

ACTO GENERAL – Procedencia excepcional de la tutela si se violan derechos fundamentales o se contradice la Constitución y se causa un perjuicio irremediable

En principio, como lo concluyó el *a quo*, la tutela es improcedente para controvertir actos administrativos, mucho más en circunstancias en las que no es evidente la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Lo anterior, en razón de que para el efecto existen otros medio de defensa judicial y porque, frente a actos de carácter general, el Decreto 2591 de 1991 prevé una causal específica de improcedencia, a saber, el numeral 5 del artículo 6. No obstante, la causal en estudio no puede acogerse de manera absoluta, ya que en ocasiones el acto general puede conducir a la violación o amenaza de derechos fundamentales, si de su aplicación se sigue una afectación de esa naturaleza y siempre que la no intervención oportuna del juez constitucional conduzca a la realización de un perjuicio irremediable. Para la Sala la posibilidad de que la tutela proceda contra actos generales puede igualmente sustentarse en la salvaguarda de la supremacía normativa de la Constitución (artículo 4), cuando se logre advertir que el contenido de las prescripciones del acto general se oponen a los dictados de la Constitución, sin que sea suficiente esa sola circunstancia porque a ella deberá adicionarse la efectiva violación o amenaza de los derechos fundamentales del actor, así como la inminencia de un perjuicio irremediable para el mismo de no darse la urgente intervención del juez constitucional.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 4 / DECRETO 2591 DE 1991 – ARTICULO 6 - NUMERAL 5

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia de la tutela frente a un acto administrativo general: Corte Constitucional, sentencia T-1073 del 12 de diciembre de 2007.

INHABILIDADES – Concepto / REGIMEN DE INHABILIDADES - Reserva legal / MIEMBRO DE JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ - Prohibición de designar a quien haya actuado para más de dos períodos como miembro principal, constituye una inhabilidad / DERECHO AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES PUBLICAS – Vulneración al establecerse inhabilidad sin reserva legal / INAPLICACION DE ACTO ADMINISTRATIVO – Estipulación de inhabilidad por la administración

Aunque para la Sala no hay lugar, por regla general, a estudiar la conformidad que un acto administrativo pueda tener o no frente al ordenamiento jurídico, por existir para ello un mecanismo de defensa judicial específico, están dados los presupuestos especiales y muy excepcionales requeridos para brindarle la actora el amparo que reclama, dado que en el sub lite está demostrado que la aplicación de la mencionada disposición afecta sus derechos fundamentales, según las siguientes razones: En primer lugar, por su configuración y su alcance la parte del artículo 18 del Decreto 2463 del 20 de noviembre de 2001, que establece que “Quienes hayan actuado como miembros principales no podrán ser designados para más de dos (2) períodos”, bien puede tomarse como una inhabilidad, ya que estas, en sentido general, son “entendidas como aquellas situaciones previamente definidas por la autoridad competente que impiden el acceso a un empleo público o a la continuación en su ejercicio, o como lo establece el artículo 279 de la Ley 5 del 17 de junio de 1992 frente a los congresistas, es “todo acto o situación que invalida la elección de Congresista o impide serlo”. Así, al ser la inhabilidad la circunstancia normativamente descrita que impide a una persona acceder a una dignidad o empleo público, o que provoca su retiro cuando ya lo viene ocupando o

ejerciendo, no duda la Sala en afirmar que ese segmento del artículo 18 del Decreto 2463 del 20 de noviembre de 2001, constituye una causal de inhabilidad para acceder al desempeño como miembro principal o suplente de las Juntas de Calificación de Invalidez, en atención a que identifica como destinatarios de esa prohibición a las personas que en condición de miembros principales se hayan desempeñado en las mismas por más de dos períodos. Ahora, como la norma que se viene examinando del artículo 18 del citado decreto, es una inhabilidad, el hecho de que su consagración aparezca en un acto administrativo general expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de su potestad reglamentaria (artículo 189 [11] de la C.P.), contraría abiertamente el ordenamiento superior, puesto que por voluntad del constituyente se determinó que lo relativo al régimen de inhabilidades tenga reserva legal. Además, la Corte Constitucional, al examinar la exequibilidad de los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993, con base en los cuales el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2463 del 20 de noviembre de 2001, afirmó que los integrantes de las juntas de calificación de invalidez, tanto principales como suplentes, están cobijados por el régimen de inhabilidades previsto en la Ley. Estas breves disquisiciones demuestran que la inhabilidad, con asiento en el artículo 18 del Decreto 2463 del 20 de noviembre de 2001, es una clara deslegalización de una materia que tiene reserva legal, razón fundamental por la que para la Sala no puede aplicarse en este caso concreto. En segundo lugar, en lo atinente a los efectos que la aplicación del artículo 18 del Decreto 2463 del 20 de noviembre de 2001 pueda tener respecto de los derechos fundamentales de la actora, observa la Sala que ello es innegable, dado que está en proceso un concurso de méritos para la integración de las Juntas de Calificación de Invalidez, adelantado por la Universidad Nacional, por virtud de esa restricción la tutelante se ve injustamente privada de la posibilidad de participar en ese proceso de selección, pese a que ninguna norma jurídica, con status de ley, ha fijado una prohibición en el sentido que consagra aquella norma reglamentaria, que como se vio desconoce la reserva legal establecida en materia de inhabilidades. Y, en tercer lugar, en cuanto a la posibilidad de que de la aplicación del artículo 18 del Decreto 2463 del 20 de noviembre de 2001 pueda derivarse un perjuicio irremediable para la accionante, dado que en principio contra el acto general podrían adelantarse las acciones ordinarias del caso, es claro para la Sala que dicho perjuicio sí se configura en este asunto, no solo porque esta acción constitucional cuenta con la idoneidad de que carecen los mecanismos judiciales ordinarios para contener la afectación de los derechos fundamentales de los eventuales concursantes y de la concursante misma, sino también porque la intervención del juez constitucional se estima urgente e impostergable ante la inminencia del cumplimiento de fases importantes del concurso, que una vez realizadas llevarían a hacer más remota la posibilidad de una protección efectiva a los derechos fundamentales. Con fundamento en lo discurrido establece la Sala que se viola el derecho fundamental al desempeño de funciones públicas (artículo 40[7] de la C.P.), en la medida que injustamente se le niega la posibilidad de participar en el concurso de méritos que se adelanta por integrar las juntas de calificación de invalidez, derecho que no comprende solamente el hecho de tomar posesión de un cargo o empleo público, sino que también envuelve la posibilidad de participar en los procesos de selección que se realicen para su provisión; es decir, en cuanto a la última hipótesis no se trata de una expectativa sino de un derecho concreto, consistente en el derecho a ser admitido en los concursos siempre que se reúnan los requisitos legales.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICIA – ARTICULO 189 – NUMERAL 11 / CONSTITUCION POLITICIA – ARTICULO / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 42 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 43

