

Manizales, Caldas julio 16 de 2019.

SEÑORES:
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS – REPARTO-
Manizales- Caldas.

Accionante: LUZ ANYELLY VALENCIA MUÑOZ.
Accionado: DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL- MANIZALES-
CALDAS Y CONSEJO SECCIONAL DE JUDICATURA- MANIZALES CALDAS.

ENTIDAD VINCULADA: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA- UNIDAD DE
ADMINISTRACIÓN DE CARRERA JUDICIAL

LUZ ANYELY VALENCIA MUÑOZ, mayor de edad e identificada con la cedula de ciudadanía No. 66.963.326 de Caidedonia, Valle del Cauca, ante usted respetuosamente acudo para promover en nombre propio, ACCIÓN DE TUTELA, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto Reglamentario 2591 de 1991, con el objeto de que se ampare los derechos constitucionales fundamentales que considero amenazados y/o vulnerados por la ENTIDADES ACCIONADAS DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE LA CIUDAD DE MANIZALES- CALDAS Y CONSEJO SECCIONAL DE JUDICATURA- SALA ADMINISTRATIVA MANIZALES CALDAS. en cabeza del Dr. JOSE FERNADO SALAZAR CHAVES, o quien haga sus veces y el Presidente (a) del Consejo Seccional de la Judicatura Sala Administrativa- Manizales- Caldas SOLICITO EN IGUAL FORMA SE VINCULE AL PRESENTE TRAMITE AL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, SECCION DE ADMINISTRACIÓN DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN L CIUDAD DE BOGOTÁ, por la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso artículos. 13, 25, 29, 126 C.P.C, y a la confianza legítima, el fundamento de mis pretensiones se circunscribe a los siguientes:

HECHOS:

1. La suscrita LUZ ANYELY VALENCIA MUÑOZ, me inscribí como aspirante para participar en el concurso abierto de méritos, convocado por la RAMA JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-MANIZALES- CALDAS, para ocupar una de las vacantes definitivas en el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO GRADO 03 y ASITENTE ADMINISTRATIVO 05, con sede en la ciudad de Manizales- Caldas, en dicha oferta pública realizada mediante acuerdo PSA09-2012 de fecha 08 de septiembre del año 2019 "por medio del cual se convoca a concurso de méritos destinado a la conformación del Registro Seccional de Elegibles para los cargos de empleados de carrera del Consejo Seccional de la Judicatura de Caldas y Dirección Seccional de Administración Judicial de Manizales de los Distritos de Manizales- Caldas, que en la reglamentación del acuerdo en cita se ofertaron cinco (05) vacantes definitivas grado 05 y dieciséis (16) vacantes definitivas grado (03), que la misma convocatoria permitía optar por dos cargos en el mismo nivel jerárquico en el cual se acreditara el cumplimiento de los requisitos mínimos, que para tal efecto la suscrita accionante me inscribí para optar por los cargos ASISTENTE ADMINISTRATIVO GRADO 05 Y GRADO 03 con el pleno del cumplimiento de los requisitos legales exigidos.

2. Que una vez expedido el acuerdo PSA09-2012 de fecha 08 de septiembre del año 2009, que convoco a concurso de méritos, un mes después se adelantó una reestructuración de la planta de personal de la Entidad y para el caso en particular de los cargos AUXILIAR ADMINISTRATIVO GRADO 03, estos fueron reclasificados al cargo de ASISTENTE ADMINISTRATIVO GRADO 05 Y OCUPADOS POR EL PERSONAL QUE VENIA OCUPANDO DICHOS PUESTOS COMO AUXILIARES ADMINISTRATIVOS GRADO 03 , y por ende suprimidos, lo cual se traduce en una variación intempestiva de las condiciones de la convocatoria, misma convocatoria de que tiene fuerza vinculante tanto para la Entidad como para los participantes, y de conformidad con los diversos pronunciamientos de la HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL, no es de recibo el cambio de la reglas de un concurso de méritos, cuando las reglas del mismo han sido establecidas y publicadas sin que exista la garantía mínima de los derechos de los concursante, de lo anterior se tiene que si se ofertaron DIECISEIS (16) CARGOS DE AUXILIAR ADMINISTRATIVO GRADO 3 y con posterioridad a la publicación del acuerdo que convoco al concurso, se reclasificaron los cargos y quedaron como ASISTENTE ADMINISTRATIVO GRADO 05, y ocupados los cargos creados por el mismo personal que venían desempeñando el cargo de auxiliares Administrativos Grado 03, dicha reclasificación debió traer aparejado consigo que se hubiesen ofertado 09 vacantes más en el CARGO DE ASISTENTE ADMINISTRATIVO GRADO 05, por efecto de la HOMOLOGACIÓN, para con ello garantizar que dichas vacantes definitivas fueran suplidas de la lista de elegibles en grado cinco, situación que no aconteció, ello en consideración a que solo fueron suplidos los cinco (05) cargos grado cinco ofertados y la convocatoria para auxiliares administrativos grado tres en razón de SUPRESIÓN Y RECLASIFICACIÓN A ASISTENTE ADMINISTRATIVO GRADO 05 hoy se encuentran en vacancia definitiva, situación que da lugar que se haya violentado el principio de la CONFIANZA LEGITIMA, EL DEBIDO PROCESO, EL DERECHO DE ACCESO A LOS CARGOS PUBLICOS POR LA VIA DEL MERITO, EL DERECHO AL TRABAJO Y EL DERECHO A LA IGUALDAD, al variar las condiciones de la convocatoria en pleno desarrollo de la misma, al prestar fuerza vinculante el acuerdo que convoco a concurso, los cargos en cita, se violentaron las reglas del concurso y de plano mis derechos en calidad de participante y que aun estando en primer orden de elegibilidad por efecto no realizar la HOMOLOGACIÓN DE LOS CARGOS DE AUXILIAR ADMINISTRATIVO GRADO 03 A ASISTENTE ADMINISTRATIVO GRADO CINCO, hoy los nueve cargos que en su momento se convocaron de auxiliar administrativo grado 03 al ser suprimidos y adicionados como asistente administrativo grado cinco debe realizarse la HOMOGACIÓN, para así poder tomar posesión del mismo en propiedad al estar la suscrita en primer orden de elegibilidad PARA OPTAR POR UNA DE LAS NUEVE VACANTES DEFINITIVAS EN EL CARGO DE ASISTENTE ADMINISTRATIVO GRADO CINCO, TAL COMO SE COMPRUEBA CON LA ACTUALIZACIÓN DEL REGISTRO DE ELEGIBLES PUBLICADO EL DIA 02 DE MAYO DEL AÑO 2019, que se anexa al presente libelo demandatario.

3. respecto del trámite de la convocatoria el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, emitió concepto del trámite a seguirse por parte del Consejo Seccional de la Judicatura de Caldas, para lo cual mediante oficio No. CSOF-3828 del primero de diciembre de 2015 el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA A TRAVES DE LA UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE CARRERA JUDICIAL, DIO RESPUESTA AL OFICIO No. CSJC-SA15-12947, e indico que frente a los cargos que fueron suprimidos se debía adelantar un procedimiento denominado "HOMOLOGACIÓN DE CARGOS", el cual se encuentra

consagrado en el acuerdo número 1586 de 2002, modificado por el acuerdo No. 4156 de 2007. Igualmente, se señaló en ese mismo oficio que: "(...) dado que el artículo segundo numeral 3.3 de la convocatoria estableció que los aspirantes se podían inscribir a cargos que correspondan a un mismo grupo conforme se encuentran clasificados en el formulario de inscripción, **ANTES DE PUBLICAR LOS RESULTADOS DE LA ETAPA CLASIFICATORIA CORRESPONDE A ESA SALA ADMINISTRATIVA REVISAR LA SITUACIÓN PARTICULAR DE LOS CONCURSANTES RESPECTO DE LOS CARGOS SUPRIMIDOS, Y ESTABLECER EN QUE CASOS HAY LUGAR A ADELANTAR EL PROCESO DE HOMOLOGACIÓN**". De lo anterior se tiene que la EL CONSEJO SECCIONAL LA JUDICATURA, no realizó el aludido estudio de homologación respecto de los cargos suprimidos AUXILIAR ADMINISTRATIVO GRADO 03, en su totalidad nueve, que a su vez es más que evidente el hecho que al haber sido suprimidos y de plano reclasificados como ASISTENTE ADMINISTRATIVO GRADO 05 y ocupados dichos cargos por quienes se venían desempeñando como auxiliares administrativos grado 03, se debió proceder a la homologación de dichos cargos al grado que fueron reclasificados, ES DECIR SE DEBIERON OFERTAR LAS CATORCE PLAZAS DE ASISTENTE ADMINISTRATIVO GRADO CINCO, para que así se conformara la lista de elegibles de todos los que nos inscribimos tanto para grado 03 como grado cinco, lo que implicaba que la oferta publica en EL CARGO DE ASISTENTE ADMINISTRATIVO TUVIESE CATORCE VACANTES Y NO CINCO, por razón de la reestructuración, que trajo aparejada la supresión de los cargos de AUXILIAR ADMINISTRATIVO GRADO 03 Y RECLASIFICADO A GRADO 05, el desatender, la HOMOLOGACIÓN por efecto de la supresión de los cargos grado 03 es desconocer las reglas propias del debido proceso, el principio de la CONFIANZA LEGITIMA, EL DEBIDO PROCESO, EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ASI COMO LA ESPECTATIVA CIERTA DE QUIEN COMO PARA EL CASO EN PARTICULAR SE ENCUENTRA EN PRIMER ORDEN DE ELEGIBILIDAD PARA OCUPAR UNA DE LAS NUEVE VACANTES DE ASISTENTE ADMINISTRATIVO GRADO 05, lo anterior por cuanto existió una palmaria violación de las propias reglas del concurso al variarse las reglas del mismo en pleno desarrollo de la convocatoria y más aún no se atendió favorablemente la HOMOLOGACION DE QUE TRATA EL ACUERDO 4156 DE 2007 y de la cual otorgo los lineamientos el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE CARRERA JUDICIAL, tal como se indica en el presente numeral tercero.

3. Ahora bien, como quiera que EL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE CALDAS, no ha homologado los cargos enunciados en el numeral segundo de los hechos, el cargo de asistente administrativo grado 07 que por razón de la reestructuración fue re categorizado a grado 08 y a su vez los 2 cargos de profesional grado 12, cuyos cargos en particular fueron homologados por EL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE CALDAS, y a pesar de haber solicitado la suscrita la misma decisión para con el cargo de auxiliar administrativo grado 03 a 05, al tener el mismo nueve vacantes definitivas se niega en sede gubernativa dicha solicitud, lo que de contera vulnera el contenido de los artículos 13, 25, 29, 126 C.P.C, y a la confianza legítima.

4. Que de conformidad con la actualización de los registros de elegibles y con las posesiones reportadas decisión adoptada el día 02 de mayo del año 2019, la suscrita LUZ ANYELLY VALENCIA MUÑOZ, ocupara el primer puesto de elegibilidad para ocupar una de las nueve vacantes definitivas en el cargo de ASISTENTE ADMINISTRATIVO GRADO 05 DE DEAJ de la Ciudad de Manizales- Caldas y muy a pesar de estar en los términos

del artículo 2.2.5.3.2 del decreto 1083 de 2015 en su numeral 4 en el primer lugar de elegibilidad para ocupar una de las nueve vacantes definitivas del cargo en cita la DEAJ, no ha dado cumplimiento al deber legal de darme posesión en el mismo en pleno cumplimiento de la figura de la HOLOGACION, establecida en el acuerdo

5. De los hechos narrados señor Magistrado y como quiera que la suscrita se encuentra en lista de elegibles para Auxiliar Administrativa grado 03 y en primer orden de elegibilidad para ocupar una de las nueve vacantes definitivas que se presentan en el cargo de asistente administrativo grado 05 de la Dirección ejecutiva de Administración Judicial de la Ciudad de Manizales, de conformidad con la actualización del registro de elegibles que aporé al presente libelo, me asiste el pleno derecho a que se realice la homologación de los cargos de auxiliar administrativo grado 03 a grado 05 y que por sustracción de materia me asiste el derecho de ser nombrada en propiedad en una de las nueve vacantes definitivas que en dicho cargo existen, habida cuenta que desconocer mi derecho a ser posesionada por causa de la omisión que de suyo ha realizado el Consejo Seccional de la Judicatura lo que trasciende de contera a que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, no me haya realizado el nombramiento en una de las nueve vacante definitivas de asistente administrativo grado 05, ello por cuanto al variar las reglas del concurso estando en pleno desarrollo el mismo, ello por cuanto como se enuncio en líneas anteriores en el año 2009 y en plena vigencia del concurso se re categorizaron los cargos en especial los de auxiliar administrativo grado 03 y pasaron a ser grado 05, con la misma planta de personal que venía desempeñando el cargo como auxiliar administrativo grado 03 , lo que de contera se traduce por efecto de la re categorización el número de vacantes definitivas a suplirse en dicho cargo es mayor, es decir en principio se convocaron cinco cargos pero por efecto de la citada reestructuración el número de vacante aumento a catorce 14, lo que se traduce en que a la fecha se han posesionado cinco personas con derecho de carrera y los restantes nueve 09 están en vacancia definitiva y al estar la suscrita en primer orden de elegibilidad en la lista de elegibles, en cumplimiento del derecho a la igualdad, el debido proceso administrativo, el derecho al trabajo, el acceso a los cargos públicos bajo la modalidad del mérito, y el principio de legítima confianza hoy quebrantados por la administración le solicito al señor Magistrado de conocimiento realizar las siguientes o similares declaraciones:

6. Solicito que en aras de garantizar el derecho de contradicción y de defensa se vincule al presente trámite al CONSEJO SUPERIO DE LA JUDICATURA-UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE CARRERA JUDICIAL con el fin de que se pronuncie sobre el presente trámite tutelar, en especial frente a la reestructuración adelantada a la planta de personal de la entidad para el año 2009 ,mismo año para el cual se encontraba en curso el concurso de mérito convocado mediante acuerdo No .PSA09-2012- del 08 de septiembre del año 2009, y en particular sobre las decisiones, directrices impartidas frente a la modificación de la planta de personal y en especial de la re categorización de los cargos, que por sustracción de materia con la publicación del acuerdo que convoco a concurso de méritos tenía una oferta pública y después de la reestructuración que esta sufrió modificaciones, en tal sentido cual ha sido la directriz, decisiones o consultas por parte de esta en particular adoptada por dicha Entidad para que en especial la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial Sede Manizales, de cumplimiento a los nombramientos y la HOMOLOGACIÓN, como para el caso en particular de los cargos de AUXILIAR ADMINISTRATIVO GRADO 03 que fueron convocados y que por virtud de la re categorización pasaron a ser ASISTENTE ADMINISTRATIVO GRADO 05 y se conservara la misma planta de personal que ocupaba los cargos de auxiliar administrativo grado 03 y

que por tal razón a la fecha solo se posesionaron 05 personas con derechos de carrera y hoy existen nueve vacantes definitivas.

Ahora bien, para decantar los fundamentos de hecho y sustentar las normas de derecho que imponen a la administración la invariabilidad de las reglas del concurso de méritos la HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL EN SENTENCIA SU 446 DE 2011, SE PRONUNCIO EN LOS SIGUIENTES TERMINOS.

SENTENCIA SU446/11

SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Importancia como pilar fundamental de Estado

La importancia de la carrera administrativa como pilar del Estado Social de Derecho, se puso de relieve por esta Corporación en la sentencia C-588 de 2009, al declarar la inexecutable del Acto Legislativo No 01 de 2008, que suspendía por el término de tres años la vigencia del artículo 125 constitucional. En el mencionado pronunciamiento se indicó que el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado que se consagra en el artículo 1 constitucional, cuyo incumplimiento o inobservancia implica el desconocimiento de los fines estatales; del derecho a la igualdad y la prevalencia de derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el acceso a cargos públicos y el debido proceso.

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION- Obligatorio de las reglas y sus alcances

REGISTRO DE ELEGIBLES DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION- Naturaleza, alcance y fuerza vinculante

MERITO-Criterio para provisión de cargos públicos dentro de la administración/ MERITO-Concepto/CONCURSO PÚBLICO- Mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito

El mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración y que consiste en los términos de la jurisprudencia de esta Corporación, en que el Estado pueda "contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública". Igualmente, el mismo precepto establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es

el concurso público. En los términos de este artículo: "Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

CONCURSO DE MERITOS-Etapas

La sentencia C-040 de 1995 reiterada en la SU-913 de 2009, explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Así: 1. Convocatoria. es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. 2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso. 3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad. 4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas...se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso. 5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento. "Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente".

CONVOCATORIA A CONCURSO DE MERITOS-Importancia

La convocatoria es "la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes", y como tal impone las reglas que son obligatorias para todos, entendiéndose administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en ella se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas

expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y autocontrol porque la administración debe "respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada

REGLAS DEL CONCURSO DE MERITOS-Son invariables

Las reglas del concurso son invariables tal como lo reiteró esta Corporación en la sentencia SU-913 de 2009 al señalar "...resulta imperativo recordar la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez éstas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos."

Así mismo la Honorable Corte Constitucional mediante sentencia SU 913 DE 2009, considero los siguiente.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

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

2. Hechos Nuevos.

Durante el curso de la revisión de las tutelas en referencia, se profirieron dentro del curso de la Acción Popular 0413-07, las sentencias de 11 de marzo de 2009 de la Juez Cuarta Administrativa de Ibagué y de 13 de julio de 2009 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima en segunda instancia.

3. Teleología constitucional de la revisión en la Acción de Tutela. Inescindibilidad de las providencias proferidas en el curso de la Acción Popular 0413-07 y de las Acciones de Tutela proferidas con ocasión de aquellas.

3.1 De conformidad con lo establecido en el artículo 241 de la Constitución Política, se confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. En desarrollo de esta competencia y de la prevista en el artículo 86 de la Carta, así como en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional tiene la función de

revisar de manera *eventual*, las decisiones judiciales relacionadas con la tutela de los derechos constitucionales fundamentales.

La revisión por parte de la Corte cobra sentido en la medida que se protejan derechos constitucionales y se unifiquen los criterios que servirán de fundamento a dicha protección¹, es decir, que la facultad de revisión tiene como propósito edificar jurisprudencia a partir de casos paradigmáticos, con la cual se dote de contenido a los principios, postulados, preceptos y reglas contenidas en la Constitución Política, de manera que se corrija, si a ello hay lugar, cualquier desviación o error de magnitud tal que invalide o mengüe el ejercicio de los derechos constitucionales.

Al respecto, señaló la Corte en la Sentencia T-269 de 1995 que *“El objetivo primordial de la revisión eventual, mucho más allá de la resolución específica del caso escogido, es el análisis de fondo sobre la manera como se ha interpretado y aplicado por los jueces la preceptiva constitucional y la definición que hace la Corte, en el plano doctrinal, acerca de cómo debe entenderse y aplicarse en casos posteriores en los que surja el mismo debate, a propósito de hechos o circunstancias regidas por idénticos preceptos.”*

Por supuesto, es indispensable que el caso particular, a partir de ese examen, sea también resuelto por la Corte, bien confirmando, ya modificando o revocando los fallos de instancia. Pero tal resolución no es el único ni el más importante propósito de la revisión y viene a ser secundario frente a los fines de establecimiento de la doctrina constitucional y de unificación de la jurisprudencia, que tienen un sentido institucional y no subjetivo”

3.2 Pues bien, la arquitectura constitucional otorgó a la rama judicial del poder público una configuración especial y unas precisas potestades para garantizar el derecho de acceso a la justicia y, en ejercicio de ellas, puede ocurrir que las autoridades que tiene a su cargo la administración de justicia produzcan, frente a unos mismos supuestos fácticos, decisiones que desde su naturaleza y finalidad aparezcan correctas, pero que en conjunto generen discrepancias de naturaleza tal que terminen por invalidar el ejercicio de un derecho fundamental, tal como lo ha indicado la práctica en casos paradigmáticos como el de la Fundación San Juan de Dios.

Así, por ejemplo, la Corte Constitucional mediante sentencia de unificación SU-484 de 2008, a propósito de la situación financiera y laboral del Hospital San Juan de Dios, extendió sus efectos respecto de providencias judiciales proferidas en diferentes jurisdicciones, no sujetas a trámite de revisión, con el fin de proteger los derechos fundamentales tanto de los trabajadores del hospital como de sus usuarios. Así, en el caso específico de la Fundación San Juan de Dios se encontraron fallos proferidos por la Jurisdicción Ordinaria, la Jurisdicción Contenciosa y la Jurisdicción Constitucional, que a pesar de partir de supuestos de hecho idénticos, concluyeron con fallos contradictorios, los cuales si bien respondieron al caso particular y concreto, sumados generaron una situación financiera tan grave, que terminaron por afectar de manera grave el derecho fundamental a la igualdad. Al respecto dijo la Corte:

¹ Sentencia C-037 de 1996.

“(vi) La necesidad de dictar una sentencia de unificación frente a la existencia de fallos contradictorios.

En este acápite, se referirá la Corte a la pertinencia de proferir una sentencia de unificación que comprenda los asuntos que a raíz de la decisión del Consejo de Estado quedaron inconclusos, dentro de los cuales se encuentra la determinación de los efectos económicos de la decisión y principalmente, la forma en que las entidades deben concurrir a cancelar los compromisos laborales que adeuda la Fundación San Juan de Dios.

