

DEMOCRACIA-Principio estructural del Estado constitucional

El principio democrático es la base del ordenamiento jurídico colombiano y, en esta medida todas las actividades de la administración deben estar supeditadas al mismo, es decir que, la actuación exigida de las autoridades es manifestación del significado jurídico adquirido por la democracia en virtud de su inclusión en el contenido de la Constitución y de su carácter de principio estructural resultante de esa formulación positiva que, lejos de concebirla como una práctica apenas deseable dentro del comportamiento político de los colombianos, expresamente la incorpora al ordenamiento como uno de sus componentes esenciales y hace de ella un rasgo característico del Estado constitucional y de su producción jurídica.

PARTICIPACION DEMOCRATICA-Garantía constitucional

El principio democrático participativo se encuentra garantizado directamente por la Constitución y, se traduce en la posibilidad de poder intervenir en las cuestiones que afectan los intereses personales de cada individuo, razón por la cual no se encuentra limitado a temas electorales y de envergadura nacional, sino que se irradia a todos los sectores sociales, económicos, culturales y familiares entre otros, pues es uno de los presupuestos máximos del ordenamiento jurídico colombiano y, adquiere especial importancia cuando se trata de elegir personas para que representen a una comunidad, ya sea a nivel nacional, departamental, municipal o incluso al interior de entidades, pues se garantiza así una participación por intermedio de aquellos que fueron escogidos en los temas que le incumben a cada colectivo.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Concepto

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Límite jurídico al ejercicio de las potestades administrativas

ADMINISTRACION PUBLICA-Control frente a potestades discrecionales

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA-Alcance de la función de vigilancia y control

ACCION DE TUTELA CONTRA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA-Dar posesión inmediata al

actor en el cargo de miembro de la Junta Directiva de la Caja de Vivienda Militar y Policía para el periodo que fue elegido

Referencia: expediente T- 3.346.914

Acción de tutela instaurada por Juan Bautista Pastrana Goez contra la Superintendencia Financiera.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil doce (2012).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA y MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos emitidos por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Medellín el 14 de junio de 2011 en primera instancia y, el Tribunal Superior de Medellín – Sala Laboral el 5 de agosto de 2011 en segunda instancia, dentro del proceso de tutela iniciado por Juan Bautista Pastrana Goez contra la Superintendencia Financiera, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

El 30 de mayo de 2011, el ciudadano Juan Bautista Pastrana Goez, interpuso acción de tutela contra la Superintendencia Financiera, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la buena fe y a la confianza legítima, basándose en los siguientes hechos:

1. Hechos.

1.1 Mediante la Resolución 4623 de 2010 el Ministerio de Defensa Nacional convocó “al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, y al personal civil o no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional y las Fuerzas Militares, afiliados a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, para la elección de sus representantes en la Junta Directiva de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía.”

1.3 Ahora bien, teniendo en cuenta que el numeral 1.1. del artículo 1 del Capítulo X de la Circular Externa No. 007 de 1996 de la Superintendencia Financiera y el literal g, del numeral 2° del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, establecen que los miembros de junta directiva, consejo directivo o de administración, principales y suplentes, de las entidades vigiladas, deben tomar posesión ante la Superintendencia Financiera y, observando que la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía se encuentra bajo la vigilancia de ésta, la posesión del actor fue puesta en conocimiento de la misma.

1.4 El 7 de diciembre de 2010, mediante oficio No. 2010089091-000, el Comité de Posesiones de la Superintendencia Financiera le informó al accionante, que su posesión había sido negada porque “no cuenta con la experiencia en el ejercicio de las funciones propias de los miembros de juntas directivas, que le permitan cumplir con las responsabilidades requeridas para desempeñar el cargo postulado.

Lo anterior, al considerar que el trabajo adelantado en la Policía Nacional como alumno del nivel ejecutivo del 18/09/1995 al 27/08/1996 y como miembro del nivel ejecutivo del 28/08/01996 a la fecha, no le han permitido adquirir experiencia en temas relacionados con el ejercicio de funciones propias de los miembros de juntas directivas, en especial en entidades del sector vigilado por esta Superintendencia.”

1.5. Frente a esta decisión, el actor interpuso recurso de reposición en donde le expuso a la Superintendencia Financiera que cumplió con todos los requisitos que exige la ley para el ejercicio del cargo ofertado y, que la alegada falta de experiencia en cargos con funciones similares a las de la Junta Directiva, es subjetiva, de manera que no puede ser descalificado por no acreditarla, pues al no estar contemplado este requisito en ninguna norma se podría atentar contra el principio de legalidad y su derecho al debido proceso.

1.6 El 19 de abril de 2011, el Comité de Posesiones de la Superintendencia Financiera, resolvió confirmar la decisión de negar la posesión del señor Pastrana Goez como miembro

principal de la Junta Directiva de la Caja de Vivienda Militar y de Policía, pues consideró que quienes aspiren a este tipo de cargos, “deben acreditar su carácter, idoneidad y experiencia, por cuanto en las actividades que ellos desempeñan está comprometida la confianza pública y el interés general de la comunidad.”

1.7 Como resultado de lo anterior, el 30 de mayo de 2011, el accionante pidió mediante acción de tutela que se ampararan de manera transitoria sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la confianza legítima, que estima vulnerados por la Superintendencia Financiera, pues considera que la vía ordinaria es ineficaz en este caso, ya que tardaría demasiado en reconocer su derecho, teniendo en cuenta que el cargo para el cual fue escogido tiene una duración de 2 años.

2. Intervención de la parte demandada.

La Superintendencia Financiera guardó silencio y no dio respuesta a la acción de tutela.

3. Pruebas relevantes aportadas al proceso.

3.1 Resolución No. 004 de enero 3 de 2006 del Ministerio de Defensa Nacional, en la que se estableció el perfil profesional y el procedimiento para las elecciones de los miembros de la Junta Directiva de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía. (Folios 14 a 19, cuaderno principal).

3.2 Resolución No. 4623 del 20 de agosto de 2010, “Por la cual se convoca al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, y al personal civil o no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional y las Fuerzas Militares, afiliados a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, para la elección de sus representantes en la Junta Directiva de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía.” (Folios 20 a 25, cuaderno principal).

3.3 Acta de Reunión de Trabajo del 21 de octubre de 2010 de la oficina del Grupo de Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional, en la que se evidencia que el señor Juan Bautista Pastrana Goez, fue elegido como representante del personal uniformado de la Policía Nacional con un total de 5.729 votos. (Folios 24, 25 y 26 del cuaderno principal).

3.4. Copia del recurso de reposición interpuesto ante el oficio que negó la posesión del

accionante. (Folios 27 - 31).

3.5. Copia del oficio No. 2010089091 de la Superintendencia Financiera con fecha del 19 de abril de 2011 mediante el cual el Comité de Posesiones confirmó la decisión de negar la posesión del señor Pastrana Goez. (Folios 33 a 38).

3.6 Copia de la hoja de vida del señor Juan Bautista Pastrana Goez y de sus anexos. (Folios 46 a 62, cuaderno principal).

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN.

1. Sentencia de Primera Instancia.

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 14 de junio de 2011 resolvió conceder el amparo solicitado por el señor Pastrana Goez y, en consecuencia ordenó a la Superintendencia Financiera dar posesión inmediata al actor en el cargo de miembro de la Junta Directiva de la Caja de Vivienda Militar y Policía para el periodo que fue elegido.

Consideró el a quo que, mediante la Resolución 4 del 3 de enero de 2006 el Ministerio de Defensa Nacional creó el perfil profesional de los representantes y el procedimiento para las elecciones de los mismos para integrar la Junta Directiva de dicha Caja de Vivienda, la cual no contempló el requisito que ahora le exige la Superintendencia Financiera al actor para poder tomar posesión del cargo. Estableció el Juez de conocimiento que “si se permitiera dicha conducta, sería tanto como prohiar la defraudación de la confianza de los aspirantes, inducida en virtud de la convocatoria, y se estaría asaltando igualmente la buena fe de todos los mismos.”

Adicionalmente, dijo que si bien la negativa de la Superintendencia Financiera se dio en virtud de una competencia discrecional otorgada por la ley 510 de 1999 en concordancia con el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, también es cierto que dicha facultad discrecional no es absoluta, y por lo tanto, “carece de fundamento jurídico la simple manifestación de falta de experiencia del señor JUAN BAUTISTA PASTRANA GOEZ para posesionarlo como miembro de la Junta Directiva de la Caja de Vivienda Militar y de Policía (...)”.

2. Impugnación.

La Superintendencia Financiera apeló el fallo de primera instancia, no sin antes manifestar que le dio pleno cumplimiento al mismo. Explicó que el motivo de que éste tipo de cargos deban posesionarse ante su despacho, obedece a que la Superintendencia tiene para el efecto dos competencias, una objetiva que “conlleva la verificación de que el aspirante no se encuentre incurso en las inhabilidades para el ejercicio del cargo, evento en el cual corresponde al Comité de Posesiones remitirse a las señaladas expresamente por la ley.” La otra competencia que es subjetiva, “implica entre otros aspectos, verificar la idoneidad, experiencia y carácter de quienes de conformidad con la ley solicitan su posesión (...) calidades que implican igualmente preparación profesional, experiencia, carácter, responsabilidad e idoneidad para dirigir a las entidades vigiladas, así como trayectoria profesional, seriedad y desempeño de funciones relacionadas con esta materia que garanticen la adecuada marcha de la respectiva entidad.”