NOTA DE RELATORIA: Sobre el concepto de inhabilidad: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 1 de octubre de 2009, Rad. 20011-2069 (6801-05). Sobre la reserva legal del régimen de inhabilidades: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 855 del 8 de julio de 1996, Sección Segunda, sentencia del 6 de agosto de 2009, Rad. 2001-00231.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero Ponente: MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil once (2011)

Radicación: 05001-23-31-000-2011-00131-01(AC)

Actora: MARIA CLARA ARAMBURO PENAGOS

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL Y OTRO

La Sala decide la impugnación presentada por la actora contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia –Sala Décima de Decisión del 16 de febrero de 2011, que decidió:

*“1°.- **NIÉGUESE** la tutela a los derechos fundamentales invocados por la señora **MARÍA CLARA ARAMBURO PENAGOS**, los cuales considera vulnerados por el Ministerio de la Protección Social y la Universidad Nacional de Colombia, por improcedente (...).”*

ANTECEDENTES

1. La solicitud

La señora **María Clara Aramburo Penagos** ejerció acción de tutela contra el Ministerio de la Protección Social y la Universidad Nacional de Colombia – Sede Medellín para la defensa de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y de acceso al ejercicio de funciones públicas. En consecuencia, pidió:

“Petición principal:

Solicito que se proceda ordenar al Ministerio de la Protección Social y/o a la Universidad Nacional de Colombia que suspenda el trámite del concurso que actualmente adelanta para la elección de nuevos miembros de la Junta de Calificación de Invalidez Regional y Nacional, hasta tanto no se expida un (sic) reglamentación del mismo en la cual se tenga en cuenta lo decidido por la H. Corte Constitucional en la sentencia 1002 de 2004 y lo prescrito en el parágrafo del artículo 52 de la Ley 962 de 2005.

Primera Petición subsidiaria:

En caso de prosperar (sic) la primera petición formulada solicito al H. Tribunal ordené (sic) a la Universidad Nacional de Colombia, en su calidad de realizadora del concurso que adelanta se realice mi inscripción para participar en el concurso pues cumplo con los requisitos legales y constitucionales para la participación en el mismo.

Segunda Petición Subsidiaria:

En caso de no prosperar las dos anteriores pretensiones solicito que se tutele mi derecho como mecanismo transitorio, ya que en caso de dar por terminado mi período y no permitírseme participar en el nuevo concurso que (sic) ocasionaría perjuicios injustos e irremediables y se afectarían derechos fundamentales tal como ya ha quedado anotado. Es de advertir que en caso de que proceda la Tutela como mecanismo provisional adelantaré la acción judicial a que haya lugar contra los actos u operaciones administrativas que puedan ser objeto de demanda judicial.”

2. Hechos

Esta petición se fundamentó en los hechos que se sintetizan así (fls. 1 a 7):

2.1. La actora es sicóloga. En ejercicio de su profesión se encuentra vinculada como miembro principal a la Junta de Calificación de Invalidez Regional de Antioquia. Primero fue nombrada mediante Resolución 01075 del 12 de julio de 2002, con posesión el 23 de agosto del mismo año. Y, ahora, está nombrada por la Resolución 4949 del 26 de diciembre de 2005. Estos nombramientos obedecieron a que participó en los correspondientes concursos públicos, de conformidad con las normas vigentes en la época.

2.2. La accionante argumenta que el régimen de las juntas de calificación de invalidez del orden nacional y regional está desarrollado por los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993¹ y el Decreto Reglamentario 2463 de 2001 que, entre otras disposiciones, regula el periodo de los miembros de la junta, sus inhabilidades y el funcionamiento del organismo.

2.3. Sin embargo, dichas normas, que antes sirvieron de fundamento a los concursos públicos para proveer los cargos de las juntas, sufrieron modificaciones importantes con ocasión de la sentencia C-1002 del 12 de octubre de 2004 de la

¹ ARTÍCULO 42. JUNTAS REGIONALES DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. En las capitales de departamento y en aquellas ciudades en las cuales el volumen de afiliados así lo requiera, se conformará una comisión interdisciplinaria que calificará en primera instancia la invalidez y determinará su origen.

Las comisiones estarán compuestas por un número impar de expertos, designados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social¹, quienes actuarán de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional.

Los honorarios de los miembros de la comisión serán pagados por la entidad de previsión o seguridad social o la sociedad administradora a la que esté afiliado el solicitante.