Y más necesario se hace apelar a una decisión de tipo “ sentencia de unificación “, cuando en la jurisdicción no han sido escasas las decisiones contradictorias frente al mismo tema, incluso, entre las salas de las distintas especialidades del Tribunal Superior de Bogotá y de la Corte Suprema de Justicia, lo que eventualmente pudiere redundar en una violación del derecho a la igualdad de los individuos que reciben de un mismo juez, fallos contrapuestos, pese a que los supuestos de hecho que originaron las decisiones eran en sustancia los mismos.

La razón que justifica lo que venimos comentando, no es otra que aquella según la cual, el Consejo de Estado al igual que la Corte Suprema de Justicia y todos los jueces colegiados, al resolver esta clase de acciones, se despojan de su condición de máximos tribunales de lo contencioso administrativo, por una parte, y de la justicia ordinaria, por otra, para adoptar la de juez constitucional colegiado, dentro de lo que se ha denominado jurisdicción constitucional –artículo 239 constitucional y artículo 43 de la ley 270 de 1996-, jurisdicción ésta en la que la especialidad deja de ser relevante y, como tal, no puede justificar la existencia de fallos contradictorios en relación con casos que presentan una identidad substancial.

*“La misma revisión eventual de todas las decisiones de tutela -facultad privativa de esta Corte-, muestra el surgimiento de una organización judicial nueva que, en lo relativo a la tutela, optó, como suele suceder, por una estructura jerarquizada y un tribunal máximo. Ello, en sentir de la Sala, significa que en esta materia, todos los jueces, como eventuales inferiores jerárquicos de la Corte Constitucional, también hacen parte de la jurisdicción constitucional orgánica y funcionalmente. Esto es muy claro si se piensa que, dada la libertad de escogimiento del juzgador, **en últimas es indiferente que éste sea civil, laboral, penal o contencioso administrativo, pues lo importante es la adecuada y rápida defensa de los derechos fundamentales constitucionales.**” (Auto No. 16 de 1994, proferido por la Sala Plena de la Corte Constitucional)*

Surge así la necesidad de dictar una sentencia de unificación, que procure homogenizar criterios, de forma que se puedan adoptar juicios que permitan

evitar decisiones opuestas. La misma ley prevé la unificación, a través de la Sala Plena de cada Corporación.

Ya había dicho con tino esta Corte sobre el por qué es tan importante esta unificación? Y se respondía: porque "La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad" (sentencia C-037 de 1996). El artículo 13 de la Constitución establece que "...las personas deben recibir la misma protección y trato de las autoridades", precepto que por igual obliga a las autoridades judiciales, máxime si de la jurisdicción constitucional se trata."

De allí que se haya entendido que se vulnera el derecho a la igualdad, cuando el juez, individual o colegiado, falla casos similares en diverso sentido, a un mismo tiempo, sin que exista razón que justifique clara y debidamente la adopción de criterios o interpretaciones diferentes. La división de una Corporación en salas o secciones o la existencia legítima de distintas jurisdicciones no puede servir de excusa para que se profieran fallos contradictorios frente a supuestos de hecho sustancialmente iguales², salvo, se reitera, que existan particularidades que así lo demanden.

3.2 Por lo anterior, se concluye que la Corte Constitucional debe ejercer su facultad de revisión mediante sentencias de unificación en aquellos casos en que: **i.** La trascendencia del tema amerite su estudio por parte de la Sala Plena en los términos del artículo 54A del reglamento de la Corte. **ii.** Sea necesario unificar jurisprudencia respecto de fallos de tutela ó **iii.** Sea necesario, por seguridad jurídica, unificar jurisprudencia respecto de fallos judiciales proferidos por diferentes jurisdicciones, como resultado de diferentes acciones judiciales, en aquellos casos en que a partir de supuestos fácticos idénticos se produzcan fallos que originen discrepancias capaces de impedir la vigencia o realización de un derecho fundamental. De esta manera, las sentencias de unificación deben entrar a resolver las contradicciones creadas por las diferentes decisiones judiciales, encauzando la labor judicial dentro de los linderos de la Constitución Política en punto a garantizar los derechos fundamentales.

3.3 Frente al caso concreto, la Corte Constitucional advierte que tal como fue planteado en el Auto 244 de 2009, en el devenir del concurso público y abierto para la provisión en propiedad de los cargos de notario, se han producido decisiones contradictorias que provienen de diferentes jurisdicciones. Se tienen, por ejemplo: Las decisiones proferidas en el curso de la acción popular 0413-07, por las cuales se suspendió, primero provisionalmente y, luego, definitivamente, el puntaje otorgado por autoría de obras en derecho a quienes la hubiesen acreditado mediante el mecanismo alterno previsto en el numeral 11, del artículo 11 del Acuerdo 01 de 2006; decisiones proferidas en fallos de tutela por los cuales se protegen por igual los derechos fundamentales tanto de quienes fueron excluidos de las listas suprimiendo puntaje, como de quienes persiguen efectivizar la suspensión de éste para ser nombrados notarios, claro ejemplo se encuentra en las diferentes tutela en revisión; decisiones proferidas por jueces administrativos en ejercicio

² Sentencia T-125 de 1993, C-036 de 1996, C-447 de 1997 y T-321 de 1998, entre otras.

de acciones contenciosas, como aquella proferida por el Consejo de Estado el 17 de julio de 2008 Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, en la que se determinó a propósito de las pruebas de conocimiento que el concurso de notarios estaba en su etapa final y, por lo mismo, no era posible revisar las pruebas y retrotraer el proceso de selección cuando a esa fecha las listas de elegibles estaban conformadas y se habían proferido actos administrativos de nombramiento; providencias como el auto de desacato a una medida de suspensión provisional decretada en el curso de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que excediendo la orden de suspensión de la resolución 00553 de 2007 y del Acuerdo 07 de 2007 en lo referente al participante, se ordenó el nombramiento de un aspirante que ni siquiera superó la etapa de análisis de antecedentes, aspecto que precisamente se encuentra en discusión en el proceso contencioso y que pone en interinidad la provisión del cargo en el Círculo de Cartago. Situación que originó que el nombramiento de quien ganó esa notaría por mérito fuese revocado; providencias judiciales que ordenaron el nombramiento de personas cuyos puntajes resultaban insuficientes para acceder al cargo; providencias judiciales que reconocieron puntajes inmerecidos por los participantes desconociendo el contenido de la Ley 588 de 2000, como es el caso de una concursante a la cual se le reconoció por tutela un puntaje de diez puntos a un curso de educación continuada en la modalidad de diplomado, siendo que la Ley 588 la otorgaba únicamente a posgrados a un curso de educación continuada en la modalidad de diplomado; todo lo cual indica la necesidad imperiosa de unificar criterios en cuanto al concurso de notarios con el fin de evitar que los derechos fundamentales de los participantes se sigan vulnerando sistemáticamente y que por fin se haga realidad el mandato contenido en el artículo 131 superior, de forma que se provean la notarías por quienes superaron el concurso con los mejores puntajes y no a partir de órdenes judiciales disímiles y contradictorias.

3.4 Estas particularidades demuestran que es necesario que la Corte se pronuncie respecto de todas las providencias proferidas en el curso de la Acción Popular 0413 de 2007, entre ellas, la medida cautelar confirmada parcialmente mediante auto de 29 de agosto de 2008 y las sentencias de 11 de marzo de 2009 del Juzgado Cuarto Administrativo de Ibagué y de 13 de julio de 2009 del Tribunal Administrativo del Tolima; igualmente respecto de todas las acciones de tutela proferidas a partir de las medidas adoptadas en dicha Acción Popular sean o no materia de revisión; así como respecto a la demás providencias a partir de las cuales se derivó injustificadamente un derecho dentro de la carrera notarial, con el fin de unificar jurisprudencia y garantizar la eficacia de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, al acceso a cargos públicos, y a la buena fe y confianza legítima de los participantes en el concurso de notarios.

3.5 Al respecto, debe recordarse que la génesis de la discusión materia de revisión radica, precisamente, en las diferentes decisiones adoptadas en el curso del proceso de la Acción Popular 0413-07. Primero, con ocasión de la medida cautelar adoptada por la Juez Cuarta Administrativa de Ibagué modificada parcialmente mediante auto de 29 de agosto de 2008 del Tribunal Administrativo del Tolima y, luego, por los fallos de primera y segunda instancia proferidos dentro de ese proceso.

3.6 Así, por virtud de la sentencia de 13 de julio de 2009 del Tribunal Administrativo del Tolima, la decisión provisional contenida en la medida cautelar confirmada parcialmente por auto de 29 de agosto de 2008, que originó la interposición de las tutelas que por esta providencia se revisan, mutó de “provisional” a “definitiva”, situación que lejos de superar la discusión materia de censura, la exacerba y reviste de mayor complejidad, pues un fenómeno que en principio sólo afectó al Círculo de Bogotá, se extendió por virtud de la sentencia del Tribunal, a todo el país, tal como se indicó en la mayoría de intervenciones surtidas en el presente trámite, que al unísono manifestaron su inconformidad frente a la decisión definitiva.

3.7 Lo expuesto anticipa la imposibilidad de escindir la Acción Popular como un todo del *petitum* de las acciones en revisión, pues si bien es cierto la sentencia de 13 de julio del Tribunal Administrativo del Tolima no fue objeto de ninguna de las acciones en revisión, ello se debió a la elemental razón de que para la fecha de interposición de las tutelas, el fallo del Juez Popular no se había proferido.

Este aserto se confirma a partir de las intervenciones recabadas en el trámite de revisión, en razón a que la gran mayoría de participantes estimó conculcados sus derechos fundamentales, ya no a partir de la medida cautelar confirmada parcialmente por el Tribunal Administrativo del Tolima, sino directamente por la sentencia proferida por esa Corporación el 13 de julio de 2009; providencia respecto de la cual en el término de intervenciones destinado a garantizar el derecho de defensa, se solicitó expresamente su revocatoria invocando la ocurrencia de “vías de hecho”. Es el caso particular de la señora Elizabeth Vargas Bermúdez, quien mediante escrito de 31 de julio de 2009, en su calidad de parte actora dentro del proceso de tutela en revisión T-2210489, solicitó expresamente que, por tratarse de un hecho nuevo, se revocara la sentencia AP-0413 de 13 de julio de 2009 del Tribunal Administrativo del Tolima³ al considerar que con tal decisión se conculcaban sus derechos fundamentales.

Vale decir que, el espacio otorgado por la Corte mediante el Auto 244 de 2009 a los interesados y partes para garantizar su derecho de contradicción y de defensa, no tendría razón de ser sino se atienden sus argumentos y solicitudes aún respecto de hechos nuevos que afectan radicalmente el resultado de la presente tutela de unificación, pues ello devendría en la vulneración al derecho fundamental de defensa. Precisamente, en la etapa de intervenciones se otorgó un término para discutir y controvertir las medidas nuevas que a esa fecha fueron proferidas en el curso de la Acción Popular. De manera pues que la revisión del fallo de 13 de julio de 2009, tiene sentido en la medida que la decisión del juez popular, en tanto hecho nuevo, guarda relación directa con el *petitum* de las acciones de tutela, así como con las intervenciones registradas en el curso de este trámite, al punto que no podrían resolverse sus derechos, si se deja por fuera de estudio la acción popular, lo que indica la unidad material de éstas con el concurso de notarios.

3.8 Ahora bien, en igual medida los participantes que acudieron a la acción de tutela para que, apoyados en la medida cautelar de 29 de agosto de 2008, se les nombrara como notarios, reclaman la aplicación de la sentencia de 13 de julio de 2009, para efectos de

³ Folio 290 a 293 del cuaderno 2 de intervenciones.

consolidar la permanencia en los cargos en que fueron nombrados a partir de una medida provisional.

3.9 Como se nota, el estudio de la acción popular en sede de tutela tiene por finalidad la protección de derechos fundamentales, la unificación de jurisprudencia y, sobre todo, la aspiración de materializar la provisión de los cargos de notarios a través de concurso en observancia del artículo 131 Constitucional, asunto en relación con el cual, tal como se señaló en el Auto 244 de esta Corporación, la Corte Constitucional declaró en tres oportunidades un estado de cosas inconstitucional mediante la expedición de las sentencias SU-250 de 1998, T-1695 de 2000 y C- 421 de 2006, las cuales si bien impulsaron la realización del concurso de méritos, no han sido suficientes para alcanzar la realización material del imperativo constitucional de proveer los cargos entre aquellas personas que por sus méritos obtuvieron el mejor desempeño y puntaje dentro del concurso, aspecto que permite informar que la Corte no ha perdido competencia para conocer de dicho estado de cosas y ordenar todas aquellas medidas y remedios que “objetivamente” materialicen el precepto superior y cobijen no sólo a quienes acudieron a la acción de tutela, sino a todas aquellas personas que se encuentren en la misma situación, como se verá en detalle más adelante.

De allí la medida provisional ordenada por la Corte Constitucional mediante el Auto 244 de 2009, por la cual se decretó suspender los nombramientos de notarios y modificaciones en las listas de elegibles hasta tanto se resolviera la presente tutela de unificación, en tanto se analizaron dos de los más importantes principios que rigen la práctica de medidas cautelares, para efecto de garantizar un justo término de equidad en el proceso. Estos son: *el periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, los cuales deben aparecer de forma concurrente para asegurar la proporcionalidad y congruencia de la medida.

El primero, *periculum in mora*, tiene que ver con el riesgo de que al no adoptarse la medida cautelar sobrevenga un perjuicio o daño mayor del que se expone en la demanda, que de no precaverse, transforme en tardío el fallo definitivo. Tiene igualmente que ver con un temor fundado de que el derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso. El segundo, *fumus boni iuris*, aduce a un principio de veracidad en cuanto a la afectación del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal⁴.

Estos dos principios, asegura la doctrina⁵, deben operar de manera concurrente, al punto que la falta de uno de estos elementos, debe dar lugar a que: i. se rechace la medida cautelar ó ii. se otorgue la medida pero de manera

⁴ Perrachione Mario C. K. Medidas Cautelares, Ed. Mediterránea, año 2006, Pág 16. Cita Juan Monroy miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Jornadas de Derecho Procesal 2007.

⁵ Arbonés Mariano. Providencias Cautelares, Medidas autosatisfactivas o medidas innovativas. Inédito. Cita Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. 2007.

limitada. Por ejemplo, si el valor de la causa en juicio ejecutivo es proporcionalmente mínimo a la solvencia del demandado, la medida carecerá de *periculum in mora*, caso en el cual no habrá necesidad de hacer juicio alguno sobre el principio *fumus boni iuris*, pues de plano resulta innecesaria la medida.

En el caso concreto el interés procesal de la medida ordenada por la Corte tuvo origen en un principio de veracidad respecto de la vulneración sistemática de los derechos fundamentales de los participantes en el concurso de notarios, así como en la continuidad del estado de cosas inconstitucional, ya no por falta de concurso, sino por no haber concluido el proceso con el nombramiento de quienes por derecho debían ocupar tales cargos al haber obtenido los mejores puntajes en estricta observancia del artículo 131 Superior *-fumus boni iuris-*. Adicionalmente, en el daño marginal que pudiera sobrevenir por mayor caos en el nombramiento de participantes que no tuviesen derecho a ello y la vulneración de derechos de aquellas personas privadas injustamente del ejercicio de la función fedante, ante la imposibilidad práctica de acelerar la producción del fallo definitivo de revisión *-periculum in mora-*.

Lo anterior, por cuanto la demora en un fallo judicial tiene potencialidad de crear un riesgo para la justicia material. Es por esta misma razón, que en el presente fallo de unificación se rechazarán las solicitudes de suspensión del proceso de revisión hasta tanto se falle la revisión de la Acción Popular en sede Contenciosa Administrativa. En efecto, la dilación en la medida definitiva puede acarrear serios perjuicios al goce de derechos fundamentales, en tanto se advierte un *periculum in prentes (actual)* que impide postergar la decisión. No puede olvidar la Sala, y el punto es de extrema relevancia para lo que se viene de afirmar que las listas de elegibles por expreso mandato del artículo 3° de la Ley 588 de 2000, empiezan a caducar en el mes de enero de 2010 y no puede abrogarse la Corte la facultad ni de suspender ni de extender el plazo previsto por la ley.

3.10 Desde ese punto de vista, al revisar los fallos de acción popular, se revisará si el juez popular cumplió con el deber positivo que asiste a todas las autoridades públicas y, especialmente, a las autoridades judiciales, de preservar los derechos fundamentales como núcleo esencial de la Constitución Política. Basta recordar que la realización del interés general sólo puede ser efectiva a partir de la preservación de los derechos fundamentales, razón de sobra para insistir en preservar el equilibrio y proporción entre la protección del interés colectivo y la del derecho fundamental.

De hecho, la jurisprudencia de esta Corte ha sido reiterativa en el sentido de afirmar que cuando unos determinados hechos puedan dar lugar a una acción de tutela o a una acción popular, la tutela será de todas formas procedente. Así, por ejemplo, en el campo de los servicios públicos domiciliarios se ha afirmado que *“la acción de tutela dirigida a obtener obras de alcantarillado no es improcedente por la existencia de otros medios de defensa judicial como las acciones populares, cuando se demuestra que existe una violación o amenaza directa al derecho fundamental de la persona que interpone la tutela y que esta situación tenga una relación de causalidad directa con la omisión de la administración que afecte el interés de la comunidad, dado que en estos casos se genera una unidad de defensa, que obedece al principio de economía procesal y al de prevalencia de la acción de tutela sobre las acciones populares”*⁶.

Como se observa, esta posición jurisprudencial resulta acertada en la medida en que resuelve un problema sistémico del contencioso constitucional, esto es, aquel que se presenta cuando teóricamente caben acciones diversas para la protección de una misma situación jurídica. Sin querer llegar al extremo de afirmar que la acción de tutela excluye en estas hipótesis la acción popular, lo claro es que la jurisprudencia ha establecido que por unidad de defensa, por economía procesal y por prevalencia de la acción de tutela, ésta prima sobre aquella.

3.12 Ahora bien, una vez precisadas las razones para afirmar la inescindibilidad del resultado de la Acción Popular 0413-07 de las tutelas en revisión, se debe afirmar que la revisión del fallo de acción popular de 13 de julio de 2009, será posible por vía de tutela, si respecto de éste se verifica alguno de los requisitos de procedibilidad genérica o especial que la doctrina de esta Corporación ha señalado frente a providencias judiciales.

Al respecto, ya existe jurisprudencia que evidencia la materialización de tal facultad. Así, mediante sentencia T-391 de 2007, se anuló parcialmente un fallo de acción popular proferido por el Consejo de Estado, al verificar que respecto de él se estructuraban causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por cuanto el medio elegido para la protección de los derechos colectivos amparados dentro del proceso de acción popular, promovido por la “Fundación Un Sueño por Colombia” contra el programa “El Mañanero de La Mega”, constituía una vía de hecho sustantiva por violación directa del artículo 20 que garantiza la libertad de expresión. Al respecto, indicó la Corte:

4.3.4. Es pertinente recordar que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, las acciones populares cuentan con un régimen específico para la protección de los derechos colectivos, y prevalecen sobre la acción de tutela cuando se trata de proteger derechos de esta índole. Sin embargo, también ha explicado esta Corte que la especificidad del régimen de las acciones populares, así como la prevalencia de estas vías procedimentales para la protección de los derechos colectivos, no obstan para que sea procedente la acción de tutela en casos en los que se demuestre que ha existido, en el contexto de la vulneración o amenaza de un derecho colectivo, una afectación de derechos fundamentales específicos. En igual

⁶ Sentencia T-022 de 2008.

sentido, el carácter especial del régimen de las acciones populares, y la preferencia de estas acciones sobre otras vías procesales para efectos de lograr la protección de derechos colectivos, no obstan para que sea procedente la acción de tutela como medio de protección judicial de derechos fundamentales concretos y específicos que resulten afectados, amenazados o lesionados con motivo de las actuaciones judiciales adelantadas al dar curso y decidir una acción popular. En tanto jueces de la República, los funcionarios jurisdiccionales que conocen de las acciones populares también están sujetos a la primacía de los derechos fundamentales (art. 5, C.P.), por lo cual sus decisiones, en la medida en que constituyan vías de hecho con incidencia sobre derechos fundamentales, están sometidas al control del juez de tutela, sin que se puedan invocar la primacía o especificidad de las acciones populares para efectos de sustraerlas de dicho control –ya que el objeto del control de tutela es preservar los derechos fundamentales, no los derechos colectivos-. De igual forma, la existencia de un régimen legal y procesal específico para las acciones populares, no obsta para que en materia de interpretación de la Constitución, y en particular de los derechos fundamentales, sea la Corte Constitucional el órgano de cierre, por mandato expreso de la Carta (art. 241, C.P.).” (resaltado fuera de texto)

Debe advertirse que en cuanto hace relación a la Acción Popular, la sentencia C-713 de 2008 por la cual se revisó la constitucionalidad del inciso primero del artículo 11 del entonces proyecto de la Ley 1285 de 2009, mediante la cual se regula el trámite de revisión de las acciones populares, señaló lo siguiente: “[...] 10.- Finalmente, en cuanto al inciso primero del artículo 11 del proyecto, la Corte debe condicionar la exequibilidad de la norma, en el entendido de que en ningún caso se impide interponer la acción de tutela contra la sentencia objeto de revisión, la decisión de no selección o la decisión que resuelva definitivamente la revisión, cuando de manera excepcional se configuren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para tal fin.

En lo concerniente a la procedencia de la tutela es preciso recordar que ejercen jurisdicción constitucional los jueces y corporaciones que deban resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de derechos constitucionales (art. 43 LEAJ). Todos hacen parte de la denominada Jurisdicción Constitucional en sede de tutela, “quienes a su vez “son jerárquicamente inferiores a la Corte Constitucional”, por cuanto dicho Tribunal actúa como órgano límite o de cierre de esa jurisdicción, a través de la revisión de las decisiones judiciales que por la vía del amparo se profieran”⁷.