Así pues, se remitió a los argumentos expuestos en la respuesta del recurso de reposición interpuesto por el actor, en donde explicó que su actuar no fue arbitrario o caprichoso, sino que en ejercicio de su facultad discrecional evaluó la idoneidad del candidato, es decir que examinó si la persona era la adecuada o no para el desempeño de la función dada su experiencia y profesionalidad. Para el caso encontró “que el aspirante ha centrado su labor profesional desde el año 2001 hasta la fecha en cargos de sustanciador y secretario en la justicia penal militar, y que su formación académica se centra en temas de derecho penal y disciplinario. Esta formación y experiencia no se relaciona con las funciones de administración y gerencia al máximo nivel de una institución financiera, por lo que no puede considerarse que el recurrente cuente con la experiencia requerida para ejercer como miembro de la Junta Directiva de [sic] Cavimpro, entidad sujeta a una normatividad específica, autorizada para desarrollar unas operaciones y gestionar unos riesgos especiales, respecto de cuya gestión el aspirante no ha tenido contacto”.

3. Sentencia de segunda instancia.

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, mediante sentencia del 5 de agosto de 2011 resolvió confirmar íntegramente el fallo de primera instancia emitido en el proceso de la referencia. Expuso que se “debe descartar el argumento de la Superfinanciera, pues su actitud consiste llanamente en una arbitrariedad, pretendiendo escaparse a las facultades regladas que en un estado constitucional y democrático de derecho permiten ejercer labores

o funciones, con previa regla legal que otorguen competencia. // Suponer que discrecionalmente se puede determinar si alguien elegido y con plenos requisitos, puede o no ostentar tal cargo por mera valoración subjetiva es algo que no puede tolerarse.”

III. INSISTENCIAS.

1. Magistrado Nilson Pinilla Pinilla.

El Magistrado Nilson Pinilla Pinilla presentó insistencia ante la Sala de Selección para que el caso fuese escogido en sede de revisión, pues a su juicio más allá del amplio desarrollo jurisprudencial en relación con el ejercicio de facultades de nombramiento y remoción de servidores públicos, no existen pronunciamientos a nivel general por parte de esta Corte sobre las facultades discrecionales de la administración. Adicionalmente señaló que “en caso de mantenerse la decisión de los jueces de instancia, la Superintendencia Financiera quedaría acusada de obrar de manera arbitraria en perjuicio de los derechos fundamentales del ciudadano accionante, y sintiéndose en imposibilidad de cumplir adecuadamente su función de inspección y vigilancia, encaminada a garantizar la confianza del público en las instituciones del sistema financiero”.

1. Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

El Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, también presentó insistencia para la selección del caso, y argumentó que al actor no se le han vulnerado sus derechos fundamentales pues “[l]a Superintendencia Financiera al negar la Posesión del accionante en la Junta Directiva de [sic] (Caprovinco), hizo uso de facultades discrecionales, que le permiten valorar criterios subjetivos, otorgadas por el ordenamiento a fin de garantizar la estabilidad del sistema financiero y el mercado de valores. Tales competencias, independientemente de la afectación del interés particular del actor en el caso concreto, están encaminadas a proteger la confianza del público en el sistema, por lo que a fin de garantizar los derechos del Sr. Pastrana, no se puede desconocer el interés general y la estabilidad del sistema financiero que busca proteger el ente supervisor con la determinación de negar la posesión del

accionante.”

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección número tres, mediante Auto del 22 de marzo de 2012, dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos materia de acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Problema jurídico.

1. En el presente asunto, corresponde a la Sala establecer si la Superintendencia Financiera cuenta con una facultad discrecional para negarse a dar posesión al actor para hacer parte de la Junta Directiva de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, como representante del personal uniformado de la Policía Nacional, para estudiar si la actuación de la misma se dio dentro del marco de los límites a las potestades de la administración, con el fin de determinar si en consecuencia, con dicha actuación se vulneraron los derechos al debido proceso, a la buena fe y la confianza legítima de Juan Bautista Pastrana Goez.

Para resolver la cuestión planteada esta Sala se referirá a: (i) el derecho a la participación en el marco de una sociedad democrática, (ii) el derecho al debido proceso administrativo como límite a las facultades discrecionales de la administración y, (iii) la potestad de la Superintendencia Financiera para dar posesión a los miembros de juntas directivas de las entidades que vigila. Finalmente (iv) resolverá el caso en concreto.

El derecho a la participación en el marco de una sociedad democrática.

2. La Constitución Política colombiana establece en su preámbulo que el texto que se promulga se dio en un contexto de un marco jurídico democrático y participativo. En su primer artículo establece que Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales,

democrática, participativa y pluralista. En igual sentido, el artículo 2º dice que uno de los fines esenciales del Estado es facilitar la participación de todos en las decisiones que nos afectan entre otros.

3. Así pues, el principio democrático es la base del ordenamiento jurídico colombiano y, en esta medida todas las actividades de la administración deben estar supeditadas al mismo, es decir que, “[l]a actuación exigida de las autoridades es manifestación del significado jurídico adquirido por la democracia en virtud de su inclusión en el contenido de la Constitución y de su carácter de principio estructural resultante de esa formulación positiva que, “lejos de concebirla como una práctica” apenas “deseable dentro del comportamiento político de los colombianos”³, expresamente la incorpora al ordenamiento como uno de sus componentes esenciales y hace de ella un rasgo característico del Estado constitucional y de su producción jurídica.”⁴

4. Antes bien, existen varias y distintas manifestaciones del principio democrático, sin embargo, para lo que ahora nos interesa se hará referencia a la participación, que se refiere al derecho a intervenir en los asuntos que interesan a todos, lo cual no sólo aplica al ámbito electoral cuando se escoge a las personas que ocuparán cargos de elección popular, sino que es un principio que debe estar presente en todas las actividades que se realizan en sociedad, pues se trata de un pilar del estado democrático que es expansivo y cubija a todas las relaciones sociales en general. Sobre este punto ha dicho la Corte:

“El principio de participación democrática expresa no sólo un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades así como en una gran responsabilidad de los ciudadanos en la definición del destino colectivo.

El concepto de democracia participativa lleva ínsita la aplicación de los principios democráticos que informan la práctica política a esferas diferentes de la electoral. Comporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional.

No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoken el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual.

La participación ciudadana en escenarios distintos del electoral alimenta la preocupación y el interés de la ciudadanía por los problemas colectivos; contribuye a la formación de unos ciudadanos capaces de interesarse de manera sostenida en los procesos gubernamentales y, adicionalmente, hace más viable la realización del ideal de que cada ciudadano tenga iguales oportunidades para lograr el desarrollo personal al cual aspira y tiene derecho.” 5

5. En concordancia con lo anterior, esta Corte ha sostenido que el principio democrático cuenta con especiales características: en primer lugar, es universal puesto que abarca varios escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados, y también porque tiene en cuenta todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y, que “por lo tanto pueda afectar la distribución, control y asignación del poder social”⁶; y en segundo lugar, este principio es expansivo, porque “su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su defensa.”⁷.

6. En suma, el principio democrático participativo se encuentra garantizado directamente por la Constitución y, se traduce en la posibilidad de poder intervenir en las cuestiones que afectan los intereses personales de cada individuo, razón por la cual no se encuentra limitado a temas electorales y de envergadura nacional, sino que se irradia a todos los sectores sociales, económicos, culturales y familiares entre otros, pues es uno de los presupuestos máximos del ordenamiento jurídico colombiano y, adquiere especial importancia cuando se trata de elegir personas para que representen a una comunidad, ya sea a nivel nacional, departamental, municipal o incluso al interior de entidades, pues se garantiza así una

participación por intermedio de aquellos que fueron escogidos en los temas que le incumben a cada colectivo.

(i) El debido proceso administrativo.

7. Esta Corporación se ha referido en varias ocasiones al debido proceso en diversos escenarios constitucionales⁸. En esta oportunidad la Sala efectuará una referencia a los lineamientos generales del debido proceso en el ámbito administrativo reiterando brevemente los criterios y subreglas que servirán de marco de análisis del caso concreto.

8. El debido proceso es un derecho fundamental cuya titularidad radica en todas las personas y tiene por destinatarios, tanto a las autoridades públicas como a los particulares cuando se presentan supuestos de subordinación jurídica. Este derecho comprende una serie de garantías diversas que, en su conjunto, pretenden evitar que los trámites administrativos y judiciales estén viciados por actuaciones arbitrarias. Así pues, una de las notas sobresalientes del debido proceso tal como fue concebido por el Constituyente de 1991 es la extensión de su ámbito de aplicación desde los procesos judiciales a todas las actuaciones de la administración pública⁹.

9. Como el debido proceso es, en sentido amplio, la principal salvaguarda de las personas frente al ejercicio abusivo o arbitrario del poder, su trascendencia para la protección de todos los derechos fundamentales es evidente, y sus garantías se particularizan por diversas vías. Así, la manifestación más básica del debido proceso es el principio de legalidad, en tanto ajusta la acción de los poderes públicos al marco de facultades previamente establecidas y conocidas por los ciudadanos quienes, además, gracias al carácter general y abstracto de la ley pueden aspirar a recibir un trato igualitario por parte de las autoridades.

10. Finalmente, en el estado constitucional de derecho, donde las actuaciones estatales están vinculadas y limitadas por los derechos fundamentales, el principio del debido proceso se traduce también en los mandatos de razonabilidad y proporcionalidad, para evitar restricciones injustificadas de los mismos. En tal sentido, ha expresado la Corte:

“4.1.1. El debido proceso administrativo se ha entendido como la regulación jurídica que tiene por fin limitar en forma previa los poderes estatales así “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”¹⁰. Desde la perspectiva antes señalada, este derecho no es más que una derivación del principio de legalidad con arreglo 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” (artículos 4º y 122 C. N.)¹¹. De este modo, las autoridades sólo podrán actuar en el marco establecido por el sistema normativo y, en tal sentido, todas las personas que se vean eventualmente afectadas conocerán de antemano los medios con que cuentan para controvertir las decisiones adoptadas y estarán informadas respecto del momento en que deben presentar sus alegaciones y ante cuál autoridad.