ARTÍCULO 43. JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. Créase la Junta Nacional para la Calificación de los Riesgos de Invalidez con sede en la capital de la República, integrada por un número impar de miembros designados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Esta Junta, que será interdisciplinaria, tiene a su cargo la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión por las juntas regionales o seccionales respectivas.

Los honorarios de los miembros de la Junta serán pagados, en todo caso por la entidad de previsión o seguridad social correspondiente. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> El Gobierno Nacional reglamentará la integración, financiación y funcionamiento de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, de su secretaría técnica y de las Juntas regionales o seccionales, el procedimiento de apelación, el manual único para la calificación de la invalidez y demás normas necesarias para su adecuado funcionamiento.

PARÁGRAFO. Los miembros de la Junta Nacional y los de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez de que trata el artículo anterior, no tienen el carácter de servidores públicos.

Corte Constitucional, que declaró inexecutable parcialmente el artículo 43 de la Ley 100 de 1993 y, por contera, produjo el decaimiento del Decreto 2463 de 2001. Concretamente, en la parte que interesa al caso, la Corte decidió:

“Segundo.- Declarar EXEQUIBLES los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993, por los cargos analizados en esta providencia, excepto la expresión “y demás normas necesarias para su adecuado funcionamiento”, contenida en el inciso cuarto del artículo 43, que se declara INEXEQUIBLE”.

2.4. En criterio de la tutelante, la parte motiva de esa sentencia y el inciso final del artículo 123 de la Constitución Política precisan, con toda claridad, que como los integrantes de las juntas de calificación de invalidez son particulares, que ejercen funciones públicas, el régimen aplicable a su actividad debe estar regulado íntegramente por la ley².

2.5. El artículo 52 parágrafo de la Ley 962 de 2005 también prevé el régimen de los miembros de las juntas de calificación de invalidez, pero no fijó el período para el ejercicio de la función ni las inhabilidades para ello³.

2.6. Aunado al precedente de la sentencia C-1002 de 2004 ésta el fallo del 6 de agosto de 2009 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente 110010325000200100231-01 (3338-01), que trató aspectos relacionados con la forma de acceder y los requisitos del cargo de curador urbano, que corresponde al ejercicio de funciones públicas por particulares. Específicamente al estudiar la legalidad del artículo 2 del Decreto 1347 de 1997, la providencia referida indicó que: **“En esas condiciones, por tratarse de particulares en ejercicio de funciones públicas [curadores urbanos], la Constitución Política (art. 123 – inciso 3°), se repite; señaló con una claridad absoluta que la Ley se encargaría de regular el régimen que les sería aplicable, así como las disposiciones relacionadas con el ejercicio de dicho cargo (...).”**

2.7. Dado que es incontrovertible que la regulación sobre el ejercicio de funciones públicas a cargo de particulares, verbi gracia, las de los miembros de las juntas de calificación de invalidez, la actora recalca que las previsiones del Decreto 2463 de 2001, en cuanto a que fijan el período de los miembros de las juntas e impiden la reelección de quienes, en la condición de principales, hayan estado en el cargo por más de dos períodos, son contrarias a la Constitución.

2.8. La Universidad Nacional de Colombia, en ejecución del convenio interadministrativo 362 de 2010 celebrado con el Ministerio de la Protección Social, adelanta el proceso de selección para integrar las juntas de calificación de invalidez. Dicha institución pretende aplicar las aludidas previsiones del Decreto

² ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA: (...) La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

³ ARTÍCULO 52. DETERMINACIÓN DE LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL Y GRADO DE INVALIDEZ. (...) PARÁGRAFO 1o. Para la selección de los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de pérdida de la capacidad laboral y de invalidez, el Ministerio de la Protección Social tendrá en cuenta los siguientes criterios:

La selección se hará mediante concurso público y objetivo, cuya convocatoria se deberá hacer con no menos de dos (2) meses de antelación a la fecha del concurso e incluirá los criterios de ponderación con base en los cuales se seleccionará a los miembros de estos organismos. La convocatoria deberá publicarse en medio de amplia difusión nacional.

Dentro de los criterios de ponderación se incluirán aspectos como experiencia profesional mínima de cinco (5) años y un examen escrito de antecedentes académicos sobre el uso del manual de pérdida de capacidad laboral y de invalidez, el cual se realizará a través de una entidad académica de reconocido prestigio.

Los resultados del concurso serán públicos y los miembros de las Juntas serán designados por el Ministro de la Protección Social, comenzando por quienes obtuvieran mayor puntaje.

El proceso de selección de los integrantes de las juntas de calificación de invalidez se financiará con recursos del Fondo de Riesgos Profesionales.

2463 de 2001 al concurso, sin reparar en que éstas decayeron por la sentencia C-1002 de 2004, además de su anotada inconstitucionalidad.

2.9. El cronograma del concurso es: i) periodo del 19 de diciembre de 2010 al 19 de febrero de 2011 corresponde a la inscripción y acreditación de requisitos; ii) del 1 de marzo de 2011 al 27 del mismo mes corresponde a la publicación de inscripciones y; iii) el 11 de abril de 2011 corresponde a la fecha de publicación de los resultados.

2.10. Para desarrollar el concurso la Universidad Nacional debería aplicar únicamente los requisitos correspondientes de la Ley 100 de 1993, que no los del Decreto 2463 de 2001, a saber: ser profesional y tener más de 5 años de experiencia.

2.11. La tutelante aduce que si el concurso continúa con los parámetros del Decreto 2461 de 2001 no solo quedaría excluida de éste, también perdería su trabajo como miembro de la Junta de Calificación de Invalidez de Antioquia, al que accedió válidamente y, consecuentemente, se verían afectados sus ingresos y los de su familia, integrada por su cónyuge, quien está desempleado por problemas de salud, y sus tres hijos.

3. Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela

La actora estima vulnerado su derecho al debido proceso (artículo 29 de la C. P.) por la aplicación del Decreto 2463 de 2001 en el concurso, a pesar de que con ocasión de la sentencia C-1002 de 2004 decayó y es manifiestamente contrario a los artículos 4 y 123 Constitucionales. Además, que las Leyes 100 de 1993 y 962 de 2005 no fijan período para los miembros de las juntas de calificación de invalidez ni restricciones o inhabilidades para el acceso a la función.

La vulneración del derecho a la igualdad (artículo 13 de la C. P.) se da porque la normativa del Decreto 2463 de 2001 *“impide la participación en el concurso a los profesionales que ya han participado en las Juntas en calidad de miembros principales”*. Por el mismo motivo se conculca su derecho al trabajo (artículo 25 C.P.), pues si no puede continuar en la junta se va a quedar sin la única fuente de recursos que tiene para el sustento de su familia.

Y, de igual forma se vulnera su derecho de acceso al ejercicio de funciones públicas (artículo 40 [7] de la C.P.), con las ilegales restricciones del Decreto 2463 de 2001, aplicadas al concurso en desmedro de sus intereses.

La actora aduce que la tutela es procedente en la medida que no cuenta con otro medio de defensa suficientemente expedito y eficaz frente a las vías de hecho en que incurrieron las entidades accionadas en el trámite del concurso y, porque de continuar esta situación, se le va a ocasionar un perjuicio grave.

4. Contestaciones.

El apoderado judicial de la Universidad Nacional de Colombia –Sede Medellín pidió que se declarara improcedente la solicitud de tutela para lo cual expuso los siguientes argumentos:

La controversia *sub iudice* no reúne los supuestos previstos por los artículos 86 de la Constitución Política y 5 del Decreto 2591 de 1991 para la prosperidad de la tutela, toda vez que la universidad no ha incurrido en vía de hecho u omisión de las cuales se pueda predicar la violación de los derechos fundamentales alegados

por la accionante. Por el contrario, realmente lo que ella pretende es controvertir la aplicación de del Decreto 2463 de 2001, acto administrativo vigente, que goza de la presunción de legalidad y que estaba en conocimiento de la interesada y de los concursantes, aun mucho antes de la apertura del concurso.

Coherentemente, la Universidad ni siquiera debería acudir como accionada a la presente tutela, dado que no es responsable por las presuntas irregularidades que alega la actora. Simplemente, su conducta se ha encaminado a aplicar el Decreto 2463 de 2001, norma del orden nacional que es obligatoria para todos.

Ahora bien, para satisfacer las pretensiones propuestas por la tutelante, si es que hubiere lugar a ello, existe otro medio de defensa judicial, a saber, la acción de nulidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Esta vía procesal es suficientemente idónea y efectiva para lograr lo pretendido con el ejercicio de la tutela, que tiene carácter residual.

Y, si bien es cierto que la tutela procede como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de los medios de defensa judicial ordinarios, en situaciones en las que se evidencia un perjuicio irremediable; también lo es que en el caso en estudio no hay, si quiera prueba sumaria, de que ese perjuicio pueda acaecer. Tampoco se cumplen los requisitos señalados por la jurisprudencia constitucional para el efecto, es decir, que sea inminente o próximo a suceder, grave, que demande medidas urgentes para contrarrestarlo y que haga impostergable la intervención del juez de tutela.

Además, la presencia del perjuicio irremediable queda descartada por el hecho de que la sentencia C-1002, que en criterio del actor produjo el decaimiento del Decreto 2463 de 2001, fue dictada hace más de seis años, data del 12 de octubre de 2004, tiempo más que suficiente para que la actora hubiera acudido a los medios ordinarios judiciales para impugnarlo y no acudir ahora a la tutela con el pretexto de la amenaza a sus derechos fundamentales (fls. 38 a 42).

4.2. El asesor de la Oficina Jurídica del Ministerio de la Protección Social pidió que se declarara improcedente la solicitud de tutela y, por ende, que se exonerara de toda responsabilidad al ministerio. Como fundamento de su petición indicó:

La solicitud de amparo no es procedente en la medida que el Decreto 2463 de 2001 está vigente, pues la sentencia C-1002 de 2005 declaró la inexecutable de sólo un fragmento del artículo 43 de la Ley 100 de 1993, que nada tiene que ver con la controversia que plantea la actora. Por demás, el competente para retirar del ordenamiento jurídico los decretos reglamentarios es el Consejo de Estado y no la Corte Constitucional.

Más allá de las previsiones del Decreto 2463 y del artículo 52 de la Ley 962 de 2005, el concurso para proveer los cargos en las juntas de calificación de invalidez no requiere otra regulación, pues esas normas se avienen al mandato del artículo 48 de la Constitución Política y están en plena concordancia con los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993.

La inconformidad de la accionante radica en la inhabilidad que tiene para participar en el concurso y ejercer nuevamente el cargo, comoquiera que el artículo 18 del Decreto 2463 prevé que los miembros que, pertenecieron a una junta regional o nacional, no podrán ejercer la función por más de dos periodos continuos. En este punto, precisamente se encuentra la razón de improcedencia de la tutela, pues la actora pretende la inaplicación, por vía de esta acción, del

aludido decreto, el cual tiene carácter general, conserva incólume su presunción de legalidad y fue dictado por el Gobierno Nacional con apego a la ley.