En este aspecto tienen cabida los argumentos reseñados al analizar los artículos 4º y 7º del proyecto, relativos a la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales, fundamentos a los cuales la Corte hace remisión expresa y directa [...]” (Resaltado subrayado fuera de texto)

⁷ Auto de Sala Plena 010 de 2004.

3.11 En esos términos, la Corte pasará a estudiar de fondo las posibles afectaciones a derechos fundamentales derivadas tanto de la medida provisional de 29 de agosto de 2008 - materia de las acciones de tutela en revisión-, como del fallo que resolvió de fondo la acción popular 0413-07, por el cual se desconoció el puntaje otorgado a la autoría de obras en derecho dentro del concurso de méritos público y abierto de notarios a aquellas personas que la acreditaron a través de un mecanismo distinto del registro en la Dirección Nacional de Derecho de Autor y, que en consecuencia, fueron excluidas de las listas de elegibles. Para el efecto, la Corte determinará de manera concreta, las causales genéricas de procedencia de la acción de tutela que autorizan su revisión.

4. Problema jurídico.

4.1 Las acciones de tutela que por esta vía se revisan tienen como eje común la inaplicación parcial de las listas de elegibles que resultaron del concurso de méritos convocado mediante el Acuerdo 01 de 2006, para la provisión de cargos de notarios en propiedad y acceso a la carrera notarial, como consecuencia de la suspensión provisional ordenada en el curso de la acción popular 0413-97 -para algunos participantes- de cinco puntos que el artículo 4 de la Ley 588 de 2000 otorga a la autoría de obras en derecho. Medida cautelar que tornó a definitiva mediante la sentencia de 13 de julio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

4.2 En atención a lo expuesto, el objeto de la Acción de Tutela es revisar si en la Acción Popular 0413-07, se realizó un juicio de moralidad administrativa, es decir, si resultó probado que el Consejo Superior de la Carrera Notarial, integrado por representantes de las más altas dignidades del Estado: Ministro del Interior y de Justicia, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Presidente del Consejo de Estado, Procurador General de la Nación y Superintendente de Notariado y Registro, quebrantó el derecho colectivo a la moralidad, a partir del favorecimiento a terceros mediante el Acuerdo 01 de 2006 ó si, por el contrario, se limitó a efectuar un juicio de legalidad entre el Acuerdo 01 de 2006 y el Decreto 3454 de 2006, dentro del marco del concurso de notarios, adelantado con el fin de dar cumplimiento al artículo 131 Constitucional y a lo ordenado en las sentencias SU-250 de 1998, T-1695 de 2000 y C-421 de 2006.

Adicionalmente, es objeto de la presente sentencia el revisar las decisiones proferidas en el curso de Acción Popular 0413-07 -medida cautelar y sentencias de primera y segunda instancia-, así como las decisiones contenidas en los fallos de tutela, en revisión o no, que tuvieron origen en dichas medidas, con el fin de establecer si con ellas se vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al trabajo, al acceso a cargos públicos, la buena fe y la confianza legítima de los participantes en el concurso público y abierto para la provisión de los cargos de notario en propiedad y acceso a la carrera notarial.

4.2 Para resolver estos problemas jurídicos la Corte Constitucional estudiará si con relación a las decisiones proferidas en el curso de la Acción Popular 0413-07, se estructuran causales de procedencia de la acción de tutela respecto de providencias judiciales derivadas de: **i.** defecto orgánico por falta de competencia territorial, **ii.** defecto sustantivo por usar la acción popular como mecanismo para efectuar un juicio de legalidad

propio de una acción de nulidad ó de nulidad y restablecimiento del derecho. **iii.** defecto sustancial por desconocer que el artículo 4 de la Ley 588 de 2000, reconoció a la autoría de obras en derecho un puntaje de cinco (5) puntos que bien podía acreditarse mediante el registro en la Dirección Nacional del Derecho de Autor o bien mediante la certificación emitida por la imprenta o editor acompañado de un ejemplar de la publicación en los términos de la Constitución y la ley – Decisión Andina 351 del Acuerdo de Cartagena y Ley 23 de 1982- .

4.3 De encontrar probados dichos defectos, la Corte se referirá a: **i.** Los precedentes jurisprudenciales respecto de los concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera. Reglas de los concursos, listas de elegibles publicadas y en firme, derechos adquiridos, reglas específicas del concurso de notarios y vulneración de los derecho a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, al acceso de cargos públicos, a la buena fe y la confianza legítima. **ii.** Naturaleza temporal y precaria de las medidas cautelares. Imposibilidad material de derivar efectos definitivos en tanto no se defina la titularidad del derecho. **iii.** La permanencia de un estado de cosas inconstitucional. **iv.** Efectos sobre casos concretos en revisión y demás fallos de tutela.

4.4 En esos términos, los puntos en discusión se desarrollarán de la siguiente manera: **(a)** Procedibilidad general de la acción de tutela. **(b)** Antecedentes jurisprudenciales del concurso de notarios relevantes para el caso concreto. **(c)** Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Verificación de causales genéricas y especiales de revisión de las providencias proferidas por el Juzgado Cuarto Administrativo de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima, respectivamente, dentro de la Acción Popular 0413-07: **i.** Inexistencia de defecto orgánico por falta de competencia territorial. **ii.** Defecto sustantivo derivado del desconocimiento de la finalidad de la acción popular, en tanto el juez popular realizó un juicio de legalidad propio de una acción de nulidad ó de nulidad y restablecimiento del derecho. Falta de evidencia de un juicio de moralidad administrativa. **iii.** Defecto material o sustantivo al desconocer la presunción legal de autoría y la libertad probatoria para acreditar la calidad de autor de conformidad con la ley y el bloque de constitucionalidad. El derecho moral de autor como derecho fundamental. **(d.)** Vulneración al derecho fundamental a la igualdad al desconocer las reglas del concurso público y abierto para la provisión de cargos de notarios en propiedad. El principio de inmodificabilidad de las listas de elegibles. Reiteración. **(e.)** Naturaleza temporal y precaria de las medidas cautelares. Imposibilidad material de derivar efectos definitivos en tanto no se defina la titularidad del derecho. **(f.)** La permanencia de un estado de cosas inconstitucional y la necesidad de proferir ordenes con efectos *inter comunis*. **(g.)** Efectos sobre casos concretos en revisión y demás fallos de tutela.**(f.)** Revisión de los casos concretos y casos especiales. **(h.)** Solicitudes de nulidad formuladas en el curso del proceso **i).** Solicitud de suspensión del proceso de revisión.

Desarrollo de las consideraciones y fundamentos para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados.

Con el fin de responder a los planteamientos jurídicos presentados, pasa la Sala entonces a desarrollar los siguientes puntos:

5. Procedibilidad de la acción de tutela. Reiteración.

5.1 La Corte Constitucional ha señalado de manera recurrente que la acción de tutela es un mecanismo protector de derechos fundamentales de naturaleza residual y subsidiaria, por lo cual solo puede operar para la protección inmediata de los mismos cuando no se cuenta con otro mecanismo judicial de protección, o cuando existiendo este, se debe acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sin embargo, la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aún existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede "*desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto*"⁸, en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos⁹.

5.2 Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular¹⁰.

Sobre el punto conviene recordar el contenido de las sentencias SU-133 de 1998 y SU-086 de 1999, mediante las cuales la Sala Plena de esta Corporación destacó:

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

⁸ Sentencia T-672 de 1998.

⁹ Sentencia SU-961 de 1999.

¹⁰ Sentencia T-175 de 1997

La Corte estima que la satisfacción plena de los aludidos derechos no puede diferirse indefinidamente, hasta que culmine el proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado. Se descarta entonces en este caso la alternativa de otro medio de defensa judicial como mecanismo de preservación de los derechos en juego, que son de rango constitucional, de aplicación inmediata (art. 85 C.P.) y que no pueden depender de un debate dado exclusivamente en el plano de la validez legal de una elección, sin relacionarlo con los postulados y normas de la Carta Política.”

En idéntico sentido se pronunció nuevamente la Corte Constitucional mediante la sentencia de unificación SU - 613 de 2002, en la cual estableció:

“[...] existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos.”

5.3 La procedibilidad de la acción de tutela se justifica en la realidad objetiva de dar inmediato cumplimiento al mandato contenido en el artículo 131 Superior, cuya observancia se ha dilatado injustificadamente por cerca de 18 años, más aún si se tiene en cuenta, como ya se ha dicho, que las listas de elegibles elaboradas con ocasión del concurso público y abierto para la designación de notarios en propiedad tienen en los términos del artículo 3° de la Ley 588 de 2000, una vigencia de dos (2) años a partir de su conformación, términos que empiezan a expirar en los primeros meses del año 2009, aspecto que obliga a la Sala a pronunciarse respecto de los cargos presentados en el menor tiempo posible, sin que exista margen para aplazar su decisión hasta tanto se surtan otras vías judiciales existentes¹¹. Vale la pena señalar que dilatar la decisión definitiva sólo beneficia a quien a la fecha permanece sin causa justa en un cargo que debe ser asignado a quien en derecho le corresponda.

5.4 Lo anterior, sin perjuicio de consideraciones de orden procesal, según las cuales los actos administrativos proferidos por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, mediante los cuales se ordenó suspender el nombramiento de notarios o recomponer listas de elegibles en cumplimiento de providencias judiciales, corresponden a aquellos que la

¹¹ Folios 1 a 60 del cuaderno de anexos remitidos por la Superintendencia de Notariado y Registro.

doctrina y la jurisprudencia califican como “actos de ejecución” -en la medida que con ellos se da cumplimiento a órdenes judiciales-, que por tal razón no son pasibles de acción ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

6. Antecedentes jurisprudenciales del concurso de notarios.

La jurisprudencia constitucional ha sido pródiga en pronunciamientos relativos a la carrera notarial, los cuales resultan cardinales y categóricos al momento de dar cumplida atención al artículo 131 Superior. Es así como la Corte Constitucional se ha pronunciado en forma expresa, entre otros puntos, en relación con: (i.) La diferencia entre notarios en propiedad, interinidad y encargo; (ii.) El mérito como requisito para el ejercicio en propiedad de la función pública notarial y la libertad legislativa para establecer las bases del concurso. (iii.) El Consejo Superior de la Carrera Notarial y su función de administración del concurso de notarios y la carrera notarial.

Desde esa perspectiva y de manera previa al análisis del caso concreto, incumbe repasar las conclusiones a que ha arribado la Corte Constitucional por encontrarlas definitivas y pertinentes para la solución del caso concreto.

6.1 Distinción entre notarios en propiedad, interinidad y encargo. Inexequibilidad de la distinción entre notarios de carrera y de servicio.

6.1.1 La sentencia C-741 de 1998 a propósito del artículo 145 del Decreto Ley 960 de 1970, señaló que los notarios podían desempeñar el cargo en propiedad, interinidad o encargo. Al respecto, indicó que el nombramiento en encargo ocurre cuando la falta de notario obliga a que se designe un encargado de las funciones hasta tanto se provee el cargo en interinidad o en propiedad. Por su parte, el nombramiento en interinidad se realiza cuando el encargo se prolonga por más de tres meses, o cuando el concurso ha sido declarado desierto y, únicamente, mientras se efectúa el nombramiento en propiedad (Art. 148). Es por ello que el inciso primero del artículo 146 del estatuto notarial establece que solo puede acceder al nombramiento en propiedad quien ha sido seleccionado mediante concurso, de manera que una vez designado no puede ser removido del cargo sino en los casos y con las formalidades que determina el propio estatuto.

Los nombramientos en encargo e interinidad resultan exequibles como mecanismos razonables para asegurar la continuidad de la función notarial, pero la Corte fue terminante al precisar que la Carta había adoptado un modelo que privilegiaba la prestación de este servicio por notarios nombrados por concurso.

En esos términos, si los mecanismos de encargo e interinidad son utilizados, no para asegurar la continuidad del servicio notarial en circunstancias excepcionales, sino para desconocer el mandato constitucional relativo a la obligatoriedad de los concursos para el nombramiento de los notarios (CP art. 131), entonces se está ante una clara desviación de poder, que acarrea la nulidad de la correspondiente actuación administrativa.

6.1.2 No obstante, mientras se produce la convocatoria para proveer una plaza vacante, es legítimo que se provea el cargo con el nombramiento de interinos para evitar una

interrupción en el servicio público notarial, como expresamente lo consagró el inciso 2° del art. 2° de la ley 588 de 2000, al disponer: *"En caso de vacancia, si no hay lista vigente de elegibles, podrá el nominador designar notarios en interinidad, mientras el organismo competente realiza el respectivo concurso"*, pues como ya se recordó en el párrafo precedente, mediante la sentencia C-741 de 1998 se dispuso que *"los notarios, pueden desempeñar el cargo en propiedad, interinidad o por encargo"*, mientras se provee el cargo en propiedad previo concurso.

En esa línea, también anotó la Corte que la diferencia entre notarios de servicio y notarios de carrera era inconstitucional, pues la Carta establecía que sólo podían ejercer en propiedad el cargo de notario las personas que ingresaran a la carrera notarial gracias al concurso de méritos, el cual debía ser no sólo abierto sino cumplir con requisitos de objetividad.

6.1.3 Por su parte, la sentencia SU - 250 de 1998, estableció que aquellas personas que antes de la expedición de la Constitución de 1991 venían ejerciendo el cargo de notario en propiedad o en carrera de acuerdo con lo establecido por el Decreto Ley 960 de 1970, tenían a su favor una situación jurídica consolidada en los términos de los artículos 53 y 58 de la actual Carta Política y, en cambio, quienes tenían la calidad de notarios interinos antes de la Constitución de 1991, se encontraban en una situación precaria en la medida que podían ser validamente desplazados por los notarios designados en propiedad, previo concurso de méritos.

6.1.4 Lo visto admite concluir que cualquier nombramiento como notario que se derive de una situación diferente a la de encontrarse incluido en una lista de elegibles, por haber surtido con éxito el concurso de méritos correspondiente, tendrá un carácter precario y, en consecuencia, dicha persona podrá ser validamente desplazada por quien tenga derecho a ocupar el cargo en propiedad sin necesidad de trámite o autorización adicional alguna, pues en tal caso no tendrá a su favor ningún derecho adquirido ni ninguna situación jurídica consolidada.

6.2 El mérito como requisito para el ejercicio de la función pública notarial.

6.2.1 La misma sentencia C-741 de 1998, precisó que el servicio público notarial que prestan los particulares, entraña el ejercicio de una función pública y por ese sólo hecho se debe asegurar el principio de igualdad en cuanto al acceso a la carrera notarial a través de un concurso de méritos (CP art. 40).

El concurso de notarios se asimiló al previsto por el artículo 125 de la Carta para el nombramiento de funcionarios públicos y su incorporación a la carrera administrativa, pues en ambos casos se hacía necesario diseñar un procedimiento de selección con base estrictamente en el mérito, mediante el cual las personas mejor calificadas pudiesen acceder al desempeño de una función pública. Para regular el servicio notarial la Constitución confiere una amplia libertad al legislador, en la medida que el texto superior se limita a afirmar que compete a la ley, la reglamentación del servicio que prestan los notarios y registradores (CP art. 131).

Sobre el punto, con ocasión del trámite de objeciones Presidenciales al Proyecto de Ley No. 148 de 1998 -Senado de la República- y 221 de 1999 -Cámara de Representantes-, así como la

posterior sanción de la Ley 588 de 2000 por la cual se reglamentó el concurso de notarios y la carrera notarial, se profirieron las sentencias C-647 de 2000 y C-097 de 2001, por medio de las cuales nuevamente la Corte dejó a salvo la obligatoriedad del concurso al señalar que cuando la Constitución dispuso que el nombramiento de notarios se efectuaría mediante concurso, apuntó hacia la eficiencia en la prestación del servicio, a la vez que sentó las bases de un régimen especial de carrera para los notarios.

De allí que el artículo 2º de la actual Ley 588 por la cual se estableció un conjunto de criterios para el concurso y el nombramiento de notarios en propiedad, combinó en términos justos el valor entre conocimientos jurídicos y experiencia para proveer cargos, procediendo en consonancia con los artículos 153, 154 y 155 del Decreto Ley 960 de 1970, los cuales también establecieron requisitos especiales para ser notario en los círculos de primera a tercera categoría, respectivamente.

En criterio de la Corte, de la lectura atenta de los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 10 parciales de la Ley 588 del 2000, se infiere que el Congreso de la República reglamentó el ejercicio de la función notarial cabalmente, dando estricto cumplimiento a la Sentencia C-647 de 2000, al establecer, entre otras cosas, los criterios técnicos para la calificación de los notarios, dentro de los cuales otorgó especial relevancia a la experiencia de los candidatos en actividades relacionadas con el servicio notarial y a las pruebas de conocimientos relativas al derecho notarial y registral, prefiriendo al titular de la notaría en caso de empate en el concurso.

En el mismo sentido, manifestó la Corte que cuando se produzca el fenómeno de declaratoria de desierto de un concurso para el nombramiento de notarios en propiedad debe convocarse nuevamente el mismo por parte del organismo competente, todo lo cual naturalmente desarrolla el espíritu y contenido del artículo 131 superior.

6.2.3 Colorario de lo anterior, en caso de declararse desierto el concurso, éste debe convocarse nuevamente, sin que exista excusa posible para que el cargo de notario permanezca en forma indefinida en interinidad o en encargo *so pena* de incurrir en desviación de poder.

6.3 El Consejo Superior de la Carrera Notarial.

6.3.1 La sentencia SU-250 de 1998 dejó a salvo la vigencia del artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970, en cuanto a la existencia del Consejo Superior -en ese entonces de la Administración de Justicia-, así como su función de administrar la carrera notarial -artículo 165- al precisar que las funciones notariales eran diferentes de las funciones de carrera judicial también asignadas a este Consejo, de manera que sólo las funciones de carrera judicial fueron expresamente atribuidas por la actual Constitución en su artículo 256, numerales 1 y 2 al Consejo Superior de la Judicatura.

La providencia en cita recordó que el Consejo Superior de la Administración de Justicia fue creado como un órgano consultivo del Gobierno Nacional por el Decreto 1698 de 1964, mediante el cual se organizó la carrera judicial y fue a partir del Decreto 250 de 1.970 que se le atribuyó la administración de dicha carrera. De forma paralela el artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1.970 o Estatuto Notarial atribuyó al mismo Consejo, la administración de la carrera

notarial, de manera que en la práctica el Consejo ejercía dos funciones de naturaleza distinta con composiciones diferentes para cada caso.

6.3.2 Con ocasión de la sentencia C-741 de 2 de diciembre de 1.998, la Corte declaró la exequibilidad de los artículos 145 y 164 del Decreto-Ley 960 de 1970, con excepción de la expresión “*De la Administración de Justicia*” contenida en la denominación “Consejo Superior de la Administración de Justicia”. En esta providencia, la Corte reiteró que el artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970 se encontraba vigente, en la medida que no fue derogado expresa ni tácitamente por normas anteriores a la Constitución de 1991 ni por la Carta misma que si bien ordenó el nombramiento de los notarios en propiedad mediante concurso, no atribuyó a ningún organismo constitucional la administración de la carrera notarial, por lo cual la Corte concluyó que dicha función la seguía ejerciendo el organismo legal previsto para el efecto, cuya existencia era materialmente compatible con la Constitución de 1991.

6.3.3 Ahora bien, el Legislador expidió el 5 de julio del año 2000 la Ley 588 “*Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial*”; ley que debe concordarse con el Decreto-ley 960 de 1970 “*por el cual se expide el estatuto del Notariado*”, cuyas disposiciones -con las modificaciones introducidas por el Decreto 2163 de 1970 y la Ley 29 de 1973- se encuentran vigentes, con excepción de los artículos que fueron derogados expresa¹² o tácitamente por la Ley 588 de 2000¹³.

Pues bien, la Ley 588 reguló en 11 artículos diferentes aspectos de la función notarial, y en particular, de la carrera notarial¹⁴. En relación con esta ley la

¹² Cabe precisar que la Ley 588 derogó expresamente además del artículo 164 del decreto Ley 960 de 1970, los artículos 170. <Procedimiento del concurso>; 176. <Admisión en la carrera notarial>; 177. <Inadmisión a carrera notarial>; 179. <Ingreso a la carrera y grado>, del mismo Decreto ley.

¹³ La estructura de dicho Decreto Ley que originalmente contaba con 233 artículos es la siguiente: Título I. de la función notarial; Título II. del ejercicio de las funciones del notario; Título III. invalidez y subsanación de los actos notariales; Título IV. de los libros que deben llevar los notarios y de los archivos; Título V. de la organización del notariado; Título VI. de la responsabilidad de los notarios; Título VII. (se omitió en la publicación); Título VIII del arancel; Título IX. vigencia del estatuto.

¹⁴ Los artículos en los que se regulan normas de carrera deben ser concordados en cuanto a vigencias y derogatorias con los del capítulo III sobre “la provisión, permanencia y período de los notarios” del Título V sobre “la organización del notariado” del Decreto Ley 960 de 1970 y concretamente con los artículos 161. <Designación de notarios>. Parcialmente inexecutable por la sentencia C-741/98; 162. <Inscripción de aspirantes>. Parcialmente inexecutable por la sentencia C- 741/98; 163. <Concursos>; 164 Existencia del Consejo Superior. 165. <Consejo Superior> parcialmente inexecutable en relación con la expresión “ de Administración de Justicia” por la sentencia C-741/98; 166. <Requisitos para aceptación a concurso>; 167 <Pérdida de un concurso>; 168. <Concurso para ingreso y ascenso a la carrera> parcialmente inexecutable por la sentencia C-153/99; 169. <Selección de candidatos> parcialmente inexecutable por la sentencia C-153/99; 173. <Vacantes>; 175. <Postulaciones y designaciones>. Cabe precisar finalmente que la Ley 588 de 2000, derogó expresamente además del artículo 164 del decreto Ley 960 de 1970 los artículos 170. <Procedimiento del concurso>; 176. <Admisión en la carrera notarial>; 177. <Inadmisión a carrera notarial>; 179. <Ingreso a la carrera y grado>. No obstante, la derogatoria del artículo 164 fue declarada inexecutable por la sentencia C-412 de 2006.