Ha subrayado la Corte Constitucional¹² que la garantía del debido proceso en asuntos administrativos supone que el Estado se ajuste a las reglas previstas en el ordenamiento jurídico y ello no sólo cuando se trata de adelantar trámites a partir de los cuales sea factible deducir responsabilidades de orden disciplinario o los atinentes al control y vigilancia. Esta garantía debe hacerse efectiva del mismo modo en los trámites que las personas inician con el objeto de ejercer sus derechos ante la administración o con el fin de cumplir con una obligación y abarca el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias. El propósito consiste, pues, en evitar que la suerte de las personas quede al albur de una decisión arbitraria o de una ausencia de decisión por dilación injustificada.”¹³

11. En el marco de los procedimientos administrativos, ha determinado la Corte que: “[e]l debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician para ejercer un derecho ante la administración o con el objeto de cumplir una obligación. || El artículo 29 de la Constitución señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e incluye como elemento básico del mismo la observancia “de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, lo que en materia administrativa significa el pleno cumplimiento de lo prescrito en la ley y en las reglas especiales sobre el asunto en trámite.” ¹⁴

En el fallo citado, esta Corporación agregó que el debido proceso incluye también la

efectividad de los principios que rigen la función pública, tales como “igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” y definió el debido proceso administrativo como¹⁵ “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal¹⁶. El objeto de esta garantía superior es (i) procurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus actuaciones, y (iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”¹⁷.

12. En conclusión, el debido proceso administrativo es, un derecho fundamental que se traduce en una garantía para todas las personas de que la administración estará sometida a los límites que éste supone. En este sentido, comprende el principio de legalidad, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, e incorpora la obligación de las autoridades públicas del ámbito administrativo, de ceñirse a los principios que rigen la función pública.

En cada escenario específico, el debido proceso incluye el respeto por las formas propias de cada juicio y/o de cada trámite; el derecho a ser oído, a presentar y controvertir pruebas, y el derecho de defensa, así como las garantías específicamente diseñadas por el legislador para cada trámite o procedimiento. Por ejemplo, en el ámbito de las decisiones administrativas ha explicado la Corte Constitucional que el debido proceso incluye el respeto por los principios de necesidad y proporcionalidad, entre otros.

(ii) Los límites constitucionales a las potestades discrecionales de la Administración, como manifestación del derecho al debido proceso.

13. Sobre la discrecionalidad esta Corte ha sido enfática en establecer que bajo ninguna circunstancia puede ser confundida con arbitrariedad, pues el artículo 36 del código contencioso administrativo, establece que los actos proferidos en uso de tales facultades deben tener una estructura que sea “adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”, es decir, que debe existir una justificación razonable que explique las razones por las cuales se toma una decisión discrecional, y las mismas deben guardar concordancia con el objetivo que persigue la norma que otorgó dicha facultad, se trata pues de demostrar la necesidad de adoptar la medida específica.

14. Ahora bien, tal como se vio anteriormente, existe un mandato constitucional según el cual el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas¹⁸, en esta medida, el debido proceso es un derecho fundamental de aplicación inmediata, que en relación con las actuaciones administrativas, tiene como objetivo regular el ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración, cuando en virtud de éstas puedan verse comprometidos los derechos de los particulares.¹⁹

Siendo entonces un desarrollo del principio de legalidad, el debido proceso administrativo se presenta como un límite jurídico al ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración, en tanto las autoridades jamás podrán actuar por fuera del marco de garantías que éste derecho fundamental supone.

15. El conjunto de límites que regulan el uso de las facultades discrecionales de la administración, tiene fundamento en la garantía del principio de legalidad como manifestación del derecho al debido proceso. Es decir, que existe un marco legal de obligatorio cumplimiento para el ejercicio de las potestades discrecionales que, incluye algunos parámetros específicos que permiten identificar si la administración se ha excedido y, que reglamenta la forma en la que deberá actuar, por lo menos en cuanto a las garantías mínimas que deben ser otorgadas a los ciudadanos que se puedan ver afectados en el proceso.²⁰

16. Así pues, reiterando que las facultades discrecionales no son absolutas, la Sala encuentra que si bien no existe una reglamentación específica sobre el tema, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado algunas pautas partiendo de la base de que éstas deben estar siempre enmarcadas dentro de los principios de legalidad y el debido proceso con el fin de salvaguardar los principios fundantes del Estado colombiano y, de no afectar los derechos de particulares. Esta Corporación ha señalado que entre otros ejemplos, las siguientes son figuras jurídicas que ayudan a preservar el control judicial en cuanto al desarrollo de dichas potestades: los vicios en la formación del acto administrativo, el error en su apreciación, la desviación del poder, y los principios de necesidad y proporcionalidad, instituciones éstas que a continuación se reseñan brevemente.

(a) Los vicios en la formación del acto: éste límite se refiere al control sobre las solemnidades que impone el ordenamiento jurídico para la manifestación de la voluntad de la

Administración. Cuando un acto se profiere sin el lleno de los requisitos legales que previamente habían sido estipulados, el mismo no puede producir efectos jurídicos, al respecto ha dicho la Corte:

“La Constitución consagró el derecho fundamental al debido proceso, entendido éste como el conjunto de garantías que procuran la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio. La norma constitucional lo consagra para todo tipo de actuaciones, de manera que las situaciones de controversia que se presenten en cualquier proceso estén previamente reguladas en el ordenamiento jurídico, el cual debe señalar las pautas que procuren el respeto de los derechos y obligaciones de las partes procesales para que ninguna actuación de las autoridades tenga origen en su propio arbitrio, sino que obedezca a los procedimientos descritos en la ley y los reglamentos”²¹.

(b) El error en la apreciación: esta figura se presenta cuando la Administración cree poseer una facultad discrecional y actúa conforme a éstas, siendo que en realidad se encontraba frente a un concepto jurídico indeterminado. “En esta última hipótesis, las autoridades públicas lejos de poder escoger libremente por una determinada opción que se considere justa y válida, como sería lo propio del ejercicio de su poder discrecional, se encuentran sujetos a una única solución frente al asunto planteado, pues el mismo ordenamiento jurídico a través de los distintos métodos de interpretación, les impone dicha decisión”²².

Por el contrario, en Colombia existen facultades discrecionales relativas, que contrarias a dejar una decisión al capricho de los funcionarios, lo que hacen es que les permiten “apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole[s] 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.”²⁴

Ahora bien, en cuanto a la definición de concepto jurídico indeterminado, la Corte en la sentencia C-371 de 2002²⁵ se refirió a esta figura con ocasión del examen de constitucionalidad de la expresión “buena conducta” prevista en el Código de Procedimiento Penal, como requisito para acceder a los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la

libertad:

“Lo propio de este tipo de conceptos es que, no obstante su indeterminación, los mismos deben ser precisados en el momento de su aplicación. Y tal concreción no responde a una apreciación discrecional del operador jurídico, sino que se encuadra dentro de los parámetros de valor o de experiencia que han sido incorporados al ordenamiento jurídico y de los cuales el operador jurídico no puede apartarse. En particular, cuando los conceptos jurídicos indeterminados afectan derechos fundamentales, la Corte ha puntualizado que su determinación debe hacerse siempre a la luz de las normas constitucionales y legales que resulten aplicables a tales derechos, y que de la indeterminación legislativa del concepto no puede derivarse la posibilidad de imponer restricciones injustificadas a los derechos fundamentales, entendiendo por tales restricciones, aquellas que trasciendan los límites que a cada derecho trazan las respectivas normas constitucionales y legales. 26 Agregó la Corte que en estos casos un “...mínimo de justicia material se concreta en el derecho a una decisión suficientemente fundamentada que justifique el sacrificio o la restricción a un derecho fundamental.” 27

Entonces, mientras una potestad discrecional le permite a la Administración escoger entre actuar o no en determinados casos o, elegir el contenido de determinada facultad, entre otros; en contraposición, un concepto jurídico indeterminado no obstante su inicial imprecisión, debe ser explícitamente concretado en el momento de su aplicación.

(c) Desviación de poder: se presenta cuando en el ejercicio de una facultad atribuida a las autoridades públicas, no se observa el fin que ha previsto la norma en la cual se fundamenta la existencia de la potestad misma. Entonces, cuando la autoridad actúa sin tener en cuenta el objeto de la norma o el interés público que la sustenta y, por ejemplo favorece o perjudica a un tercero, o lo hace con fines puramente políticos, religiosos o con un interés meramente particular, actúa con desviación del poder.²⁸

(d) Principio de necesidad: la Corte ha dicho que este principio “supone confrontar los efectos que en relación con los valores, principios y derechos constitucionales se producirían a partir del ejercicio de una facultad discrecional reconocida en la ley. De suerte que si demuestra que no existe ninguna otra medida que, de manera clara y contundente, produzca en términos constitucionales, igual resultado a un menor costo, la decisión adoptada por la

Administración resulta acorde con el ordenamiento jurídico.”²⁹

(e) Principio de proporcionalidad: la actuación discrecional de la Administración también debe estar enmarcada en este principio según el cual, el resultado de la decisión que se tome no puede desconocer valores, principios y derechos de mayor trascendencia constitucional que el que se busca satisfacer por medio del uso de las facultades discrecionales reconocidas en la ley. Al respecto ha dicho esta Corporación:

“En relación con el juicio de proporcionalidad que el juez constitucional debe adelantar sobre este tipo de disposiciones que introducen límites a los derechos fundamentales, la jurisprudencia ha definido que la verificación debe recaer no solo sobre el hecho de que la norma logre una finalidad legítima, sino que también debe establecerse si la limitación era necesaria y útil para alcanzar tal finalidad. Además, para que dicha restricción sea constitucional, se requiere que sea ponderada o proporcional en sentido estricto. ‘Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional’³⁰”³¹.