Es oportuno precisar que la junta de calificación de invalidez no es una autoridad pública, toda vez que, aunque su creación se da por virtud de la ley, sus funciones son determinadas, reguladas y vigiladas por el Ministerio de la Protección Social. Por tal motivo con estricta observancia de los aludidos artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993, mediante el Decreto 2463 de 2001 se determinó su funcionamiento, administración, procedimientos y los requisitos e inhabilidades de sus miembros, de allí que no exista la reserva legal en su régimen como lo alega la tutelante (fls. 49 a 59).

5. Sentencia Impugnada.

El Tribunal Administrativo de Antioquia –Sala Décima de Decisión negó por improcedente la tutela con fundamento en los planteamientos que se resumen así:

La actora controvierte la aplicación del artículo 18 del Decreto 2463 de 2001 al concurso para elegir los miembros de la Junta de Calificación de Invalidez de Antioquia. A diferencia de lo que sostiene la tutelante, la inhabilidad prevista por la norma en comentario, conforme a la cual los miembros de las juntas de calificación de invalidez no pueden ejercer la función durante más de dos periodos continuos, no constituye una restricción al acceso a las funciones públicas; por el contrario, es una garantía que permite a todos los ciudadanos, que cumplen los requisitos, formar parte de esos organismos.

La accionante alega la inconstitucionalidad del Decreto 2463 y, con base en ello, demanda su inaplicación. Para la *figura de la excepción de inconstitucionalidad*, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, “*es necesario que la incompatibilidad de la norma con la Constitución Política sea evidente*”. Esto es, que “*de una primera revisión surja para el intérprete la irrefutable conclusión de que la norma revisada se encuentra en contra vía de los principios y valores constitucionales*”.

Del contenido del artículo 18 del Decreto 2463 de 2001, cuya finalidad es la rotación permanente de particulares para el ejercicio de la función pública mencionada, no se evidencia abiertamente el menoscabo de derechos fundamentales ni la contradicción directa con la Constitución Política, por lo que no hay lugar a la excepción de inconstitucionalidad en el presente caso.

Como no existe disconformidad manifiesta entre el Decreto 2463 de 2001 y la Constitución Política y dada su naturaleza jurídica, a saber, acto administrativo de carácter nacional, cobijado por la presunción de legalidad, la acción de tutela no es procedente para controvertirlo, en la medida que para tal fin el ordenamiento ha previsto la acción de simple nulidad, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a la que le corresponde decidir los reparos expuestos por la actora.

Aunado a lo anterior, si es del caso, la tutelante puede ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, aun con la solicitud de suspensión provisional, contra los actos administrativos que tengan fundamento en el aludido decreto, si es que con aquellos se le causó algún agravio (fls. 57 a 62).

6. Impugnación.

La accionante impugnó la anterior decisión básicamente con los siguientes argumentos:

La providencia recurrida desconoció que los miembros de las juntas de calificación de invalidez ejercen funciones públicas y, por ende, la regulación de la materia únicamente puede ser de orden legal, por mandato del artículo 123 de la Constitución. De allí que es incontrovertible que el Decreto 2463 de 2001 decayó con la inexecutable parcial del artículo 43 de la Ley 100 de 1993, declarada en sentencia C-1002 de 2004, precisamente porque la Corte Constitucional excluyó del ordenamiento la expresión "*demás normas necesarias para su adecuado funcionamiento*".

El *ad quem* afirmó que el derecho de acceso al ejercicio de funciones públicas no es absoluto, como tampoco lo es ningún otro derecho. En principio esta aseveración no tiene discusión, pero es claro que las limitaciones a los derechos fundamentales, como se dio en el presente caso, debe provenir del Legislador y no de un decreto reglamentario.

Coherentemente, si el Decreto 2463 de 2001 no podía establecer restricciones, inhabilidades o condiciones adicionales a las legales para el ejercicio de funciones públicas, como en efecto lo hizo en la controversia *sub iúdice*, la actuación del Gobierno es contraria al ordenamiento superior y, en consecuencia, bien podría anularse, circunstancia que no excluye la inaplicación de la norma por inconstitucional con la intervención del juez de tutela en procura de la protección de los derechos fundamentales afectados.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela, prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, faculta a toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que así se autoriza.

Dada su naturaleza subsidiaria, esta acción sólo procede cuando no existen otros medios de defensa judicial para amparar los derechos fundamentales invocados, o en su defecto, siempre que ello sea necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio de protección.

1. Problema Jurídico

Se trata de determinar si en el presente asunto la acción de tutela es el mecanismo procedente para inaplicar el artículo 18 del Decreto 2463 de 2001, como lo pretende la actora. Y, en caso de que haya lugar ello, si le asiste razón a la tutelante en cuanto a que la norma en comentario contradice abiertamente la Constitución Política.

2. Solución del caso

Sea lo primero precisar que mediante sentencia del 1 de abril de 2011, expediente 2011-00259-01⁴, la Sala decidió un **caso sustancialmente similar** al asunto en

⁴ Cfr. Consejo de Estado –Sección Quinta, sentencia del 1 de abril de 2011, expediente 2011-00259-01, CP doctora María Nohemí Hernández Pinzón.

estudio, por tanto, para resolverlo se reiterarán las consideraciones hechas en esa providencia.

La actora alega que la aplicación del artículo 18 del Decreto 2463 de 2001, “[p]or el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez”, al concurso para proveer los cargos de los miembros de la Junta de Calificación de Invalidez de Antioquia vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y de acceso a las funciones públicas. Específicamente, controvierte el aparte que se transcribe y resalta a continuación:

Artículo 18. Periodo de los miembros de las Juntas de Calificación de Invalidez. *Los miembros de las Juntas de Calificación de Invalidez y sus respectivos suplentes serán designados por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, para períodos de tres (3) años. Quienes hayan actuado como miembros principales no podrán ser designados para más de dos (2) períodos.* (Subraya la Sala)

A juicio de la tutelante, como ejerció por dos períodos el cargo de miembro principal de la Junta de Calificación de Invalidez de Antioquia, la previsión transcrita le impide concursar nuevamente para ese cargo. Ello, a pesar de que la referida norma no puede aplicarse en su caso, porque decayó con ocasión de la expedición de la sentencia C-1002 del 12 de octubre de 2004 de la Corte Constitucional. A lo que se aúna que el régimen para el ejercicio de funciones públicas por particulares, verbi gracia las de los miembros de las juntas de calificación de invalidez, solamente puede ser previsto por la ley, que no por el Gobierno Nacional por conducto de la potestad reglamentaria.