Corte, mediante la Sentencia C-097 de 2001, declaró la exequibilidad de sus artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 10.

6.3.4 No obstante, el artículo 11 de la Ley 588 de 2000 derogó expresamente el artículo “164” del Decreto Ley 960 de 1970, del cual deriva su existencia el Consejo Superior de la Carrera Notarial, con lo cual el legislador dejó acéfala la función de administración de la carrera notarial, aspecto que motivó una nueva demanda de constitucionalidad.

Esta acción fue resuelta por la sentencia C- 412 de 2006, la cual respecto de la derogatoria del artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1.970 efectuada por el artículo 11 de la Ley 588 de 2000, manifestó:

“b) Ninguno de los artículos de la Ley 588 de 2000 se ocupó de la conformación del Consejo Superior de la Administración de Justicia, o de la carrera notarial como fue denominado posteriormente. En consecuencia, la derogatoria expresa del artículo 164 del Decreto 960 de 1.970 acarrea la desaparición de este organismo pero sin sustituirlo, dado que el Decreto 2383 de 1.999 resulta ilegal.”

Así, en la sentencia C-421 de 2006 la Corte declaró la inexecutable de la expresión “164” contenida en el artículo 11 de derogatoria de la Ley de 588 de 2000 a partir de la fecha de su promulgación, en la medida que comportaba la desaparición del ordenamiento jurídico del único órgano establecido en una norma con fuerza de ley como responsable de la administración de la carrera notarial y de los concursos, derogatoria con la cual la normatividad relativa a los concursos para la provisión en propiedad de los cargos de notario devenía inoperante, vulnerando así el artículo 131 Superior. Fue en esta sentencia, entonces, en la cual quedó en claro la supervivencia del mencionado Consejo.

6.3.5 Ahora bien, vale la pena recordar que el artículo 131 Superior indica que *compete a la ley* la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores y el artículo 150 numeral 23, prescribe que corresponde al Congreso expedir las leyes que rigen el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos. De dicha concordancia se desprende una reserva de ley en cuanto a la reglamentación del ejercicio del servicio público notarial y el acceso a la carrera notarial. Tal reglamentación, se desarrolló mediante el Decreto Ley 960 de 1970 proferido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 8ª de 1969 –ley en sentido material- y en la Ley 588 de 2000.

Es así como el Decreto ley 960 de 1970, señaló en su artículo 165 -declarado parcialmente executable por la sentencia C-741 de 1998-, las funciones y competencias del Consejo Superior:

"Con suficiente anticipación el Consejo Superior de la Administración de Justicia¹⁵ fijará las bases de cada concurso, con señalamiento de sus finalidades, requisitos de admisión, calendario, lugares de inscripción y realización, factores que se tendrán en cuenta, **manera de acreditarlos** y sistema de calificaciones, e indicará la divulgación que haya de darse a la convocatoria."(Resaltado fuera de texto)

La disposición en cita revela que la ley asignó al Consejo Superior de la Carrera Notarial, funciones de carácter operativo, entre ellas la de señalar la manera de acreditar los factores que serían tenidos en cuenta al realizar el concurso de notarios; factores que, debe destacarse, no fueron señalados por el Consejo Superior, sino por el artículo 4º de la Ley 588 de 2000. Es decir, que el Decreto ley 960 de 1970, radicó en el Consejo Superior de la Carrera Notarial una competencia residual, subordinada a la Ley 588, así como a las leyes generales que regulen asuntos particulares materia del concurso.

Ello se entiende por la generalidad y abstracción de la cual se encuentra provista la ley, característica que le impide desarrollar con el rigor y concreción suficientes, la integridad de los asuntos que aborda, por lo cual la Corte no encuentra reproche en que en determinados eventos se defiera directamente a la Administración la precisión de detalles que posibiliten adaptar la ley a las cambiantes circunstancias a las que se sujeta su aplicación.

La posibilidad de "reglamentar", en el sentido amplio de la expresión, puede evidenciarse en cualquier nivel de la "pirámide" normativa, aunque, eso sí, la noción de *reglamento* –nuevamente en sentido general- conduce a la idea de subordinación normativa. Lo verdaderamente relevante por tanto, es que éste supone la existencia de una norma jurídica de superior jerarquía, independientemente de la posición que dentro de ella haya de ocupar el conjunto dispositivo reglamentario correspondiente.

De allí que mientras tengan vigencia los artículos 164 y 165 del Decreto ley 960 de 1970, nada impide al Consejo Superior de la Carrera Notarial, ejercer las funciones allí contempladas, sobre todo aquellas meramente operativas, siempre y cuando dicho "reglamento administrativo" se encuentre subordinado a la Ley y a la Constitución.

En ese orden, el Consejo Superior de la Carrera Notarial en desarrollo de la competencia otorgada por el artículo 165 del Decreto ley 960 de 1970, determinó la forma en que debía acreditarse la autoría de obras en derecho como aspecto a calificar en los términos del artículo 4 de la Ley 588, limitándose a reproducir los medios de prueba autorizados por la ley en materia de derecho de autor –como se vera en detalle más adelante-, de manera que ni creó medios de prueba *contra legem*, ni desconoció la facultad reglamentaria otorgada

¹⁵ La expresión subrayada fue declarada inexecutable por la Sentencia C-741 de 1998.

constitucionalmente al Presidente de la República, que entre otras cosas, también se encuentra subordinada a la ley.

6.3.6 Se concluye, entonces que la jurisprudencia ha reconocido la constitucionalidad del Consejo Superior de la Carrera Notarial, así como de las funciones asignadas a éste órgano a través del artículo 165 del Decreto Ley 960 de 1970. Competencias que, en todo caso, pueden ser reasumidas por el legislador en cualquier momento, como en efecto se hizo mediante la Ley 588 de 2000, por la cual se señalaron las bases y condiciones del concurso público y abierto para el acceso a la carrera notarial y provisión de notarías en propiedad.

7. Verificación de Causales Genéricas y Especiales de Revisión de Providencias Judiciales por Vía de Tutela – Reiteración.

7.1 El objeto de las tutelas en revisión, así como las intervenciones registradas en el presente trámite, conminan a la Corte Constitucional a revisar si en el caso concreto procede la acción de tutela contra las providencias judiciales proferidas en el curso de la acción popular 0413-07, tanto por la Juez Administrativa de Ibagué como por el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, con el fin de resolver de fondo las tutelas en revisión y la situación de los participantes en el concurso público notarial.

Al respecto y en consonancia con el precedente constitucional, la Corte ha sido positiva en afirmar que la acción de tutela procede, a pesar de su carácter subsidiario, contra providencias judiciales en las que se vislumbre vulneración a los derechos fundamentales de aquellos ciudadanos que acuden a la administración de justicia para la solución de sus conflictos¹⁶.

7.2 En esa dirección, la sentencia T-231 de 1994 trazó pautas orientadas a delimitar el enunciado “vía de hecho” respecto de providencias judiciales, para lo cual señaló los siguientes vicios que harían viable la acción de tutela contra aquellas: (1) defecto sustantivo; (2) defecto fáctico; (3) defecto orgánico; o (4) defecto procedimental; doctrina constitucional que fue precisada y reiterada en varias sentencias de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1184 de 2001 y SU-159 de 2002.

7.3 Esa misma evolución jurisprudencial ha propiciado que la Corte revalúe el concepto de vía de hecho declarado como el acto absolutamente caprichoso y arbitrario¹⁷ que interesa al juez constitucional y, en su lugar, prefiera el enunciado de “*causales genéricas de procedibilidad de la acción*”¹⁸, las cuales fueron sistematizadas en la Sentencia C-590 de 2005:

¹⁶ Sentencia C-543 de 1992

¹⁷ Sentencia T-008 de 1998.

¹⁸ Ver al respecto las sentencias T-949 de 2003 y T-774 de 2004.

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

“b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

“c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

“d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales¹⁹ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

“f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

“g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

“h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado²⁰.

“i. Violación directa de la Constitución.

“Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.”

7.4 En el caso materia de estudio, se alega en diferentes intervenciones, la configuración de requisitos de procedencia de la acción de tutela derivados de: **(i.)** Defecto orgánico por falta de competencia del Juez Popular. **(ii.)** Defecto

¹⁹ Sentencia T-522/01.

²⁰ Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

sustancial por no efectuar el Juez Popular un juicio de moralidad administrativa sino un juicio propio de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

A continuación se revisarán cada uno de los defectos alegados:

8. Inexistencia de defecto orgánico por falta de competencia del Juzgado Cuarto Administrativo de Ibagué para conocer de la Acción Popular 0413-07.

8.1 Diferentes intervenciones denuncian la falta de competencia territorial del Juzgado Cuarto Administrativo de Ibagué para conocer de la acción popular 0413-07, en razón a que no reunía las condiciones exigidas por el artículo 16 de la Ley 472 de 1998, que prescribe:

“Artículo 16. Competencia. De las Acciones Populares conocerán en primera instancia los jueces administrativos y los jueces civiles del circuito. En segunda instancia la competencia corresponderá a la sección primera del Tribunal Contencioso Administrativo o a la Sala Civil del Tribunal de Distrito Judicial al que pertenezca el juez de primera instancia.

Será competente el juez del lugar de ocurrencia de los hechos o el del domicilio del demandado a elección del actor popular. Cuando por los hechos sean varios los jueces competentes, conocerá a prevención el juez ante el cual se hubiere presentado la demanda.

Parágrafo. Hasta tanto entre en funcionamiento los juzgados administrativos, de las Acciones Populares interpuestas ante la jurisdicción contencioso administrativa conocerán en primera instancia los Tribunales Contencioso Administrativos y en segunda instancia el Consejo de Estado.”

En el caso concreto, la acción popular es acusada en consideración a que el lugar de *domicilio del demandado* es la ciudad de Bogotá, y que el lugar de *ocurrencia de los hechos* materia de litis en la acción popular también es la ciudad de Bogotá, en razón a que en esta ciudad: (i.) se elaboró y expidió tanto el Decreto 3454 de 2006 como el Acuerdo 01 de 2006; (ii.) se llevó a cabo el análisis de méritos y experiencia que otorgó el puntaje señalado en el artículo 4º de la Ley 588 de 2000 y (iii.) se conformaron las listas de elegibles. En relación con las fases correspondientes a pruebas de conocimiento y realización de entrevistas durante el concurso, estas tuvieron lugar en las capitales señaladas para cada uno de los nodos regionales, en los cuales nunca estuvo contemplada la ciudad de Ibagué. De hecho, los aspirantes a notarías de ese Círculo debieron concurrir a la ciudad de Bogotá, para el desarrollo de las pruebas de conocimiento y entrevista.

8.2 Pues bien, es cierto que en materia de acciones populares existe una competencia concurrente, la cual obedece a dos criterios señalados expresamente: el juez del *lugar de ocurrencia de los hechos* ó el juez del *domicilio del demandado*, de donde el demandante elegirá discrecionalmente aquél al que corresponderá el conocimiento de la acción popular promovida. La misma disposición preceptúa que cuando por razón de los hechos de la demanda sean varios los jueces competentes, conocerá a prevención el juez ante el cual la acción se hubiere presentado.

El factor de competencia definido en el artículo 16 de la Ley 472 de 1998 procede de la facultad otorgada al legislador para regular el ejercicio de las funciones públicas -Artículo 150-23 CP- y determinar las competencias jurisdiccionales -Artículos 234 a 238 CP-. En la sentencia C-215 de 1999, se señaló que resultaba fundado y razonable que el legislador hubiese determinado que las Jurisdicciones Contencioso Administrativa y Civil fueran las llamadas para conocer y tramitar tanto las acciones populares como las de grupo, así como la definición de la competencia como elemento integral del debido proceso -Artículo 29 CP-, teniendo en cuenta que el artículo 88 de la Carta Política no especificó la autoridad judicial competente para conocer de dichas acciones.

8.3 En términos generales la competencia de los encargados de administrar justicia, se señala atendiendo factores tales como la calidad de las partes (factor subjetivo), la materia, el valor (factor objetivo), el territorio (factor territorial), y la distribución de funciones entre los magistrados y jueces a partir de un criterio vertical o por grados (factor funcional). Al respecto, el artículo 140, numeral 2º del Código de Procedimiento Civil señala que el proceso es nulo en aquellos casos de falta de competencia.

No obstante, en materia de nulidades impera el principio de convalidación, esto es, la posibilidad de purgar o sanear las irregularidades procesales, de forma que la nulidad puede considerarse saneada en los casos expresamente señalados en el artículo 144 del C. de P.C., entre ellos, cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o cuando a pesar del vicio, el acto procesal cumplió con su finalidad y no se violó el derecho de defensa. Sin embargo, dicha convalidación no es posible cuando se trata de falta de jurisdicción o de competencia de carácter funcional, pues en tales casos, la ley procesal prescribe la imposibilidad de saneamiento.

8.4 Ahora bien, el artículo 100 del Código de Procedimiento Civil ha señalado que cualquiera de las partes tiene la facultad de alegar la nulidad por falta de competencia como excepción previa, en cualquiera de las instancias del proceso y hasta antes de dictar sentencia, de manera que la falta de competencia no puede ser alegada como causal de nulidad por el demandado, cuando tuvo la oportunidad de proponerla como excepción y no lo hizo.

8.5 Sin embargo, el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, señala que las excepciones previas sólo podrán proponerse en aquellos procesos en que expresamente se autorice, de manera que en lo que toca al proceso de acción popular, el artículo 23 de la Ley

472 de 1998, niega tácitamente dicha posibilidad, al indicar expresamente que en este trámite sólo pueden interponerse las excepciones de falta de jurisdicción y cosa juzgada, lo cual pone de manifiesto la imposibilidad material de invocar como excepción previa dentro de la acción popular, la falta de competencia distinta de la funcional, pues en caso de falta de competencia funcional corresponderá al juez popular declararla de oficio en los términos de los artículos 140 y 145 del C.de P.C., a los que remite el artículo 44 de la Ley 472 de 1998.

El artículo 23 de la Ley 472 de 1998 cobra sentido si se tiene en cuenta que en la acción popular se garantiza la posibilidad de participación de cualquier tercero interesado en la preservación del derecho colectivo, con lo cual se garantiza el derecho de defensa y, se privilegia la protección sustancial de una derecho colectivo de naturaleza difusa que importa a toda la comunidad con independencia del territorio en que el proceso se adelante, siempre que el Juez Popular esté revestido de Jurisdicción.

No ocurre lo mismo respecto de la nulidad originada en la falta de competencia funcional o en la falta de jurisdicción, porque siendo la competencia funcional la atribución de funciones diferentes a jueces de distintos grados, dentro de un mismo proceso (primera y segunda instancia, casación, revisión, etc.), el efecto de su falta conduce necesariamente a la vulneración al derecho de defensa, o a atribuir a un juez funciones extrañas a las que la ley procesal expresamente le señaló²¹.

8.6 Lo expuesto justifica la decisión que, frente a la nulidad advertida por la Secretaría Técnica del Consejo Superior de la Carrera Notarial, tomó la Juez Cuarta Administrativa de Ibagué, instancia que mediante sentencia de 11 de marzo de 2009, señaló:

“DE LAS EXCEPCIONES:

La entidad demanda invoca la FALTA DE COMPETENCIA:

El Despacho se abstendrá de resolver esta excepción previa planteada por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, pues resulta claro que en virtud del artículo 23 de la ley 472 de 1998, en el trámite de las acciones populares, únicamente pueden proponerse las excepciones previas de FALTA DE JURISDICCIÓN y COSA JUZGADA.

Lo anterior no es óbice para recordar que fue abordado al momento de pronunciarse el Despacho sobre la nulidad alegada por algunos intervinientes, oportunidad en la que se concluyó fundado el Despacho en la ley y la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, que tiene la competencia para conocer del asunto.”

8.7 Es así como, apoyada en la libertad de configuración que tiene el legislador respecto del trámite de acción popular, la Corte Constitucional encuentra que no se configura defecto

²¹ C-037 de 1998

orgánico alguno derivado de la falta de competencia territorial que se endilga a la Jurisdicción Contenciosa de Ibagué.

9. Defecto sustantivo en la medida que el Juez Popular no realizó un juicio dirigido a demostrar la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa sino que se limitó a efectuar un juicio de legalidad propio de un proceso de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho.

9.1 El artículo 2º, inciso segundo, de la Ley 472 de 1998, en desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política, dispone que las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible; y al tenor del artículo 9º ibídem, esas acciones proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.

9.2 Precisado lo anterior, los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular por vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa son, según jurisprudencia del Consejo de Estado, los siguientes: 1. La Acción u omisión debe corresponder al ejercicio de una función pública.²² 2. La acción u omisión debe lesionar el principio de legalidad.²³ 3. La desviación en el cumplimiento de la función ha de producir un perjuicio del interés general favoreciendo con ello al servidor público o a un tercero ó 4. La desviación del interés general debe ser de tal magnitud, que transgreda principios o valores instituidos previamente como deberes superiores en el derecho positivo²⁴.

9.3 La acción popular materia de estudio se instauró con el fin de demostrar que el Consejo Superior de la Carrera Notarial, integrado por los representantes, como se ha dicho, de las más altas dignidades del Estado: Ministro del Interior y de Justicia, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Presidente del Consejo de Estado, Procurador General de la Nación y Superintendente de Notariado y Registro, vulneró el derecho colectivo a la moralidad administrativa, al establecer mediante el Acuerdo 01 de 2006, un requisito adicional al previsto en el artículo 5, literal g) del Decreto 3454 de 2006, para acreditar la autoría de obras en derecho, con el propósito de favorecer a los notarios que se encontraban en interinidad.

9.4 No obstante, la sentencia de 13 de julio de 2009 por la cual el Tribunal Administrativo del Tolima resolvió en segunda instancia la acción popular 0413-07 , revela serias deficiencias en cuanto a los requisitos de procedibilidad de la acción popular por vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa, en la medida que si bien se

²² Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp-AP-720 de 2005

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp AP-166 de 2001.

²⁴ Expediente 35501 de 21 de febrero de 2007 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

extiende en explicar una extralimitación de funciones del Consejo Superior de la Carrera Notarial en la expedición del aparte final del artículo 11 numeral 11 del Acuerdo 01 de 2006, nada menciona acerca de las razones por las cuales debe inferirse que a partir de dicho acto administrativo, que las más altas dignidades del Estado, beneficiaron a terceros o transgredieron los más elevados principios en detrimento del interés general, esto es, de qué manera resultó vulnerado o amenazado el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Prueba de ello es que en el texto de la providencia de 13 de julio de 2009, la única referencia que se hace a la moralidad administrativa es aquella en que se afirma que el Consejo Superior de la Carrera Notarial, extralimitó sus competencias al desconocer el Decreto Reglamentario 3454 de 2.006, con lo cual atentó contra la moralidad administrativa. Al efecto expresó el Tribunal:

"[...] la consagración ilegal de una opción distinta a la establecida en el Decreto 3454 de 2.006 para acreditar la publicación de obras en áreas del derecho obedeció a intereses particulares y tendientes a favorecer a un grupo determinado de personas que si bien no se encuentra identificado dentro del expediente es fácil concluir que se buscó favorecer a aquellos que no podían acreditar dicha publicación con la certificación expedida por el ente nacional encargado de la protección de los derechos de autor en nuestro país pretendiendo con esto facilitar el ingreso de quienes no acreditaban en debida forma los requisitos exigidos para la carrera notarial con desconocimiento y burla de las disposiciones legales establecidas con el propósito de garantizar la imparcialidad y transparencia en el proceso de selección extralimitación que propició y facilitó la práctica de conductas inmorales e ilegales, entre otras, como facilitar certificados de autoría de obras jurídicas, arrogarse derechos de autor de obras inéditas ajenas, plagiar publicaciones, comprar certificados falsos, editar publicaciones sin el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Dirección Nacional de Derechos de Autor para el registro de obras (ver folios 2229 a 2252 cuaderno principal No.7); conductas cuyo único móvil lo constituyó obtener el puntaje establecido en el Decreto 3454 de 2.006, bajo el amparo de la disposición ilegal consagrada por el Consejo Superior de la Carrera Notarial en el numeral 11 Artículo 11 del Acuerdo 01 de 2.006."²⁵(Resaltado fuera de texto)

9.5 El argumento transcrito no resiste análisis alguno y se convierte en un abierto y grosero desconocimiento de la finalidad y sentido de la acción popular. Además, de las inconexas e imprecisas afirmaciones que contiene, las cuales se fundan únicamente en aquellas que realiza el actor popular, no logró el Juez Popular siquiera establecer qué personas integraban el grupo que supuestamente buscó favorecer el mencionado Consejo Superior. Conviene puntualizar en relación con lo afirmado por el Tribunal que el plagio de obras literarias debe ser probado a través de un proceso ordinario ante la jurisdicción civil; que la edición y publicación de un libro no requiere de trámite previo, concomitante o posterior ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor; que si bien es factible la compra o posible falsificación de un certificado de un editor o de la imprenta, similar predicamento podría hacerse del certificado de registro ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor. No se

²⁵ Aparte de la providencia de 13 de julio de 2009 del Tribunal Administrativo del Tolima que obra en el cuaderno No.9.

puede olvidar aquí que tanto las actuaciones de los particulares como las de los servidores públicos se encuentran amparadas por la presunción de legalidad y de buena fe, y que hace mal el juez popular al presumir lo contrario en aras de buscar darle “lógica” a una argumentación que ya desde esta perspectiva se torna discutible, amén de no contener sustento probatorio alguno.