17. Hasta aquí hemos señalado entonces, que el derecho al debido proceso administrativo tiene una estrecha relación con las facultades discrecionales de la administración, pues actúa como límite y marco de referencia para las mismas, en desarrollo de lo cual se mencionaron algunas de las situaciones que deben respetarse, so pena de incurrir en una vulneración a este derecho fundamental.

18. Ahora bien, evidentemente la forma en la que la Administración manifiesta sus potestades es mediante la expedición de actos administrativos y, para controvertir la legalidad de ellos están previstas las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en las cuales se puede solicitar la suspensión del acto desde la demanda como medida cautelar. Así pues, recordando que la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, su procedencia está limitada a los siguientes casos: (i) cuando la persona no cuenta con otro medio de defensa judicial, (ii) cuando el medio judicial existente es ineficaz, o (iii) cuando se interpone para evitar la

ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el amparo deberá ser transitorio.

18.1 En concordancia con lo anterior, esta Corte ha sostenido que solamente en los casos en que exista un perjuicio irremediable, la tutela resulta procedente y habilita al juez constitucional para suspender la aplicación del acto administrativo³² u ordenar que el mismo no se ejecute³³ mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

“En aquellos eventos en que se establezca que el ordenamiento jurídico tiene previsto un medio ordinario de defensa judicial, corresponde al juez constitucional resolver dos cuestiones: la primera, consiste en determinar si el medio judicial alternativo presenta la idoneidad y eficacia necesarias para la defensa de los derechos fundamentales. Si la respuesta a esta primera cuestión es positiva, debe abordarse la cuestión subsiguiente consistente en determinar si concurren los elementos del perjuicio irremediable, que conforme a la jurisprudencia legitiman el amparo transitorio”.

19. En este orden de ideas, son dos las excepciones al principio de subsidiariedad en la acción de tutela: (i) cuando la tutela se interpone como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable³⁴, y (ii) cuando existiendo otro medio de defensa en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca.³⁵

20. Así pues, en cuanto al caso específico de las potestades discrecionales, ha dicho esta Corte que “la presunción de legalidad que acompaña al acto discrecional, tan sólo puede ser desvirtuada a través de las acciones ordinarias previstas en la ley, o eventualmente, por intermedio de la acción de tutela, siempre y cuando prospere la demostración evidente y notoria de un vicio de procedimiento en su formación, de un error de apreciación, de una desviación de poder, o por el desconocimiento de los principios de necesidad y proporcionalidad que limitan su ejercicio. De no ser así se correría el riesgo de suplantarse a la Administración Pública, en los juicios de conveniencia, eficacia y oportunidad que a ella prudentemente le corresponde realizar”³⁶

La facultad de la Superintendencia Financiera de posesionar a los miembros de juntas directivas de las entidades sometidas a su vigilancia y control.

21. Para el caso que ahora ocupa a la Sala, es importante señalar que la Superintendencia

Financiera de Colombia es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que surgió de la fusión de la Superintendencia Bancaria de Colombia y la Superintendencia de Valores, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Decreto 4327 de 2005. La entidad resultante asumió entonces las funciones de vigilancia y control que antes estaban en cabeza de dichas superintendencias.

22. El artículo 189 constitucional numeral 24, le dio al ejecutivo funciones específicas de inspección, vigilancia y control, sobre las entidades y establecimientos que realizan actividades financieras, bursátiles, aseguradoras y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados por el público³⁷, en igual sentido, el artículo 335 de la Constitución Política de Colombia implantó un régimen de intervención estatal reforzada sobre este tipo de actividades, toda vez que se trata de operaciones económicas que comprometen el interés público³⁸. En consecuencia, la Superintendencia lleva a cabo diferentes modalidades de supervisión, vigilancia y control³⁹, sobre las entidades y establecimientos mencionados.

22.1 Dentro del marco de éstas facultades, la Superintendencia Financiera tiene a su cargo las funciones previstas en el artículo 32540 del decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del sistema Financiero. Así pues, son tres las principales potestades con las que cuentan las Superintendencias, supervisar, vigilar y controlar a las entidades sobre las cuales tienen competencia y, éstas tienen diferentes grados de intensidad, dependiendo de la gravedad de la situación en la que se encuentre el organismo que deba ser intervenido por la Superintendencia.

Sobre este tema se refirió la Corte en la Sentencia C-233 de 1997⁴¹, en la que explicó:

“[M]ientras que la inspección comporta una leve y ocasional injerencia en las sociedades comerciales no vigiladas por la Superintendencia Bancaria, con el fin de confirmar y analizar información sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa o sobre operaciones específicas; la vigilancia entraña un seguimiento permanente acompañado de facultades de más hondo calado, respecto de las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias y para velar por que en la formación, en el funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social se ajusten a la ley y a los estatutos”. Por su parte, “la noción de control, introducida por el artículo 85 de la Ley 222 de 1.995, involucra atribuciones de

mayor intensidad, ejercitables por la Superintendencia de Sociedades siempre que cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia atraviese por una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo que haga indispensable la adopción de correctivos enderezados a subsanarla”.

23. En este contexto, es claro que en general las Superintendencias cuentan con un amplio espectro de facultades que se derivan de las funciones de inspección, vigilancia y control, dentro de las cuales es posible que existan algunas potestades discrecionales, en aras de salvaguardar la confianza del público y el interés general. Éstas entidades generalmente observan las actividades que realizan las vigiladas, es decir que se trata de un control posterior, dentro del cual incluso, se les han conferido potestades sancionadoras⁴². Así mismo, pueden existir algunos controles previos, los cuales deben estar específicamente reglamentados y, exigen una interpretación estricta y restringida de las normas en las que se fundamentan, con el fin de evitar injerencias indebidas en las actividades que desempeñan los entes vigilados.

24. Por ejemplo, específicamente la Superintendencia Financiera cuenta con la función de dar posesión a los miembros de juntas directivas de las entidades bajo su vigilancia, pues así se dispuso en el Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual establece en su artículo 20:

“20. Funciones respecto de la actividad de las entidades. En el desarrollo de la actividad de las entidades, la Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes funciones:

(...)

g) Posesionar y tomar juramento a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales, a los funcionarios a que hace referencia el inciso primero del numeral 3 del artículo 102 del presente Estatuto, y en general, a quienes tengan la representación legal de las instituciones vigiladas, excepto los gerentes de sucursales.

Los requisitos objetivos y las calidades subjetivas valoradas por la Superintendencia Bancaria para autorizar la posesión de los administradores y revisores fiscales de las entidades vigiladas, deberán acreditarse y conservarse por los mismos, durante todo el tiempo en que se desempeñen en cargos que requieran posesión.

La Superintendencia Bancaria está facultada para revocar la posesión, a los administradores y revisores fiscales que no conserven las calidades objetivas y subjetivas evaluadas al momento de autorizar su posesión.

Se conformará un Comité de Posesiones, integrado por el Superintendente Bancario o su representante y los Superintendentes Delegados, el cual decidirá sobre las solicitudes de posesión y revocatorias de posesión de los directores, administradores, revisores fiscales y los representantes legales de las instituciones vigiladas, excepto los gerentes de sucursales.

Igualmente, decidirá sobre las posesiones y revocatorias de posesión de los representantes de las oficinas de representación de instituciones financieras y reaseguros del exterior.

El Superintendente Bancario señalará el reglamento al cual deberá sujetarse el Comité de Posesiones para el cumplimiento de sus funciones.”

Esta potestad, supone un control previo a la entrada en vigencia de las juntas directivas, pues la Superintendencia deberá evaluar las candidaturas que se sometan a su conocimiento y, se encuentra reglamentada en la Circular externa 007 de 1996 de la Superintendencia Financiera, que establece en su Capítulo Décimo denominado “Actuaciones ante la Superintendencia”, lo siguiente:

Corresponde a los representantes legales, miembros de juntas directivas o consejos directivos o de administración, revisores fiscales, oficiales de cumplimiento para la prevención de lavado de activos, representantes de las oficinas de representación de instituciones financieras y de reaseguros del exterior, representantes designados para Colombia de las instituciones financieras y de reaseguros del exterior que decidan acogerse a las excepciones establecidas en los numerales 8 y 9 del artículo 2º del Decreto 2951 de 2004, así como a los defensores del consumidor financiero, tomar posesión de sus cargos ante la SFC para lo cual deben atender las instrucciones que se señalan en el presente capítulo.

Lo anterior, en cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 73 numeral 3º, 74 numeral 4, 79 numeral 3º y 326 numeral 2º literal g) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), artículo 22 de la Ley 964 de 2005, artículo 21 de la Ley 45 de 1990, artículo 11.2.1.5.1 del Decreto 2555 de 2010, artículo 40 de la Ley 454 de 1998, artículo 14 del Decreto 2514 de

1987, el artículo 10 del Decreto 2951 de 2004, artículo 18 de la Ley 1328 de 2009 y artículo 2º del Decreto 2281 de 2010 .

(...)

1.4. Reglas relativas al trámite de posesiones. || Es deber de cada entidad vigilada, a través del funcionario responsable del trámite de posesión en los términos previstos en el subnumeral anterior, solicitar ante la SFC la posesión dentro de los cuarenta y cinco (45) días corrientes siguientes a la fecha de designación del respectivo aspirante. Vencido tal plazo sin que se haya presentado la solicitud de posesión, será necesario que el órgano nominador correspondiente ratifique la designación del aspirante para surtir el trámite.