En principio, como lo concluyó el *a quo*, la tutela es improcedente para controvertir actos administrativos, mucho más en circunstancias en las que no es evidente la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Lo anterior, en razón de que para el efecto existen otros medio de defensa judicial y porque, frente a actos de carácter general, el Decreto 2591 de 1991 prevé una causal específica de improcedencia, a saber, el numeral 5 del artículo 6, según el cual:

“Artículo 6º.- Causales de improcedencia de la tutela. *La acción de tutela no procederá:*

(...)

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.”

La razón de ser de esta causal de improcedencia está en que los actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, no afectan los derechos fundamentales de las personas, toda vez que versan sobre situaciones inasibles por sus mismas características. También porque, de existir contradicción entre ese acto y el ordenamiento jurídico superior, existen los mecanismos procesales ordinarios para que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conozca de las controversias sobre ello.

No obstante, la causal en estudio no puede acogerse de manera absoluta, ya que en ocasiones el acto general puede conducir a la violación o amenaza de derechos fundamentales, si de su aplicación se sigue una afectación de esa naturaleza y siempre que la no intervención oportuna del juez constitucional

conduzca a la realización de un perjuicio irremediable. Así lo ha precisado la jurisprudencia constitucional:

*“De este modo, la acción de tutela no procede para controvertir actos de carácter general, aun cuando su contenido pueda ser contrario a normas sobre derechos fundamentales, porque para ello se han previsto otras vías procesales. **Pero cuando el contenido lesivo de un acto de carácter general, impersonal y abstracto, se materializa en una situación concreta y afecta derechos fundamentales de una persona, la acción de tutela es, sin olvidar su carácter subsidiario, la vía adecuada para promover ante los jueces la defensa de esos derechos.***

*Es claro, por otra parte que, de acuerdo con la Constitución, la acción de tutela procede frente a la vulneración o la amenaza de los derechos fundamentales. **De ordinario, un acto de carácter general, impersonal y abstracto, no produce una lesión actual e inmediata de los derechos, la cual sólo se materializaría en el momento de su aplicación a los casos concretos. Sin embargo, de un acto de carácter general, sí puede derivarse, sin necesidad de un previo acto aplicativo, una amenaza cierta para los derechos fundamentales de determinadas personas, evento que abriría la vía de la acción de tutela.***

En efecto, cuando una persona acude a la acción de tutela para cuestionar un acto de carácter general, impersonal y abstracto, pero no con la pretensión de obtener un pronunciamiento de esas mismas características sobre la conformidad o no del acto con la Constitución, sino para, dado que se encuentra entre sus destinatarios, prevenir que le sea aplicado, nos encontramos en una hipótesis distinta a la prevista en la ley sobre la improcedencia de la acción de tutela. La actuación del particular afectado se dirige, en este caso, no a obtener la declaratoria de inconstitucionalidad del acto general, sino a prevenir que el mismo sea aplicado en su caso, evitando, de esta manera, que en relación con ese particular, se materialicen sus efectos lesivos de derechos fundamentales. Sobre el particular la Corte ha expresado que, en tal eventualidad, “... no se trata de anular, por la vía de la tutela, una norma de carácter general e impersonal, (...) sino de dejar sin efecto su aplicación, en un caso particular y concreto, cuando de ella se siga la violación de un derecho fundamental.”⁵

*Con todo, en este último escenario, también operaría el carácter subsidiario de la acción de tutela, por modo que, en principio la misma resultaría improcedente, no ya por dirigirse contra un acto de carácter general, impersonal y abstracto -porque, como se ha visto, lo que se pretende es enervar la aplicación del mismo a un caso concreto- sino por la existencia de mecanismos alternativos de defensa judicial. En efecto, **el particular que tema que la aplicación de una ley o de un acto administrativo de carácter general se derive una concreta afectación de sus derechos fundamentales, puede acudir a los mecanismos que el ordenamiento ha previsto para la controversia de tales actos, bien sea la acción pública de inconstitucionalidad o***

⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-384 de 1994.

la acción de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según el caso.

No obstante lo anterior, la Constitución establece que, aún existiendo mecanismos alternativos de defensa judicial, la acción de tutela procederá como mecanismo transitorio cuando se trate de evitar un perjuicio irremediable.

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia T-435 de 2005⁶, a partir de las normas que regulan la materia, concluyó “ (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (T-514 de 2003).”

De este modo, en casos como los presentes, en los que se está ante un cuestionamiento que se dirige contra un acto de carácter general, impersonal y abstracto, en los cuales, sin embargo, la pretensión no considera el acto cuestionado en abstracto, sino que se orienta a enervar sus eventuales efectos lesivos de derechos fundamentales en un caso concreto, para determinar la procedencia de la acción de tutela es necesario establecer, por un lado, que se está ante una amenaza cierta que de la aplicación de un acto de carácter general, impersonal y abstracto, se derive una afectación de los derechos fundamentales de una persona y que, en tal eventualidad, el acudir a las vías ordinarias podría comportar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Pasa la Sala, a ocuparse de estos aspectos”⁷.

