus fases para ser incorporados al curso 30 publicitado. Lo que así ocurrió.

De tal suerte que no es viable exigir a la accionada una actuación que no está reglada en las fases de selección ni fundar en la misma la violación de los derechos alegados, y menos

pretender, la inaplicación del acto contentivo del listado de aspirantes admitidos que se plantea en sede de tutela. Razón por la cual, se ha de negar el amparo ante la inexistencia de la vulneración de derecho alguno por la FAC, pues es soldado profesional del Ejército Nacional; amén que no fue el único profesional que habiendo llegado a la última fase del proceso de selección, no fue seleccionado”.

En estos términos, el juez de primera instancia reconoció la potestad discrecional en cabeza de la Junta y concluyó que no existe violación de los derechos fundamentales del accionante.

1. Impugnación del fallo

El accionante indicó que el juez de instancia no analizó la vulneración de sus derechos fundamentales y que la actuación probatoria no se llevó a cabo en debida forma. Sustentó la solicitud:

. A pesar de no ser seleccionada ninguna persona, tampoco le fueron informadas las razones por las que no fue escogido.

. Si bien es cierto que participó en igualdad de condiciones con los demás aspirantes, la vulneración de ese derecho se dio con la decisión de no seleccionarlo aún cuando tenía excelentes resultados en todas las pruebas. Estima que la nugatoria se debe a una discriminación por su condición de soldado profesional.

. En el texto de la acción de tutela le solicitó al juez que pidiera como prueba el listado de los aspirantes que llegaron a la fase de Junta de Selección y sus respectivos puntajes, así como el valor asignado a cada uno de los factores de tipo cualitativo y cuantitativo. Sin embargo, esta información fue omitida por la autoridad judicial y por la entidad accionada.

. En la prueba que fue decretada por el juzgado se le solicitó a la FAC que informara la razón por la que había ocupado el puesto número 19, sin embargo, el accionante nunca mencionó que hubiera ocupado ese puesto ni ningún otro.

. No se violó el requisito de inmediatez por cuanto la decisión de no llamarlo fue notificada en

el mes de junio de 2011 y la tutela fue radicada en julio del mismo año.

2.3. Sentencia de segunda instancia

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura declaró la improcedencia de la acción de tutela por considerar que el actor debió acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, además de que no probó la existencia de un perjuicio irremediable.

1. Actuaciones en sede de revisión ante la Corte Constitucional

1. Documentos presentados por el accionante

En enero de 2012 fue radicado un escrito en la Secretaría General de esta Corporación en el cual se reiteran los argumentos esbozados en la tutela y en la impugnación, insistiendo en que la exclusión del concurso se debió a una discriminación por su condición de soldado profesional. Anexó copia de un oficio [31 de octubre de 2011] del Director de Reclutamiento y Control de Reservas de la FAC, en respuesta a una petición presentada por otro aspirante, sin que resulte posible precisar si se encontraba aplicando al mismo cargo que el accionante. En dicho documento se hace mención a los criterios cualitativos y cuantitativos que son utilizados por las Juntas de Selección [promedio académico, aptitud psicofísica, visita domiciliaria, entrevista profesional y estudio de seguridad] y de la facultad de seleccionar discrecionalmente al aspirante, que por su perfil personal, profesional y razón del buen servicio es llamado a integrar el respectivo curso.

3.2. Pruebas practicadas

- La Corte ordenó las siguientes pruebas:

. Con la intención de conocer las razones por las cuales el accionante no había sido seleccionado para ingresar al curso número 30, se le solicitó a la entidad que enviara copia del acta de la Junta de Selección celebrada el 10 de junio de 2011 en donde se decidió no

incorporarlo.

. Para determinar el número de aspirantes que llegaron a esa fase para el cupo de Administración de Empresas con especialización en Derecho Disciplinario se solicitó copia del respectivo listado.

. En aras de corroborar si la plaza había sido ocupada por algún participante se solicitó que se enviara copia del “Informe de Selección y Admisión” de la persona que finalmente fue elegida o, en su defecto, se explicara la razones por las que no se había elegido a ninguno.

. Con la intención de determinar la existencia de la facultad discrecional se le pidió a la entidad que indicara de manera precisa la disposición normativa en la cual se encuentra consagrada.

. Por último, para tener claridad acerca de las características del proceso de selección se solicitó copia del “Reglamento de Incorporación para las Escuelas de Formación de la Fuerza Aérea Colombiana (R-INCOR) FAC 1-027” y de la “Directiva Transitoria 07 de 2011” que regularon la convocatoria al curso número 30.

- En documento del 6 de marzo de 2012 la entidad accionada dio respuesta en los siguientes términos:

“2. El señor HÉCTOR YEZID BERMÚDEZ RAMOS fue el único profesional en Administración de Empresas con Especialización en Derecho Disciplinario que se inscribió dentro del proceso de selección para el curso No. 30 de Oficiales del Cuerpo Administrativo.

3. La plaza de profesional en Administración de Empresas con Especialización en Derecho Disciplinario no fue ocupada, esto se evidencia en el acta de la junta donde se determinó: ‘la junta de Selección, teniendo en cuenta las necesidades de la Fuerza decide no seleccionar aspirantes para las siguientes carreras...’, se debe tener en cuenta que esta no fue la única profesión donde no seleccionaron aspirantes.

Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 36 del Decreto ley 1790 de 2000, que al pie de letra reza:

‘PROCEDENCIA DE LOS OFICIALES DEL CUERPO ADMINISTRATIVO. Los oficiales del Cuerpo Administrativo procederán de oficiales en actividad hasta el grado de Mayor o Capitán de Corbeta, de suboficiales y civiles, que acrediten el título de formación universitaria, siempre que así lo soliciten y de acuerdo con las necesidades de las Fuerzas Militares, previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa’.

Así mismo, el Reglamento de incorporación establece:

‘Por necesidades del servicio estas cuotas podrán ser reformadas en todo tiempo por el Comando de las Fuerza Aérea y en desarrollo de las juntas de selección para Oficiales y Suboficiales’.

4. Según lo consagrado por el Reglamento de Incorporación, sección D, numeral 17, literal e, reza:

“La selección será a cargo de la junta de Selección, en reunión presidida por el Comandante de la Fuerza Área o el Segundo Comandante y Jefe de Estado Mayor de la Fuerza Aérea, según el caso. La Junta de Selección de aspirantes a ingresar a las escuelas de Formación de la Fuerza Aérea, analiza la información general de quienes han aprobado las diferentes pruebas del proceso y estudia factores cualitativos y cuantitativos de cada uno de los aspirantes seleccionándose discrecionalmente el aspirante que por su perfil personal, profesional y razón del buen servicio será llamado a integrar el curso”.

Dicho reglamento fue expedido en ejercicio de la facultad conferida por el Decreto 1605 de 1988”.

- Así mismo, fue adjuntada copia del acta de la Junta de Selección de 10 de junio de 2011, anotando que tiene carácter reservado por contener listados de personal militar. Allí se dejó claro que en virtud de las necesidades de la fuerza se tomó la decisión de no seleccionar aspirantes para el cupo al que estaba aplicando el accionante.

Se acompañó copia del “Reglamento de Incorporación para Escuelas de Formación de la Fuerza Aérea Colombiana (R-INCOR)” y de la “Directiva Transitoria No. 07 / 2011-MD-CGFM-

FAC-COFAC-JEMFA-JED-DIRES-23.2". De estos documentos se evidencia una amplia serie de tareas y funciones que se deben surtir antes y durante el proceso, las cuales implican la planeación y divulgación del concurso, la asignación de recursos y la exigencia de requisitos a los participantes. De la misma forma, plantean como antecedente a la convocatoria que "para la realización de los Cursos No. 30 [...] existe la planta disponible de personal para oficiales". Finalmente, contemplan la facultad discrecional por necesidades de la fuerza que ostenta la entidad para seleccionar a quienes van a ingresar y la sujeción del proceso a los principios de igualdad, objetividad y transparencia.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto ley 2591 de 1991.

1. Planteamientos de la acción y problema jurídico

De los antecedentes expuestos se observa que el señor Bermúdez Ramos se inscribió a la convocatoria pública para hacer parte del curso número 30 de Oficiales del Cuerpo Administrativo de la FAC, en el mes de marzo de 2011, en la cual se incluyó un cupo para una persona con título en Administración de Empresas y especialización en Derecho Disciplinario. Además de haber cumplido con los requisitos profesionales y académicos para aplicar, el accionante aprobó todas las pruebas establecidas por la demandada dentro del proceso concursal, razón por la cual pudo llegar a la fase final de la Junta de Selección. Una vez ocurrida ésta, en el mes de junio de 2011 le fue informado mediante una llamada telefónica que la Junta había decidido discrecionalmente no elegirlo para la plaza a la cual aspiraba, sin brindar mayor argumentación.

Debido a lo anterior, interpuso acción de tutela contra la FAC por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo en condiciones dignas, al debido proceso administrativo, a la buena fe y al acceso a la carrera especial de las FFMM. Considera que no existen razones válidas para no haber sido elegido, por cuanto cumplió con todos los requisitos establecidos, además de no haber sido seleccionado ningún otro participante. Pretende que se ordene a la FAC incorporarlo al respectivo curso de orientación militar, para luego ser escalafonado al interior de la fuerza.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá decidió negar el amparo por considerar que los reglamentos del concurso consagran la facultad discrecional en cabeza de las Juntas de Selección. También anotó que esta potestad era de público conocimiento, por lo que no es viable en sede de tutela controvertir situaciones que conocían los participantes desde el inicio. El juez de segunda instancia declaró la improcedencia del amparo al encontrar que cuenta con otros medios de defensa judiciales, además de no probar la existencia de un perjuicio irremediable.

Una vez seleccionado el asunto, la Corte Constitucional dispuso la práctica de pruebas que permiten establecer: i) para la realización del curso número 30 existía la planta de personal disponible para la cargos que se estaban convocando; ii) el único aspirante que aplicó al cargo de Administrador de Empresas con especialización en Derecho Disciplinario fue el accionante; iii) por necesidades de la Fuerza la entidad decidió no ocupar la plaza; y iv) la norma que contempla la facultad discrecional en cabeza de las Juntas de Selección es el literal e, numeral 17, sección D, del Reglamento de Incorporación.

De esta, manera corresponde a la Sala de Revisión abordar principalmente el siguiente problema jurídico:

¿Configura una violación de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, a la buena fe y al acceso a la carrera especial de las Fuerzas Militares, el que la FAC decida discrecionalmente por necesidades de la fuerza no ocupar una plaza ofrecida mediante convocatoria pública, notificada a través de una simple llamada telefónica, a pesar

de existir un candidato que superó todas y cada una de las fases del concurso anteriores a la Junta de Selección?