Para el efecto se adelantará vía electrónica el siguiente procedimiento:

1. Previa la revisión y verificación respectiva, el responsable del trámite en los términos del numeral 1.3 deberá diligenciar en su integridad la proforma F.0000-19 “Solicitud de Posesión”, la cual estará disponible en la página Web de la Superintendencia Financiera de Colombia en el link: “Trámites y atención al usuario”.

2. Una vez diligenciada la proforma F.0000-19 “Solicitud de Posesión” corresponde al responsable del trámite firmarla digitalmente con un certificado digital emitido por una entidad de certificación digital abierta debidamente autorizada por la Superintendencia de Industria y Comercio y transmitirla a la SFC. Transmitida la proforma, se entiende que el responsable del trámite ha revisado la información aportada, por lo tanto no se podrán hacer modificaciones a la misma salvo autorización expresa de la SFC. Con dicha transmisión se entiende iniciado formalmente el trámite de posesión. La información suministrada por el postulado se entenderá bajo la gravedad de juramento.

3. La entidad recibirá un registro electrónico con el número asignado al trámite. De la proforma diligenciada deberá conservarse en la entidad un soporte físico debidamente suscrito por el responsable del trámite y por el postulado. Con el número asignado se podrá hacer el seguimiento al estado del trámite a través de la página Web.

4.El sistema remitirá la proforma al Grupo de Registro de la SFC, el cual con base en la información allí consignada, generará un reporte al Superintendente Delegado Institucional

respectivo y/o al Comité de Posesiones sobre los antecedentes del postulado.

5. En el evento de existir inconsistencias en la información consignada en la proforma corresponderá al Grupo de Registro requerir directamente al responsable del trámite para que efectúe las aclaraciones a que haya lugar. Subsanadas las inconsistencias presentadas, se procederá a verificar si el postulado incurre en alguna de las causales de inhabilidades e incompatibilidades previstas para el ejercicio del cargo. En caso de incurrir en alguna causal, el Grupo de Registro remitirá al Comité de Posesiones el informe respectivo para su análisis y decisión. La decisión tomada por dicho comité será comunicada al responsable del trámite a través del Grupo de Registro.

En caso de no encontrar inconsistencias en la información consignada ni causales de inhabilidad o incompatibilidad para el ejercicio del cargo, el Grupo de Registro enviará el trámite al Superintendente Delegado Institucional competente para que en desarrollo de la función establecida en el numeral 19 del artículo 44 del Decreto 4327 de 2005 profiera concepto sobre la solicitud de posesión. Dicho concepto se enviará al Comité de Posesiones para su decisión.

6. El Comité de Posesiones evaluará y decidirá sobre las solicitudes de posesión sometidas a su consideración en el orden de presentación de las mismas. El Secretario del Comité de Posesiones elaborará un acta con las decisiones adoptadas.

7. La decisión tomada por el Comité de Posesiones será comunicada al responsable del trámite a través del Grupo de Registro. En caso de negarse la posesión deberá además notificarse personalmente al postulado

En cualquier estado del trámite la SFC podrá solicitar los documentos y aclaraciones adicionales del caso, los cuales deberán remitirse a más tardar dentro de los dos meses siguientes a la solicitud. Transcurrido dicho plazo sin que el responsable haya suministrado la información solicitada, se entenderá que se ha desistido de la solicitud y se tendrá por finalizado el trámite, en los términos del artículo 13 del Código Contencioso Administrativo. (...)” Negrilla dentro del texto.

25. De acuerdo con lo anterior, dentro de las potestades con las que cuenta la Superintendencia Financiera, está incluida la posibilidad de vetar a quienes deben tomar

posesión de sus cargos ante ella, como es el caso de los miembros de juntas directivas de entidades que se encuentran bajo su inspección y vigilancia. Sin embargo, ésta facultad debe ser interpretada de una forma estricta y reglada por tratarse de un control previo, de manera que con ésta no se superen los límites que impone el ordenamiento jurídico a las actuaciones de la Superintendencia Financiera y, asegurar que se adecuen siempre al marco del debido proceso.

26. En concordancia con lo anterior, la Sala encuentra que la normatividad que regula la materia si bien utiliza un concepto jurídico indeterminado al establecer que la Superintendencia Financiera deberá evaluar los requisitos objetivos y “las calidades subjetivas” de los candidatos, ésta no llega a configurarse como una facultad discrecional de acuerdo con la interpretación que a continuación realizará la Sala.

26.1 Nótese que, de conformidad con la reglamentación realizada en la Circular externa 007 de 1996 de la facultad otorgada por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Superintendencia Financiera debe realizar una serie de verificaciones antes de posesionar a los miembros de juntas directivas de las entidades sometidas a su control, pues por un lado debe estudiar la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades previstas para el ejercicio del cargo y, por otro tiene que analizar cada solicitud que se le presente, para constatar en cada caso en concreto que la persona que se encuentra esperando la posesión cumpla con los requisitos necesarios para el cargo, los cuales deben haber sido previamente señalados por la normatividad específica y vigente que resulte aplicable a cada cargo, para el efecto, puede incluso solicitar documentación o soportes adicionales a los que se hayan presentado inicialmente.

26.2 Así las cosas, teniendo en cuenta que se trata de una situación de control previo y, a partir de una interpretación armónica y en todo caso restringida del artículo 20 literal g) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y el numeral 1.4 del capítulo décimo de la Circular externa 007 de 1996 de la Superintendencia Financiera, esta Sala encuentra que al estudiar los elementos objetivos y las calidades subjetivas de los candidatos la Superintendencia tiene la facultad de negarse a dar posesión a los mismos, pero esto no es una potestad discrecional, pues lo que en un principio quedó plasmado como un concepto jurídico indeterminado, posteriormente fue explícitamente reglamentado por el ordenamiento que estableció los casos en los cuales debe hacerlo. Por lo tanto, al existir una regulación

específica de la mencionada facultad, su aplicación no es discrecional sino que, tiene unos supuestos específicos.

Entonces, la Superintendencia Financiera sólo puede abstenerse de dar posesión a los candidatos de los cargos mencionados cuando encuentre que la persona (i) está incurso en alguna de las inhabilidades o incompatibilidades que se han previsto para el ejercicio del mismo o, (ii) no cumple con la totalidad de requisitos que fueron señalados como los necesarios para el cargo.

27. Concluidas las consideraciones anteriores, a continuación, la Sala procederá a determinar si en el caso concreto, la Superintendencia Financiera de Colombia incurrió en una violación al derecho al debido proceso administrativo, al negarse a dar posesión en el cargo para el cual fue elegido el señor Juan Bautista Pastrana Goez.

Análisis del caso en concreto.

28. En el caso bajo estudio el señor Juan Bautista Pastrana Goez, se presentó a la convocatoria para la elección del representante del personal uniformado de la Policía Nacional, ante la junta directiva de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, realizada mediante la Resolución 4623 de 2010 del Ministerio de Defensa Nacional.

El accionante cumplió con todos los requisitos que eran solicitados para el cargo y su postulación junto con la de los demás candidatos fue sometida a votación por parte del personal uniformado de la Policía Nacional. El actor obtuvo el mayor número de votos por parte de los electores, y en esta medida quedó a la espera de tomar en posesión el cargo para el cual había sido elegido.

Una vez evaluada la solicitud de posesión por el Comité de posesiones, consideró que en este caso el actor no cuenta con la experiencia necesaria para desempeñar el cargo para el que fue elegido. Por lo tanto, al considerar que en la Circular externa 007 de 1996⁴³, se otorgó una facultad discrecional a la Superintendencia Financiera, ésta resolvió negar la posesión del actor como miembro de la junta directiva de Caprovimpo, en su calidad de representante del personal uniformado de la Policía Nacional.

Lo anterior constituye para el actor, una violación a sus derechos fundamentales al debido

proceso, a la igualdad, a la buena fe y la confianza legítima, pues consideró que la entidad demandada le impuso un requisito adicional a los que habían sido determinados por el Ministerio de Defensa Nacional, en el momento de la convocatoria.

29. Presentado el caso, como primera medida la Sala abordará el estudio de procedencia de la acción de tutela, de conformidad con los lineamientos señalados en la parte considerativa de la presente providencia, pues tal como se dijo, en principio no es la acción de tutela la llamada a prosperar cuando se trata de controversias surgidas con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que el ordenamiento jurídico colombiano ha provisto las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho para el efecto.

Sin embargo, también se estableció que existen algunos criterios que, de presentarse, configuran una excepción a la regla de improcedencia expuesta, en tanto se divise la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el cual, para el caso que se estudia se materializa en las condiciones que se estudiarán más adelante.

29.1 Sobre la eficacia de los medios ordinarios de defensa, la Sala considera que en el caso concreto, las acciones contencioso administrativas no resultan idóneas para la protección de los derechos del actor, pues el artículo 4 de la ley 973 de 2005, en su parágrafo 1° establece:

“Parágrafo 1°. El Ministerio de Defensa Nacional, establecerá el perfil profesional, sin considerar los grados de jerarquía castrense, de los representantes de los afiliados descritos en los numerales 7, 8 y 944 del presente artículo y determinará el procedimiento para su elección por parte del personal que representan, para un período de dos (2) años.”

De la norma citada se extraen dos conclusiones: (i) el periodo para el cual fue elegido el accionante es de 2 años y, (ii) los representantes a la junta directiva de Caprovimpo los afiliados uniformados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, son elegidos por la comunidad a la que van a representar. En consecuencia, el actor necesita de un medio expedito para la protección de sus derechos, porque mientras se desata el debate en la vía ordinaria, ya habrá culminado el periodo para el cual fue elegido.

29.2 Con base en lo anterior, la Sala considera que la acción de tutela interpuesta por el señor Juan Bautista Pastrana Goez procede para la protección de sus derechos

fundamentales al debido proceso administrativo, al trabajo y a la confianza legítima, ya que los medios de defensa ordinarios no resultan lo suficientemente expeditos ni idóneos para la garantía de los derechos fundamentales del actor; y como quiera que para el momento de interposición de la presente acción de tutela el actor se encontraba en tiempo de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues solo pasó algo más de un mes entre la expedición del último acto administrativo y la presentación de la misma⁴⁵. Adicionalmente, el amparo también procede por existir un perjuicio irremediable, para los derechos del actor:

(i) El perjuicio al que se encuentra expuesto el actor es inminente en tanto la amenaza a sus derechos ocurriría en corto plazo pues, la Superintendencia Financiera ha sido clara al establecer que cuenta con una facultad discrecional en virtud de la cual puede vetar a los candidatos para hacer parte de una junta directiva como la de Caprovimpo. (ii) la situación descrita requiere medidas urgentes, para evitar que se materialice el perjuicio del que se viene hablando, que como se vio, de ocurrir dejaría al actor ante la imposibilidad de desempeñar el cargo para el que fue elegido, pues su periodo solo dura 2 años. Así las cosas, el perjuicio señalado tiene un (iii) carácter grave, pues, el debido proceso administrativo es un derecho fundamental que cumple una importante función de control frente a las facultades discrecionales de la administración, y garantiza que el ejercicio de las mismas se hará siempre en observancia del fin y el objeto que le fijó la norma facultativa. Finalmente, (iv) se trata de un amparo impostergable, pues la situación descrita merece que se tomen medidas de forma inmediata, con el fin de evitar que se cause un daño irreparable a los derechos fundamentales del actor.

30. Habiendo concluido el análisis de procedencia de la acción de tutela, pasará la Sala a verificar el asunto de fondo que le fue puesto en conocimiento.

31. Como se vio anteriormente, la Superintendencia Financiera decidió no dar posesión al accionante como representante del personal uniformado de la Policía Nacional ante la junta directiva de Caprovimpo, argumentando que cuenta con una serie de facultades discrecionales a raíz de sus funciones de vigilancia y control sobre las entidades que manejan recursos obtenidos del público, dentro de las cuales se encuentra la de poder negar la posesión a las personas que aspiran a los cargos que deben pasar por su control previo antes de entrar en ejercicio.

32. No obstante lo anterior, la Sala recuerda que la facultad a la que se ha hecho referencia se encuentra estipulada en el artículo 20 literal g) del Estatuto Orgánico del Sistema financiero, que estableció que para dar posesión a los miembros de juntas directivas, la Superintendencia debe evaluar tanto elementos objetivos como facultades subjetivas en los candidatos, esto podría interpretarse en un principio como una facultad discrecional, sin embargo, se trata de un concepto jurídico indeterminado, pues la potestad señalada fue reglamentada por la Circular externa 007 de 1996 de la Superintendencia Financiera, en el numeral 1.4., de donde se desprende que, sólo puede negarse a dar posesión a los miembros de juntas directivas, cuando estos se encuentren incurso en alguna de las inhabilidades o incompatibilidades previstas para el cargo, o si se demuestra que no cumplieron con alguno de los requisitos que se habían señalado para el ejercicio del mismo.

33. Así las cosas, en este caso la Superintendencia Financiera excedió uno de los límites que han sido señalados por esta Corporación a la actuación de la Administración, puesto que incurrió en un error en la apreciación, que como se vio previamente, ocurre cuando la Administración confunde la existencia de una facultad discrecional con un concepto jurídico indeterminado, es decir que negar la posesión de un miembro de junta directiva de las entidades que se encuentran sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, no puede sustentarse únicamente en la pertinencia para salvaguardar “la confianza pública y el interés general de la comunidad”, lo cual sería lo propio del ejercicio de una facultad discrecional, sino que, tal como se dejó sentado en el párrafo inmediatamente anterior, son sólo dos las circunstancias en las que puede efectuar un veto a los candidatos.

Entonces, la Superintendencia se equivocó al entender que puede discrecionalmente abstenerse de dar posesión a las personas mencionadas, cuando por el contrario el mismo ordenamiento reguló el ejercicio de ésta especie de derecho al veto que posee.

34. Ahora bien, en el caso bajo estudio la Sala encuentra que la actuación de la Superintendencia Financiera vulneró el derecho al debido proceso del señor Juan Bautista Pastrana Goez, pues no se demostró que el actor esté incurso en alguna de las inhabilidades o incompatibilidades para desempeñarse como representante del personal uniformado de la Policía Nacional ante la junta directiva de Caprovimpo, esto es las previstas en el decreto ley 128 de 1976, ley 80 de 1993 y demás normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan, en concordancia con el artículo 102 de la ley 489 de 1998.

a) Ser afiliado a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía⁴⁶.

b) Poseer título universitario en carrera relacionada con aspectos Económicos o Financieros o Administrativos o de Ingeniería o de Derecho o Arquitectura. Acreditar además formación avanzada, de especialización o posgrado.

En efecto se encuentra acreditado que el accionante es abogado graduado de la Universidad Cooperativa de Colombia, a partir del 21 de mayo de 2004⁴⁷ y, que cursó y aprobó la especialización en derecho público, área de derecho constitucional y sistema procesal acusatorio, de la Universidad Autónoma Latinoamericana, el 7 de septiembre de 2007⁴⁸.

c) Tener habilidades analíticas, gerenciales y de liderazgo y ser de mentalidad global, integradora y estratégica; altamente responsable, discreto y reservado. De gran solvencia ética y moral.⁴⁹

d) Para el representante de los afiliados uniformados de la Policía Nacional haber obtenido mínimo 1.000 puntos, en las evaluaciones anuales durante los tres (3) últimos años, habiendo demostrado conducta ejemplar, liderazgo y visión integradora y ser miembro activo de las Fuerzas Militares con una antigüedad no menor a 9 años.⁵⁰

e) No ser miembro de Juntas Directivas, Consejos Directivos o Comités del Ministerio de Defensa o de sus Entidades Descentralizadas.

No existe en el expediente prueba alguna que establezca que el accionante se ha desempeñado en alguno de estos cargos y, adicionalmente la falta de experiencia en el ejercicio de los mismos es precisamente la razón por la que la Superintendencia se negó a posesionarlo.

f) No tener negocios ni estar litigando en contra del Ministerio de Defensa Nacional, de la Policía Nacional ni de sus entidades descentralizadas.

Sobre el particular, no se encuentra prueba en contrario en el expediente.

35. Teniendo en cuenta lo anterior, para la Sala la actuación de la Superintendencia Financiera excedió los límites constitucionales a las facultades de la administración, pues como se vio solo puede negarse a posesionar a los candidatos a las juntas directivas de las

entidades que se encuentran bajo su vigilancia y control, cuando éstos estén incursos en alguna inhabilidad o incompatibilidad o, cuando no cumplan con los requisitos necesarios para el cargo. En este caso, es claro entonces que como el accionante no incurrió en ninguna de las causales señaladas, la Superintendencia debió posesionarlo y, al abstenerse de hacerlo vulneró no solo el derecho al debido proceso del accionante, sino también los derechos a la participación y a la representación de los afiliados a Caprovimpo, que también se encuentran afectados, tal como se pasará a ver a continuación.

36. Durante el estudio de la posesión del señor Pastrana Goez, como representante del personal uniformado de la Policía Nacional en la junta directiva de Caprovimpo, la Superintendencia Financiera argumentó que se abstenía de darle posesión al mismo previendo la salvaguarda del interés general de los afiliados a Caprovimpo, pues a su manera de ver el hecho de no tener experiencia en altos cargos directivos no le permitirá desempeñar a cabalidad las funciones de un miembro de junta directiva, sin embargo, con esta decisión se afectan derechos políticos de suma relevancia en una sociedad democrática como lo es la colombiana, ya que se vulnera el principio de la democracia participativa de la comunidad de afiliados a dicha entidad.

37. Para este caso es sumamente relevante tener en cuenta que el accionante fue postulado para ser miembro de la junta directiva de Caprovimpo, como representante del personal uniformado de la Policía Nacional no solo porque cumplió con todos los requisitos que fueron señalados como los necesarios para tener el perfil profesional adecuado por el Ministerio de Defensa Nacional, sino además, porque así lo quisieron quienes van a ser representados por él ante la junta, es decir que el actor cuenta con un respaldo democrático que no puede ser pasado por alto por la Sala.

37.1 Es preciso mencionar que anteriormente, el decreto ley 353 de 1994 había modificado la caja de vivienda militar familiar y, en su artículo 5° establecía:

“Artículo 5. La Junta Directiva de la Caja Promotora de Vivienda Militar, estará integrada por los siguientes miembros:

1. El Ministro de Defensa Nacional o el Viceministro para coordinación de las entidades descentralizadas, quien la presidirá.

2. El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado.
3. El Ministro de Desarrollo Económico o su delegado.
4. El Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado.
5. El Comandante General de las Fuerzas Militares o su delegado.
6. El Comandante del Ejército o su delegado.
7. El Comandante de la Armada o su delegado.
8. El Comandante de la Fuerza Aérea o su delegado.
9. El Director General de la Policía Nacional o su delegado.

Éste régimen fue modificado por la ley 973 de 2005, que determinó en su artículo 4, que el citado artículo 5° del decreto ley 353 de 1994, quedaría de la siguiente forma:

“ART. 5º—Junta directiva. La junta directiva de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, estará integrada por los siguientes miembros:

1. El Ministro de Defensa Nacional o su delegado quien la presidirá.
2. El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado.
3. El Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o su delegado.
4. El director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado.
5. El Comandante General de las Fuerzas Militares o su delegado.
6. El Director General de la Policía Nacional o su delegado.
7. Un representante de los afiliados uniformados de las Fuerzas Militares.
8. Un representante de los afiliados uniformados de la Policía Nacional.
9. Un representante de los afiliados civiles o no uniformados, vinculados al Ministerio de

Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

PAR. 1º—El Ministerio de Defensa Nacional, establecerá el perfil profesional, sin considerar los grados de jerarquía castrense, de los representantes de los afiliados descritos en los numerales 7º, 8º y 9º del presente artículo y determinará el procedimiento para su elección por parte del personal que representan, para un período de dos (2) años.(...)”

37.2 De lo anterior se desprende que con la última reforma se incluyeron en la junta directiva de Capovimpro las figuras de los representantes del personal uniformado tanto de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, como del personal no uniformado o civil afiliado al Ministerio de Defensa, a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional. Así mismo, se dispuso que serían elegidos por parte de aquellos a los que representan, de manera que cuenten con el aval de las personas que finalmente se verán afectadas con las decisiones que se adopten en el seno de la junta directiva de dicha entidad.

37.3 Para la Sala, el fin que buscó la reforma a la Caja de Vivienda Militar y de Policía que se acaba de reseñar, evidentemente fue el de otorgar a quienes se benefician de los programas que ésta ofrece las garantías del principio democrático participativo, pues con la inclusión de los representantes en la junta directiva se asegura que éstas personas elegirán directamente al menos uno de los miembros que se encargará de gestionar sus intereses ante la misma, es decir que se asegura el derecho a la participar de las decisiones que afectarán sus proyectos de vida, específicamente en cuanto a la adquisición de vivienda se refiere.

37.4 De igual forma y como consecuencia inmediata de lo anterior, con la decisión adoptada por la Superintendencia Financiera también se afecta el derecho de representación con el que cuenta el accionante, en virtud de la voluntad de sus electores, quienes lo escogieron como la persona idónea para que los representara en la junta directiva de Caprovimpo.

37.5 En suma, la actuación de la Superintendencia Financiera no solo resultó en una vulneración al derecho fundamental al debido proceso de Juan Bautista Pastrana Goez, sino que además pasó por alto los importantes principios y derechos políticos de participación y representación, con los que cuenta el accionante mismos y el personal uniformado de la Policía Nacional afiliado a Caprovimpo.

38. Por otra parte, es importante tener en cuenta que la facultad de la Superintendencia Financiera que se viene reseñando, es meramente administrativa, pues claramente en este caso el nominador del accionante es el Ministerio de Defensa Nacional, por lo tanto vetar a un miembro de junta directiva de entidades vigiladas, por razones distintas a la presencia de inhabilidades o incompatibilidades, o por la falta de concurrencia de los requisitos fijados previamente para el cargo, significa una ingerencia indebida de la Superintendencia en la conformación de las mismas. Dicho de otra manera, la facultad de dar posesión a los miembros de juntas directivas con la que cuenta la Superintendencia Financiera, se limita a la constatación de ausencia de inhabilidades e incompatibilidades y, del cumplimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio del cargo.

39. Finalmente, debe señalarse que la decisión adoptada por la Superintendencia demandada, no era necesaria para garantizar la confianza del público vinculado a Caprovimpo, pues la simple afirmación de falta de experiencia del actor para ser miembro de la junta directiva de Caprovimpo, con la cual justificó el veto a la candidatura del mismo, no es suficiente para demostrar el fin superior que se pretende salvaguardar con esta decisión. Así pues, teniendo en cuenta que el señor Pastrana Goez pasó por una serie de filtros y pruebas psicotécnicas, que demostraron la idoneidad de sus habilidades y conocimientos para el cargo que fue ofertado; varios expertos analizaron no solo su hoja de vida y experiencia profesional, sino además distintas cualidades personales que le fueron exigidas de conformidad con los términos de la convocatoria y, en este sentido su ausencia de experiencia no significa necesariamente que no cuente con los conocimientos para ejercer el cargo para el cual fue elegido o que no pueda desempeñar responsablemente sus funciones y, por lo tanto no es posible afirmar que su presencia en la junta directiva comprometa per se la confianza pública y el interés general de la comunidad.

39.1 Por otro lado, esta Corte considera que la junta directiva de Caprovimpo está conformada por expertos de las más altas calidades, obsérvese que, no será únicamente el representante del personal uniformado de la Policía Nacional quien tome las importantes decisiones al interior de dicho órgano, sino que lo hará al lado de los Ministros de Defensa Nacional, de Hacienda y Crédito Público, de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o sus delegados; así como del director del Departamento Nacional de Planeación, el Comandante General de las Fuerzas Militares, y el Director General de la Policía Nacional o sus delegados y, del representante de los afiliados no uniformados o civiles, vinculados al Ministerio de

Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, quienes dado el caso de una eventual falta de conocimiento de alguno de los miembros de la junta sobre los temas que se estudien, pueden orientar a las personas con menos experiencia sobre las virtudes y falencias de tomar una decisión en uno u otro sentido, así como proponer debates democráticos sobre los temas que se sometan a su conocimiento.

39.2 En consecuencia, la medida adoptada por la Superintendencia Financiera en este caso, no es necesaria para salvaguardar la confianza pública y el interés general de la comunidad, pues éstos valores constitucionales se encuentran plenamente garantizados con la conformación actual de la junta directiva de la Caja de Vivienda Militar y de Policía y, la forma en que son escogidos sus miembros.

40. Adicionalmente, la actuación de la Superintendencia Financiera tampoco obedece al principio de proporcionalidad, pues como consecuencia de la determinación se desconocieron valores, principios y derechos de mayor envergadura constitucional que el que se pretendió garantizar.

40.1 Al abstenerse de dar posesión al actor como miembro de la junta directiva de Capovimpro, se vulneró no solo el derecho fundamental al debido proceso administrativo del señor Juan Bautista Pastrana Goez, sino también, los derechos a la participación y a la representación que les fueron otorgados a los afiliados a dicha Caja de vivienda, con el proceso democrático que se llevó a cabo; además, es preciso resaltar que como se vio en el numeral inmediatamente anterior, su nombramiento no significa un riesgo para la confianza de los afiliados, sino que contrario a lo afirmado por la entidad demandada, impedir que el actor haga parte de la junta directiva mencionada sí rompería la confianza de sus electores, y el derecho a la participación de los mismos en la Caja de vivienda Militar y de Policía.

41. En conclusión, en el caso bajo estudio la Superintendencia Financiera excedió en el uso de sus facultades, pues al vetar al accionante para ser miembro de la junta directiva de Caprovimpo, excedió varios los límites constitucionales.

Lo anterior en tanto, confundió un concepto jurídico indeterminado con una facultad discrecional, ya que la potestad de no dar posesión a un miembro de junta directiva de las entidades que se encuentran bajo su inspección y vigilancia, lejos de ser discrecional, tiene unos límites específicos, esto es que la persona no haya cumplido alguno de los requisitos

necesarios para acceder al cargo, o que se encuentre incurso en alguna de las inhabilidades o incompatibilidades señaladas para el mismo. De igual forma, la actuación de la Superintendencia no supera el análisis de los principios de necesidad y proporcionalidad, pues la pertenencia del accionante a la junta directiva de Caprovimpo, así no cuente con experiencia en el ejercicio de las funciones propias de los miembros de éstos órganos, no compromete la estabilidad del sistema financiero, ya que como se vio, varios expertos consideran que el señor Pastrana Goez cuenta con las aptitudes mentales, emocionales y profesionales necesarias para hacer parte de la misma, y estará acompañado de varios expertos en las políticas financieras, entre quienes se tomarán las decisiones correspondientes, por lo tanto no es necesario suprimir su presencia en la junta directiva para garantizar la confianza del público en la misma.

Adicionalmente, se vulneran los derechos a la participación y a la representación del accionante y de los afiliados y beneficiarios de Caprovimpo, quebrantando así las garantías del sistema democrático que se instituyó con la reforma de la composición de la junta directiva efectuada por la ley 973 de 2005.

42. Ahora bien, se dijo que generalmente el amparo que se concede en este tipo de casos es transitorio, en la medida que se necesita de una protección urgente a los derechos fundamentales de las personas, pero debe ser el juez de lo contencioso administrativo quien resuelva finalmente el asunto. Sin embargo, en esta ocasión la Sala hará una excepción y el amparo que se otorgue al accionante es definitivo.

Esto porque la suspensión provisional prevista en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo solo opera en casos específicos, para el caso de los actos proferidos que afectan al actor sólo “ante la manifiesta violación de una norma superior susceptible de percibir con la simple comparación de la disposición acusada y la demostración del perjuicio”⁵¹; lo cual resulta prácticamente imposible para el caso que se estudia, pues como se vio fue necesario realizar un análisis detallado de la normatividad pertinente y, armonizar un conjunto de disposiciones y actuaciones para esclarecer si existía o no la facultad discrecional que argumentó poseer la Superintendencia Financiera. Adicionalmente, teniendo en cuenta que el periodo para el cual fue elegido el accionante es solo de dos años, sin duda alguna la jurisdicción ordinaria no es idónea para la protección de sus derechos.

43. En consecuencia, la Sala confirmará los fallos emitidos por el Juzgado 14 Laboral del circuito de Medellín en primera instancia y, por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín en segunda instancia que confirmó la decisión del a quo, en cuanto garantizaron los derechos fundamentales del actor, pero, por las razones expuestas en esta sentencia.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR los fallos emitidos por el Juzgado 14 Laboral del circuito de Medellín en primera instancia y, por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín que confirmó la decisión de primera instancia, en tanto tutelaron los derechos fundamentales del señor Juan Bautista Pastrana Goez, al debido proceso administrativo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 El párrafo 1° del artículo 4° de la Ley 973 de 2005, establece que el Ministerio de Defensa Nacional, señalará la forma en que será elegido el representante del personal uniformado de la Policía Nacional. Así pues, la Resolución No. 4 de 2006 del Ministerio de Defensa Nacional, estableció que dicho cargo para la Junta Directiva de Caprovimpo, sería sometido a un proceso de elección por votación y, el procedimiento para el efecto fue consignado en los artículos 7 a 19 de la misma.

2 Folio 25, cuaderno principal.

3 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 1994. M .P. Hernando Herrera Vergara.

4 Sentencia C-230 A de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

5 Sentencia C-180 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara.

6 Cfr. Sentencia C-089 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

7 Ibídem.

8 El contenido del derecho fundamental al debido proceso administrativo ha sido analizado en amplio número de decisiones y escenarios jurídicos. Entre los fallos relevantes, se encuentran las sentencias T-545 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-982 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-595 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-430 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-338 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez. En esta oportunidad, la Sala seguirá de cerca la sistematización realizada en el fallo T-909 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

9 T-552 de 1992 M.P. Fabio Morón Díaz, la Corte expresó: “La Constitución Política de 1991, a más de consagrar en forma expresa el derecho al debido proceso en las actuaciones judiciales, lo consagra para las actuaciones administrativas, con lo cual se produce una innovación que eleva a la categoría de Derecho Fundamental, un derecho de los asociados que, tradicionalmente, tenía rango legal, y no hacía parte del concepto original propio del derecho al debido proceso (Tomado de la T-595/07).Corte Constitucional. Sentencia T-048 de 2008. En aquella oportunidad tuvo la Corte que establecer si la Universidad del Atlántico

había vulnerado el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso administrativo al haber suspendido unilateralmente la prima técnica en cabeza de los peticionarios sin que previamente los hubiera notificado negándoles el derecho a oponerse a la suspensión. La Corte otorgó el amparo solicitado y ordenó reanudar el pago de la prima técnica que venían recibiendo los peticionarios así como exigió restituir las primas no pagadas en virtud de la suspensión de dicho pago. Exigió que la orden se mantuviera vigente hasta tanto se ejercieran por parte de los demandantes las acciones ordinarias pertinentes para cuestionar la validez de la suspensión para efectos de lo cual concedió un plazo de cuatro meses contados a partir de la notificación del fallo.”

10 Corte Constitucional. Sentencia T-917 de 2008. En aquella ocasión le correspondió a la sala de Revisión determinar si en el caso sub judice la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Tunja, al abstenerse de levantar las medidas cautelares que recaían sobre bienes y derechos sucesorales del peticionario “pese a existir proceso contencioso administrativo atacando el mandamiento de pago y la decisión negativa a las excepciones” había desconocido los derechos constitucionales fundamentales del actor y se procedía conferir la tutela como mecanismo transitorio para resolver un perjuicio irremediable. La Corte efectuó un conjunto de consideraciones muy importantes respecto de la importancia de respetar el debido proceso en las actuaciones administrativas y resolvió conceder el amparo invocado.

11 Ibíd. Consultar asimismo Corte Constitucional. Sentencia T-982 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

12 Corte Constitucional. Sentencia T-1308 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil. En aquella ocasión le correspondió a la sala de Revisión determinar si el Consejo Superior de la Universidad de Cundinamarca, al haberse abstenido de proclamar el resultado de las votaciones efectuadas para designar al rector, había desconocido los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la participación ciudadana, a elegir y ser elegido, al trabajo y a ejercer profesión u oficio de la persona que obtuvo las mayorías requeridas para ser elegida rector de la Universidad accionada. Llegó a la conclusión la Corte que en el caso bajo análisis se había acreditado de manera plena la mayoría exigida en las normas reglamentarias de la Universidad “para proceder a la designación del rector de dicho centro educativo, y que, por ello, al negarse el Consejo

Superior a declarar el resultado electoral a favor del accionante vulneró su derecho fundamental al debido proceso administrativo, en cuanto a la obligación de acatar las formas propias de cada juicio.

13 T-909 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

14 “[el] cumplimiento de la secuencia de los actos de la autoridad administrativa, relacionados entre sí de manera directa o indirecta, y que tienden a un fin, todo de acuerdo con la disposición que de ellos realice la ley.” Sentencia T-552 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz, C-1189 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, y T-595 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

15 Corte Constitucional. Sentencia T-653 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Por medio de esta sentencia la sala de Revisión resolvió que cuando se declara la insubsistencia de un funcionario que desempeñaba en provisionalidad un cargo de carrera mediante acto administrativo no motivado, se vulneran los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

16 Ver sentencia T-552 de 1992 M.P. Fabio Morón Díaz. En esta providencia se indicó también que “El proceso administrativo, denominado antes procedimiento administrativo, para diferenciarlo del proceso judicial, en tanto, este último, tenía por finalidad la cosa juzgada; comprende el conjunto de requisitos o formalidades anteriores, concomitantes o posteriores, que establece el legislador para el cumplimiento de la actuación administrativa, y los procedimientos, o pasos que debe cumplir la administración para instrumentar los modos de sus actuaciones en general”.

17 Ibíd.

18 Artículo 29, Constitución Política de Colombia.

19 Sentencia T-982 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

20 Idem.

21 Sentencia T-073 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

22 Sentencia T-982 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

23 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

24 Sentencia C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

25 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

26 Sentencia T-706 de 1996. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En esta Sentencia, la Corte encontró que se vulneraban los derechos constitucionales de los reclusos cuando al amparo de la indeterminación de ciertos conceptos jurídicos de carácter reglamentario se les impedía la difusión dentro del penal de informaciones legítimas dentro de un orden democrático.

27 Ibíd.

28 Al respecto ver sentencias T-982 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-816 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimy Yepes, T-068 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil y, C-533 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

29 Sentencia T- 844 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

30 Sentencia C-448 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sobre este tema también pueden consultarse entre otras, las sentencias C-309 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-068 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-741 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz., C-371 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-110 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell y, C-093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

31 Sentencia C-648 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

32 Artículo 7° del Decreto 2591 de 1991.

33 Artículo 8° ibídem.

34 En sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, se explicaron los elementos que ha de tener el perjuicio irremediable:

“ A)... inminente: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se

diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. (...) // “B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...)

“C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente. // “D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergradable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...) “De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergradable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio. (...)”

35 Ver la sentencia SU-961 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

36 Sentencia T- 982 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

37 Ver sentencia SU-157 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

38 Sobre la justificación de este intervencionismo estatal, ver la sentencia C-860 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

40 Artículo 325. 1. Naturaleza y objetivos. La Superintendencia Bancaria es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad financiera y aseguradora, y que tiene a su cargo el cumplimiento de los siguientes objetivos:

a) Asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones. || b) Supervisar de manera integral la actividad de las entidades sometidas a su control y vigilancia no sólo respecto del cumplimiento de las normas y regulaciones de tipo financiero, sino también en relación con las disposiciones de tipo cambiario.|| c) Supervisar las actividades que desarrollan las entidades sometidas a su control y vigilancia con el objeto de velar por la adecuada prestación del servicio financiero, esto es, que su operación se realice en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia.|| d) Evitar que las personas no autorizadas, conforme a la Ley, ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas. || e) Prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe. || f) Supervisar en forma comprensiva y consolidada el cumplimiento de los mecanismos de regulación prudencial que deban operar sobre tales bases, en particular respecto de las filiales en el exterior de los establecimientos de crédito. || g) Procurar que en el desempeño de las funciones de inspección y vigilancia se de la atención adecuada al control del cumplimiento de las normas que dicte la Junta Directiva del Banco de la República. || h) Velar porque las entidades sometidas a su supervisión no incurran en prácticas comerciales restrictivas del libre mercado y desarrollen su actividad con sujeción a las reglas y prácticas de la buena fe comercial. || i) Adoptar políticas de inspección y vigilancia dirigidas a permitir que las instituciones vigiladas puedan adaptar su actividad a la evolución de las sanas prácticas y desarrollos tecnológicos que aseguren un desarrollo adecuado de las mismas.

41 M.P. Fabio Morón Díaz.

42 Sobre la potestad sancionadora, y su reglamentación ver sentencia C-406 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

43 Al respecto, ver supra numerales 6 y 7 de la parte considerativa de esta Sentencia.

44 7. Un representante de los afiliados uniformados de las Fuerzas Militares. || 8. Un representante de los afiliados uniformados de la Policía Nacional. || 9. Un representante de los afiliados civiles o no uniformados, vinculados al Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

45 En efecto, el acto administrativo emitido por la Superintendencia Financiera que negó el recurso de reposición interpuesto por el accionante frente a la negativa de efectuar su posesión, data del 19 de abril de 2011 y, la acción de tutela fue interpuesta el 30 de mayo de la misma anualidad.

46 Folio 44, cuaderno principal.

47 Folio 46, cuaderno principal.

48 Folio 47, cuaderno principal. Adicionalmente, se encuentran referencias a varios diplomados y seminarios cursados por el actor. (Folios 58 y 59, cuaderno principal).

49 El parágrafo 1° del artículo mencionado establece: “Para el literal c, las oficinas de Desarrollo Humano o quien haga sus veces, evaluarán las competencias de acuerdo con el perfil aquí establecido mediante pruebas psicotécnicas, que podrá realizar una firma especializada, contratada para tal fin.” Sobre el particular, nada se dijo durante el transcurso del proceso, acerca de la ausencia de algunas de las calidades exigidas.

50 En los folios 53, 54 y 55 del cuaderno principal, se encuentra el extracto de la hoja de vida del accionante, emitido por el Grupo de Desarrollo Humano del Departamento de Policía de Antioquia, en donde se certifica lo correspondiente.

51 Sentencia T-525 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.