Para la Sala la posibilidad de que la tutela proceda contra actos generales puede igualmente sustentarse en la salvaguarda de la supremacía normativa de la Constitución (artículo 4), cuando se logre advertir que el contenido de las prescripciones del acto general se oponen a los dictados de la Constitución, sin que sea suficiente esa sola circunstancia porque a ella deberá adicionarse la efectiva violación o amenaza de los derechos fundamentales del actor, así como la inminencia de un perjuicio irremediable para el mismo de no darse la urgente intervención del juez constitucional, como igual se contempla en la anterior jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Pues bien, aunque para la Sala no hay lugar, por regla general, a estudiar la conformidad que un acto administrativo pueda tener o no frente al ordenamiento jurídico, por existir para ello un mecanismo de defensa judicial específico, para la Sala están dados los presupuestos especiales y muy excepcionales requeridos para brindarle la actora el amparo que reclama, dado que en el *sub lite* está

⁶ MP doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-1073 del 12 de diciembre de 2007.

demostrado que la aplicación de la mencionada disposición afecta sus derechos fundamentales, según las siguientes razones:

En primer lugar, por su configuración y su alcance la parte del artículo 18 del Decreto 2463 del 20 de noviembre de 2001, que establece que “*Quienes hayan actuado como miembros principales **no podrán ser designados para más de dos (2) períodos***” (Negrillas de la Sala), bien puede tomarse como una inhabilidad, ya que estas, en sentido general, son “*entendidas como aquellas situaciones previamente definidas por la autoridad competente que impiden el acceso a un empleo público o a la continuación en su ejercicio*”⁸, o como lo establece el artículo 279 de la Ley 5 del 17 de junio de 1992 frente a los congresistas, es “*todo acto o situación que invalida la elección de Congresista o impide serlo*” (Se destaca).

Así, al ser la inhabilidad la circunstancia normativamente descrita que impide a una persona acceder a una dignidad o empleo público, o que provoca su retiro cuando ya lo viene ocupando o ejerciendo, no duda la Sala en afirmar que ese segmento del artículo 18 del Decreto 2463 del 20 de noviembre de 2001, constituye una causal de inhabilidad para acceder al desempeño como miembro principal o suplente de las Juntas de Calificación de Invalidez, en atención a que identifica como destinatarios de esa prohibición a las personas que en condición de miembros principales se hayan desempeñado en las mismas por más de dos períodos .

Ahora, como la norma que se viene examinando del artículo 18 del citado decreto, es una inhabilidad, el hecho de que su consagración aparezca en un acto administrativo general expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de su potestad reglamentaria (artículo 189 [11] de la C.P.), contraría abiertamente el ordenamiento superior, puesto que por voluntad del constituyente se determinó que lo relativo al régimen de inhabilidades tenga reserva legal⁹.

Así lo demuestran, por ejemplo, el artículo 123 Constitucional al prescribir que será la Ley la que determine “*el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio*”; el artículo 150 numeral 23 ibídem, al asignarle al Congreso de la República la función de “*Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas...*”; el artículo 210 ejusdem, al establecer que “*Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley*”; y el artículo 293 ejusdem, que al referirse a las elecciones populares precisa que tan solo el constituyente y el legislador pueden fijar “*las calidades, **inhabilidades**, incompatibilidades... de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales*” (Negrillas de la Sala).

Además, en consonancia con los anteriores postulados la Corte Constitucional, al examinar la exequibilidad de los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993, con base en los cuales el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2463 del 20 de noviembre de 2001, afirmó que los integrantes de las juntas de calificación de invalidez, tanto principales como suplentes, están cobijados por el régimen de inhabilidades previsto en la Ley. En efecto, adujo:

⁸ Cfr., sentencia del 1 de octubre de 2009. Expediente: 250002325000200112069-01 (6801-05). Sección Segunda.

⁹ Así lo ha pregonado la Corte Constitucional en su sentencia C-111 del 25 de marzo de 1998; y el Consejo de Estado, tanto en su Sala de Consulta y Servicio Civil con el Concepto No. 855 del 8 de julio de 1996, como en su Sala Contencioso Administrativa – Sección Segunda, con la sentencia del 6 de agosto de 2009, Expediente: 110010325000200100231-01. Actor: Colegio Nacional de Curadores Urbanos. Demandado: Gobierno Nacional.

*“Finalmente, frente al reproche de que las normas atacadas sustrajeron del control del Ministerio Público a los miembros de las juntas de calificación de invalidez e instauraron la irresponsabilidad patrimonial de los mismos, cabe advertir, como ya se dijo, que los integrantes de las juntas en mención siguen siendo particulares en ejercicio de funciones públicas, por lo que se encuentran sujetos al sistema controles y responsabilidades diseñado por la normativa legal. En estos términos, **los miembros de las juntas de calificación de invalidez encargados de rendir los dictámenes especializados son personas naturales vinculadas a esos órganos que no por ello pierden su condición de particulares, pero en cuanto ejercen funciones públicas, se encuentran sometidos a las inhabilidades e incompatibilidades que les señala la ley.**” (Negrillas de la Sala)*

Tal salvaguarda tiene una clara inspiración en el principio democrático, en la medida que sólo reconoce en el máximo órgano de representación popular la atribución para fijar las inhabilidades, y de esa forma restringir el principio de la capacidad electoral, como claro desarrollo del derecho fundamental a acceder al desempeño de funciones públicas, así sea bajo la condición de particular o sin tener la calidad de servidor público. Esa reserva legal indica, a su vez, que no pueda ser el Gobierno Nacional, en ejercicio de su potestad reglamentaria, quien establezca las inhabilidades, y que si lo hace las mismas no tengan eficacia jurídica por su manifiesta oposición a la Constitución, como así sucede en el sub lite al haberse consagrado en el artículo 18 del Decreto 2463 del 20 de noviembre de 2001 la prohibición en comento.