Para dar solución a este interrogante se desarrollarán los siguientes temas: i) el fundamento constitucional y especificidades del ingreso a la carrera especial de las FFMM; ii) la forma de notificación de la decisión final en un concurso de méritos; y iii) el principio de confianza legítima en los procesos de selección para ocupar cargos de carrera y la inaplicación excepcional de las condiciones iniciales; para de esta forma iv) abordar el caso concreto.

1. Fundamento constitucional y especificidades del ingreso a la carrera especial de las FFMM

Por efectos metodológicos el presente capítulo se dividirá de la siguiente manera: en primer lugar, se hará una precisión acerca de la naturaleza jurídica de las actuaciones de la Fuerza Pública cuando incorporan personal; cumplido lo anterior, se explicará el fundamento constitucional del régimen especial de carrera de las FFMM, para luego hacer alusión a las facultades discrecionales y, por último, su consagración en los procesos de selección.

3.1. Naturaleza jurídica de las actuaciones de la Fuerza Pública cuando incorporan personal de carrera

El artículo 2 de la Carta² contempla dentro de los fines del Estado “defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. En conjunción con este mandato, el artículo 217 Superior prevé la función de seguridad y defensa nacional, la cual dentro de la estructura del Estado es ejercida por las FFMM, integradas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. De lo anterior se desprende que la Constitución establece cuál es la función misional de las FFMM, sin embargo, ello no significa que todas sus actuaciones se desarrollen exclusivamente en el ejercicio de tales funciones. Una de ellas se presenta cuando actúan como ente nominador sobre el personal que ingresa a sus respectivos cuerpos³. En este caso, no se está en desarrollo de funciones de seguridad y defensa, sino por el contrario, frente a labores típicamente administrativas que también son propias y necesarias para su cabal funcionamiento⁴. Claramente unas y otras se encuentran estrechamente relacionadas, no

obstante, la diferenciación cobra relevancia cuando se analiza la naturaleza jurídica de los actos que se expiden en cada caso y del tratamiento que reciben por parte del ordenamiento jurídico.

Aquellos mediante los cuales se ejercen funciones de carácter simplemente administrativo son por definición actos administrativos⁵ -valga la redundancia-, a los cuales se les aplica la primera parte del Código Contencioso Administrativo -CCA-. Por el contrario, los que se producen en el cumplimiento de la función misional de seguridad y defensa nacional se encuentran excluidos expresamente de esta reglamentación. Al respecto, dice el artículo 1° del Código:

Sumado a lo anterior, los artículos 209⁷ de la Constitución y 38 y 49 de la Ley 489 de 1998, “por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, contemplan como principios rectores de la función administrativa la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, buena fe, eficiencia, participación, responsabilidad y transparencia. En consecuencia, al corresponder la nominación de personal a una actuación típicamente administrativa, en los actos que se dictan dentro de los procesos de selección que adopten las FFMM para escoger a quienes ingresaran a sus respectivos cuerpos, deberán también tener en cuenta estos parámetros.

3.2. Fundamento constitucional de la carrera especial de las FFMM

El artículo 125 de la Constitución¹⁰ establece como regla general el régimen de carrera para proveer los empleos públicos, dejando abierta la posibilidad que por vía constitucional o legal se creen regímenes especiales de carrera¹¹. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que “existen tres categorías de sistema de carrera administrativa, que son la carrera administrativa general, las carreras administrativas especiales de origen constitucional y las carreras administrativas especiales o regímenes especiales de origen legal, conocidas también como sistemas específicos de carrera administrativa”¹². Por mandato del artículo 217 de la Carta¹³, “entre los regímenes especiales de carrera de

creación constitucional, se encuentra el de la Fuerza Pública integrada, según dispone el artículo 216 de la Constitución exclusivamente por las Fuerzas Militares (Ejército, Armada y Fuerza Aérea), y la Policía Nacional”¹⁴. En cuanto a la necesidad de la creación de este régimen, en sentencia T-199 de 2008 se señaló:

“Se tiene entonces que el sistema de carrera administrativa se erige como un principio constitucional, lo que implica que el legislador debe crear y desarrollar instrumentos que permitan, sobre la base del mérito, la escogencia de servidores públicos con las más altas calidades. Sin embargo, es la misma Carta Política la que establece la existencia de regímenes especiales de carrera, entre los que se encuentran los sistemas especiales de la Fuerza Pública y la Policía Nacional

La finalidad constitucional tanto de la Policía Nacional como de las Fuerzas Militares, la consagran los artículos 217 y 218 de la Carta Política. Así, el primer artículo mencionado señala que ‘[L]as fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional’. Por su parte, el artículo 218 de la Constitución dispone que la policía es un cuerpo armado de naturaleza civil, cuya fin primordial ‘[e]s el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz’.

Con fundamento en su naturaleza especial, han sido expedidas por el legislador ordinario y extraordinario múltiples disposiciones legales tendientes a regular el ingreso, los ascensos, así como el retiro de los servidores públicos que hacen parte de dichas instituciones, todo ello dentro del marco constitucional otorgado, teniendo en cuenta su naturaleza de cuerpos armados permanentes y sus finalidades constitucionales, las cuales se encuentran directamente relacionadas con la seguridad del Estado y con la seguridad ciudadana.¹⁵”

En desarrollo de las normas constitucionales fue proferida la Ley 578 del 2000, “por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional”, lo cual se cumplió con la expedición del Decreto Ley 1790 de 2000, “por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”. Con posterioridad se profirió la Ley 1104 de 2006, “por medio de la cual se modifican artículos del

Decreto 1790 de 2000, en la carrera de los integrantes de las Fuerzas Militares”, siendo por tanto esta regulación legal la que actualmente rige lo relativo a la carrera especial de la Fuerza Pública¹⁶. Con ellas “el legislador ha buscado establecer un sistema de carrera que permita garantizar a sus miembros los derechos que de ella se derivan, como el ingreso en igualdad de oportunidades para quienes aspiran a ser parte de esas instituciones, el ascenso en la carrera por méritos, aptitudes y capacidades¹⁷, y el retiro del servicio por las causales establecidas en la Constitución”¹⁸.

A pesar de la especialidad de la carrera, esta Corporación ha hecho énfasis en que la creación de tales sistemas no implica el desconocimiento de los elementos esenciales de la carrera administrativa, sino que simplemente se les permite a las autoridades adoptar medidas institucionales específicas que respondan a las particularidades de la función misional que cumplen dentro del Estado. Sobre este aspecto se pronunció la Corte:

“Acorde con los presupuestos que justifican la creación de los sistemas específicos de carrera, la Corte ha señalado que el ejercicio de la competencia legislativa en esa materia es reglada, en el sentido que la misma debe ejercerse de conformidad con los parámetros constitucionales que orientan el servicio público y, en particular, el régimen de la carrera. Así, reiterando la posición jurisprudencial, en la precitada Sentencia C-563 de 2000 esta Corporación sostuvo que para efectos de la configuración de los sistemas específicos de carrera, el legislador debe tener en cuenta, tanto la singularidad y especificidad de las funciones que corresponde cumplir a las distintas entidades estatales, como los principios básicos que orientan la carrera administrativa general contenidos en la ley general que rige la materia. (...)

Amparada en los criterios que delimitan la competencia legislativa para crear los sistemas específicos de carrera, la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que dichos sistemas, aun cuando se caracterizan por contener regulaciones especiales para el desarrollo y aplicación del régimen de carrera en ciertos organismos públicos, no tienen identidad propia, es decir, no son considerados por ese sólo hecho como regímenes autónomos e independientes. Al respecto, ha precisado la Corporación que los sistemas específicos son en realidad una derivación del régimen general de carrera en cuanto que, debiendo seguir sus principios y postulados básicos, sólo se apartan de éste en aquellos aspectos puntuales que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades, justificándose

en esos casos la expedición de una regulación complementaria más flexible, que permita armonizar y hacer compatible el sistema de carrera ordinario con las atribuciones que le hayan sido asignadas a tales entidades.”¹⁹

Por su parte, los elementos esenciales a los que alude la jurisprudencia citada, hacen referencia principalmente a los fines que se busca satisfacer con la carrera, su criterio principal de elegibilidad y el proceso de selección que debe adoptarse para encontrar a quien mejor satisface los requerimientos del concurso.

En relación con el primer aspecto, de los artículos 125 Superior y 2720 y 2821 de la Ley 909 de 2004, “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que en términos generales “la regulación de la carrera administrativa está delimitada por tres objetivos fundamentales a saber: i) La búsqueda de la eficiencia y eficacia en el servicio público, (...); ii) La garantía de la igualdad de oportunidades, pues todos los ciudadanos tienen igual derecho a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas; y iii) La protección de los derechos subjetivos consagrados en los artículos 53[22] y 125 de la Carta, pues esta Corporación ha señalado que las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos subjetivos adquiridos que deben ser protegidos y respetados por el Estado.”²³

A su turno, la manera de alcanzar estos fines se logra acogiendo indefectiblemente el “mérito” como criterio principal de elegibilidad. Con ello “se busca que la carrera administrativa permita al Estado contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en administración pública”²⁴. Así, los objetivos que se buscan con este régimen resultan vulnerados cuando a través de cualquier mecanismo se tienen en cuenta factores extraños que terminan por desconocer las competencias y habilidades de quienes aspiran al empleo.

Sobre la garantía de acceso al cargo en quien mejor reúna los méritos se ha dicho que: “el

concurso es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole. La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado”.²⁵

En suma: i) las actuaciones dictadas por las autoridades dentro de los procesos de selección de personal son actos administrativos a los que les aplica por regla general las disposiciones de la primera parte del CCA y los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, buena fe, eficiencia, participación, responsabilidad y transparencia propios de la función administrativa; ii) la Constitución estableció como regla general para proveer los empleos públicos el régimen de carrera, el cual tiene como fines esenciales la eficacia y eficiencia en la función pública, la estabilidad laboral y la igualdad en el acceso a los cargos; iii) la manera de alcanzar dichos fines es a través del mérito como criterio esencial de elegibilidad, lo cual solo es posible mediante el concurso como proceso de selección; y iv) los regímenes especiales de carrera permiten que por vía legal se ajusten algunas actuaciones institucionales, sin que en ningún caso puedan desconocerse los elementos mencionados en los puntos i, ii y iii, los cuales son comunes a todos los sistemas de carrera.

1. Las facultades discrecionales en términos generales

En virtud de las facultades discrecionales el legislador autoriza a ciertos órganos del Estado para que puedan adoptar decisiones con un mayor grado de libertad, en razón a las particularidades de la función que se ejecuta. Así esta Corporación “ha construido una sólida doctrina constitucional en torno a la posibilidad de que el legislador otorgue a la administración facultades discrecionales para la adopción de ciertas decisiones o el desarrollo de determinadas actuaciones, con el [objeto] de facilitar la consecución de los

finestatales y el cumplimiento de las funciones a ella asignadas²⁶".²⁷ De esta manera, "puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión"²⁸. Esta consideración ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional al distinguir entre discrecionalidad absoluta, ajena a los postulados de un Estado derecho, y relativa, propia de aquél. Sobre el particular dijo:

"La discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional".²⁹

Esta limitación a la discrecionalidad absoluta quedó expresamente consagrada en el artículo 36 del CCA³⁰ al establecer que "en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa". De esta manera, pueden extraerse tres elementos comunes a toda potestad discrecional:

i. Debe existir una norma de rango constitucional o legal que la contemple expresamente. En virtud de los artículos 6,³¹ 121³², 122³³ y 123³⁴ de la Carta, en un Estado de derecho las autoridades solamente pueden actuar conforme las competencias que les han sido otorgadas. Lo anterior tiene "por finalidad delimitar el campo de acción, función o actividad que corresponde ejercer a una determinada entidad o autoridad pública, haciendo efectivo de esta manera el principio de seguridad jurídica. En el Estado de derecho la posición jurídica del individuo es diametralmente opuesta a la del funcionario público. El individuo puede hacer todo aquello que no le esté expresamente prohibido por la ley. En cambio, el gobernante, la autoridad, actúa siempre con competencias que, en principio, son limitadas.

Al individuo, al ciudadano lo que no le está expresamente prohibido le está permitido. Al funcionario público lo que no le está expresamente atribuido, le está prohibido. (...) La competencia es parte esencial del debido proceso y presupuesto de validez de los actos que se profieren, pues si una autoridad expide un acto sin tener facultades para hacerlo, éste es nulo”³⁵. Por esta razón, para que una entidad pública pueda apartarse de los postulados generales y flexibilizar su actuación mediante el ejercicio de facultades discrecionales, debe como mínimo estar soportado en una norma legal que la faculte expresamente.

i. Su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza. La Corte ha manifestado que “la adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él”³⁶. Es claro entonces que “el derecho no es un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad. Por lo tanto, es necesario confrontar los móviles con los fines. De allí surgen justamente las teorías del ‘abuso del derecho’ -en derecho privado-, y la ‘desviación de poder’ -en el derecho público-³⁷. Ello es un principio básico del Estado Social de Derecho, para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad. Todo acto del Estado debe estar conforme con su finalidad esencial, ya que las potestades se conceden, no para que se cesen a discreción, sin discernimiento, sino en vista de un fin determinado”³⁸. Sin perjuicio de los objetivos de toda ley, de manera genérica la Constitución consagra como fines de la actuación administrativa: i) la protección de la vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades de los residentes en Colombia (art. 2); y ii) el interés general (art. 209). Así, para comprobar si una actuación cumple con este requisito, se deberá verificar tanto el cumplimiento de los objetivos genéricos como los específicos de la norma.

i. La decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. Esto es, que la determinación que se adopta debe guardar una medida o razón que objetivamente se compadezca con los supuestos fácticos que la originan: “El principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y

aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa”.³⁹

Estos tres elementos han sido reconocidos por el alto tribunal contencioso administrativo al señalar:

“No puede olvidarse que la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. (artículo 36 del C.C.A.). (...) Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad. (...) Cabe destacar, que el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión. (...) En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A.”⁴⁰

En cuanto al deber de motivación de las decisiones que se expiden en ejercicio de facultades discrecionales se ha señalado que “si bien la regla es que los actos administrativos deben ser motivados, la Corte ha admitido la existencia de excepciones a ese principio general, las cuales deben ser expresamente establecidas por el legislador”⁴¹. También ha indicado la Corte que: “La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aún cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los

principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa”⁴². En igual sentido: “las decisiones que adopte la administración en ejercicio de dichas facultades, necesariamente deben tener fundamento en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario o caprichoso, tal como lo exige el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo⁴³, (...) de tal manera que las facultades discrecionales de la Administración no lo son de manera absoluta, sino limitada por los objetivos que se persiguen con su otorgamiento y por la proporcionalidad en su aplicación”.⁴⁴

La consecuencia práctica de la abolición de los poderes omnímodos en un Estado de derecho es que siempre que se actúe en ejercicio de una potestad de este carácter debe como mínimo expresarse los hechos y causas que llevan a la autoridad a tomar la decisión, así como su adecuación a los fines de la norma que la consagra. Esto garantiza el respeto por el debido proceso de los destinatarios de la decisión que se adopta. Por tanto, la existencia de facultades discrecionales no necesariamente riñe con la Constitución. Sin embargo, no es admisible en un Estado de derecho que a los particulares se les impida conocer los motivos que llevaron a una entidad pública a tomar una medida particular que los afecte, toda vez que de esta manera “se hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.”⁴⁵

Ahora bien, la exigencia de motivación no se limita a un requisito meramente formal carente de todo contenido. La atenuación en el deber de motivación al ejercer facultades discrecionales no implica que se pueda acudir a expresiones abstractas como “por razones del servicio” o “por necesidades de la fuerza”. Este tipo de afirmaciones genéricas no le permiten al administrado conocer si la medida se ajusta a los fines de la norma que consagra la facultad discrecional, ni establecer si aquella es proporcional a los hechos que le sirven de causa.

En este sentido puede observarse la sentencia T-532 de 1998, en donde al referirse a la

facultad discrecional de disponer de los empleos de libre nombramiento y remoción, este Tribunal manifestó: “En los casos de los empleados de libre remoción existe una mayor discrecionalidad, lo cual no implica que la administración pueda actuar arbitrariamente, invocando razones abstractas de buen servicio. Una medida de esta índole, debe obedecer a una justificación mínima en cuanto a la necesidad de atender a la oportuna, eficaz y eficiente prestación del servicio”. Subrayado fuera del texto transcrito.

El Consejo de Estado, al abordar casos en donde las autoridades acuden a “las razones del buen servicio” para justificar decisiones tomadas en uso de facultades discrecionales, ha manifestado que “es menester referir que el grado de afectación debe ser claro y notorio, de manera que se aprecie sin dificultad, pues con la medida discrecional se trata de solucionar situaciones que se encuentran atentando contra la actividad funcional de la entidad y que por tal motivo, requieren ser apreciadas a primera vista. Lo contrario, vale decir, hacer uso de la facultad discrecional cuando no sea evidente la afectación del servicio (...), deslegitima el sentido de la facultad discrecional y se constituye en una forma de responsabilidad objetiva proscrita en nuestro ordenamiento jurídico”.⁴⁶

Para la Corte es claro que la calidad del servicio es el fin que justifica la existencia de toda función de la administración. Sin embargo, cuando las autoridades adopten una decisión que fundamentan en la “mejora del servicio”, el requisito de exponer los motivos que sustentan la medida no se agota con la simple enunciación formal. Si bien la atenuación del deber de motivación permite una mayor flexibilidad en la actuación, en caso de afirmarse que con la decisión se está favoreciendo el servicio, deberá justificar en qué están dadas tales razones. En caso de no darse una mínima justificación, corresponderá al juez evaluar y determinar las verdaderas razones que llevaron a tomar la medida y así comprobar si se presentó una afectación de los derechos fundamentales.

3.4. Las facultades discrecionales en el ingreso a la carrera especial de las FFMM

Le corresponde a la Sala resaltar las normas con rango legal que rigen la carrera especial de las FFMM, como son el Decreto ley 1790 de 2000 y la Ley 1104 de 2006, en aras de precisar si allí quedó consignada la potestad discrecional para el ingreso al Cuerpo Administrativo de la FAC. Los artículos que regulan la materia son los siguientes:

“ARTICULO 36. Procedencia de los oficiales del cuerpo administrativo. Los oficiales del

Cuerpo Administrativo procederán de oficiales en actividad hasta el grado de Mayor o Capitán de Corbeta, de suboficiales y civiles, que acrediten el título de formación universitaria, siempre que así lo soliciten y de acuerdo con las necesidades de las Fuerzas Militares, previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.” (Subraya fuera de texto)

Del texto de la norma puede extraerse como requisito para llevar a cabo la incorporación de personal de cuerpo administrativo, el que las fuerzas efectivamente tengan la necesidad de contar con los cargos convocados. Esto encuentra sustento en el principio de planeación del gasto público y en la aplicación del artículo 122 Superior⁴⁷, toda vez que si se están proporcionando empleos con cargo al presupuesto nacional es porque efectivamente son requeridos por la entidad.

La Corte debe señalar que el momento en el que deben establecerse las “necesidades de las fuerzas”, no puede ser en la fase final del proceso de selección. Por el contrario, conforme a lo señalado y en virtud de los principios de publicidad, buena fe, confianza legítima y transparencia que permean toda función administrativa, si se abre una convocatoria pública es porque previamente aquellas han sido determinadas y es por ello precisamente que se está abriendo la convocatoria.

También es claro que la definición de estas necesidades debe responder a un examen propio de la institución en donde se evalúen y analicen con detenimiento y suficiencia los diferentes factores que afectan el servicio. La apertura de la convocatoria debe tener sustento en razones claras y concretas que expliquen por qué se requiere vincular nuevos empleados, de tal forma que se busque evitar que en alguna etapa del proceso de selección se decida no ocupar un cargo que haya sido ofrecido al inicio y para el cual ya existan aspirantes. Solo razones excepcionales, imperiosas y fundamentadas legalmente, podrían ser alegadas en sentido contrario.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que el artículo 36 del Decreto ley 1790 señala como requisito anterior a la incorporación el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, situación que resulta consonante con los preceptos legales y constitucionales mencionados. Este acápite no hace nada distinto que radicar en cabeza de un órgano al

interior de la institución, la función de contribuir en la definición de las necesidades de la fuerza, situación que la llevaría a identificar las vacantes que se requiere llenar con el respectivo proceso de selección.

“Escalafonamiento de profesionales en el cuerpo administrativo. Los profesionales con título de formación universitaria que soliciten incorporarse como Oficiales del Cuerpo Administrativo y que sean aceptados, deberán realizar y aprobar un curso de orientación militar, al término del cual serán escalafonados en el grado de subteniente o teniente de corbeta previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.

Parágrafo 1°. Los profesionales con especialización, maestría o doctorado en áreas de interés institucional, previa y claramente especificadas en la respectiva convocatoria, serán escalafonados en el grado de teniente o teniente de fragata de acuerdo con la reglamentación vigente.

Parágrafo 2°. Los títulos profesionales expedidos por instituciones extranjeras serán aceptados para todos los efectos de este decreto, siempre que sean reconocidos por la entidad estatal a la cual se haya conferido esta función. (Subraya fuera de texto)

Esta disposición impone el requisito de realizar y aprobar un curso de orientación militar para quienes van a ingresar al cuerpo administrativo de la respectiva fuerza. El concepto previo se presenta en un momento posterior a la celebración de la Junta de Selección, ya que se refiere específicamente al escalafonamiento de quienes realizaron y aprobaron el mencionado curso. De cualquier manera, el hecho que sea requerido un concepto en alguna etapa del proceso, no significa que por ese solo hecho se esté contemplando la existencia de una facultad discrecional. Como quedó dicho, estas son de reserva de ley y que el legislador otorgue funciones a ciertos órganos no quiere decir que queden tácitamente autorizados para ejercerlas, ni que por vía reglamentaria se puedan atribuir poderes que no les han sido conferidos.

Por último, el artículo 41 del Decreto ley 1790 expone:

“Aspirantes a oficiales o suboficiales del cuerpo administrativo. Los aspirantes a ingresar como oficiales o suboficiales del Cuerpo administrativo serán incorporados mediante disposición del respectivo comandante de fuerza, tendrán la calidad de alumnos durante su permanencia en las escuelas de formación o en las unidades autorizadas para realizar cursos de suboficiales y devengarán una bonificación mensual igual o equivalente a dos salarios mínimos mensuales o a un salario mínimo, según se trate de aspirantes a oficiales o suboficiales.

PARAGRAFO.-Los civiles al servicio de las Fuerzas Militares, se destinarán en comisión de estudios mientras dure el curso, de acuerdo con las disposiciones vigentes.” (Subraya fuera de texto)

En el mismo sentido que el artículo 37, esta norma lo que pretende es radicar en cabeza del respectivo Comandante de la Fuerza la función de expedir la disposición mediante la cual serán incorporados los aspirantes, sin que ello implique la consagración implícita de competencias discrecionales no contempladas expresamente.

Del análisis de las disposiciones de rango legal que regulan el ingreso al Cuerpo Administrativo de las FFMM, se observa que en ninguna de ellas se identifica el otorgamiento de facultades de carácter discrecional en cabeza de las Juntas de Selección, como sí ocurre con otro tipo de actuaciones⁴⁸. Esta situación fue reconocida por la Corte en los siguientes términos:

“Teniendo en cuenta que la Policía Nacional y las Fuerzas Militares tienen a su cargo la protección del orden constitucional y de los derechos y libertades de los ciudadanos y la convivencia pacífica, la ley ha optado por un régimen de carrera de sus funcionarios que permita cierta flexibilidad⁴⁹, de suerte que se pueda garantizar el cabal cumplimiento de las tareas constitucionales encomendadas a la Fuerza Pública. Por supuesto que dicha flexibilización, no conlleva una patente de corso para el desconocimiento de los principios constitucionales que la orientan. En un Estado Social de Derecho no existen poderes ilimitados, en tanto que ellos están siempre ordenados a un fin específico como lo disponen las normas que les atribuyen competencia, y no a cualquier fin; es precisamente lo que hace que los actos proferidos por las autoridades públicas en ejercicio de sus competencias

legales sean controlables”.⁵⁰

Esta Corporación no desconoce la intención del legislador de consagrar una mayor libertad en la toma de ciertas decisiones específicas al interior de las Fuerzas Militares en materia de carrera. Pero esa situación no habilita para que estos poderes se extiendan a actuaciones que no fueron objeto de determinación expresa en la Constitución ni en la ley. Tampoco es de recibo que mediante disposiciones de inferior rango como reglamentos, circulares, etc., se pretenda flexibilizar el deber de motivación del acto administrativo, mediante el cual las Juntas de Selección eligen definitivamente a quienes se incorporarán a los cursos de orientación militar para luego ser escalafonados⁵¹.

Se colige, entonces, que a esta actuación le son plenamente aplicables las disposiciones de la parte primera del CCA, los principios rectores de la función administrativa y los elementos esenciales de todo régimen de carrera a los que se ha hecho mención a lo largo de esta providencia.

1. Forma de notificación de la decisión final en un concurso de méritos

Los preceptos constitucionales y legales en los que se inspira el deber de motivación de los actos administrativos conducen a que estas decisiones deben constar en principio en algún medio físico en aras de garantizar el derecho de contradicción de los administrados. En ese sentido: “a pesar de que no existe una norma que de manera expresa y general exija que todo acto administrativo conste por escrito, lo normal es que así sea, no solo por razones de índole probatoria, sino porque de esta forma se garantiza el conocimiento de su motivación y consecuentemente, el derecho de defensa y contradicción por parte del administrado, quien al saber con exactitud las razones de la decisión, podrá intentar desvirtuarlas en sede administrativa o judicialmente.”⁵². Vista así la motivación de las actuaciones administrativas y su respectiva comunicación escrita constituyen no solo un freno para la administración que evita la arbitrariedad, sino además una garantía para el administrado de poder ejercer su derecho de defensa o contradicción contra las decisiones sobre las cuales exprese su desacuerdo.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha reconocido la importancia de la debida notificación

de los actos que ponen fin a un proceso administrativo, en la medida en la que garantiza el derecho de defensa y el principio de publicidad de las actuaciones de las autoridades (art. 29 Superior). Al respecto puntualizó:

“Así, la notificación cumple una triple función dentro de la actuación administrativa, a saber: i) asegura el cumplimiento del principio de publicidad de la función pública pues mediante ella se pone en conocimiento de los interesados el contenido de las decisiones de la Administración; ii) garantiza el cumplimiento de las reglas del debido proceso en cuanto permite la posibilidad de ejercer los derechos de defensa y de contradicción y; finalmente iii) la adecuada notificación hace posible la efectividad de los principios de celeridad y eficacia de la función pública al delimitar el momento en el que empiezan a correr los términos de los recursos y de las acciones procedentes.”⁵³

En igual sentido, se ha reconocido que no toda forma de notificación es idónea para que los particulares puedan ejercer de manera efectiva su derecho de contradicción. En virtud del artículo 44 del CCA⁵⁴, se ha sostenido que “el principio general en cuanto a la publicidad de los actos administrativos de carácter particular, es su notificación personal”⁵⁵. De esta forma, se garantiza a los afectados que puedan conocer el contenido de la decisión y, de ser el caso, acudir ante las instancias pertinentes para impugnarla.

Ahora bien, para el caso específico de los concursos de méritos, el artículo 3356 de la Ley 909 de 2004 contempló como medio principal la publicación en la página web de la respectiva entidad, sin perjuicio que pueda ser complementado a través de correo electrónico. Con ello el legislador si bien consagró un medio distinto a la notificación personal, a la vez garantizó el cumplimiento estricto, en orden a las particularidades de la actuación, de la triple función de la notificación. Un resultado oculto violaría el debido proceso. Respecto de la importancia que tiene que los participantes en un proceso de selección puedan conocer efectivamente el contenido de las decisiones, la Corte ha señalado:

“Para lograr los fines del concurso, los participantes y otras personas que eventualmente

puedan tener un interés en sus resultados, tienen derecho a ejercer control sobre la forma como se ha desarrollado. Pero, este control solo podrá ser ejercido en la medida en que la administración dé a la publicidad los resultados del mismo, y que dichos resultados puedan ser analizados y, por consiguiente, controvertidos. Esta publicidad se predica tanto de los concursos que culminan normalmente, es decir, cuando se produce el respectivo nombramiento, como de los que terminan en forma anormal, como los que se declaran desiertos. Además, por regla general no pueden existir resultados ocultos. Y cuando esta situación se presenta, estamos en presencia de una forma de violación al debido proceso”.⁵⁷

Se concluye que es de la esencia de los concursos públicos, así estos sean especiales, que los participantes puedan conocer de manera real y efectiva los resultados del proceso de selección, lo cual deberá comunicarse a través de medios adecuados que permitan conocer la determinación adoptada y así poder controvertirla por intermedio de las instancias administrativas y/o judiciales, en caso de desacuerdo. Acudir a formas que terminen afectando el cumplimiento de estos fines, vulnera el derecho al debido proceso de los participantes cuyo “propósito consiste en evitar que la suerte de las personas quede al albur de una decisión arbitraria”.⁵⁸

1. Principio de confianza legítima en los procesos de selección para ocupar cargos de carrera. Posibilidad de inaplicar las condiciones iniciales cuando violan flagrantemente la Constitución o la ley

Una de las esferas en donde se configura esta expectativa es en la apertura a convocatorias públicas para proveer cargos. En estos casos es claro que los particulares acuden con la confianza mínima en que la entidad tiene la disponibilidad de los cargos en su planta de personal y que la plaza a la que están aplicando será ocupada por el mejor aspirante (mérito como elementos esencial de la carrera), salvo que ninguno de los participantes cumpla con los requisitos o que deba declararse desierto el concurso por cuestiones excepcionales, imperiosas y fundamentadas legalmente. Esta situación se debe a que si la entidad asume el desgaste institucional que implica el proceso de selección, lo cual incluye utilización de recursos y el sometimiento de los aspirantes al cumplimiento de requisitos complejos⁵⁹, es

porque previamente ha determinado y justificado las “necesidades de la fuerza”.

Conforme a lo anterior, el respeto al principio de confianza legítima implica que “el agotamiento de las diferentes etapas del concurso- siempre y cuando se respeten las reglas inicialmente establecidas- traerá como consecuencia necesaria la designación obligatoria de aquel quien ocupa el primer lugar en la lista de elegibles y de aquellos que lo preceden en el orden, dependiendo del número de vacantes disponibles”⁶⁰. De este modo, “se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo y carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento.”⁶¹

En un caso similar al objeto de estudio esta Corporación afirmó:

“A juicio de la Corte, una interpretación sistemática de las normas que regulan el procedimiento de selección para curso de oficiales del cuerpo administrativo de la Fuerza Aérea lleva a la siguiente conclusión: Se debe respetar el orden de los resultados en la etapa de clasificación y evaluación, a menos que, objetivamente, existan fundamentos para obrar de otra forma, los cuales necesariamente serán indicados en el acta respectiva con el fin de permitir el derecho de contradicción y defensa. Considera la Sala que sólo de esa manera se garantiza la transparencia en el proceso sin desconocer la importancia del papel que desempeña la Junta de Selección. En efecto, aceptar que todos los aspirantes ingresan a esta última fase en las mismas condiciones significaría desconocer la idoneidad funcional de las pruebas realizadas hasta entonces, y carecería de sentido el hecho de que las normas internas de la institución hubieren previsto calificaciones porcentuales específicos para cada ítem. Ahora bien, la Junta de Selección no desempeña un papel pasivo o de mero espectador durante el proceso, pues el alto nivel de sus miembros explica que tengan la posibilidad de hacer una valoración integral de los aspirantes de acuerdo al perfil exigido. Lo que ocurre es que los resultados de las pruebas constituyen una fuerte presunción según la cual los puntajes más altos corresponden a los aspirantes mejor calificados. Y si la Junta estima, dentro de su razonable margen de valoración, que debe excluir algún aspirante -en ningún caso puede incluir a quien no participó en la etapa previa-, habrá de consignar expresamente las razones que la llevan a tomar esa decisión. la Sala concluye que la pretermisión de la lista

de aspirantes, según las calificaciones de la primera etapa, significó la imposibilidad de la accionante para realizar el curso de oficial al que tenía derecho, pues así lo acreditaban los resultados obtenidos con la valoración ponderada que la propia institución había fijado de antemano. A juicio de la Corte, no es de recibo el argumento según el cual la demandante no respondía al perfil requerido por la institución, pues la Junta de Selección nada dijo a este respecto. Y si creía que existían razones fundadas y objetivas por las cuales, en su concepto, la aspirante no reunía las mejores condiciones para realizar el curso, ha debido señalarlas de manera expresa en su debida oportunidad a fin de permitirle ejercer su derecho de contradicción y defensa. (...)

Así las cosas, no es comprensible que mientras en unos casos la institución reivindique la sujeción estricta a los puntajes, en otros, como el que ahora ocupa la atención de la Sala, invoque la autonomía de la Junta de Selección para defender la posición contraria.”⁶²

En este punto debe anotarse que cuando se alude a la obligación de mantener las condiciones establecidas en la convocatoria, se hace referencia en primer lugar a aquellas contempladas en las normas de rango constitucional y legal que regulan este tipo de actuaciones, y luego a las que hayan sido diseñadas por la entidad para el caso específico, que deben estar conforme a la ley y la Constitución. Esto se debe a que son las primeras las que contemplan los preceptos esenciales de la función administrativa, del acceso a los cargos públicos y de la carrera. Este aspecto tiene a su vez una estrecha relación con el principio de legalidad de los actos administrativos, en el sentido de que es dable presumir que los reglamentos del concurso se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico superior.

Así, si bien por regla general las condiciones establecidas en una convocatoria pública son inmodificables, en aquellos casos en donde las condiciones diseñadas por la entidad contrarían de manera evidente normas de mayor rango, el juez de tutela podrá incluso restablecer el orden constitucional y legal inaplicando aquellas disposiciones que vulneren los derechos fundamentales de los participantes (art. 4° Superior). En otros términos, se deberá defender “la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales”.⁶³

1. El caso concreto

En el caso particular se tiene que el señor Bermúdez Ramos fue el único aspirante que se presentó a la convocatoria pública para ingresar al curso número 30 de oficiales del Cuerpo Administrativo de la FAC para el cupo de Administrador de Empresas con especialización en Derecho Disciplinario. También se aprecia que a pesar de haber cumplido con los requisitos de aplicación y superado todas y cada una de las pruebas realizadas en el proceso de selección, le fue notificado mediante una simple llamada telefónica que la Junta de Selección había decidido discrecionalmente no elegirlo por necesidades de la fuerza, pudiendo además corroborar que dicha plaza no fue ocupada por aspirante alguno.

Atendiendo lo anterior, le corresponde a la Sala previamente determinar la procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto. De superarse este punto, pasará a estudiar de fondo si con la actuación endiligada a la FAC se vulneró los derechos fundamentales del accionante.

6.1. Los artículos 86 de la Constitución y 5° del Decreto ley 2591 de 1991, contemplan la posibilidad que tienen los particulares de acudir a la solicitud de amparo para hacer valer sus derechos fundamentales, cuando éstos son amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas. La Corte ha manifestado que la tutela contra actos de la administración “se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que ella será procedente para la protección de derechos fundamentales siempre que (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o que existiendo no resulte eficaz para su amparo; o (ii) que se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable”⁶⁴. En el primer escenario la solicitud estará encaminada a obtener un pronunciamiento judicial que dé una solución definitiva, mientras que en el segundo la decisión que se profiera buscará otorgar una medida transitoria que impida la causación de un perjuicio irremediable en tanto se decide acerca de la legalidad de la actuación ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En cuanto a la ineficacia de los medios ordinarios que hace procedente el estudio de fondo de manera directa, “ha sido constante la jurisprudencia de esta Corte en el sentido de que, frente al objetivo prevalente de asegurar el respeto a los derechos fundamentales por la vía

judicial, no es lo mismo cotejar una determinada situación con preceptos de orden legal que compararla con los postulados de la Constitución, pues la materia objeto de examen puede no estar comprendida dentro del ámbito de aquél, ni ofrecer la ley una solución adecuada o una efectiva protección a la persona en la circunstancia que la mueve a solicitar el amparo, encajando la hipótesis, en cambio, en una directa y clara vulneración de disposiciones constitucionales. La Corte recalcó esa diferencia, respecto de la magnitud del objeto de los procesos, haciendo ver que una es la dimensión de los ordinarios y otra la específica del juicio de protección constitucional en situaciones no cobijadas por aquéllos”.⁶⁵

Como consecuencia de ello la Corte ha afirmado que “aunque en principio la existencia de otros medios de defensa judicial hace improcedente la acción de tutela, la sola existencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada”⁶⁶. En realidad, para poder determinar cuál es el medio adecuado de protección, se hace imprescindible que el juez constitucional entre a verificar si, cumplidos ciertos condicionamientos, ‘las acciones disponibles protegen eficazmente los derechos de quien interpone la acción o si, por el contrario, los mecanismos ordinarios carecen de tales características, evento en el cual el juez puede otorgar el amparo’⁶⁷”.⁶⁸ De esta manera, en virtud del artículo 669 del Decreto ley 2591 de 1991, el juez constitucional deberá analizar en concreto los diferentes factores e intereses jurídicos que se encuentran en juego y establecer si la vía contenciosa garantiza de manera integral la protección idónea y eficaz de los derechos fundamentales de los afectados, de tal forma que “la aceptación de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra los actos administrativos depende de si del contenido de los mismos deviene una vulneración de los derechos fundamentales o la amenaza de la ocurrencia de un perjuicio irremediable de tal magnitud, que obligue la protección urgente de los mismos.”⁷⁰. Esta posición ha sido sostenida desde temprana jurisprudencia en los siguientes términos:

“En conclusión, la Corte mantiene su doctrina, reiterando que: el juez de tutela debe examinar, en cada caso, si el mecanismo alternativo de defensa judicial que es aplicable al caso, es igual o más eficaz que aquella.

La Corte, empero, encuentra necesario hacer la siguiente precisión: cuando el juez de tutela halle que existe otro mecanismo de defensa judicial aplicable al caso, debe evaluar si, conocidos los hechos en los que se basa la demanda y el alcance del derecho fundamental

violado o amenazado, resultan debidamente incluidos TODOS los aspectos relevantes para la protección inmediata, eficaz y COMPLETA del derecho fundamental vulnerado, en el aspecto probatorio y en el de decisión del mecanismo alternativo de defensa. Si no es así, si cualquier aspecto del derecho constitucional del actor, no puede ser examinado por el juez ordinario a través de los procedimientos previstos para la protección de los derechos de rango meramente legal, entonces, no sólo procede la acción de tutela, sino que ha de tramitarse como la vía procesal prevalente. Así como la Constitución no permite que se subplante al juez ordinario con el de tutela, para la protección de los derechos de rango legal, tampoco permite que la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales, sea impedida o recortada por las reglas de competencia de las jurisdicciones ordinarias.

En los casos en los que, aún existiendo otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela, por las razones anotadas, resulte prevalente, el juez de tutela podrá señalar en su fallo, la libertad del actor para acudir al otro medio de defensa del derecho, a fin de reclamar la responsabilidad en que ya haya incurrido quien lo violó o amenazó.”⁷¹

Tratándose de procesos de selección para proveer cargos públicos de carrera en donde el mérito es el criterio esencial de elegibilidad, “en numerosos pronunciamientos la Corte ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela, a pesar de la presencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por cuanto esta última no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y de acceso a los cargos públicos⁷²”.⁷³ Al respecto, ha sostenido:

“Así las cosas, esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.

La Corte estima que la satisfacción plena de los aludidos derechos no puede diferirse indefinidamente, hasta que culmine el proceso ordinario, probablemente cuando ya el

período en disputa haya terminado. Se descarta entonces en este caso la alternativa de otro medio de defensa judicial como mecanismo de preservación de los derechos en juego, que son de rango constitucional, de aplicación inmediata (art. 85 C.P.) y que no pueden depender de un debate dado exclusivamente en el plano de la validez legal de una elección, sin relacionarlo con los postulados y normas de la Carta Política.”⁷⁴

En el caso particular encuentra la Corte que los medios de defensa judiciales de que dispone el accionante como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, e incluso la posibilidad de solicitar en dicho trámite la suspensión provisional del acto administrativo, no ofrecen la suficiente seguridad para la protección plena de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo en condiciones dignas, al debido proceso administrativo, a la buena fe y al acceso a la carrera especial de oficiales de las Fuerzas Militares, ni de los principios de reserva de ley y de legalidad.

La oportunidad que brinda la acción de tutela para la garantía efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, sumado a la protección material de los mismos en orden a las particularidades que ofrece el presente asunto, constituyen razones suficientes al menos para habilitar el estudio inicial de este asunto dada la relevancia constitucional que ofrece la materia. En ese sentido, las circunstancias especiales del caso conllevan a la imperiosa necesidad de obtener un pronunciamiento oportuno, expedito y definitivo en sede de tutela, que evite la prolongación en el tiempo de la violación de los derechos fundamentales que reclaman una protección inmediata a la luz del ordenamiento constitucional. Adicionalmente, el asunto ofrece como materia de discusión el alcance de disposiciones constitucionales como los artículos 125 y 217, que exigen la intervención directa de la Corte Constitucional como intérprete autorizado de la Carta Política (art. 241 superior).

6.2. En cuanto a la falta de inmediatez en la presentación de la acción de tutela que haría improcedente el estudio de fondo en sede de tutela, se observa que la llamada telefónica en la que se le informó al aspirante que no había sido seleccionado fue realizada en el mes de junio de 2011. Por su parte, la acción de tutela fue interpuesta en julio del mismo año, habiendo transcurrido cerca de un mes entre uno y otro suceso. Por este motivo, no le asiste razón a la entidad demandada al afirmar que no hay inmediatez en la presentación de la

acción.

6.3. Una vez justificada la procedibilidad de la acción, debe la Sala emprender el análisis de las cuestiones de fondo con el propósito de determinar si en el caso concreto se afectaron los derechos fundamentales invocados y, de ser el caso, otorgar el amparo solicitado.

6.4. Como quedó establecido, la decisión final en un proceso de selección de personal para el Cuerpo Administrativo de las FFMM, es un acto administrativo al que por regla general le aplica la primera parte del CCA y los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, buena fe, eficiencia, participación, responsabilidad y transparencia propios de la función administrativa. De igual forma, se dejó sentado que esta actuación se enmarca dentro del régimen especial de carrera de las FFMM, por lo que se debe dar cumplimiento a los elementos esenciales de la carrera administrativa como son: i) la eficacia y eficiencia en la función pública, la estabilidad laboral y la igualdad en el acceso a los cargos; ii) el mérito como criterio fundamental de elegibilidad; y iii) el concurso como proceso de selección para determinar a quien mejor cumple las exigencias legales. También se hizo alusión a las facultades discrecionales de la administración que en todo caso están supeditadas a su expresa consagración constitucional o legal y deberán ejercerse bajo los límites impuestos por el artículo 36 del CCA.

En su respuesta al auto de pruebas en sede de revisión, la entidad accionada hizo alusión como fundamento de su determinación al numeral 17, literal e, sección D, del Reglamento de Incorporación, como la norma que contempla la facultad en cuestión. Dice la norma reglamentaria:

“La selección será a cargo de la junta de Selección, en reunión presidida por el Comandante de la Fuerza Área o el Segundo Comandante y Jefe de Estado Mayor de la Fuerza Aérea, según el caso. La Junta de Selección de aspirantes a ingresar a las escuelas de Formación de la Fuerza Aérea, analiza la información general de quienes han aprobado las diferentes pruebas del proceso y estudia factores cualitativos y cuantitativos de cada uno de los aspirantes seleccionándose discrecionalmente el aspirante que por su perfil personal, profesional y razón del buen servicio será llamado a integrar el curso.”

En esa medida, esta Corporación debe señalar que al ser el reglamento una norma inferior a la ley dentro de la jerarquía normativa, no tiene la capacidad jurídica de atribuir facultades

discrecionales que no hayan sido otorgadas expresamente por disposiciones de rango legal.

Ahora bien, dicha disposición reglamentaria fue expedida en virtud del Decreto Ley 1605 de 1988, “por el cual se aprueba el Reglamento de Publicaciones Militares”⁷⁵, que autorizó a la FAC para que expidiera sus reglamentos, manuales y guías, entre otros (art. 376). Por su parte, esta norma legal no hizo otra cosa que facultar a ciertos órganos para dictar otras de inferior categoría a la misma, sin que hubiera estipulado directa ni expresamente la existencia de facultades discrecionales en cabeza de las Juntas de Selección.

Como se explicó en la parte dogmática de esta decisión, en relación con las normas legales que conciernen al régimen especial de carrera de las FFMM, esto es, el Decreto Ley 1790 de 2000 y la Ley 1104 de 2006, se concluyó que en ninguno de ellos se consagró el otorgamiento de facultades discrecionales en cabeza de las Juntas de Selección, por lo que es claro que el acto administrativo mediante el cual se selecciona a quien ingresará al respectivo curso de orientación militar le son aplicables las disposiciones de la parte primera del CCA, los principios rectores de la función administrativa y los elementos esenciales de todo régimen de carrera.

De esta manera, se concluye que la Junta de Selección de la FAC no gozaba legalmente de la facultad de decidir discrecionalmente acerca de la incorporación del actor al curso número 30 del Cuerpo Administrativo de la FAC. Por consiguiente, su deber estaba dado en aplicar irrestrictamente los presupuestos de la primera parte del CCA; los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, buena fe, eficiencia, participación, responsabilidad y transparencia propios de la función administrativa; y aplicar indefectiblemente el mérito como criterio principal de elegibilidad. Sin embargo, ello no ocurrió así desconociendo la FAC que existía una planta de personal disponible para los cupos requeridos y un candidato que había cumplido todos los requerimientos para ser elegible.

6.5. Del material probatorio que obra en el expediente se encuentra que la razón por la que la referida Junta de Selección llegó a la determinación fue “por necesidades de la fuerza”. Como ha quedado explicado, este tipo de aseveraciones abstractas no cumplen con la finalidad de garantizar los presupuestos constitucionales que sustentan el deber de motivar debidamente los actos administrativos, como son la cláusula de Estado de derecho, el

principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración y los derechos de contradicción y de defensa. De esta forma, si esa era la causa por la que el accionante no había sido seleccionado, la FAC debió haber expresado de manera clara y concreta, aunque fuera mínimamente, la manera en que aquella decisión contribuía en el mejoramiento de la fuerza. A pesar de ello, en los diferentes pronunciamientos se omitió dicha explicación, razón por la cual la Sala encuentra que no existen razones constitucionalmente válidas para haber declarado desierta la convocatoria, como mecanismo excepcional en cabeza de la Junta de Selección, por lo que, a no dudarlo, el accionante debió haber sido seleccionado y su desconocimiento llevó a la vulneración de sus derechos fundamentales.

6.6. Respecto a la circunstancia de ser el accionante el único candidato en el proceso de selección, para la Sala no existen elementos que indiquen que en sí misma esa situación contradiga los elementos esenciales de la carrera a los que se ha hecho mención, como pasa explicarse.

En primer lugar, es posible afirmar que cuando en un concurso público se han cumplido a cabalidad los fines esenciales de la eficacia y eficiencia en la función pública, así como la igualdad en el acceso a los cargos, la existencia de un solo participante, no implica per se que existan motivos válidos para que deba cuestionarse el apego al ordenamiento jurídico de la actuación. Esto no significa que la pluralidad no sea algo deseable. Sin embargo, no puede aseverarse que por el solo hecho de la singularidad, el proceso de selección devenga en inconstitucional o ilegal y que, por ende, deba declararse inválido. Lo que sí resultaría contrario a los anteriores postulados sería escoger un aspirante que no cumpla los requisitos o que la publicidad de la convocatoria se diera de manera restringida.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en las normas constitucionales y legales que rigen la materia, así como en los reglamentos del concurso, no existe disposición alguna que consagre la necesidad de pluralidad de aspirantes.

Quedó probado que el accionante fue el único aspirante al cargo de Administrador de Empresas con especialización en Derecho Disciplinario que participó en la convocatoria además de superar todas las pruebas de mérito que se le aplicaron. Adicionalmente, en ningún momento fue alegado que se hubiera presentado una afectación de la igualdad en el

acceso al concurso. Por lo anterior, no encuentra la Corte razones constitucionalmente válidas para considerar que el hecho de haberse presentado solo configure por sí mismo una causal que justifique la invalidación del proceso, ya que esta situación no impide que se garanticen los tres elementos esenciales de la carrera antes examinados.

Aunque en gracia de discusión se considerara la pluralidad de postulantes como un aspecto necesario para la continuación del concurso, lo cierto es que desde el inicio se ha debido advertir esta situación y no esperar al agotamiento de todas las etapas del proceso para llegar a esa conclusión. Por estas razones, se descarta que la condición de aspirante único afecte la validez del proceso de selección.

Siendo la decisión de la Junta de Selección una actuación de esta naturaleza, es claro para la Sala que la entidad debió haber garantizado que el interesado tuviera acceso a un documento físico que le permitiera ejercer su derecho de defensa, notificándolo en debida forma del contenido de la medida. Sin embargo, al accionante le fue comunicada la decisión de no ser seleccionado mediante una simple llamada telefónica. Esto conlleva a que la entidad no solo se apartó de los criterios expuestos en esta providencia acerca del ejercicio de la facultad discrecional, sino que además no adoptó ningún mecanismo que resultara idóneo para que el accionante pudiera ejercer su derecho de defensa. La FAC con su obrar impidió al actor que tuviera la oportunidad de controvertir la decisión, poniéndolo en un estado de indefensión derivado de no tener argumentos que desvirtuar, ni documento escrito que le permitiera eficazmente acudir ante las autoridades judiciales. Conforme a lo expuesto, se colige que con estas actuaciones la Junta de Selección desconoció el derecho fundamental al debido proceso del accionante.

6.8. En cuanto a la afectación del principio de confianza legítima en las actuaciones de la administración, se señaló que este consiste principalmente en la garantía que tienen los particulares en que el proceder de las autoridades se de con lealtad, buena fe y sujeción a las disposiciones constitucionales y legales que rigen la respectiva actividad. En el caso de un concurso de méritos, se materializa con la selección del mejor de los aspirantes al final del procedimiento, salvo que se presenten situaciones excepcionales que justifiquen la declaratoria de desierta de la elección. Si bien por regla general las condiciones establecidas

en la convocatoria pública son inmodificables, en aquellos casos en donde estas son violatorias de derechos fundamentales, debe el juez de tutela inaplicar aquellas que resulten contrarias al ordenamiento superior, de tal forma que se restablezca el orden alterado.

En el caso concreto se tiene que la FAC al abrir la convocatoria pública para hacer parte del curso número 30 de Oficiales del Cuerpo Administrativo, terminó creando la confianza legítima en el accionante de que el proceso de selección se llevaría con apego al ordenamiento jurídico aplicable y que de esta manera la plaza de Administrador de Empresas con especialización en Derecho Disciplinario sería ocupada por el mejor participante. Sin embargo, la entidad decidió injustificadamente no hacerlo, aún cuando existía un concursante que cumplía con los requisitos objetivos de mérito que habían sido fijados.

De esta forma, la confianza legítima en este asunto opera respecto de la prevalencia del mérito como criterio esencial de elegibilidad, por lo que es claro que la actuación debió culminar con la elección del accionante y no con la injustificada decisión de no vincular a persona alguna. En estos términos, la inobservancia del principio al que aquí se ha hecho alusión, deriva en una violación de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a los cargos públicos del actor.

6.9. En virtud de todo lo anterior en el caso particular se colige lo siguiente:

i. La entidad obró por fuera de las competencias que le fueron otorgadas por la Constitución y la ley al haber adoptado la decisión de no seleccionar al aspirante mediante el uso de facultades discrecionales que no están contempladas por el ordenamiento legal, las cuales de cualquier manera no pueden desconocer los elementos esenciales del régimen general de carrera. Con ello la FAC vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y a la buena fe, ya que por un lado la decisión en sí misma es contraria al orden constitucional y, por el otro, no se le dio la oportunidad al accionante de controvertirla.

i. La FAC violó el principio de confianza legítima al haber desconocido el mérito como criterio esencial de elegibilidad y haber decidido discrecionalmente no ocupar la plaza de Administrador de Empresas con especialización en Derecho Disciplinario. Esta afectación deriva en una violación a sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a los empleos públicos.

Por los argumentos expuestos, considera la Sala que el accionante tiene el derecho a ocupar la plaza para la cual concursó, razón por la cual se ordenará a la entidad su incorporación inmediata al siguiente curso de orientación militar, para luego ser escalafonado al interior de la fuerza en las mismas condiciones que si hubiera sido elegido inicialmente.

En cuanto a las acusaciones realizadas por el accionante acerca de la discriminación por su condición de soldado profesional, se encuentra que dichas afirmaciones no fueron objetivamente sustentadas, ni existe evidencia acerca de su veracidad, por lo que en el caso particular no se tendrán en cuenta como elemento de juicio para tomar una decisión en el caso concreto. Ello no es óbice para observar que la falta de información puede originar dudas o inferencias de esa naturaleza.

Por último, en aras de impedir la prolongación de prácticas que vulneran derechos fundamentales de los participantes en concursos en donde el mérito es criterio esencial de elegibilidad, la Corte estima necesario que el contenido de esta sentencia se divulgue al interior de la FAC de tal forma que, por un lado, los funcionarios a los que se les confíe la realización de estos procedimientos tengan la posibilidad de conocer los elementos esenciales a los que se deben sujetar y, por el otro, que quienes participen en ellos puedan conocer los derechos que les asisten.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida el 16 de agosto de 2011, por

la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que declaró la improcedencia del amparo y revocó el fallo del 28 de julio de 2011 dictado por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, que negó las pretensiones del actor.

Segundo.- CONCEDER la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo en condiciones dignas, al debido proceso, a la buena fe, a la confianza legítima, al acceso a la carrera, a la reserva de ley y al principio de legalidad, en los términos previstos en esta sentencia. En consecuencia, ORDENAR a la Fuerza Aérea Colombiana que incorpore inmediatamente al señor Héctor Yezid Bermúdez Ramos al siguiente curso de orientación militar para Oficiales del Cuerpo Administrativo de la entidad, de tal forma que pueda ingresar como Administrador de Empresas con especialización en Derecho Disciplinario, en las mismas condiciones en las que lo hubiera hecho de haber sido elegido inicialmente. En todo caso el cumplimiento de esta orden no podrá exceder el término máximo de dos (2) meses.

Tercero.- ORDENAR a la Fuerza Aérea Colombiana que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en los hechos que motivaron esta determinación. Para ello quienes tienen a cargo la realización de los concursos al interior de la Fuerza Aérea Colombiana deberán adoptar las medidas necesarias para ajustar los procedimientos de selección a las consideraciones vertidas en esta decisión.

Cuarto.- ORDENAR a la Fuerza Aérea Colombiana que a nivel pedagógico publique el contenido de este fallo en las convocatorias que en adelante realice para el ingreso de personal a la carrera especial en las Fuerza Militares.

Quinto.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese, insértese y cúmplase.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 PROCEDENCIA DE LOS OFICIALES DEL CUERPO ADMINISTRATIVO. Los oficiales del Cuerpo Administrativo procederán de oficiales en actividad hasta el grado de Mayor o Capitán de Corbeta, de suboficiales y civiles, que acrediten el título de formación universitaria, siempre que así lo soliciten y de acuerdo con las necesidades de las Fuerzas Militares, previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.

2 Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

3 El artículo 10 del Decreto 1790 de 2000 dispone que los órganos que componen las FFMM se encuentran divididos internamente en “cuerpos”, según las funciones que cada uno desempeña al interior de cada entidad. Para el caso específico de la FAC, la clasificación se da en Oficiales del Cuerpo de Vuelo; Oficiales del Cuerpo de Seguridad y Defensa de Bases Aéreas; Oficiales del Cuerpo Logístico Aeronáutico; Oficiales del Cuerpo Administrativo; y Oficiales del Cuerpo de Justicia Penal Militar. Por su parte, el Cuerpo Administrativo de los

diferentes órganos está compuesto por personas que en su condición de oficiales, suboficiales o civiles, todos con título universitario, han sido seleccionados y escalafonados para ejercer su profesión al interior de la respectiva fuerza, previa solicitud del aspirante y según las necesidades de la entidad (artículos 17 y 36 del Decreto Ley 1790 de 2000).

4 Esta diferenciación fue sostenida por esta Corporación en la sentencia de T-189 de 1998, en donde se hizo la distinción entre la función de control de la Contraloría General de la Nación frente a otras de carácter meramente administrativo. Al respecto, se dijo: “Por ello la Constitución no sólo ‘termina con la coadministración que se ejercía mediante el control fiscal previo’, sino [...] dispone que la Contraloría no ‘tendrá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización’ (CP art. 267, inciso 4º), precepto que, como bien lo señaló durante la vigencia de la anterior Constitución la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema, y también lo ha establecido esta Corte Constitucional, es una limitación más que otra cosa. El significado de esa norma es entonces que la única función propiamente de actuación administrativa que ejercen los contralores es la relativa a la organización interna de la entidad, como puede ser la ejecución del presupuesto y el nombramiento de funcionarios, por lo cual, al desarrollar la actividad de fiscalización, estos órganos de control deben evitar convertirse en coadministradores.”(Subraya fuera de texto)

5 Como mecanismos de actuación de los entes públicos se encuentran los actos administrativos, los hechos administrativos, las operaciones administrativas, las vías de hecho y las omisiones. Los primeros fueron definidos por el Consejo de Estado de la siguiente manera: “Doctrinaria y jurisprudencialmente, un acto administrativo es toda manifestación de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos. Esto quiere decir, que un pronunciamiento de la Administración es un acto administrativo si tiene por contenido crear, extinguir o modificar una situación jurídica general o particular.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 5 de mayo de 2011, número de Radicación: 05001-23-31-000-2002-03531-01(17264). Cfr. artículo 83 del Código Contencioso Administrativo.

6 El CCA al definir su campo de aplicación adoptó lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado como criterio funcional de los actos administrativos. Según éste, corresponderá la aplicación de la parte primera del Código siempre que la manifestación de la voluntad de

las autoridades se de en ejercicio de funciones de tipo administrativo.

7 La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

8 Principios de la función administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen. Parágrafo. Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.

9 Finalidades de la función administrativa. La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política. Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general.

10 Los empleos en 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. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.”

11 La Corte ha señalado que la Constitución ha previsto en diferentes normas la creación de regímenes especiales de carrera para ciertas entidades: la Contraloría General de la República (artículo 268, numeral 10º); la Procuraduría General de la Nación (artículo 279); la Rama Judicial (artículo 256, numeral 1º); la Fiscalía General de la Nación (artículo 253); las Fuerzas Militares (artículo 217); la Policía Nacional (artículo 218). Ver, Sentencia C-391 de 1993.

12 Sentencia C-753 de 2008.

13 La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

14 Sentencia C-179 de 2006.

15 Cfr C-179 de 2006

16 Se precisa que la Ley 1104 de 2006 (modificó parcialmente el Decreto ley 1790 de 2000), en su artículo 29 autorizó al Gobierno Nacional para compilar las normas de esta Ley con el mencionado Decreto, para lo cual expidió el Decreto 1428 de 2007. Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-839 de 2008, declaró inexecutable el artículo 29 de la Ley 1104 y se declaró inhibida para conocer de fondo sobre la legalidad del Decreto 1428. Por esta razón, las normas vigentes en materia de carrera en las FFMM son el Decreto 1790 de 2000 y la Ley 1104 de 2006.

17 El Decreto-ley 1790 de 2000, “por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de

carrera de personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, regula en el título III “De la Administración de Personal”, lo referente al ingreso, ascenso y formación de oficiales y suboficiales de esa institución”. El Decreto 1791 de 2000 “por el cual se modifican las normas de carrera del personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”, consagra en su título III las disposiciones que consagran los requisitos para el ingreso, ascenso y formación de miembros de la Policía Nacional.

18 Sentencia C-179 de 2006.

19 Sentencia C-308 de 2007. En el mismo sentido pueden mencionarse las sentencias C-071 de 1993, C-356 de 1994, C-507 de 1995, C-746 de 1999, C-563 de 2000, C-725 de 2000, C-563 de 2000, C-1230 del 2005. Específicamente, en la sentencia T-753 de 2008 se dijo: “Esta Corporación ha establecido que los sistemas específicos de carrera deben respetar los principios generales que orientan el régimen de carrera general, esto es, el mérito como criterio esencial, la igualdad, la estabilidad, los derechos fundamentales, la búsqueda de la transparencia, eficiencia y la eficacia en la administración pública, la prevalencia del interés general, así como los demás derechos, valores y principios fundantes del Estado social y constitucional de Derecho. Por consiguiente, ha sido claro para esta Corte que los sistemas específicos no constituyen regímenes autónomos e independientes, sino que se entienden como una ‘derivación’ del régimen general de carrera, de sus principios y postulados fundamentales, y que sólo buscan “flexibilizar” la regulación de tal manera que responda a la especial naturaleza de las funciones constitucionales y legales atribuidas a ciertas entidades e instituciones públicas, respondiendo siempre a criterios objetivos y razonables”.

20 Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

21 Principios que orientan el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa. La ejecución de los procesos de selección para el ingreso y ascenso a los

empleos públicos de carrera administrativa, se desarrollará de acuerdo con los siguientes principios: a) Mérito. Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos; b) Libre concurrencia e igualdad en el ingreso. Todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias podrán participar en los concursos sin discriminación de ninguna índole; c) Publicidad. Se entiende por esta la difusión efectiva de las convocatorias en condiciones que permitan ser conocidas por la totalidad de los candidatos potenciales; d) Transparencia en la gestión de los procesos de selección y en el escogimiento de los jurados y órganos técnicos encargados de la selección; e) Especialización de los órganos técnicos encargados de ejecutar los procesos de selección; f) Garantía de imparcialidad de los órganos encargados de gestionar y llevar a cabo los procedimientos de selección y, en especial, de cada uno de los miembros responsables de ejecutarlos; g) Confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos públicos de carrera; h) Eficacia en los procesos de selección para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil del empleo; i) Eficiencia en los procesos de selección, sin perjuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que han de rodear al proceso de selección.

22 El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

23 Sentencia C-753 de 2008. En el mismo sentido ver las sentencias C-195 de 1994 y C-431 de 2010, entre otras.

24 Sentencia C-479 de 1992.

25 Sentencia SU-136 de 1998. En este mismo sentido pueden consultarse las sentencias: C-479 de 1992, C-195 de 1994, C-041 de 1995, C-040 de 1995, C-037 de 1996, C-387 de 1996, C-030 de 1997, C-539 de 1998, C-110 de 1999, C-563 de 2000, C-109 de 2000, C-371 de 2000, C-486 de 2000, C-1177 de 2001, C-292 de 2001, C-954 de 2001, C-517 de 2002, C-1079 de 2002, C-969 de 2003, y C-077 de 2004, C-733 de 2005, C-532 de 2006, C-315 de 2007, T-808 de 2007, C-588 de 2009, C-431 de 2010 y T-569 de 2011.

26 Ver, entre otras, las sentencias C-108 de 1995, C-525 de 1995 y C-1173 de 2005.

27 Sentencia T-064 de 2007.

28 Sentencia C-031 de 1995. Esta posición ha sido igualmente defendida por el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Tratándose de la facultad discrecional, reiteradamente se ha dicho que es una potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente determinada por la ley. En estos eventos, el servidor público es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades”. Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección B, Sentencia del 8 de mayo de 2003, Referencia: 3274-02.

29 Sentencia C-734 de 2000. Esta posición ha sido igualmente defendida por el Consejo de Estado en los siguientes términos: “No obstante, el ejercicio de la potestad discrecional no es ilimitado, sino menguado por el principio de la relatividad, que se traduce en que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo, es el sistema de pesos y contrapesos expuesto por Montesquieu, que impide la existencia de potestades absolutas que corrompen absolutamente. La facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos, pues ello conllevaría admitir el poder majestuoso y soberbio del Estado en una clara alusión a la administración para satisfacer caprichos individuales. (...) La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir la discrecionalidad es

un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad”. (Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección B, Sentencia del 8 de mayo de 2003, Referencia: 3274-02).

30 El contenido de esta norma se mantuvo incólume en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

32 Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

33 No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

34 Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

35 Sentencia C-429 de 2001.

36 Sentencia C-525 de 1995.

37 JOSSERAND, Luis J. El abuso de los derechos y otros ensayos. “Relatividad y abuso de los derechos”. Editorial Temis. Bogotá. 1.982, pág. 25.

38 Sentencia T-602 de 1992.

39 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp.: 17009.

40 Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección B, Sentencia del 8 de mayo de 2003, Referencia: 3274-02.

41 Sentencia T-064 de 2007.

42 Sentencia SU-917 de 2010.

43 Decreto ley 01 de 1984.

44 Sentencia T-064 de 2007.

45 Sentencia SU- 917 de 2007.

46 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 18 de mayo de 2006, Radicado número: 25000-23-25-000-2001-00140-01 (4319 -04). En el mismo sentido pueden verse las siguientes sentencias de ese alto tribunal: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 3 de febrero de 2011, Radicación número: 25000-23-25-000-2002-00492-01 (0388-09); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 8 de mayo de 2003, Referencia: 3274-02; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 31 de enero de 2002, Radicación número: 07001-23-31-000-1997-0631-01 (1958 -98)

47 No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas. Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

48 A manera ilustrativa se pueden revisar los artículos 31, 45, 89, 100 y 104 del Decreto Ley 1790 de 2000, en donde se consagran expresamente facultades discrecionales en cabeza de distintos órganos de las FFMM. Ello con el propósito de verificar el hecho de que la ausencia de éstas en el caso de las Juntas de Selección no fue un simple descuido, sino por el contrario

es prueba de que la intención no fue excluir estas actuaciones de la plena aplicación del régimen general de carrera, ni de las normas generales del ejercicio de la función administrativa.

49 Cfr. C-368/99.

50 Sentencia C-179 de 2006.

51 “Este mismo estudio fue realizado al declarar la existencia de la facultad discrecional consagrada para el retiro de los miembros de las FFMM. En esa oportunidad se dijo: “En varias oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la facultad discrecional que se concede a dichas instituciones para retirar del servicio a sus miembros por razones del servicio, encontrando admisible desde la perspectiva constitucional el retiro en esas circunstancias dadas las funciones constitucionales que se les atribuyen. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha sido cautelosa en precisar que la facultad discrecional para el retiro de funcionarios de la Fuerza Pública no puede ser confundida con arbitrariedad. La discrecionalidad no es otra cosa que una facultad más amplia que se concede por la ley a una autoridad para que ante situaciones específicas normadas explícitamente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias singulares del caso concreto. Nótese que es la ley la que enmarca los elementos en que puede ser ejercida la potestad discrecional para el retiro de miembros de la Fuerza Pública, a saber: i) la existencia misma de la potestad; ii) la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados; y, iii) la obtención de una finalidad específica. No se trata pues de una discrecionalidad al margen de la ley, sino todo lo contrario, es precisamente en virtud de la ley, y en la medida en que ella dispone que puede ser ejercida la potestad discrecional (Sentencia C-179 de 2006).

52 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de abril de 2005, número de radicación: 73001-23-31-000-1995-03243-01 (14519)

53 Sentencia T-210 de 2010.

54 Deber y forma de notificación personal. Las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado. Si la actuación se inició por petición verbal, la notificación personal podrá hacerse

de la misma manera. Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquél haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío se anexará al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto. No obstante lo dispuesto en este artículo, los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación. Al hacer la notificación personal se entregará al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, si ésta es escrita. En la misma forma se harán las demás notificaciones previstas en la parte primera de este código.

55 Sentencia C-620 de 2004.

56 Mecanismos de publicidad. La publicidad de las convocatorias será efectuada por cada entidad a través de los medios que garanticen su conocimiento y permitan la libre concurrencia, de acuerdo con lo establecido en el reglamento. La página web de cada entidad pública, del Departamento Administrativo de la Función Pública y de las entidades contratadas para la realización de los concursos, complementadas con el correo electrónico y la firma digital, será el medio preferente de publicación de todos los actos, decisiones y actuaciones relacionadas con los concursos, de recepción de inscripciones, recursos, reclamaciones y consultas.

57 Sentencia T-286 de 1995.

58 Sentencia T-909 de 2009. Acerca de la importancia del derecho fundamental al debido proceso administrativo, ver la sentencia T-103 de 2006 en donde se afirmó: “Obsérvese que el aparte del artículo 29 superior que se transcribió anteriormente explícitamente dice que el debido proceso se aplicará a toda actuación administrativa; de donde se deduce que ésta, en cualquiera de sus etapas, debe asegurar la efectividad de las garantías que se derivan de dicho principio constitucional. En tal virtud, la Corte ha entendido que los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, así como el de publicidad de los actos de la Administración, tienen vigencia desde la iniciación misma de cualquier procedimiento administrativo, hasta la conclusión del proceso, y debe cobijar a todas las personas que puedan resultar obligadas en virtud de lo resuelto por la Administración. (...) De esta manera,

el debido proceso administrativo se ha definido como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley. El debido proceso administrativo consagrado como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política, se convierte en una manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada en la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes de adoptar una determinada decisión (C.P. arts. 4° y 122).” En el mismo sentido, la sentencia T-796 de 2006 señaló: “4.3. El debido proceso administrativo “comprende una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a reglas mínimas sustantivas y procedimentales, el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades en el ámbito judicial o administrativo, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas, pues es claro que el debido proceso constituye un límite material al posible ejercicio abusivo de las autoridades estatales”. Así mismo, es desarrollo del principio de legalidad, según el cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada en la ley, como también las funciones que les corresponden y el trámite a seguir antes de la adopción de determinadas decisiones. Igualmente, el principio de legalidad impone a las autoridades el deber de comunicar adecuadamente sus actos y el de dar trámite a los recursos administrativos previstos en el ordenamiento jurídico. Siendo desarrollo del principio de legalidad, el debido proceso administrativo representa un límite jurídico al ejercicio del poder político, en la medida en que las autoridades públicas únicamente podrán actuar dentro de los ámbitos establecidos por el sistema normativo, favoreciendo de esta manera a las personas que acuden ante quienes han sido investidos de atribuciones públicas”.

59 Al respecto ver la Sentencia T-569 de 2011 en donde esta Corporación afirmó: “La Sala Plena de este Tribunal, en sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas que, por regla general, conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera. En dicha oportunidad esta Corporación explicó que la escogencia del servidor público de carrera debe estar precedida de las fases de (i) convocatoria, (ii) reclutamiento, (iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de lista de elegibles, enfatizando en que aquellas deben adelantarse con apego al principio de buena fe y los derechos a la igualdad y debido proceso.”

60 Sentencia T-569 de 2011.

61 Sentencia T-455 de 2000.

62 Sentencia T-514 de 2005.

63 Sentencia SU-913 de 2009.

64 Sentencia T-012 de 2009.

65 Sentencia SU-086 de 1999.

66 Sentencia T-433 de 2002.

67 Ibídem.

68 Sentencia T-093 de 2004.

69 CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.
2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus.
3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.
4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.
5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

70 Sentencia T-187 de 2010.

71 Sentencia T-100 de 1994. En el mismo sentido ver la sentencia T-003 de 1992 en donde se afirmó: “Considera esta Corporación que, cuando el inciso 3o. del artículo 86 de la Carta Política se refiere a que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial ...” como presupuesto indispensable para entablar la acción de tutela, debe entenderse que ese medio

tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho. De no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa y, en consecuencia, aún lográndose por otras vías judiciales efectos de carácter puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho deje de ser simplemente una utopía”.

72 Se destacan, entre muchas otras, las sentencias T-046 de 1995, T-256 de 1995, T-325 de 1995, T-326 de 1995, T-389 de 1995, T-433 de 1995, T-475 de 1995, T-455 de 1996, T-459 de 1996, SU-133 de 1998, SU-134 de 1998, SU-135 de 1998, SU-136 de 1998, SU-086 de 1999, T-455 de 2000, SU-1114 de 2000, T-624 de 2000, T-1685 de 2000, T-451 de 2001, SU-613 de 2002, T-484 de 2004 y T-962 de 2004.

73 Sentencia T-514 de 2005.

74 Sentencia SU-133 de 1998. En este mismo sentido pueden verse la sentencias T-095 de 2002, SU-913 de 2009, T-556 de 2010 y T-569 de 2011. Particularmente, en la Sentencia T-388 de 1998 se afirmó: “En reiterada jurisprudencia y acogiendo el mandato contenido en el artículo 6 del decreto 2591 de 1991, esta Corporación ha determinado que las acciones contencioso administrativas no consiguen en igual grado que la tutela, el amparo jurisdiccional de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de vinculación de servidores públicos, cuando ello se hace por concurso de méritos, pues muchas veces el agotamiento de dichas acciones implica la prolongación en el tiempo de su vulneración y no consiguen la protección del derecho a la igualdad concretamente, ya que, en la práctica, ellas tan solo consiguen una compensación económica del daño causado, la reelaboración de la lista de elegibles (cuando inconstitucionalmente se ha excluido a un aspirante o se le ha incluido en un puesto inferior al que merece) y, muchas veces, la orden tardía de nombrar a quien verdaderamente tiene el derecho de ocupar el cargo, pero sin que realmente pueda restablecerse el derecho a permanecer en él durante todo el tiempo que dura el proceso contencioso administrativo y con lo cual se ve seriamente comprometido el derecho, también fundamental, a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, en la modalidad de “acceder al desempeño de funciones y cargos público.”

75 Expedido en uso de las facultades legales otorgadas al Presidente de la Republica por el artículo 66 de la Ley 4 de 1913, de dictar “Todo lo relativo a la administración general de la República, que no esté especialmente atribuido a otros poderes públicos, conforme a la Constitución y a las leyes”.

76 “Solamente las entidades que se determinan a continuación, quedan autorizadas para elaborar y solicitar la edición de publicaciones. (...) 3. Comando de la Fuerza Aérea: (a) Revista de la Fuerza Aérea. (b) Reglamentos particulares. (c) Manuales particulares. (d) T.O.E. (e) Escalafones (f) Prospectos de las escuelas. (g) Guías del alumno. (h) Publicaciones militares y de carácter administrativo que el Comando estime conveniente.” Subraya fuera del texto en cita.