9.6 El derecho a la moralidad administrativa ha sido objeto de amplio desarrollo a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues si bien su textura es abierta, su alcance se ha venido decantado a partir de la definición de una serie de criterios que permiten su protección de manera objetiva, a partir de la aplicación a cada caso concreto de principios hermenéuticos y de sana crítica.

Así, el concepto de moralidad administrativa se vincula al ejercicio de la actividad administrativa bien a través de las autoridades instituidas para el efecto bien a través de particulares en ejercicio de funciones administrativas. Tales criterios se condensan en recientes pronunciamientos efectuados por la Sección Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, entre ellos, el siguiente²⁶:

“(…) En efecto, cuando se habla de moralidad administrativa, contextualizada en el ejercicio de la función pública, debe ir acompañada de uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, como lo es el de legalidad, que le impone al servidor público o al particular que ejerce función administrativa, como parámetros de conducta, además de cumplir con la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato, por ello en el análisis siempre está presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, aunque no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa.

De tiempo atrás se exige, además de la ilegalidad, el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero, que en palabras del Robert Alexy, en cita de Von Wright, se traduce en la aplicación de conceptos deontológicos y antropológicos, ya mencionados por la Sala en sentencia de 26 de enero de 2005²⁷.

En consecuencia y tratándose de trasgresiones contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, el

²⁶ Expediente 35501 de 21 de febrero de 2007 de la Sección Tercera del Consejo de Estado. M.P. Enrique Gil Botero.

²⁷Sección Tercera, expediente AP 03113, actor Nidia Patricia Narváez Gómez.

comportamiento de la autoridad administrativa o del particular en ejercicio de función administrativa, debidamente comprobado y alejado de los propósitos de esta función, e impulsado por intereses y fines privados, propios o de terceros, tiene relevancia para efectos de activar el aparato judicial en torno a la protección del derecho o interés colectivo de la moralidad administrativa.

(...)No obstante, también es claro que el derecho positivo puro no es la única referencia posible para analizar la moralidad administrativa. De hecho, los principios del derecho y los valores jurídicos, integrantes del sistema jurídico, también son una fuente interpretativa de esta problemática, de tal manera que si se los amenaza o viola, en condiciones precisas y concretas, puede afectarse el derecho colectivo a la moralidad administrativa. No obstante, el análisis específico debe hacerse en cada caso, donde el juez determinara si la afectación a los mismos vulnera este derecho (...).

'(...) De tal suerte que el análisis del derecho a la moralidad administrativa, desde el ejercicio de la función pública, y bajo la perspectiva de los derechos colectivos y de la acción popular, como mecanismo de protección de éstos, requiere como un primer elemento, que la acción u omisión que se acusa de inmoral dentro del desempeño público o administrativo, necesita haber sido instituido, previamente, como deber²⁸ en el derecho positivo, o en las reglas y los principios del derecho, y concurrir con el segundo elemento de desviación del interés general. (...)' (resaltado y subrayado fuera de texto)

9.7 Como se observa, correspondía al juez popular no sólo efectuar un juicio de legalidad sobre la competencia que asistía al Consejo Superior de la Carrera Notarial para fijar la forma destinada a acreditar los requisitos del concurso frente a la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República por el artículo 189 numeral 11 de la Carta, sino, establecer si de tal ilegalidad se derivó un efectivo beneficio a terceros capaz de enervar la moralidad administrativa como derecho, principio y valor, es decir, si la conducta de estos altos dignatarios estructuró una verdadera desviación de poder.

²⁸ Para Von Ihering el concepto de deber se sustenta en la relación de las personas con los fines de la sociedad: "En el deber está la determinación o destino para algo fuera de él, señala por sobre sí el resultado que debe lograrse por su cumplimiento. No hay ningún deber por el deber mismo. Si por el cumplimiento del deber no se alcanzase nada en el mundo, sería absurdo prescribirlo; la justificación práctica del concepto del deber desde el punto de vista de la ética sólo puede ser hallada en lo bueno que debe transmitir. Al individuo se le puede gritar con Kant: cumple el deber por el deber mismo, es decir todo otro motivo que el de cumplir con el deber debe serte extraño, simplemente debe guiarte el sentimiento del deber. Pero el punto de vista de la ley de la costumbre, en tanto que prescribe el fin, es otro que el del sujeto en tanto que lo cumple, la ley de la costumbre prescribe el deber sólo a causa del resultado práctico que piensa lograr de ese modo, desde su punto de vista el concepto de deber es un concepto de fin" Pág. 508.

9.8 La decisión del Juez Popular en segunda instancia no guarda correspondencia con los requisitos de procedibilidad de la acción popular señalados por la Ley 472 de 1998; tampoco cumple con la finalidad que le asigna el artículo 88 Superior, cual es la protección de los derechos colectivos, ello por cuanto sus juicios se limitan a la legalidad del acto de convocatoria del concurso, legalidad cuya protección se encuentra radicada en cabeza de la Jurisdicción Contenciosa a través de las acciones públicas de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho consagradas en su artículo 84. De esta manera si bien las acciones populares y las acciones contenciosas de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho son conocidas por la Jurisdicción Administrativa, para el trámite de la acción popular el operador jurídico se abandona su ropaje de juez contencioso administrativo, para convertirse en juez popular que tiene a su cargo la finalidad de proteger derechos constitucionales colectivos. Por esa razón, las acciones públicas de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, así como la acción popular, deben instaurarse y resolverse en instancias diferentes, según la competencia funcional señalada para cada una, bien por la Ley 472 de 1998 bien por el Código Contencioso Administrativo.

9.9 De allí que cuando el juez popular limita su estudio a la pura y simple legalidad de un acto administrativo sin derivar de tal juicio una vulneración o amenaza debidamente probada a un derecho colectivo, extralimita su competencia funcional. Vale la pena mencionar que si bien la jurisprudencia impone el estudio de legalidad cuando se trata del derecho colectivo a la moralidad administrativa, también es cierto que dicho estudio *per se* no implica prueba de vulneración de este interés. De hecho, es posible encontrar un acto ilegal pero no por ello violatorio de la moralidad administrativa. Es por ello que el estudio de legalidad siempre debe ir acompañado de una prueba de desviación de poder en beneficio propio o de terceros y en detrimento del interés general o colectivo o de la constancia de una trasgresión grave de principios y valores constitucionales.

En ese orden, el simple estudio de legalidad del acto administrativo sin demostrar su impacto sobre el derecho colectivo, desnaturaliza la esencia de la acción popular y desconoce la existencia de otras acciones creadas por la ley con tal finalidad.

9.10 Así, el propósito que orienta la revisión de un acto administrativo que origina la afectación del derecho o interés colectivo no es la misma que se persigue a través de una acción administrativa. Mientras que en la primera se busca efectuar un análisis constitucional del interés afectado por medio de la constatación y demostración de la afectación del derecho colectivo, en la segunda, se efectúa un cotejo entre el acto administrativo y las normas que lo sustentan, pues el objeto de la acción de nulidad ó de nulidad y restablecimiento del derecho es la defensa del principio de legalidad.

En otras palabras, por vía de la acción administrativa se efectúa el control de legalidad del acto y, por lo tanto, puede producirse la nulidad de éste. A su turno, en la acción popular la jurisprudencia se ha inclinado por aseverar que no es posible decretar la nulidad del acto administrativo en la medida en que no se define la legalidad del mismo, pero si suspender su ejecución o aplicación si de este se deriva la violación o amenaza directa de derechos e intereses colectivos. Si bien esta conclusión no ha sido pacífica en la jurisprudencia, lo

cierto es que se ha llegado a aceptar la posibilidad de anular actos administrativos en acciones populares por vía de la aplicación directa del artículo 1742 del Código Civil, cuando el juez popular advierta una causal de nulidad absoluta en el acto, siempre y cuando, éste sea la causa de la amenaza o vulneración del derecho colectivo. Situación que no se advierte ni se prueba en el curso de la acción popular objeto de análisis en este proceso, lo que deja sin piso la anulación del aparte final del artículo 11, numeral 11 del Acuerdo 01 de 2006.

9.11 En esos términos, se concluye que el juicio de legalidad puro y simple de actos administrativos es de competencia exclusiva de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por la vía de la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, de acuerdo con la competencia funcional señalada a cada una de las instancias según la naturaleza de la entidad pública que profiere los actos administrativos cuya nulidad se demanda. De esta manera las acciones que se dirigen contra actos administrativos proferidos por autoridades del orden nacional, corresponden por competencia funcional al Consejo de Estado y no al Juez Popular, que corresponde en la primera instancia a un Juez Civil (Juez Civil del Circuito) bien a un Juez Administrativo (Juez Administrativo) y, en segunda instancia, a los Tribunales Superiores – Sala Civil- o a los Tribunales Administrativos y sólo en caso de revisión eventual al Consejo de Estado.

9.12 Los argumentos anteriores, que prueban de por sí el defecto orgánico del que adolece la sentencia de segunda instancia en la acción popular que aquí se revisa, no son, sin embargo, los únicos y más importantes defectos que pueden ser reprochados a dicha decisión. En efecto, nada se estableció sobre la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa ni al supuesto beneficio que buscó tan importante Consejo Superior de la Carrera Notarial, y que “obedeció [según la sentencia popular] a intereses particulares y tendientes a favorecer a un grupo determinado de personas” . Esta afirmación queda en el aire y, no logra desprenderse del discutible análisis de legalidad realizado. Como se ha dicho el análisis de la legalidad no puede ser el mismo de aquel de la moralidad, y por ello el juez popular cuando analiza este último extremo debe ser cuidadoso en otorgar argumentos suficientes que permitan establecer su existencia, lo cual demuestra que el defecto real es de naturaleza sustancial o material y de este deviene tanto un defecto orgánico como un defecto fáctico.

Bien vale la pena recordar por demás que a quien corresponde probar el quebrantamiento a los derechos colectivos invocados, es al actor, quien en este caso no obró con debida diligencia, en tanto la Corte no encuentra sustento probatorio alguno que demuestre que la presunta ilegalidad a que se refiere el Juez Popular guarda un nexo de causalidad con un beneficio indebido que tampoco se demostró a favor de terceros.

9.13 La falta de vulneración a un derecho colectivo fue manifiestamente reconocido por la Juez Cuarta Administrativa de Ibagué en su providencia de 11 de marzo de 2009, en la cual aseguró que la situación alegada por el actor en la acción popular, no era fuente de corrupción ni atentaba contra la moralidad administrativa, pues se trataba de un problema de legalidad que debía resolverse en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

9.15 En esos términos, la Corte encuentra razón a la afirmación que hiciera uno de los intervinientes, según la cual los miembros del Consejo Superior de la Carrera Notarial sin saber cómo ni por qué, resultaron como el personaje de la obra “El proceso” de Franz Kafka, “*perseguidos por inmorales*” por un crimen “*que nunca conoceremos*”. Pues tal como en la novela emblemática del escritor austriaco, su personaje central Josef K, es arrestado una mañana por una razón que no conoce y desde ese momento se adentra en una pesadilla de defensa ante las más altas instancias de la justicia, de allí la alegoría a la expresión “pesadilla kafkiana”.

10. Defecto sustancial. Presunción constitucional y legal del derecho moral de autor. Libertad probatoria respecto de la titularidad de la obra. Derecho de autor como derecho fundamental. Desconocimiento del Bloque de Constitucionalidad y de la ley en materia de autor.

La discusión central de las acciones de tutela en revisión dice relación con el reconocimiento del puntaje que el artículo 4° de la Ley 588 asigna a quien acredite la autoría de obras en derecho, de manera que se discute si la calidad de autor sólo puede ser probada a partir del registro en la Dirección Nacional de Derecho de Autor según lo establece el Decreto 3454 de 2006 o también resulta válido como medio de prueba el certificado emitido por el editor o imprenta acompañado de un ejemplar de la publicación. En esos términos, la Sala revisará de fondo este aspecto con el fin de verificar si se configura un defecto sustancial o material al encontrarlo medular para la solución del caso concreto.

10.1 La Ley 588 de 2000 estableció de manera general la asignación de cinco puntos a la autoría de una obra en derecho y guardó silencio respecto del medio de prueba destinado a acreditar la calidad de autor, aspecto que remite a las normas especiales en materia de derecho de autor.

10.1.1 El artículo 131 Constitucional facultó al legislador para que dentro de su libertad de configuración señalara los requisitos de experiencia, conocimiento y capacidad técnica que debían acreditar los participantes al concurso de méritos público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial; aspectos generales que fueron regulados mediante el Decreto-Ley 960 de 1970 y la Ley 588 de 2000.

10.1.2 Es así como la Ley 588 señaló como elemento a calificar dentro de la etapa de análisis de méritos y antecedentes en su artículo 4° la “*autoría de obras en derecho*” con una asignación de cinco (5) puntos, sin entrar a calificar el medio de prueba destinado a acreditar dicha autoría. Este aparente vacío se suple mediante remisión directa a las leyes que en Colombia regulan el derecho de autor, en las cuales se precisa a quién se tiene como autor de una obra y se indica los medios de prueba autorizados para acreditar su titularidad, disposiciones que resultan de aplicación preferente y restrictiva en los términos del artículo 10 del Código Civil modificado por el artículo 5° de la Ley 57 de 1887²⁹.

²⁹ “[...] *La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general* [...]”

10.1.3 La legislación colombiana incorporó el concepto de derecho de autor a través de la Ley 23 de 1982 -actualmente vigente-, así como el principio rector de la protección automática de la autoría mediante la Ley 33 de 1987 por la cual se ratificó el Convenio de Berna sobre protección de obras literarias, de manera que el reconocimiento de la titularidad de una obra literaria no estuviese subordinada a formalidad alguna; postulado que se viene confirmando en la normatividad interna mediante la Ley 44 de 1993, la Ley 565 de 2000 por la cual se ratificó el tratadoOMPI sobre derecho de autor y la Decisión Andina 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

De allí que si de lo que se trataba era de establecer a quién se tiene como autor de una obra para efectos de recibir cinco puntos por autoría según lo señala la Ley 588 de 2000, resulta ineludible acudir a lo prescrito en los artículos 9 y 10 de la Ley 23 de 1982, que con anterioridad a la Ley 33 de 1987, recogió lo dispuesto en el artículo 15 del Convenio de Berna³⁰:

“Artículo 9.- La protección que esta Ley otorga al autor, tiene como título originario la creación intelectual, sin que se requiera registro alguno. Las formalidades que en ella se establecen son para la mayor seguridad jurídica de los titulares de los derechos que se protegen.

Artículo 10.- Se tendrá como autor de una obra, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo, iniciales o cualquier otra marca o signos convencionales que sean notoriamente conocidos como equivalentes al mismo nombre, aparezcan impresos en dicha obra o en sus reproducciones, o se enuncien en la declamación, ejecución, representación, interpretación o cualquiera otra forma de difusión pública de dicha obra.”
(Resaltado y Subrayado fuera de texto)

10.1.4 Así, autor es la persona que crea una obra³¹ y su definición se extiende a todo aquel que se dedica a una actividad intelectual creativa, de manera que para que se le tenga como autor de una obra y goce de los derechos que la ley le confiere, basta con que su nombre aparezca en la obra de la forma usual o de cualquier otra forma de difusión pública, de conformidad con los artículos transcritos, por los cuales se consigna una presunción *iuris*

³⁰Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

“Artículo 15. Derecho de hacer valer los derechos protegidos:

1. Cuando se ha indicado el nombre del autor o cuando el seudónimo no deje la menor duda sobre la identidad del autor;

2. En el caso de obras cinematográficas;

3. Para las obras anónimas y seudónimas;

4. Para algunas obras no publicadas de autor desconocido

1) Para que los autores de las obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio sean, salvo prueba en contrario, considerados como tales y admitidos, en consecuencia, ante los tribunales de los países de la Unión para demandar a los defraudadores, bastará que su nombre aparezca estampado en la obra en la forma usual. El presente párrafo se aplicará también cuando ese nombre sea seudónimo que por lo conocido no deje la menor duda sobre la identidad del autor.” (subrayado y resaltado fuera de texto)

³¹ OMPI, Glosario de derecho de autor y derechos conexos.

tantum, al punto que cuando exista alguna duda en torno a la autoría de la obra se admite prueba en contrario.

10.1.5 Tal presunción fue convalidada por la Decisión Andina 351 del Acuerdo de Cartagena que rige para todos los países miembros desde el 21 de diciembre de 1993, la cual en su artículo 2º presume como autor, salvo prueba en contrario, a la persona cuyo nombre, seudónimo u otro signo que la identifique aparezca radicado en la obra. El derecho de autor según la Decisión 351 se presume desde el momento mismo en que se crea la obra, **sin que sea necesario registro ni depósito ni ninguna otra formalidad**, tal como lo prescriben sus artículos 52 y 53:

“ARTÍCULO 52.- La protección que se otorga a las obras literarias y artísticas, interpretaciones y demás producciones salvaguardadas por el Derecho de Autor y los Derechos Conexos, en los términos de la presente Decisión, no estará subordinada a ningún tipo de formalidad. En consecuencia la omisión del registro no impide el goce o el ejercicio de los derechos reconocidos por la presente Decisión”

ARTÍCULO 53.- El registro es declarativo y no constitutivo de derechos. Sin perjuicio de ello, la inscripción en el registro presume ciertos los hechos y actos que en ella consten, salvo prueba en contrario. Toda inscripción deja a salvo los derechos de terceros.” (Subrayado y resaltado fuera de texto)

10.1.6 En ese contexto, no puede afirmarse que como en materia de derechos de autor existe libertad probatoria, el Decreto 3454 de 2006 escogió para acreditar la autoría dentro del concurso de notarios el registro como el instrumento más público y accesible a todo el mundo, pues se llegaría al extremo de que por vía de acreditación de un requisito, que ni siquiera es obligatorio en la legislación colombiana sino opcional, se invalide el ejercicio del derecho fundamental de autor, de forma que quien adjunte la obra publicada acompañada de un certificado en el que conste el número de impresiones y ediciones que ha tenido la obra, no podría obtener el puntaje que la ley, en sentido material, otorga sin ninguna restricción al autor de una obra en derecho. Una visión desde esa perspectiva contraría el artículo 84 de la Constitución Política, según el cual cuando un derecho o actividad hayan sido reglamentados de manera general no se podrán exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio, de igual manera se vulneraría el artículo 228 Superior que garantiza la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas.

Sobre este punto conviene recordar que ya la Corte Constitucional se había pronunciado mediante sentencia T-052 de 2009 en relación con las formalidades dirigidas a acreditar los requisitos señalados por la Ley 588 dentro del concurso de notarios, a propósito del caso de un participante que pese a haber cursado una especialización no la acreditó de la forma señalada en el Acuerdo 01 de 2006, esto es mediante acta de grado y diploma, sino mediante certificación expedida por la Universidad Santo Tomás. Al respecto la Corte señaló la existencia de un defecto por exceso de ritual manifiesto, en detrimento del concursante, razón por la cual ordenó la valoración de dicha certificación. Al respecto dijo la Corte:

“Prevalencia del derecho sustancial sobre las formas. Artículo 228 de la Constitución Nacional. Exceso ritual manifiesto. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Nacional en su artículo 228, dentro de los principios de la administración de justicia, consagra la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, con la finalidad de garantizar que los funcionarios judiciales al aplicar las normas que regulan los procedimientos no obstaculicen la realización del derecho sustancial.

Si bien las formalidades o ritos son parte de todo proceso judicial, dichas formas han sido establecidas para garantizar a las partes intervinientes el cumplimiento de un debido proceso que respete sus derechos. No obstante, al aplicarse de manera manifiesta, las normas atendiendo únicamente a su texto o haciendo una aplicación mecánica, se incurre en un exceso ritual manifiesto.

Frente al alcance del artículo 228 superior, esta Corporación ha señalado lo siguiente:

“Teniendo en claro la prevalencia que en la administración de justicia debía tener el derecho sustancial, el constituyente de 1991 lo estableció como principio de la administración de justicia en el artículo 228 al consagrar que en las actuaciones de la administración de justicia “prevalecerá el derecho sustancial”. Esta corporación al establecer el alcance de la mencionada norma ha dicho:

“Cuando el artículo 228 de la Constitución establece que en las actuaciones de la Administración de Justicia “prevalecerá el derecho sustancial”, está reconociendo que el fin de la actividad jurisdiccional, y del proceso, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo, y, por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses. Es evidente que en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal, y específicamente el proceso, es un medio.”¹¹⁶¹

... “2.1. La interpretación adecuada de la primacía anotada significa que los procedimientos legales adquieren su sentido pleno en la protección de los derechos de las personas. En consecuencia, cuando la aplicación de una norma procedimental pierde el sentido instrumental y finalista para el cual fue concebida y se convierte en una mera forma inocua o, más grave aún, contraproducente, el juez de tutela debe obviar el trámite formal en beneficio del derecho fundamental afectado.

(...) Establecida como está, prima facie, la condición de programa de especialización al curso realizado por el actor, el hecho de haberse expedido un certificado y no un diploma o acta por parte de la institución universitaria, para dar fe de la aprobación del curso, no deviene en un

argumento suficiente para menoscabar la condición o característica esencial del curso de especialización y por consiguiente para rechazar el único medio probatorio existente.

En este caso, si el actor adquirió un conocimiento especializado en el respectivo curso de especialización de la Universidad Santo Tomás, y éste se encuentra acreditado por la misma institución, se imponía el reconocimiento del certificado anexo. De lo contrario, prevalecería lo formal sobre lo sustancial y se incurre en un exceso de ritualismo, ya que el documento de prueba estaría sujeto a una tarifa probatoria en extremo rigurosa cuando se aplica a momentos académicos sujetos a reglas vigentes hace cerca de treinta años[...]"

10.1.7 En ese contexto, la ausencia de la formalidad del registro no puede derivar en el desconocimiento por parte de las autoridades que administran el concurso, de la titularidad que el autor tiene sobre su obra, pues precisamente las disposiciones en cita, otorgan al registro un alcance meramente declarativo y no constitutivo del derecho de autor. El registro adquiere en el ordenamiento interno colombiano un carácter **opcional**, lo que le habilita para ser tenido como uno de varios medios de prueba, pero no como medio de prueba obligatorio y excluyente en contravía de la presunción legal inserta en el artículo 10 de la Ley 23 de 1983 y del artículo 3 de la Ley 44 de 1993, según el cual: "se podrán inscribir en el registro nacional del derecho de autor : a) las obras literarias científicas y artísticas" (resaltado fuera de texto).

10.1.8 Lo expuesto demuestra con suficiencia que en Colombia el registro no opera como una solemnidad ad *substancian actus*. Por lo mismo, no puede ser el único medio autorizado para acreditar la autoría de una obra literaria y mucho menos desplazar a la obra misma difundida a través de la publicación como medio de prueba idóneo, pues ello implicaría mutar la naturaleza facultativa del registro y desconocer la automaticidad del reconocimiento del derecho moral de autoría.

La misma Ley 44 de 1993 precisa que el objetivo del registro es otorgar publicidad del derecho del titular, como mecanismo de protección para éste, así como de los actos y contratos por los cuales se transfieren los derechos patrimoniales de autor. De hecho, el registro se advierte obligatorio cuando se trata de la transferencia de los derechos patrimoniales de autor, en tanto derechos reales, pero no ocurre lo mismo frente al derecho moral, cuya máxima expresión, es el derecho a ser reconocido como titular de la obra.

10.1.9 En consecuencia, puede afirmarse que tratándose de derechos morales de autor, el mecanismo idóneo para acreditar la autoría de una obra literaria, es la obra misma, la cual no puede ser rechazada o desconocida *so pretexto* de exigir un requisito de acreditación cualificado y excluyente que no exige la legislación especial, pues de otorgarse al registro la entidad de única y obligatoria forma de acreditar la autoría dentro del concurso de notarios se atropellaría de manera frontal, vía reglamento, la presunción de derecho señalada tanto por la Decisión Andina 351 del Acuerdo de Cartagena como por la Ley 23 de 1982. Lo anterior, sin perjuicio de que además de la obra, sea posible la acreditación del requisito a partir de

cualquier otro medio idóneo, en el que sin duda se incluye el registro en la Dirección Nacional de Derecho de Autor, ya que aunque facultativo, tiene la vocación de otorgar publicidad al derecho de autoría, siempre y cuando, se reitera, éste no se convierta a través de normas de inferior jerarquía en un mecanismo obligatorio, único y excluyente que haga inane el ejercicio del derecho fundamental de autor.

10.1.10 Finalmente, recogiendo nuevamente el precepto contenido en el artículo 228 Superior, no debe perderse de vista que según lo prescrito por el artículo 4º de la Ley 588 de 2000, es la autoría de una obra en derecho y, ninguna otra circunstancia, la que hace procedente la asignación de cinco (5) puntos a un participante en el concurso de notarios, con lo cual se observa nítidamente que en parte alguna se condicionó el puntaje al medio de prueba usado para demostrar la calidad de autor, de manera que a partir de un asunto meramente instrumental se terminó desconociendo el requisito sustancial para la obtención del puntaje y los derechos a la titularidad de la obra de un buen número de participantes. Por dicha razón tampoco es de recibo que se pretenda dar efecto exclusivo al artículo 12, literal c) del Acuerdo 01 de 2006, según el cual la autoría sólo podrá acreditarse de la forma prevista en el artículo 5 letra g) del decreto 3454 de 2006, pues se hace extensivo a este numeral la misma censura que se efectúa al citado artículo 5 literal g del Decreto 3454 de 2006, en tanto no cabe la interpretación restrictiva sin vulnerar el derecho fundamental de autor.

10.1.11 Lo anterior permite concluir sin mayor esfuerzo que por un exceso de ritual el popular otorgó mayor valor a un requisito instrumental que a la garantía del derecho sustancial, debido a una nula interpretación del derecho sustancial.

10.2 La Ley 23 de 1982 y la Decisión Andina 351 del Acuerdo de Cartagena que forma parte del bloque de constitucionalidad son normas especiales de superior jerarquía respecto del Decreto 3454 de 2006 y del Acuerdo 01 de 2006 del Consejo Superior de la Carrera Notarial y protegen el derecho de autor reconocido como derecho fundamental por la Corte Constitucional.

10.2.1 Las creaciones del intelecto en cuanto bienes inmateriales han sido agrupadas bajo la definición de "*propiedad intelectual*", expresión que cobija diferentes conceptos tales como el derecho de autor, el derecho de propiedad industrial, los derechos sobre descubrimientos científicos, así como otras formas y manifestaciones de la capacidad creadora del individuo.

La Decisión Andina 351 del Acuerdo de Cartagena por la cual se establece un régimen común de derechos de autor para los países miembros del Pacto Andino y, cuyo texto resulta de especial interés para el resultado de este proceso, fue reconocida por la Corte Constitucional, en cuanto hace referencia a los derechos morales de autor, como parte del bloque de constitucionalidad por virtud de la Sentencia C-1118 de 2005, al otorgar al derecho moral de autor la entidad de derecho fundamental.

Se debe precisar que el derecho de autor comprende a su vez, dos aspectos claramente diferenciados por la doctrina: el derecho moral de autor y el derecho patrimonial. Así, a propósito del derecho moral de autor la sentencia en cita puntualizó:

“5. Los derechos morales son aquellos que nacen como consecuencia de la creación misma y no del reconocimiento administrativo, son de carácter extra patrimonial, **inalienables**, **imprescriptibles** e **irrenunciables**.

Estos incluyen:

El derecho a divulgar la obra

El derecho al reconocimiento de la paternidad intelectual

El derecho al respeto y a la integridad de la obra, impidiendo las Modificaciones no autorizadas sobre la misma

El derecho al retracto, que le permite al autor retirarla del comercio

‘Al respecto, esta Corporación ha manifestado:

“a. El contenido moral del derecho que tiene el autor sobre la propiedad intelectual que es inalienable, irrenunciable e imprescriptible e independiente del contenido patrimonial del mismo, contrario a lo que ocurre con el derecho de propiedad común, que sólo tiene un contenido patrimonial, alienable, renunciable y prescriptible.”

“Más detalladamente, en otra oportunidad sostuvo:

“El derecho de autor, en los países de vieja tradición jurídica latina como es el caso colombiano, es un concepto complejo y bien elaborado, en el que concurren las dos dimensiones que hoy por hoy se le reconocen como esenciales: la primera, la que se traduce en **el derecho personal o moral, que nace con la obra misma, como consecuencia del acto de creación y no por el reconocimiento de autoridad administrativa**; ellos son extramatrimoniales, inalienables, irrenunciables y, en principio, de duración ilimitada, pues están destinados a proteger los intereses intelectuales del autor y respecto de ellos el Estado concreta su acción, garantizando el derecho que le asiste al titular de divulgar su obra o mantenerla en la esfera de su intimidad, de reivindicar el reconocimiento de su paternidad intelectual sobre la misma, de exigir respeto a la integridad de su obra y de retractarse o arrepentirse de su contenido.” Sentencia C-276 de 1996.

“6. Así mismo, la Corte ha afirmado que estos derechos morales de autor son fundamentales:

“18. **Antes de analizar estas acusaciones, la Corte estima pertinente señalar que, los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental**, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. **Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su**

propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza. Por tal razón, los derechos morales de autor, deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición de hombre.” (resaltado fuera de texto original) Sentencia C-155 de 1998”³²

10.2.2 Mediante la providencia C-1490 de 2000, se precisó que la Decisión 351 de 1993 aprobada por el Congreso mediante Ley 8ª de 1973, si bien correspondía a un acuerdo de integración económica que tenía por objeto armonizar instrumentos y mecanismos de regulación en comercio exterior necesarios para impulsar el proceso de integración, contenía de manera específica el Régimen Común sobre Derecho de Autor, el cual comprende dos categorías: (i) los derechos morales; y, (ii) los derechos patrimoniales de autor. En tales circunstancias, se dijo en la referida sentencia que *“atendiendo el carácter fundamental que la Corte le reconoció a los derechos morales de autor, se produce la incorporación de la citada decisión al bloque de constitucionalidad, dado que su materia, a la luz del artículo 93 de la C.P. así lo impone”*.

10.2.3 Sobre el punto debe mencionarse la Sentencia C-988 de 2004, por la cual la Corte reiteró que, por regla general, ni los tratados de integración económica ni el derecho comunitario integran el bloque de constitucionalidad, como quiera que *“su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc., de donde surge que una prevalencia del derecho comunitario andino sobre el orden interno, similar a la prevista en el artículo 93 de la Carta, carece de sustento”*³³. Sin embargo, en ella también se precisó expresamente que *“de manera excepcionalísima, la Corte ha admitido que algunas normas comunitarias pueden integrarse al bloque de constitucionalidad, siempre y cuando se trate de una norma comunitaria que de manera explícita y directa reconozca y desarrolle derechos humanos. Así, con ese criterio, la sentencia C-1490 de 2000, MP Fabio Morón Díaz, Fundamento 3º, consideró que la Decisión 351 de 1993, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que contiene el Régimen Común sobre derecho de autor y conexos, hacía parte del bloque de constitucionalidad, por cuanto dicha norma regulaba los derechos morales de autor, que son derechos fundamentales”*.

10.2.4 De otra parte, la sentencia C-1197-05 reiteró el deber de observancia de la Decisión Andina 351 de 1993 *“Régimen Común sobre los Derechos de Autor y Conexos”*, por considerar que contenía regulaciones sobre derechos de autor que según lo dispuesto por el artículo 93 superior, debían ser tomadas como canon de mayor jerarquía para interpretar las normas que se refieren a tales derechos.

10.2.5 En consecuencia, si se armoniza el contenido de la Decisión Andina 351 con el contenido de los artículos: 61 Superior por el cual se indica que corresponde al Estado proteger la propiedad intelectual *“mediante las formalidades que establezca la ley”*, con el

³² Sentencia C-053 de 2001 M.P.

³³ Sentencias C-256 de 1998 y C-582 de 1999, entre otras. .

150.24 Superior que dispone que corresponde al Congreso “*regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual*” y con el artículo 84 Constitucional, según el cual “*cuando un derecho o una actividad haya sido reglamentada de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio*” (resaltado fuera de texto), resulta incuestionable que ni el Gobierno Nacional en ejercicio de su potestad reglamentaria ni el Consejo Superior de la Carrera Notarial en ejercicio de las competencias señaladas en el artículo 165 del Decreto ley 960 de 1970, ni los Jueces Constitucionales, ostentan facultad alguna para desconocer, variar o contrariar el contenido objetivo contenido en la Ley 23 de 1982 y, especialmente, en la Decisión Andina 351 del Acuerdo de Cartagena como parte del bloque de constitucionalidad en materia de derechos morales de autor.

10.2.6 El Gobierno Nacional en uso de su facultad reglamentaria expidió, como tantas veces se ha indicado, el Decreto 3454 de 03 de octubre de 2006, en cuyo texto señaló que para efectos de acreditar, dentro del concurso de notarios, la autoría de obras en derecho a que hacía mención la Ley 588 de 2000, se debería allegar “*Artículo 5 (...) G... el certificado de registro de la obra expedida por la Dirección Nacional de Derechos de Autor*”.

Por su parte, como también se ha anotado, el Acuerdo 01 de 16 de noviembre de 2006 del Consejo Superior de la Carrera Notarial, proferido con fundamento en el artículo 165 del Decreto Ley 960 de 1970, estableció en su artículo 11, numeral 11 que la autoría de obras en derecho podía acreditarse bien mediante el registro de la obra expedido por la Dirección Nacional de Derechos de Autor o bien mediante la certificación emitida por la imprenta o editor acompañada de una copia de la publicación.

Esta situación llevó a considerar al Tribunal Administrativo del Tolima en sus distintas providencias que el Consejo Superior de la Carrera Notarial extralimitó sus funciones al señalar a través del Acuerdo 1 de 2006, un medio de prueba adicional al registro en la Dirección Nacional de Derecho de Autor, en abierto desconocimiento del Decreto 3454 de 2006 y, por ende, de la facultad reglamentaria expresamente atribuida por la Constitución Política al Presidente de la República.

10.2.7 Ante la aparente contradicción entre el Acuerdo y el Decreto, es posible arribar a una cualquiera de las siguientes interpretaciones, pues en todo caso, sea cual fuere la posición que se asuma, siempre se privilegiará la aplicación del Bloque de Constitucionalidad y de la Ley sobre el reglamento de manera que se garantice el derecho fundamental de autor:

i. En ese orden es posible entender que el registro como requisito de acreditación de la calidad de autor señalado en el literal g) del artículo 5 del Decreto 3454 de 2006, se convierte para efectos del concurso de notarios, en obligatorio y excluyente, con lo cual se desnaturaliza el carácter facultativo que se le ha otorgado en la Comunidad Andina y se invalida la presunción legal establecida por el artículo 10 de la Ley 23 de 1982, así como por los artículos 52 y 53 de la Decisión Andina 351 del Acuerdo de Cartagena que integra el Bloque de Constitucionalidad en materia de derecho moral de autor.

De manera que, si bien el Decreto 3454 de 2006 se presume legal y, en consecuencia, resulta de obligatorio cumplimiento tanto para los servidores públicos como para los

particulares hasta tanto sea anulado o suspendido por la Jurisdicción competente, también lo es, que cuando de manera evidente la norma reglamentaria quebranta el ordenamiento constitucional, debe acudirse al mandato contenido en el artículo 4° de la Carta, según el cual: "*en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*".

Conclusión que llevaría a garantizar la prevalencia del texto constitucional sobre normas de inferior jerarquía a través de la inaplicación de la letra g) del artículo 5 del Decreto 3454 de 2006.

ii. La otra posibilidad, por la cual se inclina en esta ocasión la Corte, es interpretar el artículo 5, literal g) del Decreto 3454 de 2006, de manera tal que se ajuste a los cánones de la Carta Política, de modo que ni la contradiga ni limite el ejercicio de los derechos fundamentales. De esta manera, se entenderá que el Decreto 3454 de 2006, señala un requisito de acreditación de autoría que no es restrictivo, de manera que el numeral 11 del artículo 11 del Acuerdo 01 de 2006 lo que hace es extender las posibilidades para acreditar el requisito de autoría. Lo anterior, conduce a que el puntaje asignado en el concurso de notarios ya culminado, a la autoría de obras en derecho, acreditadas bien mediante el registro bien mediante la publicación no puede ser desconocido ni alterado por ninguna autoridad administrativa o judicial, salvo que previamente se haya surtido proceso ordinario en el cual quede demostrado que quien se reputa autor, en realidad no lo es; es decir, en tanto se desvirtúe judicialmente la presunción *iuris tantum* creada por la ley. No debe en este momento dejarse de lado que es principio aceptado que la interpretación que favorezca la protección de los derechos fundamentales debe prevalecer sobre aquella que le sea contraria.

10.2.8 La Corte debe señalar, en todo caso, que ni el registro de la obra ni su publicación es *per se* sinónimo de calidad del contenido. Si lo que se pretende es que los cinco puntos que la Ley 588 adjudica a la autoría de obras en derecho, responda a criterios de calidad, ello no se obtendrá mediante la cualificación del medio de prueba, sino mediante una prescripción expresa de las características que la obra debe reunir para asegurar que sea merecedora de dicho puntaje y, en todo caso, cualquier consideración sobre este aspecto sólo podrá ser materia de concursos futuros.

10.2.9 Efectuadas estas precisiones, no existe, por sustracción de materia, motivo alguno que justifique a los operadores jurídicos desconocer el puntaje asignado a los concursantes que acreditaron la autoría mediante la publicación acompañada de la certificación emitida por el editor o la imprenta, como tampoco la variación de la composición original de las listas de elegibles del país.

10.2.10 Desde ese punto de vista se verifica, que en el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima del 13 de julio de 2009, dentro del curso de Acción Popular 0413-07, se incurrió en un defecto sustantivo o material al otorgar al registro en la Dirección Nacional de Derecho de Autor el carácter de medio de prueba único y excluyente de la autoría de obras literarias en contravía del artículo 10 de la Ley 23 de 1982 y de los artículos 52 y 53, de la Decisión Andina 351 del Acuerdo de Cartagena, según los cuales se presume autor a la persona cuyo nombre, seudónimo, iniciales o cualquier otra marca

distintiva o signos convencionales aparezcan impresos en la obra y, en consecuencia, haber decretado con fundamento en una ilegalidad inexistente la nulidad del aparte final del artículo 11 numeral 11 del Acuerdo 01 2006, así como la reconfiguración de las listas de elegibles en todo el país.

Así, al reconocer los (5) puntos que la Ley 588 otorga por concepto de autoría, **únicamente** a aquellas personas que acreditaron la autoría de la obra mediante el registro efectuado en la Dirección Nacional de Derecho de Autor, se encuentra debidamente probado que se conculcaron los derechos fundamentales de autor, de igualdad, al debido proceso, acceso a los cargos de carrera y al trabajo de todas aquellas personas que integraron las listas de elegibles según los Acuerdos 112 de 31 de enero de 2008, 124 de marzo de 2008, 142 de junio de 2008, 150 de julio de 2008 y 167 de septiembre de 2008 y que acreditaron la autoría de obras en derecho mediante la publicación de la obra acompañada del certificado del editor o de la imprenta.

11. Vulneración al derecho fundamental a la igualdad al desconocer las reglas del concurso público y abierto para la provisión de cargos de notarios en propiedad. El principio de inmodificabilidad de las listas de elegibles. Reiteración de Jurisprudencia.

Para la Corte Constitucional resulta imperativo recordar la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez estas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos.

11.1 Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales.

11.1.1 La Constitución Política optó por el sistema de carrera para la provisión de los cargos del Estado -artículo 125 de la CP-, y por el método de concurso para su materialización³⁴. El concurso notarial fue expresamente previsto por el artículo 131 Superior para la selección de notarios en propiedad, como una manera de asegurar que el **mérito** fuese el criterio preponderante para el ejercicio de esa específica función pública. Por ese motivo, la doctrina de la Corte Constitucional ha perseguido que la selección se efectúe de acuerdo con un puntaje objetivo que valore el conocimiento, la aptitud y la experiencia del aspirante.

En los términos de la sentencia C-040 de 1995 las etapas que, en general, se deben surtir para el acceso a cualquier cargo de carrera son: **(i) La convocatoria:** Fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse,

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-256 de 1995. En esta sentencia la Corte concedió la tutela a una persona que participó en una convocatoria hecha por la Secretaría de Educación de Cartagena, y en el nombramiento no se respetó el orden establecido en la lista de elegibles.

así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; **(ii) Reclutamiento:** En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; **(iii) Aplicación de pruebas e instrumentos de selección:** a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. y **(iv) elaboración de lista de elegibles:** En esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido.

11.1.2 En relación con la etapa de convocatoria, la sentencia T- 256 de 1995 concluyó que *“ Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se auto vincula y auto controla, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (art. 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla”*.

11.1.3 La Corte mediante la sentencia SU-133 de 1998, sostuvo que se quebranta el derecho al debido proceso -que, según el artículo 29 de la Constitución obliga en todas las actuaciones administrativas- y se infiere un perjuicio cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Así mismo, se lesiona el derecho al trabajo cuando una persona es privada del acceso a un empleo o función pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía con ciertas condiciones -ganar el concurso-, sería escogida para el efecto. En idéntica línea se conculca el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, cuando se otorga trato preferente y probadamente injustificado a quien se elige sin merecerlo, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado.

A su turno el Consejo de Estado, Sección Cuarta mediante la providencia del 17 de julio de 2008 en el expediente 25000-23-26-000-2008-00448-01, actor único Unión Colegiada del Notariado Colombiano, a propósito del concurso de notarios señaló:

“[...] Significa lo anterior que el proceso de selección en alto porcentaje ha finalizado y no es del caso inaplicar una de las etapas del mismo, no solo por lo antes considerado sino porque se afectarían los derechos de las

personas que concursaron y aprobaron todas las etapas y ahora están ejerciendo como titulares en propiedad los cargos de notarios.

En conclusión, se observa que la etapa de la prueba de conocimientos, en la que se fundamenta la alegada violación de los derechos fundamentales invocados, ya fue superada y el concurso está en su etapa final, por lo que no es posible retrotraer el proceso de selección por cuanto a la fecha existen situaciones jurídicas consolidadas tanto para quienes figuran en las listas de elegibles como para quienes fueron nombrados y posesionados, con fundamento en las bases y reglas previamente establecidas en la convocatoria del concurso y en esas condiciones les asiste un derecho legítimo que no puede ser revocado o modificado sin su consentimiento." (Negritas fuera de texto).

Lo contrario equivaldría a vulnerar el principio de la buena fe -Artículo 83 de la Carta- al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo de carrera administrativa después de haber superado todas las pruebas necesarias para determinar que él había ocupado el primer lugar y, por contera, los derechos adquiridos en los términos del artículo 58 Superior.

11.1.4 La Corte ha sostenido que *"Cuando la confianza legítima en que un procedimiento administrativo será adelantado y culminado de conformidad con las reglas que lo rigen es vulnerada, se presenta una violación del debido proceso en la medida en que este derecho comprende la garantía de que las decisiones adoptadas por la administración lo serán de tal manera que se respeten las reglas de juego establecidas en el marco legal así como las expectativas que la propia administración en virtud de sus actos generó en un particular que obra de buena fe. En efecto, la Constitución misma dispuso que una de las reglas principales que rigen las relaciones entre los particulares y las autoridades es la de que ambos, en sus actuaciones, 'deberán ceñirse a los postulados de la buena fe'."*³⁵

También ha indicado la Corte que *"la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario. Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas."*³⁶

11.1.5 Importa recordar que la línea constitucional trascrita fue retomada a propósito del concurso de notarios por la sentencia C-1040 de 2007, la cual al referirse a las objeciones

³⁵ T- 730 de septiembre 5 de 2002.

³⁶ C-131 de febrero 19 de 2004.

presidenciales formuladas por el Gobierno Nacional al proyecto de ley No. 105/06 – Senado- y 176/06 -Cámara- “Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre el concurso público de acceso a la carrera de notarios y se hacen algunas modificaciones a la Ley 588 de 2000”, reiteró expresamente para este concurso en concreto que “ *La regulación legal debe respetar las reglas del concurso que se encuentra en trámite.*’ ‘*El fundamento constitucional de dicha conclusión es múltiple: el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad (art. 209 C.P.) se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (ídem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar; se vulnera el principio de la buena fe (art. 83 C.P.) si la autoridad irrespeta el pacto que suscribió con el particular al diseñar las condiciones en que habría de calificarlo; el orden justo, fin constitutivo del Estado (art. 2º C.P.), se vulnera si la autoridad desconoce el código de comportamiento implícito en las condiciones de participación del concurso, y, en fin, distintos principios de raigambre constitucional como la igualdad, la dignidad humana, el trabajo, etc, se ven comprometidos cuando la autoridad competente transforma las condiciones y requisitos de participación y calificación de un concurso de estas características. Adicionalmente, el derecho que todo ciudadano tiene al acceso a cargos públicos, consagrado en el artículo 40 constitucional, se ve vulnerado si durante el trámite de un concurso abierto, en el que debe operar el principio de transparencia, se modifican las condiciones de acceso y evaluación [...]*”

Lo hasta aquí precisado autoriza concluir que no es posible desconocer derechos válidamente adquiridos por los concursantes una vez finalizadas todas las etapas del concurso.

11.2 Las listas de elegibles son actos administrativos de contenido particular y concreto. Deben respetarse derechos adquiridos.

11.2.1 Las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme, salvo expresas excepciones legales. Es así como la Sentencia T-455 de 2000 señaló que aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido. Al respecto, indicó la Corporación:

“Consagra el artículo 83 C.P. que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que se adelanten ante ellas.

Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo y carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento.

En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo, designando para el efecto a quien ocupó el primer lugar y, por sus méritos, se ha hecho acreedor a ocuparlo.

Para la Corte es indudable que quien respondió a una convocatoria hecha por una entidad pública, presentó los exámenes, pruebas, entrevistas, documentación exigida y además, practicados aquéllos los superó satisfactoriamente y ocupó el primer lugar en una lista de elegibles, tiene, en tal virtud y por mandato constitucional, no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido a ser nombrado en el cargo correspondiente.” (Resaltado fuera de texto)

La lista de elegibles organiza la información de los resultados del concurso, indica quiénes están llamados a ser nombrados, de acuerdo con el número de plazas a ocupar, así como el orden de elegibilidad en que han quedado los participantes según su puntaje.

11.2.2 Pues bien, cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman.

En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior, en cuyos términos *“se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores(...)”*. A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado³⁷. Al respecto, la Corte señaló en la sentencia C-155 de 2007:

³⁷ Ver sentencias C-147 de 1997; C-155 de 2007; C-926 de 2000; C-624 de 2008; T-494 de 2008.

“Configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona. Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales.

Por el contrario, frente a situaciones inciertas y eventuales que no se consolidaron al amparo de una normatividad anterior, opera un principio de aplicación inmediata de la ley<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-155-07.htm> *- [ftn49# ftn49](#), a la cual deberán adecuar su conducta quienes no hayan logrado llevar a su patrimonio derechos que concedía la norma derogada. Así, la Corte ha señalado que mientras los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos por las leyes ulteriores, por el contrario las simples expectativas no gozan de esa protección, pues “la ley puede modificar discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho.” Por ello, las expectativas que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, pueden ser reguladas por el legislador “según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones.”*

Cabe agregar que en todo caso, la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer.

Por su parte, la estabilidad de la lista de elegibles en tanto acto administrativo particular y concreto se obtiene una vez este haya sido notificado al destinatario y se encuentre en firme con carácter ejecutivo y ejecutorio – Artículo 64 del C.C.A.-, caso en el cual no podrá ser revocado por la Administración sin el consentimiento expreso y escrito del particular - Artículo 73 del C.C.A.-, salvo que se compruebe que el acto ocurrió por medios ilegales o tratándose del silencio administrativo generador de actos fictos en los términos del artículo 69 del mismo estatuto sea evidente su oposición a la Constitución Política o a la Ley, contrario al interés público o social o cause agravio injustificado a una persona.

Lo cierto es que una vez en firme, al acto administrativo que contiene la lista de elegibles no puede ser modificado en sede Administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación que se surta en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria. Por ello, cuando el nominador designa para desempeñar un cargo de carrera a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desplazando a quien la antecede por haber obtenido mejor puntaje, lesiona sin lugar a dudas derechos fundamentales, entre ellos, el de igualdad, el derecho al trabajo y el debido proceso. Como también se lesionan los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en

las listas de elegibles cuando se reconfiguran dichas listas sin existir justo título que así lo autorice.

11.2.3 Descendiendo al caso concreto, el Juez Popular mediante providencia de 13 de julio de 2009, al declarar la nulidad con efectos retroactivos del aparte final del numeral 11 del artículo 11 del Acuerdo 01 de 2006, eliminar el puntaje obtenido por quienes acreditaron la obra en derecho de la forma prevista en el acto de convocatoria, y ordenar la reconfiguración de las listas de elegibles, desconoció sin causa justa las reglas que orientaron el concurso a esa fecha culminado, reglas que como quedó consignado en apartes anteriores se encontraron conformes con la ley y la Constitución; de la misma forma desconoció los derechos adquiridos de quienes se encontraban designados como notarios o en posición privilegiada dentro de las listas de elegibles y contaban con la seguridad jurídica de que su nombramiento se haría efectivo en un plazo no mayor a treinta días hábiles según lo señalado en la ley del concurso, paso por alto la existencia de actos particulares y concretos debidamente ejecutoriados contenidos en los acuerdos 112 de enero de 2008, 124 de marzo de 2008, 142 de junio de 2008, 150 de julio de 2008 y 167 de septiembre de 2008, como se verá a continuación.

11.3 Las reglas específicas del concurso de notarios convocado por el Acuerdo 01 de 2006.

11.3.1 La Ley 588 de 2000 por la cual se reglamentó el ejercicio de la actividad notarial, señaló en su artículo 3° que los notarios serían nombrados por el gobierno “[...] de lista de elegibles que le presente el organismo rector de la carrera notarial [...]”. La conformación de las listas de elegibles por nodos regionales sería el resultado de la aplicación del siguiente procedimiento y esquema de ponderación:

“Artículo 4o. Para la calificación de los concursos se valorará especialmente la experiencia de los candidatos, así como la capacidad demostrada en actividades relacionadas con el servicio notarial, antigüedad en el mismo, capacitación y adiestramiento que hubieren recibido en materias propias del notariado, obras de investigación y divulgación, estudios de postgrado y estudios de especialización o diplomados, particularmente los relacionados con el notariado, así como el ejercicio de la cátedra universitaria y la participación y desempeño en funciones de orden legislativo, gubernativo y judicial. Todos estos factores serán concurrentes.

Las pruebas e instrumentos de selección son, en su orden:

- 1. Los análisis de méritos y antecedentes.*
- 2. La prueba de conocimientos.*
- 3. La entrevista.*

El concurso se calificará sobre cien puntos, así:

a) La prueba de conocimientos, tendrá un valor de 40 puntos, de los 100 del concurso. Los exámenes versarán sobre derecho notarial y registral.

Las experiencias valdrán hasta treinta 35 puntos, así: Cinco (5) puntos por cada año o fracción superior a seis meses por el desempeño del cargo de notario, cónsul; dos (2) puntos por cada año o fracción superior a seis (6) meses en el ejercicio de autoridad civil o política, dirección administrativa, función judicial y legislativa o cargos del nivel directivo, asesor o ejecutivo; un (1) punto por cada año o fracción superior a seis (6) meses de ejercicio de la profesión de abogado; un (1) punto por cada año del ejercicio de la cátedra universitaria, un (1) punto por cada año o fracción superior a seis (6) meses de funciones notariales o registrales.

Especialización o postgrados diez (10) puntos.

Autoría de obras en el área de derecho cinco (5) puntos.

La entrevista, hasta diez (10) puntos y evaluará la personalidad, vocación de servicio y profesionalismo del aspirante. (Ver Sentencias C-469/08 y C-097/01)

Parágrafo 1o. *Para efectos del presente artículo, se contabilizará la experiencia en el ejercicio de la profesión de Abogado desde la fecha de obtención del respectivo título.*

Parágrafo 2o. *Quien haya sido condenado penal, disciplinaria o administrativamente por conductas lesivas del patrimonio del Estado o por faltas como Notario consagradas en el artículo 198 del Decreto-ley 960 de 1970, no podrá concursar para el cargo de notario. (Ver Sentencia C-373/02)*

Parágrafo 3o. *El contenido de la prueba de conocimientos y criterio jurídico variará de acuerdo con la categoría del círculo notarial para el que se concurre.” (Resaltado fuera de texto)*

11.3.2 Por su parte, el Decreto 3454 de 2006 reglamentario de la Ley 588 de 2000 estableció:

*“Artículo 11. Conformación y publicación de la lista de elegibles. El puntaje final de los aspirantes será el que resulte de la suma de las calificaciones obtenidas en las distintas fases del concurso. **Por tanto, la lista de elegibles, una por cada círculo notarial, estará integrada por quienes hayan obtenido más de setenta y cinco (75) puntos en el proceso.**”*

La lista de elegibles, con los puntajes obtenidos, será publicada en un diario de amplia circulación Nacional y en el sitio web del Consejo Superior. Además, será comunicada a las autoridades mencionadas en el artículo 161 del Decreto-ley 960 de 1970 para que dentro de los treinta (30) días siguientes a dicha comunicación provean en propiedad los cargos de notarios.

En todo caso la lista de elegibles tendrá la vigencia prevista en el artículo 3° de la Ley 588 de 2000.” (Resaltado y subrayado fuera de texto)

El artículo 1° del Decreto 926 de 2007, publicado en el Diario Oficial No. 46.579 de 23 de marzo de 2007, estableció el siguiente:

'Modifíquese el artículo 11 del Decreto 3454 en cuanto a establecer que el puntaje mínimo para la integración de las listas de elegibles para cada círculo notarial será de sesenta (60) puntos'.

11.3.3 El artículo 19 del Acuerdo 01 de 2006 del Consejo Superior de la Carrera Notarial, indicó:

“ARTÍCULO 19. LISTAS DE ELEGIBLES. (Artículo modificado por el artículo 1 del Acuerdo 6 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:) Para la conformación de las listas de elegibles se tendrá en cuenta lo dispuesto por el artículo 3o de la Ley 588 de 2000, el artículo 92 del Decreto 2148 de 1983 y los artículos 11 y 12 del Decreto 3454 de 2006. La vigencia de las listas será de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su publicación, y se conformarán por círculo notarial con los nombres y documentos de identidad de quienes, en estricto orden descendente, hayan obtenido los mayores puntajes, teniendo en cuenta los mínimos fijados por la legislación vigente.

En cualquier etapa del concurso, si el Consejo Superior tuviere conocimiento a través de información seria, objetiva y confiable de la comisión de una conducta fraudulenta por parte de alguno de los concursantes que tenga relación con su participación en el concurso, previo requerimiento de la persona comprometida y una vez rendidas las explicaciones pertinentes, si estas no fueren satisfactorias, procederá a suspender su participación en dicho concurso, con independencia de las acciones legales y penales a que hubiere lugar.

De igual forma el Consejo Superior, de oficio o a petición de parte excluirá de la lista de elegibles al participante cuya inclusión haya obedecido a errores aritméticos en la sumatoria de los puntajes obtenidos en los instrumentos de selección. La lista también podrá ser modificada por el Consejo, adicionando aspirantes o reubicándolos cuando

compruebe que hubo error aritmético, caso en el cual reorganizará la lista asignando a los participantes el puesto que le corresponda.

Contra las decisiones del Consejo Superior relativas a la modificación de la lista de elegibles, o a la suspensión de participantes del concurso, procede el recurso de reposición en los términos del Código Contencioso Administrativo, el cual podrá interponer el participante dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión. El Consejo Superior resolverá el recurso dentro de los veinte (20) días siguientes a su presentación.

PARÁGRAFO. El artículo 11 del Decreto 3454 de 2006, modificado por el Decreto 926 de 2007, establece que el puntaje mínimo para la integración de las listas de elegibles para cada círculo notarial será de sesenta (60) puntos."

11.3.4 Igualmente, la Ley 588 de 2000 en el parágrafo 2° del artículo 4° dispuso que "*Quien haya sido condenado penal, disciplinaria o administrativamente por conductas lesivas del patrimonio del Estado o por faltas como Notario consagradas en el artículo 198 del Decreto 960 de 1970, no podrá concursar para el cargo de notario.*", precepto declarado exequible mediante la sentencia C-373 de 2002³⁸, que además de especificar los conceptos que deben evaluarse en el concurso y las calidades requeridas para el ejercicio del cargo, remitió al régimen disciplinario consagrado en el Decreto Ley 960 de 1970.

11.3.5 El artículo 13 del Acuerdo 01 de 2006 y los artículos 3, 10 y 16 del Decreto 3454 de 2006 señalaron, respectivamente, los procedimientos para resolver reclamaciones de los aspirantes, así como los recursos procedentes respecto de cada una de las etapas del concurso, para efectos de impugnar en sede administrativa las calificaciones asignadas o las decisiones dirigidas en relación con las listas de elegibles.

11.3.6 De lo transcrito la Sala Plena de la Corte Constitucional infiere lo siguiente:

³⁸ En esta ocasión, al estudiar el régimen de inhabilidades previsto para el ejercicio de la función notarial resaltó que el legislador no ha manejado un criterio unánime para todos los aspirantes, pues ha configurado un régimen de inhabilidades e incompatibilidades que es más estricto con aquellos cargos o funciones públicas que son más próximas a la actividad del notariado. Así por ejemplo: Los aspirantes que como notarios han sido sancionados disciplinariamente están inhabilitados para participar en el concurso, independientemente de la falta cometida y de la sanción impuesta. Los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público están inhabilitados si por faltas disciplinarias han sido destituidos, o suspendidos por segunda vez por falta grave, o sancionados tres veces cualesquiera hayan sido las faltas o las sanciones. Los servidores diferentes a los anteriores que han sido destituidos de cualquier cargo público también se hallan inhabilitados.

- El proceso dirigido a la selección de notarios comportaba las siguientes etapas claramente diferenciadas: 1. Convocatoria; 2. Inscripción y presentación de documentos. 3. Análisis de méritos y antecedentes; 4. Prueba de conocimientos 5. Entrevista y 6. Conformación y publicación de listas de elegibles.
- Al finalizar cada etapa se asignó el puntaje correspondiente mediante acto administrativo susceptible de recurso de reposición. De manera que si no se hizo uso de tal recurso, el puntaje asignado para cada fase quedó en firme y adquirió fuerza ejecutoria.
- La sumatoria de los puntajes obtenidos en cada etapa constituyó la base para elaborar las listas de elegibles, susceptibles también, de recurso de reposición.
- La lista de elegibles debía ser integrada, en estricto orden descendente, por quienes obtuvieron los mejores puntajes. Sólo podían acceder a las listas de elegibles los puntajes superiores a 60 puntos.
- Una vez conformadas las listas de elegibles el Consejo Superior de la Carrera Notarial debía proceder a informar, dentro de los treinta (30) días siguientes a su conformación, a las autoridades nominadoras para el respectivo nombramiento en propiedad.
- Deben ser nombrados como notarios en propiedad aquellos participantes que en consideración al número de notarías por proveer obtuvieron los mejores puntajes en orden descendente, sin que sea posible descartar a alguno de ellos con el argumento de que las notarías señaladas como de preferencia en el formulario de inscripción ya fueron asignadas, pues en tal caso, deberá asignarse otra notaría que se encuentre disponible dentro del mismo círculo notarial, de manera que ninguno de los mejores puntajes quede por fuera de los cargos por proveer.
- Lo expuesto confirma que al encontrarse en los mejores puntajes de la lista de elegibles respecto del número de notarías por proveer tenían una situación jurídica consolidada respecto de la lista y un derecho adquirido respecto del nombramiento.
- En cualquier etapa del concurso era factible que el Consejo Superior de la Carrera Notarial suspendiera del concurso a algún participante cuando tuviese noticia seria, objetiva y confiable de la comisión de una conducta fraudulenta que tuviese relación con la participación en el concurso -previo requerimiento a la persona comprometida-, caso en el cual el excluido o suspendido tenía la posibilidad de interponer el correspondiente recurso de reposición.
- También era posible excluir a un concursante por una comprobada causal de inhabilidad, sin necesidad de sentencia judicial, tal como lo planteó la sentencia C-373 de 2002. Sin embargo, esa facultad se limita a las etapas del concurso, de manera que una vez en firme las listas de elegibles el Consejo pierde facultad para declararla en sede Administrativa.
- Conformadas las listas de elegibles estas son inmodificables, salvo en caso de errores aritméticos en la sumatoria de los puntajes, situación frente a la cual, los participantes tienen el derecho a interponer recurso de reposición dentro de los cinco (5) días siguientes.

11.3.7 En el caso concreto, el Consejo Superior de la Carrera Notarial conformó las listas de elegibles para los nodos regionales correspondientes a los Círculos Notariales de los Departamentos de Guajira, Atlántico, Córdoba, Sucre, Cesar, Amazonas, San Andrés,

Boyacá, Tolima, Casanare, Vichada, Meta, Guaviare, Caquetá, Putumayo, Medellín, Chocó, Arauca, Norte de Santander, Santander y Bogotá, con sus respectivas publicaciones mediante los siguientes actos administrativos: Acuerdo No. 112 de 31 de enero de 2008 – Región Bucaramanga- publicado en el Diario Oficial 46895 del 7 de febrero de 2008; Acuerdo 124 – Región Barranquilla- publicado en el Diario Oficial 46931 de 14 de marzo de 2008; Acuerdo No. 142 de 9 de junio de 2008 –Región Bogotá- publicado en el Diario Oficial No. 47016 del 10 de junio de 2008; Acuerdo 150 de 2 de julio de 2008 –Región Medellín- publicado en el Diario Oficial No. 47.045 del 9 de julio de 2008³⁹.

En firme tales listas se realizaron los nombramientos de notarios de primera categoría en las ciudades de Cúcuta, Arauca, Bucaramanga, Ocaña, Pamplona, Barrancabermeja, Floridablanca y Vélez, quienes tomaron posesión el 27 de mayo de 2008 y, los demás, de segunda y tercera categoría ante los Gobernadores de los referidos departamentos.

Adicionalmente, se informó por parte de la Superintendencia que mediante oficio de 3 de septiembre del año en curso remitió al Gobierno Nacional 102 hojas de vida de aspirantes, correspondientes a las regiones de Barranquilla y Bogotá, quienes fueron nombrados y posesionados en los cargos el 22 de septiembre de 2008. Por su parte, mediante oficio librado el 17 de septiembre de 2008 se remitieron a todos los gobernadores de los departamentos de Boyacá, Cundinamarca, Guaviare, Bolívar, Tolima, Sucre, Caquetá, Casanare, Meta, Atlántico y Putumayo, 190 hojas de vida de aspirantes a Notarios de segunda y tercera categoría para su nombramiento y posesión⁴⁰.

Los nombramientos efectuados incluyen participantes que acreditaron la autoría de sus obras en derecho de conformidad con el numeral 11 del artículo 11 del Acuerdo 01 de 2006, el cual fue anulado mediante providencia de 13 de julio de 2009.

Lo anterior permite inferir que existían situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la expedición tanto de la medida cautelar de 29 de agosto de 2008 proferida por el Juez Popular, como del fallo definitivo de la Acción Popular No. 0413-07 de 13 de julio de 2009.

11.3.8 Así, ni el Juez Popular *so pretexto* de proteger el derecho colectivo a la moralidad administrativa -que como se vio en apartes anteriores de esta providencia no resultó vulnerado- ni los Jueces de Tutela con fundamento en la medida cautelar de fecha 29 de agosto de 2008 proferida en el curso de la acción popular 0413-07, tenían facultad alguna para ordenar la modificación de listas de elegibles, alterar el orden de elegibilidad y revocar

³⁹ Anexos Oficio de 31 de julio de 2009 suscrito por el doctor Gerardo A. Espinosa Palacios, Secretario Técnico del Consejo Superior de la Carrera Notarial. Folios 9 a 60 de anexos.

nombramientos de notarios en propiedad que derivaron de obtener los mejores puntajes en el concurso, para ordenar en su lugar el nombramiento de participantes que no alcanzaron por mérito a ser destinatarios de las plazas por proveer.

11.3.9 Se concluye, entonces, que la orden contenida en la providencia de 13 de julio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima en el curso de la Acción Popular 0413-07, quebrantó sin causa justificada los derechos fundamentales a la igualdad, el derecho de acceso a cargos públicos por el sistema de concurso, de igual manera conculcó los principios de buena fe y confianza legítima de los cerca de 15.000 participantes en el concurso.

12. Naturaleza temporal y precaria de las medidas cautelares. Imposibilidad material de ordenar la reconfiguración de listas de elegibles y el nombramiento de notarios en propiedad con fundamento en la medida provisional de 29 de agosto de 2008, proferida dentro de la acción Popular 0413-07, hasta tanto no fuese definida la discusión sobre el puntaje que otorgaba a la autoría de obras en derecho la Ley 588 de 2000.

12.1 Pasa la Corte a revisar la medida cautelar proferida en el curso de la acción popular 0413-07, por la cual se ordenó suspender provisionalmente el aparte final del numeral 11 del artículo 11 del Acuerdo 01 de 2006, así como los efectos que esta produjo respecto del concurso de méritos para la provisión de los cargos de notarios en propiedad.

12.1.1 Para resolver esta temática vale la pena recordar que la medida preventiva o cautelar se produjo en el curso de un proceso de acción popular en el cual algunas de las reglas del concurso se encontraban en litigio por comprometer la moralidad administrativa, de forma que la cautela tenía como propósito prevenir o precaver las contingencias que pudieran sobrevenir sobre tales derechos hasta tanto concluyera el proceso. En opinión de Carnelutti⁴¹, la medida cautelar es ante todo una decisión de oficio que trata de crear un estado jurídico provisional que dure hasta que se defina el derecho en litis. A su juicio se trata de un arreglo temporal del litigio que sólo, eventualmente, puede tornarse definitivo a partir de la decisión final. En virtud de la medida cautelar *“la res no es, pues, iudicata, sino arreglada de modo que pueda esperar la conclusión del juicio; este concepto se aclara comparándolo con el*

⁴¹ Carnelutti Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Editorial Uteha Argentina. Edición 1944. Tomo I. páginas 387 y siguientes.

vendaje de una herida”, por ese hecho tiene un carácter eminentemente provisional y transitorio.

12.1.2 Al respecto, la doctrina constitucional ha sostenido que el decreto de medidas provisionales, antes de que se tenga certeza jurídica sobre la existencia de la obligación que se pretende proteger, normalmente no tiene alcance para vulnerar el derecho fundamental al debido proceso ni ningún otro derecho como el de propiedad *“porque la medida cautelar por sí misma, si bien limita los poderes de disposición, uso y disfrute de su titular durante el trámite del proceso, no tiene la virtud ni de desconocer ni de extinguir el derecho”*⁴²-resaltado fuera de texto-, siempre que tales medidas ofrezcan ciertas garantías que aseguren la proporcionalidad y razonabilidad de las cautelas. Al respecto, la sentencia C- 485 de 2003, indicó:

“[...] el Legislador, aunque goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, el actor tiene razón en que los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio. Existe pues una tensión entre la necesidad de que existan mecanismos cautelares, que aseguren la efectividad de las decisiones judiciales, y el hecho de que esos mecanismos pueden llegar a afectar el debido proceso, en la medida en que se imponen preventivamente, antes de que el demandado sea derrotado en el proceso. Precisamente por esa tensión es que, como bien lo señala uno de los intervinientes, la doctrina y los distintos ordenamientos jurídicos han establecido requisitos que deben ser cumplidos para que se pueda decretar una medida cautelar, con lo cual, la ley busca que esos instrumentos cautelares sean razonables y proporcionados. Por ejemplo, en algunos ordenamientos, como el español, la ley establece tres exigencias: para que pueda decretarse la medida cautelar, a saber, que: (i) haya la apariencia de un buen derecho (“fumus boni iuris”), esto es, que el demandante aporte un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia; (ii) que haya un peligro en la demora (“periculum in mora”), esto es que exista riesgo de que el derecho pretendido pueda verse afectado por el tiempo transcurrido en el proceso; y, finalmente, que el demandante preste garantías o “contracautelas”, las cuáles están destinadas a cubrir los eventuales daños y perjuicios ocasionados al demandado por la práctica de las medidas cautelares, si con posterioridad a su adopción, se demuestra que éstas eran infundadas.”
(Resaltado fuera de texto)

⁴² Sentencia C-485 de 2003.

12.1.3 Se tiene entonces que el legislador en ejercicio de la facultad de libre configuración, prescribió en el artículo 25 de la Ley 472 de 1998 -que rige las acciones populares y de grupo-, que en cualquier estado del proceso el juez puede de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas cautelares que estime necesarias para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiese causado. Así, una vez incoada la demanda de acción popular, el juez del conocimiento decretó aquellas medidas que consideró suficientes y fundadas para prevenir la ocurrencia o extensión de un daño, en el entendido, claro, que tal medidas tenían un carácter provisional y, por lo mismo, carecían de entidad para afectar derechos que se encontraban en discusión dentro de la acción popular.

12.1.4 Conviene revisar el contenido de la medida provisional de 29 de agosto de 2008 y los fundamentos de dicha providencia, según los cuales:

“En el mismo sentido, frente al argumento que presenta la parte apelante, en el sentido que el Consejo Superior tiene competencia, en relación con el señalamiento de los factores de evaluación de los concursantes y el modo de acreditarlo; la Sala le precisa, que no le asiste razón, pues si bien tiene competencia sobre factores de evaluación y el modo de acreditarlo, dicha competencia esta (sic) reglada de conformidad con la Ley, es decir en este campo no puede establecer nuevas formas de acreditación, pues si se permite dicha acreditación se estaría reemplazando al legislador o al presidente cuando reglamento (sic) la ley. (...)”

“(...) con la decisión controvertida se esta cometiendo un grave error, al darle curso a conjeturas, suposiciones y opiniones equivocadas de los administrados, la Sala se aparta de tal interpretación, habida consideración que en el fondo lo que se advierte es que mediante acto administrativo, se quiso abrogar una competencia reservada del legislador, se quiso establecer una nueva forma de acreditación de los libros jurídicos que no se encuentra prevista en las normas de mayor rango citadas en aparte precedente, en el cuadro comparativo. [Se compara el Decreto 3454 de 2006 y el Acuerdo 01 de 2006]”⁴³

Para decidir:

“ 1. CONFÍRMASE parcialmente, la medida cautelar decretada por la Juez Cuarta Administrativa del Circuito del Tolima mediante providencia proferida el pasado dos de julio de 2008, en el sentido que sólo se reconocerá la publicación de obras jurídicas a quienes hayan acreditado tal requisito conforme a las disposiciones legales vigentes.

2. SUSPÉNDASE en forma provisional la aplicación del aparte final del artículo 11, numeral 11 del acuerdo 001 de 2006 en lo concerniente a

⁴³ Folio 115 del Cuaderno del Consejo de Estado del cuaderno correspondiente a la acción T-2210489.

'(...) o la certificación expedida por la imprenta o editorial respectiva junto con ejemplar del libro publicado', hasta tanto se dicte pronunciamiento de fondo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.' (Resaltado fuera de texto)

De lo transcrito resulta, que si bien existió un defecto sustantivo en relación con la parte motiva de la providencia de cautela, en razón a que en ella se anticipó el fallo de fondo de la acción popular al afirmar de manera perentoria que existió una extralimitación de funciones por parte del Consejo Superior de la Carrera Notarial y que la medida cautelar brilla por su falta de técnica e imprecisión, *per se* carecía de entidad para conculcar derechos fundamentales de algún concursante o el derecho subjetivo a ser nombrado notario en caso de encontrarse en lista de elegibles con el mejor puntaje dado su carácter eminentemente transitorio, pues como bien lo precisó esta Corporación, es de la esencia de la medida cautelar su temporalidad y precariedad, es decir, su falta de vocación y fuerza para producir efectos definitivos bien constitutivos o extintivos de derechos. Por vía de ejemplo, el embargo de un bien inmueble en el curso de un proceso ejecutivo, no habilita de manera inmediata ni automática el remate de éste, pues es menester esperar la resolución del proceso con el fin de establecer si prosperan o no las excepciones, como la de pago, prescripción o novación, caso en el cual la medida de cautela debe levantarse.

12.1.5 Sin embargo, pese a la temporalidad de la medida cautelar y a que su naturaleza le impedía generar derechos con efectos definitivos, fue utilizada por aquellos participantes que no alcanzaron con su puntaje a acceder a los cargos de notario en propiedad, para obtener por vía de tutela tal nombramiento, sin que se diera margen de espera para conocer la aplicación final de los cinco puntos que se encontraban suspendidos para quienes no acreditaron la autoría de sus obras en la forma prevista en el Decreto 3454 de 2006.

Dicha interpretación encontró eco en la Sala Jurisdiccional del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, corporación que a través de varios fallos de tutela en el mismo sentido, originó la modificación de la lista de elegibles para el nodo Bogotá mediante el Acuerdo 178 de 2009 expedido por el Consejo Superior de la Carrera Notarial.

12.1.6 La temporalidad de la medida fue reconocida a través del salvamento de voto que registró a propósito de cada una de las tutelas en revisión el Magistrado Alberto Vergara Molano, según el cual "...la medida cautelar

tiene un efecto “provisional”, de manera que no existe certeza frente a derechos ciertos, actuales y exigibles por parte de los aspirantes hasta tanto se defina la acción popular, de manera que una recomposición de listas desconocería derechos de terceros, lo que hace inviable la aspiración del actor, pues la indefinición de la lista de elegibles impide definir en sede constitucional si el actor tiene o no derecho a acceder en la lista.”..

12.1.7 Por las razones expuestas la Corte Constitucional considera que aquellos concursantes que acudieron a la acción de tutela con el fin de obtener el cargo de notario a partir de los efectos provisionales de la medida cautelar, eran perfectamente conscientes y conocedores de que no podían derivar de tal situación temporal y precaria un derecho con vocación de permanencia, de manera que en su condición de abogados –pues así lo exige el concurso-, sabían de antemano que su nombramiento era igualmente temporal y precario hasta tanto se decidiera la suerte de los cinco puntos en discusión.

De manera que al desaparecer del mundo jurídico la medida provisional, como en efecto ocurrió, según la orden contenida en la sentencia de 11 de marzo de 2009 proferida por la Juez Cuarta Administrativa de Ibagué dentro de la Acción Popular en cita y reconocerse la validez del puntaje asignado por autoría de obras en derecho a aquellos participantes que acreditaron su titularidad mediante la publicación acompañada del certificado del editor o de la imprenta, tiene lugar el decaimiento de los actos administrativos de nombramiento, en razón a la ocurrencia de circunstancias posteriores que significan la desaparición de los fundamentos de derecho que sirvieron de soporte tanto al nombramiento como a las órdenes proferidas por vía de tutela. En ese orden, no puede reconocerse en estos casos la presencia de derechos adquiridos o situaciones consolidadas, en consideración a la pérdida de fuerza ejecutoria del acto de nombramiento, el cual debe asimilarse a un nombramiento en interinidad.

En consecuencia, las personas nombradas en las condiciones antes citadas, podrán ser válidamente desplazadas, por quienes se encuentran en lista de elegibles con mejores puntajes y mejor derecho para ser designados como notarios en propiedad, sin que ello genere responsabilidad alguna para el Estado, pues se insiste, mal podrían entender estas personas que se les vulnera un derecho en desmedro de los derechos de quienes ocuparon los primeros lugares en las listas de elegibles.

12.1.8 A su turno, los jueces de tutela que impartieron órdenes de nombramiento a partir de medidas provisionales, efectuaron una falsa interpretación del orden positivo, al desconocer la función lógica y teleológica de la medida cautelar, otorgándole un alcance distinto a aquel que el derecho, la jurisprudencia y la comprensión le asigna a la medida preventiva. Por tal razón, las providencias de tutela, que se expidieron con ocasión de la medida cautelar proferida en el curso de la acción popular 0413-07, materia de revisión o no, serán revocadas como medida necesaria para conjurar el estado de cosas inconstitucional que se deriva ya no de la omisión del concurso sino de la injustificada tardanza para dar cumplida atención al artículo 131 Superior, de forma que sean provistos los cargos de notario por quienes con su mérito se hicieron acreedores a tal derecho.

No puede pretenderse, como lo hizo la accionante Piedad Rocío Martínez, que *“Si bien con la presente acción de tutela pretendo ser nombrada en la notaría 71 del Círculo de Bogotá, de acuerdo con las normas vigentes y las medidas cautelares adoptadas, el derecho a ser designado en propiedad no desaparece por la circunstancia eventual y remota de que, con los mismos parámetros –ley, medidas cautelares o acciones judiciales– se altere la posibilidad para posesionarme en la notaria que me sea asignada...”* (Resaltado y subrayado fuera de texto)

12.1.9 De conformidad con lo expuesto y atendiendo los efectos *inter comunis* que se otorga a esta providencia, la Corte Constitucional ordenará la revocatoria de todos aquellos fallos de tutela que tuvieron como fundamento la medida cautelar proferida dentro de la acción popular 0413-07 o el Acuerdo 178 de 2009 del Consejo Superior de la Carrera Notarial, así como aquellas tutelas que desconocieron sin justificación alguna los mandatos expresos contenidos en el artículo 4 de Ley 588 de 2000, con el fin de dotar de transparencia el concurso de notarios. En concordancia con ello se dejarán sin efecto la totalidad de nombramientos efectuados con ocasión de tales providencias judiciales.

Lo anterior implica reconocer plena firmeza y ejecutoriedad a los Acuerdos 112 de 31 de enero de 2008, 124 del 13 de marzo de 2008, 142 del 9 de junio de 2008, 150 de 2 de julio de 2008 y 167 del 24 de septiembre de 2008, así como aquellos acuerdos que hayan modificado las listas de elegibles con ocasión del reconocimiento de errores aritméticos o hayan ordenado la exclusión de concursantes por inhabilidad o edad de retiro forzoso. (.....)

DERECHOS AMENAZADOS Y/O VULNERADOS:

Artículos. 13, 25, 29, 126 C.P.C, y a la confianza legítima

PETICIÓN

PRIMERO: Con fundamento en los hechos narrados y en las consideraciones expuestas, respetuosamente solicito al señor Magistrado TUTELAR en mi favor los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso administrativo, el derecho al trabajo, el acceso a los cargos y funciones públicas por la vía del mérito, el principio de la CONFIANZA LEGITICA, la invariabilidad de las reglas del concurso de méritos, , ordenándole al CONSEJO SECCIONAL DE JUDICATURA- MANIZALES CALDAS, que en cumplimiento de lo establecido en el acuerdo 1586 del año 2002, modificado por el acuerdo 4156 de 2007 y de conformidad con las directrices impartidas por CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA- UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE CARRERA JUDICIAL, EN SU OFICIO CJOF15-3828 del 01 de diciembre del año 2015, por medio del cual dio respuesta al oficio No. CSJC-SA15-1294, proceda en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente proveído a realizar la correspondiente HOMOLOGACIÓN DE LOS CARGOS DE AUXILIAR ADMINISTRATIVO GRADO 03 PARA QUE SEAN HOMOLOGADOS A LOS CARGOS ASISTENTE ADMINISTRATIVO GRADO CINCO, y con ello de plano se produzca mi nombramiento en propiedad en el cargo de ASISTENTE ADMINISTRATIVO GRADO 05 AL ESTAR EN PRIMER ORDEN DE ELEGIBILIDAD.

SEGUNDO: UNA VEZ REALIZADA LA HOMOLOGACION DE LOS CARGOS AUXILIAR ADMINISTRATIVO GRADO 03 A LOS CARGOS DE ASISTENTE ADMINISTRATIVO GRADO CINCO, AL CUMPLIR LA SUSCRITA ACCIONANTE CON LOS REQUISITOS LEGALES DE UNO Y OTRO, SE ORDENE A LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, QUE EN UN TERMNO NO SUPERIOR A DIEZ DIAS HABLES PROCEDA A EFECTURAME EL NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA EN EL CARGO DE ASISTENTE ADMINISTRATIVO GRADO CINCO, EN UNA DE LAS NUEVE VACANTES DEFINITIVAS, QUE SE ABRIRIAN POR EFECTO DE LA HOMOLOGACIÓN, PARA CON ELLO GARANTIZAR MIS DERECHOS FUNDAMENTALES, AL DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD, EL DERECHO AL TRABAJO, EL ACCESO A LOS CARGOS Y FUNCIONES POR EL SISTEMA DE MERITOS Y EL DERECHO A LA IGUALDAD.

2. Que se ordene al Consejo Superior de la Judicatura, pronunciarse de fondo respecto de las circulares, directrices, asesorías y- o similares impartidas Al CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA, respecto del trámite a realizarse por efecto de la aludida homologación contenida en el acuerdo 1586 de 2002, modificado por el acuerdo 4156 de 2007, así mismo que se allegue al expediente copia íntegra del oficio No. CJOF15-3828 DEL DIA 01 DE DICIMBRE DEL AÑO 2015, por el cual se dio respuesta al oficio No. CSJC-SA15-1294, LO ANTERIOR PARA DECANTAR LO ATINENTE AL TEMA DE LA HOMOLOGACIÓN DE CARGOS POR EFECTO DE LA SUPRESION ADELANTADA EN PLENO DESARROLLO DE LA CONVOCATORIA.

MEDIDA PROVISIONAL

Como medida provisional y para lograr un efectivo acceso a la Administración de Justicia, y para garantizar los derechos fundamentales invocados que vienen siendo vulnerados por la entidad accionada, solicito se ordene a la Dirección Administrativa de Administración Judicial de la Ciudad de Manizales, proceda sin más dilaciones a realizar mi nombramiento en el cargo de ASISTENTE ADMINISTRATIVO GRADO 05 en propiedad, en una de las nueve vacantes definitivas, que se encuentran en la sede territorial de la ciudad de Manizales y para la cual me encuentro en primer orden de elegibilidad de conformidad con la actualización de los registros de elegibles de conformidad con las posesiones reportadas decisión adoptada el día 02 de mayo del año 2019, por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, lo que de contera se traduce en el cumplimiento de los establecido en el artículo 2.2.5.3.2 del decreto 1083 de 2015 en su numeral 4

De manera comedida y en virtud de lo dispuesto por el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, fundamentado además en la urgencia que el caso amerita, por el vencimiento de la lista de elegibles, le ruego ordenar, como MEDIDA PROVISIONAL, la siguiente (medida de conservación o seguridad que pretende invocar encaminada a proteger el derecho o a evitar la producción de daños como consecuencia de los hechos realizados).

JURAMENTO:

Bajo la gravedad del juramento me permito manifestarle que por los mismos hechos y derechos no he presentado petición similar ante ninguna autoridad judicial.

PRUEBAS:

Para que obren como tales me permito aportar, en fotocopia informal, los siguientes documentos:

1. Fotocopia de la cedula de ciudadanía de la suscrita accionante.
2. Copia de la actualización de los registros de elegibles de conformidad con las posesiones reportadas decisión adoptada el día 02 de mayo del año 2019, por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.
3. Copia del derecho de petición radicado el día 13 de mayo de 2019 dirigido al Dr. JOSE FERNANDO SALAZAR CHAVEZ, en la cual solicito información particular sobre el asunto en marras.
4. Respuesta al derecho de petición radicado suscrito por el Dr. JOSE FERNANDO SALAZAR CHAVES, en el cual se informa entre otros que la fecha existen catorce cargos de ASISTENTE ADMINISTRATIVO GRADO 05 de los cuales solo cinco están suplidos con servidores de carrera los demás nueve se encuentran en vacancia definitiva por estar con nombramiento provisional.
5. Copia del acuerdo No PSA 09-2012 del 08 de septiembre de 2009
6. Copia el acuerdo 4156 de 2007

PRUEBAS TRASLADADAS.

Que se allegue con destino al presente tramite de tutela por parte de la accionada los siguientes documentos.

1. Copia del acuerdo No. PSA09-212 del 08 de septiembre del año 2009.

2. Copia íntegra del acuerdo resolución y-o acto administrativo de reestructuración de la planta de personal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.
3. Que se certifique por parte de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial Manizales, cuantos cargos de ASISTENTE ADMINISTRATIVO GRADO 05 Y AUXILIAR ADMINISTRATIVO 03 fueron convocados
4. Que se solicite a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y/o Consejo Seccional de la Judicatura, se allegue copia del oficio No. CSJC- SA15-1294 donde solicita al Consejo Superior de la Judicatura instrucciones sobre los cargos suprimidos
5. Se solicite a las entidades accionadas se allegue copia íntegra de los acuerdos 1586 de 2002, y 4156 de 2007.

DIRECCIONES DE NOTIFICACION.

De los accionados:

Consejo Superior de la Judicatura Bogotá- dirección de correo electrónico notificaciones judiciales: deajnotif@deaj.ramajudicial.gov.co

La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en la ciudad de Manizales en la dirección de correo electrónico notificaciones judiciales: dsajmzlnotif@cendoj.ramajudicial.gov.co

La suscrita la recibiré en: El Municipio de Villamaria – Caldas en la calle 8ª- No. 7-27 urbanización guaduales teléfono: 3117781549, desde ahora autorizo para que cualquier tipo de notificación me sea realizada a mi dirección de correo electrónico: anyi_valencia@hotmail.com

Cordialmente.

ANYELLY VALENCIA MUÑOZ.
C.C 66.963.326

Atentamente,

FIRMA

C.C. 66.963.326.