Estas breves disquisiciones demuestran que la inhabilidad, con asiento en el artículo 18 del Decreto 2463 del 20 de noviembre de 2001, es una clara deslegalización de una materia que tiene reserva legal, razón fundamental por la que para la Sala no puede aplicarse en este caso concreto.

En segundo lugar, en lo atinente a los efectos que la aplicación del artículo 18 del Decreto 2463 del 20 de noviembre de 2001 pueda tener respecto de los derechos fundamentales de la actora, observa la Sala que ello es innegable, dado que está en proceso un concurso de méritos para la integración de las Juntas de Calificación de Invalidez, adelantado por la Universidad Nacional, por virtud de esa restricción la tutelante se ve injustamente privada de la posibilidad de participar en ese proceso de selección, pese a que ninguna norma jurídica, con status de ley, ha fijado una prohibición en el sentido que consagra aquella norma reglamentaria, que como se vio desconoce la reserva legal establecida en materia de inhabilidades.

Y, en tercer lugar, en cuanto a la posibilidad de que de la aplicación del artículo 18 del Decreto 2463 del 20 de noviembre de 2001 pueda derivarse un perjuicio irremediable para la accionante, dado que en principio contra el acto general podrían adelantarse las acciones ordinarias del caso, es claro para la Sala que dicho perjuicio sí se configura en este asunto, no solo porque esta acción constitucional cuenta con la idoneidad de que carecen los mecanismos judiciales ordinarios para contener la afectación de los derechos fundamentales de los eventuales concursantes y de la concursante misma, sino también porque la intervención del juez constitucional se estima urgente e impostergable ante la inminencia del cumplimiento de fases importantes del concurso, que una vez

realizadas llevarían a hacer más remota la posibilidad de una protección efectiva a los derechos fundamentales¹⁰.

Con fundamento en lo discurrido establece la Sala que de los derechos fundamentales invocados por la tutelante solamente se viola el relativo al desempeño de funciones públicas (artículo 40[7] de la C.P.), en la medida que injustamente se le niega la posibilidad de participar en el concurso de méritos que se adelanta por integrar las juntas de calificación de invalidez, derecho que no comprende solamente el hecho de tomar posesión de un cargo o empleo público, sino que también envuelve la posibilidad de participar en los procesos de selección que se realicen para su provisión; es decir, en cuanto a la última hipótesis no se trata de una expectativa sino de un derecho concreto, consistente en el derecho a ser admitido en los concursos siempre que se reúnan los requisitos legales.

Además, no se viola el derecho al debido proceso porque no se está infringiendo ninguna regla del concurso, así se haya establecido que la inhabilidad deviene inaplicable para este caso; de igual modo no se viola el derecho a la igualdad en la medida que la actora no precisa un punto de comparación con el cual establecer si frente a una situación similar a la suya la administración ha obra con otros criterios; y, por último, no se vulnera el derecho al trabajo, en virtud de que frente a éste apenas tiene una expectativa, ya que su efectiva realización depende del resultado del concurso, que por su dinámica es un albur para los participantes.

Así las cosas, se revocará el fallo dictado por el Tribunal Administrativo de Antioquia -Sala Décima de Decisión del 16 de febrero de 2011 para, en su lugar, inaplicar para el caso concreto la inhabilidad contenida en el decreto de marras; declarar que a la actora se le viola su derecho fundamental de acceso al ejercicio de funciones públicas al impedírsele participar en el proceso de selección para integrar las juntas de calificación de invalidez del país, conceder el amparo correspondiente impartiendo las órdenes para hacer efectivo su derecho a concursar por uno de esos cargos, siempre que cumpla los demás requisitos legal y reglamentariamente previstos para el efecto, y denegar la tutela frente a los demás derechos invocados, respecto de los cuales la Sala no encuentra que hayan sido afectados con esa situación.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA

1. REVÓCASE la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia del 16 de febrero de 2011, que negó por improcedente la acción de tutela que ejerció **María Clara Aramburo Penagos** contra el Ministerio de la Protección Social y la Universidad Nacional de Colombia – Sede Medellín.

Para en su lugar:

INAPLICAR para el caso concreto el artículo 18 del Decreto 2463 del 20 de noviembre de 2001, en la siguiente parte:

¹⁰ La Sala, luego de consultar la información publicada en el link <http://www.medicina.unal.edu.co/concursojuntas/descargas/aviso.pdf>, pudo establecer que según el cronograma fijado para dicho concurso, las fases de inscripción y de valoración de hoja de vida ya se cumplieron, que el examen escrito está previsto para el 26 de marzo de 2011 y que la lista definitiva de elegibles estará elaborada y publicada el 15 de abril de 2011.

“Quienes hayan actuado como miembros principales no podrán ser designados para más de dos (2) períodos”.

2. DECLÁRASE que el Ministerio de la Protección Social y la Universidad Nacional vulneraron a la actora su derecho fundamental de acceso al ejercicio de funciones públicas, cuando impidieron su participación en el concurso para la integración de las juntas de calificación de invalidez.

3. ORDÉNASE al Ministerio de la Protección Social y a la Universidad Nacional que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, dispongan las medidas necesarias para que la señora **María Clara Aramburo Penagos** pueda participar en el proceso de selección para la conformación de las juntas de calificación de invalidez, **siempre y cuando satisfaga los demás requisitos legales y reglamentarios.**

4. NIÉGASE la tutela frente a los demás derechos fundamentales invocados por la accionante.

5. ENVÍESE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

MAURICIO TORRES CUERVO
Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN