

Sentencia T-133/16

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Mecanismo idóneo para la protección derechos fundamentales de concursante que ocupó el primer lugar en concurso de méritos pero no fue nombrado en el cargo público

La tutela resulta procedente para restablecer los derechos superiores afectados con el acto que deniegue la designación de quien ocupó el primer lugar en un concurso de méritos o en la lista de elegibles correspondiente.

La elección de los miembros de la CNSC para periodos institucionales de 4 años, se adelanta mediante concurso público de méritos que realiza, de forma alterna, la Universidad Nacional de Colombia y la Escuela Superior de Administración Pública. Con base en los resultados del concurso se confecciona la lista de elegibles que tiene una vigencia de 4 años, la cual se publica en el Diario Oficial y en la página web del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Comisión Nacional del Servicio Civil, y se remite al Presidente de la República que designará y posesionará a quien ocupe el primer lugar de la lista.

REELECCION DE FUNCIONARIO PUBLICO-Jurisprudencia constitucional

Los precedentes jurisprudenciales evidencian el extendido uso de los límites a la reelección en el ejercicio de la función pública y del poder político en el ordenamiento jurídico colombiano, de acuerdo con los cuales se concluye que dicha restricción: (i) puede tener origen constitucional o legal; (ii) comporta una afectación del derecho de participación y acceso a cargos públicos; (iii) su aplicación es de carácter restringido, no opera por analogía o extensión; (iv) constituye una medida de probidad de la función pública; (v) garantiza la participación y acceso en igualdad de condiciones a los cargos públicos; (vi) se erige en un mecanismo de control al poder político, y (vii) en algunos casos, asegura el diseño institucional del Estado.

PROHIBICION DE REELECCION DE LOS MIEMBROS DE LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL PARA EL PERIODO SIGUIENTE-Artículo 9º de la Ley 909 de 2004

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Improcedencia por cuanto la decisión

que denegó la designación del accionante como miembro de la CNSC no transgredió sus derechos superiores, pues se fundamentó en la prohibición de reelección prevista en la Ley

La decisión emitida por el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Presidencia de la República en la que aludieron la inviabilidad de la designación del accionante como miembro de la CNSC no transgredió sus derechos superiores, pues se fundamentó en una interpretación razonable de la prohibición de reelección prevista en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004, la que si bien impone límites al ejercicio de la función pública y al derecho al trabajo en su faceta de elección, está justificada por cuanto persigue fines constitucionales legítimos como la moralidad de la función pública y la igualdad en el acceso a cargos públicos. La decisión contó con un fundamento suficiente, dado que, además de considerar los elementos de la prohibición que se desprenden de su previsión legal, se apoyó en un concepto previo emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Referencia: Expediente T-5235395

Acción de tutela interpuesta por Jorge Alberto García García contra el Presidente de la República, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de la Función Pública

Procedencia: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., quince (15) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de las sentencias adoptadas dentro del proceso de tutela iniciado por Jorge Alberto García García contra el Presidente de la República, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de la Función Pública, y fallado en primera instancia por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, el 5 de mayo de 2015; y, en segunda instancia, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante sentencia de 20 de agosto de 2015.

El expediente llegó a la Corte Constitucional remitido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con los artículos 86 inciso 2° de la Constitución Política, y 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

La Sala de Selección de tutela número 11 de esta Corte escogió para revisión el expediente de la referencia, por medio de auto de 26 de noviembre de 2015.

I. ANTECEDENTES

Jorge Alberto García García formuló acción de tutela contra el Presidente de la República, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de la Función Pública por la violación de los derechos al debido proceso administrativo, al trabajo, a la igualdad y al acceso al desempeño de funciones y cargos públicos. Lo anterior, por cuanto las autoridades accionadas se abstuvieron de designarlo comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, a pesar de que encabezaba la lista de elegibles para desempeñar el cargo, bajo el argumento de que estaba incurso en la inhabilidad prevista en el artículo 9° de la Ley 909 de 2004, que proscribe la reelección de los comisionados para el periodo siguiente. Tal decisión se le comunicó mediante oficio núm. 20156000056981 de 8 de abril de 2015 emitido por la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

A. Hechos y pretensiones

1. El accionante relató que se inscribió al concurso público de méritos para la

designación de un miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, adelantado por la Escuela Superior de Administración Pública y que, cumplidas las exigencias previstas para la inscripción, fue admitido y citado a la prueba escrita de conocimientos, efectuada el 28 de septiembre de 2014.

2. El 6 de octubre de 2014, día establecido para la publicación de los resultados de la prueba escrita, la ESAP no publicó el puntaje obtenido por Jorge Alberto García García y le informó, mediante oficio SP170178010-75, su exclusión del concurso con fundamento en la prohibición de reelección de los comisionados prevista en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004.

3. El actor presentó acción de tutela en contra de la Escuela Superior de Administración Pública, en la que invocó la protección de sus derechos al debido proceso, defensa, participación y acceso a cargos públicos, y trabajo, y solicitó que se suspendiera el acto de exclusión del concurso de méritos. Tal pretensión se desestimó, en primera instancia, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá. Sin embargo, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en auto de 20 de noviembre de 2014, suspendió el concurso, como medida provisional y, finalmente, en fallo de 16 de diciembre del mismo año, amparó los derechos invocados, pues consideró que respecto al accionante, en su condición de ex comisionado de la CNSC no se configuraba la prohibición prevista en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004.

El juez de segunda instancia, como medida de restablecimiento de los derechos del accionante, ordenó a la ESAP: (i) inaplicar la decisión de exclusión proferida el 6 de octubre de 2014; (ii) habilitarlo en el concurso y publicar los resultados de las pruebas escritas que presentó, concediéndole la posibilidad de presentar reclamos frente a los resultados; (iii) aplicar las pruebas faltantes; (iv) garantizarle el derecho a ser integrante a la lista de elegibles, en caso de que cuente con el puntaje necesario para el efecto y (v) recomponer, en orden de méritos, la lista de elegibles publicada el 14 de noviembre de 2014.

4. En cumplimiento de las órdenes de amparo el actor presentó las pruebas restantes y obtuvo el mayor puntaje entre los aspirantes al cargo de comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, razón por la que el 10 de marzo de 2015, la ESAP conformó y publicó la lista de elegibles en la que Jorge Alberto García García ocupó el primer lugar.

5. El 27 de marzo de 2015, el promotor de la acción elevó ante la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República derecho de petición en el que solicitó que se expidiera el acto administrativo de designación en el cargo por ocupar el primer puesto de la lista de elegibles confeccionada para el efecto, petición que dicha autoridad remitió, por competencia, al Departamento Administrativo de la Función Pública.

6. Tras una nueva petición de designación, la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República emitieron el oficio núm. 20156000056981, comunicado por vía electrónica el 8 de abril de 2015, en el que le indicaron al accionante que el Presidente de la República no podía posesionarlo como comisionado por la configuración de la inhabilidad derivada del artículo 9º de la Ley 909 de 2004. Como fundamento de la decisión, las autoridades expusieron su interpretación de la disposición invocada, de acuerdo con la cual la prohibición para que los comisionados sean reelegidos opera durante el periodo institucional posterior a la terminación de su periodo, es decir, durante los 4 años siguientes a la dejación del cargo, conclusión que apoyaron con un concepto emitido el 3 de julio de 2014 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. En consecuencia, como la terminación del periodo del accionante como comisionado de la C.N.S.C. acaeció el 6 de diciembre de 2013, la inhabilidad se extiende por 4 años contados desde ese hito.

7. Contra esa actuación el actor formuló recurso de reposición y recusó a Liliana Caballero Durán, Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, pues consideró que dicha funcionaria estaba incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 11 del artículo 11 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual el motivo de impedimento se configura por: “[h]aber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma (...)”[1]

8. Jorge Alberto García García presentó una nueva acción de tutela, esta vez, en contra del Presidente de la República, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de la Función Pública en la que solicitó, de forma provisional, la suspensión de medidas administrativas en el concurso de méritos y, como pretensiones principales, la inaplicación del oficio núm. 20156000056981 y su designación como comisionado. En efecto, para el accionante la decisión de no designarlo

miembro de la C.N.S.C. vulneró sus derechos al debido proceso, de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, al trabajo y a la igualdad, pues: (i) desconoció el derecho que adquirió para ocupar el cargo por ser el primero en la lista de elegibles; (ii) confrontó la decisión emitida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 16 de diciembre de 2014, en la que determinó que no se configuraba la inhabilidad prevista en el artículo 9 de la Ley 909 de 2004; (iii) se apoyó en un concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado carente de fuerza vinculante, y (iv) acogió una interpretación errónea de la prohibición de reelección, la cual, considera, sólo opera para los comisionados en ejercicio de sus funciones y, por ende, no se configuró en su caso, pues se presentó al concurso cuando ya no ostentaba la calidad de comisionado.

Actuaciones en sede de tutela

En auto de 22 de abril de 2015, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá admitió la acción de tutela, ordenó la notificación de las autoridades accionadas para que ejercieran su derecho de contradicción y defensa, y dispuso la vinculación de la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República, la Escuela Superior de Administración Pública, la Comisión Nacional del Servicio Civil, la Universidad Nacional de Colombia y de los integrantes de la lista de elegibles de la convocatoria adelantada en el año 2014 para la designación de miembro de la C.N.S.C. (periodo 7 de diciembre de 2014-6 de diciembre de 2018). En esa oportunidad, también se ofició a esta Corporación en aras de establecer si la acción de tutela núm. 20147-05418 -presentada por el accionante contra la Escuela Superior de Administración Pública- había sido seleccionada para revisión y el estado del trámite.

En auto de 23 de abril de 2015, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, con disidencia de la magistrada Luz Helena Cristancho Acosta, denegó la medida provisional solicitada por el accionante, bajo el argumento de que no obraban elementos que permitieran advertir, desde ese momento, la prosperidad de la solicitud de amparo.

Respuesta de la Comisión Nacional del Servicio Civil

Mediante escrito recibido por el juez de primera instancia el 27 de abril de 2015[2], la Comisión Nacional del Servicio Civil indicó que carece de legitimación en la causa por

pasiva, por cuanto no ha tenido injerencia o participación en las actuaciones supuestamente transgresoras de los derechos fundamentales del actor.

Escuela Superior de Administración Pública (ESAP)

Mediante escrito recibido por el a-quo el 28 de abril de 2015[3], la Escuela Superior de Administración Pública señaló que no vulneró los derechos fundamentales del accionante y que cuenta con otros medios para la defensa de sus derechos, lo que torna improcedente la tutela.

La entidad vinculada adujo que excluyó al actor del concurso cuando advirtió que se configuró la prohibición de reelección prevista en el inciso 2º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004, ya que el demandante desempeñó el cargo de comisionado hasta el 6 de diciembre de 2013. Sin embargo, en cumplimiento de la orden emitida el 16 de diciembre de 2014 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura adelantó las fases restantes con la participación del accionante, en las que éste obtuvo el puntaje más alto. En consecuencia, el 10 de marzo de 2015 elaboró la lista de elegibles, la comunicó a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Departamento Administrativo de la Función Pública, y la remitió a la Presidencia de la República.

La ESAP indicó que ha sido respetuosa de las órdenes judiciales y ha acatado prontamente las medidas de protección de los derechos del accionante. Con todo, considera que se configura la inhabilidad prevista en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004, y que ha motivado los diversos actos denunciados por el actor.

Universidad Nacional de Colombia

Mediante escrito recibido por el juez de primera instancia el 29 de abril de 2015[4], la Universidad Nacional de Colombia indicó que carece de legitimación en la causa por pasiva y solicitó su desvinculación del trámite de tutela.

El ente universitario precisó que, según el artículo 9º de la Ley 909 de 2004, los miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil se eligen mediante concurso público de méritos realizado de forma alterna por la Universidad Nacional y por la Escuela Superior de Administración Pública.

De acuerdo con esa competencia, el concurso del año 2014, en el que participó el accionante y en el marco del cual se adelantaron las actuaciones que tildó de transgresoras de sus derechos superiores se realizó por la Escuela Superior de Administración Pública.

Departamento Administrativo de la Función Pública

Mediante escrito recibido por el juez de primera instancia el 28 de abril de 2015[5], el Departamento Administrativo de la Función Pública contestó la acción, adujo que no ha vulnerado los derechos del accionante y que la tutela es improcedente por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad.

En primer lugar, el DAFP indicó que, revisado su sistema de gestión documental, no encontró la recusación formulada en contra de la directora de la entidad, Liliana Caballero Duran, razón por la que mediante requerimiento administrativo de 27 de abril de 2015 le solicitó al accionante copia de dicho documento, pero no ha obtenido respuesta alguna.

Luego, la autoridad refirió el tenor literal del inciso 2º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004 y el concepto del 3 de julio de 2014 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, elementos con base en los cuales reiteró que el actor no puede ser designado miembro de la C.N.S.C., ya que la prohibición de reelección de los comisionados opera para el “periodo siguiente”, lo que significa que para Jorge Alberto García García se extiende por 4 años contados desde el momento en el que terminó su periodo como comisionado, 6 de diciembre de 2013. En consecuencia, el accionante no debió ser admitido al concurso público de méritos ni puede ser designado comisionado durante el periodo referido.

En concordancia con lo anterior adujo que la decisión del 16 de diciembre de 2014 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en la que ordenó la reincorporación del accionante al concurso de méritos, desconoció la prohibición del artículo 9º de la Ley 909 de 2004 y la despojó de su efecto útil, pues bajo la interpretación del juez de tutela la prohibición sólo opera para los comisionados activos.

El DAFP también se quejó de su falta de vinculación al primer trámite constitucional promovido por el accionante, la cual vulneró su derecho al debido proceso y habría resultado útil para esclarecer la extensión de la prohibición de reelección de los miembros

de la CNSC. En efecto, para el Departamento Administrativo de la Función Pública el trámite constitucional inicial, en el que se discutió la exclusión del accionante del concurso, está viciado de nulidad por indebida integración del contradictorio.

Finalmente, la entidad accionada destacó la improcedencia de la presente acción de tutela formulada en contra del acto que denegó la designación del accionante, pues al estar pendiente la resolución del recurso de reposición interpuesto por el demandante no se trata de una decisión definitiva y, además, porque existen vías ordinarias ante la jurisdicción contenciosa administrativa para atacar la decisión, escenario en el que se pueden solicitar medidas provisionales como la suspensión del acto administrativo.

Presidente de la República y Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

En escrito presentado ante el juez de primera instancia el 29 de abril de 2015[6] mediante apoderada, el Presidente de la República y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República se pronunciaron sobre la solicitud de amparo, la cual consideraron improcedente por la ausencia de vulneración de derechos fundamentales del accionante y por la existencia de mecanismos ordinarios para controvertir el acto que denegó la designación.

Luego de precisar la forma en la que participa judicialmente el Presidente la República y del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, la apoderada de dichas autoridades refirió los antecedentes de la acción de tutela y expresó, con similares argumentos a los expuestos por el Departamento Administrativo de la Función Pública, su desacuerdo con la orden que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura emitió en el marco de la primera acción de tutela (núm. 2014-005418), formulada por el accionante en contra de la Escuela Superior de Administración Pública, en la que se dispuso su reintegro al concurso de méritos.

La apoderada destacó, que Jorge Alberto García García está inhabilitado tanto para participar en el proceso de selección como para ser designado miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004. Como fundamento de esa afirmación adujo que la prohibición de reelección se extiende por el mismo término del periodo institucional previsto para el cargo, contado a

partir del momento en el que finalizó su labor como comisionado, en el caso del actor la prohibición se extiende entre el 7 de diciembre de 2013 y el 6 de diciembre de 2017.

Bajo ese entendimiento de la prohibición de reelección, la representante precisó que el Presidente la República no puede designar a Jorge Alberto García García como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil pues, según el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, el nombramiento de una persona en quien concurra una causal de inhabilidad, incompatibilidad o frente a quien se genere un conflicto de intereses, constituye falta disciplinaria gravísima.

En su intervención, las autoridades administrativas también expresaron su inconformidad con la falta de vinculación al primer trámite de tutela promovido por el actor, dado que: (i) tienen competencias legales en el proceso de elección de los miembros de la C.N.S.C.; (ii) la omisión en su llamamiento vició de nulidad el trámite inicial; (iii) su concepto resultaba útil para establecer el alcance de la prohibición de reelección prevista en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004 y, (vi) se les vedó la posibilidad de expresar su aquiescencia con la decisión de exclusión de Jorge Alberto García García del concurso de méritos.

Finalmente, enumeraron las razones de improcedencia de la acción: (i) el acto que denegó la designación de Jorge Alberto García García como comisionado no tiene carácter definitivo, ya que está pendiente la resolución de la recusación y el recurso de reposición formulados por el actor; (ii) existen mecanismos ordinarios para controvertir el acto que denegó la designación y (iii) los derechos que pueden resultar transgredidos con el acto acusado son de rango legal.

Edwin Arturo Ruiz Moreno

El interviniente en escrito presentado el 24 de abril de 2015 ante el juez de primera instancia[7], luego de invocar su calidad de elegible para el cargo de comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil –puesto 13 de la lista de elegibles de 10 de marzo de 2015- solicitó que se accediera a las pretensiones del actor.

Para el interviniente las circunstancias que sustentan la solicitud de amparo desconocen las normas que regentan la elección de los miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura

que, en sede de tutela, estableció que respecto de Jorge Alberto García García no se configuró la inhabilidad prevista en el artículo 9 de la Ley 909 de 2004. También señaló que no designar a quien ocupa el primer lugar de la lista de elegibles transgrede el principio de mérito que debe regir la selección de los cargos públicos y genera desconfianza respecto de las actuaciones de la administración.

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

En sentencia de 5 de mayo de 2015, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura declaró improcedente la acción de tutela formulada por Jorge Alberto García García por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad. El a-quo, en concordancia con las manifestaciones de las autoridades accionadas, destacó que el actor cuenta con otros mecanismos para controvertir el acto que denegó su designación como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, entre los que se encuentra el recurso de reposición que formuló oportunamente, cuya resolución está pendiente, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y las medidas cautelares previstas en la Ley 1437 de 2011.

Impugnación

El accionante adujo que la decisión emitida en primera instancia desconoció la jurisprudencia en vigor de esta Corporación sobre la procedencia de la tutela como mecanismo preferente cuando se controvierten los actos emitidos en el marco de concursos públicos de méritos. Para sustentar esa aseveración, aludió a diversas sentencias en las que se admite la procedencia de la tutela para el restablecimiento de los derechos superiores vulnerados por actos emitidos en los referidos concursos, los que, señaló, obligaban al a-quo a reconocer el precedente vinculante en la materia y a indicar las razones por las que se apartó del mismo.

El impugnante también destacó como precedente vinculante la sentencia dictada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 16 de diciembre de 2014, en la que dicha autoridad consideró viable la solicitud de amparo que presentó previamente en contra del acto de exclusión del concurso de méritos. Aunada a la obligatoriedad del precedente referido, para el accionante, la procedencia de la tutela se

desprende de la configuración de un perjuicio irremediable, ya que se limita el goce efectivo de su derecho a ser miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el cual tiene un límite temporal de 4 años, razón por la que “(...) se deteriora irreversiblemente hasta tal punto, que ya no puede ser recuperado en su integridad, aún (sic) se lograra en el que futuro una indemnización como resultado de un (sic) acción contenciosa, y esto, porque es imposible devolver o reintegrar el mismo derecho subjetivo (ser designado y posesionado en el cargo de comisionado de la -CNSC-)” (fl.31 cd.2)

Luego, el actor confrontó el argumento que expuso el juez de primera instancia respecto al trámite del recurso de reposición, con una referencia al artículo 9º del Decreto 2591 de 1991, según el cual no es necesario agotar la vía gubernativa para presentar la solicitud de tutela. En concordancia con la posibilidad de formular la acción directamente indicó que no tiene la obligación de esperar que la administración proceda a su designación cuando superó exitosamente el concurso público de méritos y encabeza la lista de elegibles elaborada para el efecto.

Finalmente, el recurrente señaló que la recusación que formuló en contra de Liliana Caballero Durán como Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública no afecta la procedencia de la acción de tutela.

Sentencia de segunda instancia

En sentencia proferida el 20 de agosto de 2015, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resolvió la impugnación formulada por el accionante contra la decisión de primera instancia dictada el 5 de mayo del mismo año.

Tras establecer su competencia para decidir el asunto, el ad-quem se ocupó de la procedencia general de la acción, aspecto en el que refirió múltiples decisiones en las que se ha considerado que la tutela constituye el mecanismo idóneo para obtener la protección de los derechos superiores vulnerados en el marco de concursos públicos de méritos. Con base en ellas estableció la procedencia de la solicitud formulada por Jorge Alberto García García. También justificó la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable “(...) como lo sería la modificación de la lista de elegibles bajo un acto injusto y arbitrario de la administración” (fl.107 cd.3)

En el análisis del caso concreto la Sala precisó que los hechos que motivan la presente acción difieren de los que provocaron la solicitud de amparo presentada por el mismo accionante en una oportunidad anterior, ya que ahora pretende la designación como miembro de la C.N.S.C.; desarrolló las disposiciones constitucionales que se ocupan del mérito como criterio para la provisión de cargos públicos y destacó la relevancia de las reglas de la convocatoria pública en los concursos de méritos como medios de control y acceso efectivo a la administración.

De acuerdo con el juzgador los requisitos establecidos en la convocatoria pública adelantada por la E.S.A.P. para la provisión de un miembro de la C.N.S.C. fueron cumplidos a cabalidad por el actor, quien, además, superó todas las fases del concurso en el que ocupó el primer lugar, de manera que sólo resta su designación, la cual ha sido denegada por las autoridades accionadas con base en una prohibición que no se configura, inciso 2º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004.

En efecto, para el juez constitucional si Jorge Alberto García García se desempeñó como comisionado en el periodo 7 de diciembre de 2009-6 de diciembre de 2013 y fue reemplazado por Pedro Elías Rodríguez Tobo desde el 11 de diciembre de 2013 “(...) no es cierto que el actor pretenda ser reelegido para el periodo siguiente” (fl.111 cd.4)

Como fundamento de esa conclusión, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura contrastó el inciso 2º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004 con las circunstancias del caso concreto, ejercicio en el que refirió los elementos de la prohibición a saber: (i) los sujetos sobre los que recae la restricción, estos son los comisionados “es decir que actualmente lo sean” (fl.111 cd.4) y (ii) el periodo durante el que opera, que corresponde al tiempo de desempeño del cargo de comisionado y el periodo inmediatamente siguiente.

En armonía con esa interpretación de la norma, para el juez colegiado la decisión de no designar al actor como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil vulneró sus derechos al debido proceso administrativo, al trabajo, y al acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, razón por la que le ordenó al Departamento Administrativo de la Función Pública “y las autoridades que por ley y funciones les corresponda, den cumplimiento al artículo 9 de la Ley 9090 de 2004 y el artículo 4 del Decreto 3016 de 2008”

(fl.117 cd.4)

El Departamento Administrativo de la Función Pública solicitó que se declarara la nulidad de la sentencia de 20 de agosto de 2015 por la configuración de la causal prevista en el numeral 2º del artículo 133 de la Ley 1564 de 2012, toda vez que la decisión desconoció la sentencia T-471 de 2015[8], proferida por la Sala Segunda de Revisión de esta Corporación, que revocó la sentencia dictada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en la que se había ordenado el reintegro de Jorge Alberto García García al concurso de méritos. La entidad solicitante indicó que esa revocatoria comportó el decaimiento de todos los actos administrativos derivados de la orden de reintegro de Jorge Alberto García García al concurso de méritos, entre los que se encuentra la lista de elegibles en la que ocupó el primer lugar.

Por su parte, Blanca Clemencia Romero Acevedo, tercera con interés[9] en el trámite constitucional, solicitó al ad-quem que adoptara las medidas necesarias para adecuar la sentencia de 20 de agosto de 2015 a la sentencia T-471 de 2015.

A su turno, el Presidente de la República y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República solicitaron la aclaración de la parte resolutive del fallo en aras de que se precisara la autoridad obligada al cumplimiento de la orden de amparo.

En auto de 15 de octubre de 2015, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura desestimó la nulidad invocada que consiste en proceder en contra de providencia ejecutoriada del superior -numeral 2º del artículo 133 del Código General del Proceso-, dado que la sentencia de esta Corporación, cuyo desconocimiento se denunció, se emitió en un trámite de tutela diferente y fue comunicada el 25 de agosto de 2015, cuando ya había proferido el fallo cuya nulidad se persigue. También desestimó la solicitud de aclaración, pues los términos en los que se emitieron las órdenes de amparo no generan dudas.

D. Actuaciones en sede de revisión

El 3 de febrero de 2016, la Sala Quinta de Revisión ordenó, como medida cautelar, la suspensión de los efectos de la sentencia del 20 de agosto de 2015 proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, pues advirtió actuaciones

administrativas y judiciales en las que convergen y se contraponen derechos e intereses de diversos participantes en el concurso de méritos para la selección de un miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, principalmente una orden de tutela para la designación de Jorge Alberto García García como comisionado y la vigencia de la lista de elegibles de 14 de noviembre de 2014 encabezada por otra participante.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1.- La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 (numeral 9º) de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto bajo revisión y problemas jurídicos

2.- Jorge Alberto García García formuló acción de tutela contra el Presidente de la República, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de la Función Pública por la vulneración de sus derechos al debido proceso, de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, al trabajo y a la igualdad, derivada de la decisión del Presidente de la República de abstenerse de designarlo miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, a pesar de que ocupó el primer lugar de la lista de elegibles elaborada para el efecto. La decisión del Presidente de la República se fundamentó en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004 que prohíbe la reelección de los comisionados para el periodo siguiente. Esta se comunicó al accionante mediante el oficio núm. 20156000056981, suscrito por la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República. Por tal razón el actor solicitó, como medida provisional, la suspensión de medidas administrativas en el concurso de méritos y, como medida definitiva de restablecimiento de sus derechos, la inaplicación del referido acto y su designación como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

3.- En sentencia proferida el 5 de mayo de 2015, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá declaró improcedente la solicitud de amparo

por la existencia de otro mecanismo al alcance del accionante para la defensa de sus derechos, particularmente la nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto que denegó su designación como comisionado.

4.- Por su parte, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en sentencia emitida el 20 de agosto de 2015 determinó que la decisión de la Presidencia de la República se fundó en la prohibición de reelección de los miembros de la C.N.S.C. para el periodo siguiente, inaplicable para el accionante, pues para el momento en el que se presentó al concurso de méritos no ostentaba la condición de comisionado desde hacía 7 meses. Como quiera que para el ad-quem no se configuraba la hipótesis que prevé la norma, revocó el fallo de primera instancia, concedió el amparo de los derechos invocados, dejó sin efectos el acto que denegó la designación del promotor de la acción como comisionado y ordenó a las autoridades accionadas tomar las medidas necesarias para la designación y posesión de Jorge Alberto García García.

5.- Dado que el a-quo declaró improcedente la acción de amparo formulada por Jorge Alberto García García por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad, le corresponde a la Sala determinar, en primer lugar, si procede la tutela para controvertir los actos administrativos que deniegan la designación de quien ocupó el primer lugar en el concurso de méritos adelantado para la provisión de un cargo público, a pesar de que existen mecanismos ordinarios para impugnar esas actuaciones.

6.- En caso de ser procedente, será preciso analizar el fondo del asunto, el cual plantea el siguiente problema jurídico: ¿la decisión de no designar al actor como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, a pesar de que ocupó el primer lugar en el concurso de méritos adelantado para el efecto -con base en la prohibición de reelección de los comisionados para el periodo siguiente prevista en el inciso 2º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004-, vulneró sus derechos al debido proceso, de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, al trabajo y a la igualdad?

7.- Para resolver las cuestiones referidas, la Sala deberá examinar inicialmente la procedencia general de la tutela, estudio en el que hará énfasis en el carácter subsidiario de la acción y su aptitud para controvertir actos que deniegan la designación o el nombramiento de quien ocupa el primer lugar en el concurso de méritos o lista de elegibles.

De superarse el análisis de la procedibilidad, se abordarán los siguientes temas relacionados con el fondo del asunto: (i) la Comisión Nacional del Servicio Civil y el proceso de selección de sus miembros; (ii) la jurisprudencia constitucional sobre los límites a la reelección de quienes ocupan cargos públicos; (iii) la prohibición de reelección de los comisionados de la Comisión Nacional del Servicio Civil para el periodo siguiente -artículo 9º de la Ley 909 de 2004- y (iv) el caso concreto.

La procedencia de la acción de tutela

8.- En el análisis que le corresponde adelantar al juez para determinar la procedencia de la acción de tutela debe establecer la concurrencia de los requisitos generales, que emanan del artículo 86 de la Carta Política, según el cual: “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Este precepto determina la legitimación en la causa y la necesidad de que se formule la acción dentro de un plazo razonable, contado desde el momento en el que se generó la vulneración o amenaza del derecho fundamental, de tal manera que el amparo constitucional no se convierta en un factor de inseguridad jurídica y de posible afectación de los derechos de terceros.

9.- En el presente caso se advierte, fácilmente, la concurrencia de los presupuestos referidos, dado que la acción se formuló por Jorge Alberto García, quien denunció la afectación de sus derechos constitucionales fundamentales y solicitó del juez de tutela su restablecimiento en un plazo razonable, contado desde el momento en el que se produjo la supuesta transgresión de sus garantías superiores. El carácter oportuno de la acción se deriva del tiempo transcurrido entre el acto que denegó la designación del accionante como miembro de la CNSC, el cual se le comunicó, por vía electrónica, el 8 de abril de 2015[10] y la presentación de la tutela, 20 de abril de 2015[11].

10.- Establecida la legitimación en la causa y la concurrencia del requisito de inmediatez, le corresponde a la Sala establecer la procedencia de la acción para controvertir el acto que denegó la designación del actor como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, a

pesar de que, como lo indicó el juez de primera instancia, el afectado cuenta con un mecanismo ordinario para impugnar la decisión administrativa. La verificación de una vía alterna de contradicción del acto vulnerador desdice, en principio, del presupuesto de subsidiariedad establecido en la misma disposición constitucional, según la cual: “[e]sta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

No obstante lo anterior, y tal como lo ha definido la jurisprudencia, la sola constatación de una vía alternativa de protección no descarta la procedencia de la tutela. En efecto, el juez está obligado a verificar su idoneidad en el caso concreto, análisis en el que debe considerar la necesidad de tomar medidas urgentes de protección para el restablecimiento de los derechos cuya afectación advierta. Estos elementos se desprenden de la misma previsión de la característica de subsidiariedad en el artículo 86 Superior y, principalmente, de la finalidad de la tutela que no puede sacrificarse ante un rasgo formal.

11.- Habida cuenta del análisis particular que le corresponde adelantar a la Sala, se tiene que en el presente caso el accionante le atribuyó la vulneración de sus derechos superiores al acto que denegó su designación como comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, a pesar de que ocupó el primer lugar en la lista de méritos establecida para ese efecto, acto que, sin duda, puede ser controvertido a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

12.- A pesar de que, como se vio, el actor cuenta con un mecanismo ordinario para obtener la modificación o revocatoria del acto administrativo denunciado, se tendrá por cumplido el presupuesto de subsidiariedad en el presente caso, de acuerdo con la tesis jurisprudencial vigente, según la cual la tutela resulta procedente para restablecer los derechos superiores afectados con el acto que deniegue la designación de quien ocupó el primer lugar en un concurso de méritos o en la lista de elegibles correspondiente.

En efecto, la sentencia SU-133 de 1998[12] cambió la tesis sentada en la sentencia SU-458 de 1993[13] relacionada con la improcedencia de la acción de tutela en los casos en los que se transgreden los derechos de quien, a pesar de ocupar el primer lugar en la lista de elegibles, no es designado en el cargo que motivó el concurso de méritos. En la sentencia

que efectuó el cambio jurisprudencial referido, la Corte aludió a las consideraciones de algunos fallos de revisión en los que se había advertido la insuficiencia de los mecanismos ordinarios en la hipótesis descrita e indicó que:

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

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

Las consideraciones sobre la ineficacia de las vías ordinarias para la protección de los derechos del primero de la lista de elegibles que no es designado en el cargo se han reiterado en diversas oportunidades por esta Corporación. Así, por ejemplo, la sentencia T-606 de 2010[14] que estudió la solicitud de amparo presentada por un accionante que ocupó el primer lugar en el concurso adelantado para proveer el cargo de gerente de la E.S.E. Red Salud de Armenia y no fue designado por el nominador, quien, en su lugar, nombró al segundo de la lista de elegibles, indicó en el estudio de la procedibilidad de la tutela que:

“(…) en el caso de los concursos de méritos, se ha establecido que las acciones ordinarias como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dilatan la obtención de los fines que persiguen. Así mismo, estas acciones no poseen, por la forma como están estructurados los procesos, la capacidad de brindar una solución integral para la violación de los derechos del accionante[15], razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo

para dar protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad del concursante que no obstante, debido a sus méritos, ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, no fue nombrado en el cargo público.”

En el mismo sentido, en la sentencia T-156 de 2012[16] que analizó la afectación de los derechos al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos de una concursante que, tras ocupar el primer lugar de la lista de elegibles para la selección de un cargo público, vio afectada su designación como consecuencia del acto de suspensión de la firmeza de la referida lista. La Corte indicó respecto a la subsidiariedad que: “las acciones ordinarias ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo no proveen un mecanismo efectivo, oportuno e idóneo para la protección de los derechos al trabajo, a la igualdad y al debido proceso”.

Asimismo, la sentencia T-402 de 2012[17] estudió el caso de una accionante que superó todas las etapas del concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer un cargo en el Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja; ocupó el primer lugar en la lista de elegibles y no fue nombrada por la entidad nominadora por la supresión del cargo. En esa ocasión se consideró procedente la acción de tutela, dado que los mecanismos ordinarios al alcance de la afectada no permitían una pronta y actual protección de los derechos fundamentales en discusión.

13.- De los precedentes referidos se advierte que la procedencia de la acción de tutela frente a actos como el que se ataca en esta oportunidad merece consideraciones especiales relacionadas con: (i) el escenario en el que se emite el acto que niega la designación, que corresponde a un concurso de méritos para la provisión de cargos públicos –artículo 125C.P.-; (ii) el estado del proceso en el que se emite el acto, pues se han agotado diversas etapas por las que transitaron los aspirantes y que, en el caso de quien ocupa el primer lugar, se superaron de forma exitosa; (iii) la expectativa legítima sobre la designación de quien ocupa el primer lugar en el concurso de méritos; (iv) el impacto que se causa en el derecho a desempeñar un cargo público cuando la vigencia del nombramiento corresponde a periodos cortos e institucionales y (v) el impacto sobre el derecho a ser designado en un cargo público en los casos en los que las vigencias de las listas de elegibles son cortas.

14.- Las referidas circunstancias, consideradas en múltiples oportunidades por la

jurisprudencia de esta Corporación, llevan a la Sala a tener por cumplido el requisito de subsidiariedad en este caso, pues, en verdad, las acciones ordinarias con las que cuenta quien ocupó el primer puesto en el concurso de méritos no resultan idóneas para la protección de los derechos que pueden resultar afectados como consecuencia de la falta de designación en el cargo correspondiente, máxime cuando en el presente caso la negativa se emitió respecto al empleo de un aspirante a integrar la Comisión Nacional del Servicio Civil que, según lo previsto en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004, tiene un periodo institucional de 4 años, el cual está corriendo desde el 7 de diciembre de 2014.

De cara a la anterior conclusión, es importante precisar que la sentencia T-471 de 2015[18] que declaró improcedente la solicitud de amparo formulada por el mismo accionante en contra del acto de exclusión del concurso de méritos, por la existencia de mecanismos ordinarios para confrontar esa decisión, no constituye un precedente vinculante para este caso, pues mientras en esa oportunidad el actor sólo contaba con una expectativa en el proceso de selección, la presente acción se formuló con base en el derecho particular a ser nombrado miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que se concretó en el primer lugar que ocupó en la lista de elegibles.

En efecto, la línea jurisprudencial reconstruida en los fundamentos jurídicos 12 y 13 de esta sentencia refiere la procedencia de la acción de tutela formulada en contra de los actos que deniegan el nombramiento de quien ocupó el primer lugar de la lista de elegibles, circunstancia que admite consideraciones distintas a las expuestas en casos en los que la acción se dirige en contra de los demás actos emitidos en el marco de concursos de méritos.

15.- Establecido el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela, se pasa al análisis del problema jurídico de fondo, con el propósito de determinar si la decisión de las autoridades accionadas de no designar a Jorge Alberto García García como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil vulneró sus derechos al debido proceso, acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, trabajo e igualdad, para lo cual se desarrollarán los siguientes acápite: (i) La Comisión Nacional del Servicio Civil y el proceso de selección de sus miembros; (ii) la jurisprudencia constitucional sobre los límites a la reelección de quienes ocupan cargos públicos; (iii) la prohibición de reelección, para el periodo siguiente, de los miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil y (iv) el caso

concreto.

La Comisión Nacional del Servicio Civil y el proceso de selección de sus miembros

16.- La debida comprensión de la estructura, la composición y forma de elección de los miembros de la CNSC resulta útil para resolver la polémica constitucional que se plantea, pues la decisión que se acusó de infractora de los derechos superiores del accionante se sustentó en una prohibición específica para quienes aspiran a ser miembros de esa entidad, lo que, sin duda, atiende a consideraciones particulares del Legislador frente a los comisionados. En consecuencia, la Sala hará un breve recuento sobre la evolución del ente que regenta la carrera administrativa en Colombia, ya que éste ha sufrido múltiples variaciones en cuanto a la nominación, la estructura, las funciones que desempeña y la forma de designación de sus miembros.

17.- La Ley 165 de 1938[19] “por la cual se crea la carrera administrativa” estableció un Consejo de Administración y Disciplina para el nivel central conformado por 5 miembros nombrados por el Gobierno para periodos de 4 años, 3 de los miembros eran de libre elección del nominador y 2 de ternas presentadas por los organismos de empleados. Las funciones que se le asignaron a ese órgano fueron: (i) ser jurado calificador en los exámenes; (ii) conocer las quejas que se formulen en contra de los empleados; (iii) elaborar el escalafón de empleados y (iv) estudiar y elaborar reglamentos de trabajo. También se crearon consejos de administración y disciplina para cada uno de los departamentos, en aras de que ejercieran las mismas funciones respecto de los empleados departamentales y municipales.

Posteriormente, el artículo 8º de la Ley 19 de 1958 creó la Comisión de Reclutamiento, Ascensos y Disciplina, conformada por 4 miembros nombrados para 4 años y a la que se le asignaron las siguientes funciones principales: (i) establecer listas de candidatos capacitados para los diferentes empleos administrativos y (ii) actuar como organismo administrativo de apelación en todos los litigios que se susciten entre los servidores públicos y sus respectivas administraciones en materia de ascensos y disciplina. A su turno, el Decreto 1153 de 1959, que se ocupó de la organización de las entidades previstas en la Ley 19 de 1958, reiteró el término de nombramiento de los comisionados y previó su reelección.

El Decreto 728 de 1968, expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades

extraordinarias concedidas por la Ley 65 de 1967 sustituyó la nominación de la entidad por la de Consejo Superior del Servicio Civil, modificó su composición, funciones y naturaleza, e indicó que se trataba de un organismo asesor del Gobierno, adscrito al Departamento Administrativo del Servicio Civil, integrado por el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, el Director de la Escuela Superior de Administración Pública y 2 asesores designados libremente por el Presidente de la República. El Consejo Superior del Servicio Civil adelantó, principalmente, funciones de asesoría, dado que el parágrafo del artículo 2º trasladó la administración del sistema de carrera al Departamento Administrativo del Servicio Civil. Como consecuencia de lo anterior, se suprimieron los cargos de la extinta Comisión Nacional del Servicio Civil.

La labor consultiva del Consejo Superior del Servicio Civil se reiteró en otras disposiciones, tales como el Decreto 3074 de 1968, en el que, en todo caso, se precisó que era una de las autoridades responsables de la administración del personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público.

La Ley 13 de 1984 modificó la estructura del Consejo Superior del Servicio Civil que pasó de 4 a 7 miembros, que correspondían al Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, el Director de la Escuela Superior de Administración Pública, un representante de los empleados y cuatro del Congreso Nacional elegidos por cada Cámara. Las funciones que se le asignaron al consejo reestructurado superaron las labores meramente consultivas e incluyeron el control de la carrera administrativa, así como la definición de algunos asuntos concretos tales como los reclamos por el desmejoramiento de las condiciones de trabajo presentadas por los empleados.

El artículo 1º de la Ley 41 de 1988 modificó, nuevamente, la estructura del Consejo Superior del Servicio Civil, indicó que sus integrantes serían el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, el Director de la Escuela Superior de Administración Pública, cinco consejeros nombrados por el Presidente de la República de acuerdo con la representación de los partidos en el Congreso, uno de los cuales era escogido de una lista de candidatos presentada por las organizaciones sindicales que agrupan a los empleados oficiales. En el artículo 2º ibídem se señaló que, salvo el representante de los empleados, los consejeros debían acreditar los mismos requisitos exigidos para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, la Carta Política de 1991 elevó a rango constitucional el órgano de administración de la carrera administrativa, cuando dispuso en el artículo 130 que: “[h]abrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.”

En desarrollo del mandato superior referido, la Ley 27 de 1992 estableció: (i) la estructura de la comisión, conformada por 7 integrantes: el Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil, el Director de la Escuela Superior de Administración Pública, dos representantes de los empleados del Estado designados por el Presidente de la República de ternas que presentaran las centrales sindicales, un representante de la Federación de Municipios, un representante de la Confederación de Gobernadores, y un miembro designado por el Presidente de la República; (ii) los requisitos que debían cumplir los comisionados; (iii) el periodo de los comisionados nombrados por el Presidente de la República, que correspondía a 2 años “pudiendo ser designados sucesivamente hasta por dos (2) períodos más”; (iv) las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil y (v) las comisiones seccionales con competencias departamentales.

Posteriormente, el artículo 44 de la Ley 443 de 1998 reorganizó la Comisión y modificó su composición, pues estableció que estaría conformada por: el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, el Director Nacional de la Escuela Superior de Administración Pública, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, un delegado del Presidente de la República y dos representantes de los empleados de carrera, elegidos por voto directo de los empleados. La disposición también se ocupó de los requisitos que debían cumplir los miembros elegidos y el periodo durante el que desempeñarían sus funciones que, de acuerdo con el artículo 47 ibídem, sería de 3 años y podrían ser reelegidos por un periodo adicional.

La sentencia C-372 de 1999[20] advirtió que la concepción del sistema de carrera de los servidores públicos, la organización y el funcionamiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil que se materializó en la Ley 443 de 1998 y en la que concurrían algunas previsiones de la Ley 27 de 1992 no correspondía con la fijadas por el constituyente, que:

“(…) quiso establecer la carrera administrativa como la regla general para la provisión de

los empleos en los órganos y entidades del Estado, para el ascenso dentro de los mismos y para el retiro del servicio, su criterio consistió en prever un sistema de carrera, coordinado y armónico, técnicamente organizado, confiado a un organismo único de nivel nacional y con jurisdicción en todo el territorio, que garantizara la efectividad del ordenamiento constitucional en la materia, sin depender en su actividad y funcionamiento de ninguna de las ramas del poder público aunque bajo los criterios y directrices trazados por el legislador.”

Como quiera que la estructura que el Legislador fijó para la Comisión Nacional de Servicio Civil no era concordante con las previsiones del constituyente plasmadas en el artículo 130 Superior, esta Corporación declaró inexecutable las disposiciones que ignoraron el carácter autónomo, permanente, independiente y unitario de la entidad. En armonía con lo anterior, la sentencia indicó que: (i) las normas que establecieron las comisiones del servicio civil de carácter territorial fragmentaron la competencia única y general de administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos otorgadas a la CNSC; (ii) la inclusión de miembros de otras ramas del poder público, particularmente del poder ejecutivo, ignoró la autonomía e independencia de la autoridad, y (iii) la dependencia del Departamento Administrativo de la Función Pública desconoció la autonomía otorgada a la CNSC en la Carta Política.

18.- De acuerdo con las consideraciones de la sentencia C-372 de 1999 se expidió la Ley 909 de 2004, que precisó la naturaleza de la entidad como un: “(...) órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio”[21], refirió la composición -3 miembros-, los requisitos para ser miembro[22] y el proceso de selección, que contó con una reglamentación especial para la designación de los primeros comisionados, de acuerdo con el parágrafo transitorio del artículo 9º[23], el cual se concretó en el Decreto 3232 de 2004.

19. Según las prescripciones de la Ley 909 de 2004, la elección de los miembros de la CNSC para periodos institucionales de 4 años, se adelanta mediante concurso público de méritos que realiza, de forma alterna, la Universidad Nacional de Colombia y la Escuela Superior de Administración Pública. Con base en los resultados del concurso se confecciona la lista de

elegibles que tiene una vigencia de 4 años, la cual se publica en el Diario Oficial y en la página web del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Comisión Nacional del Servicio Civil[24], y se remite al Presidente de la República que designará y posesionará a quien ocupe el primer lugar de la lista.

20.- El artículo 40 de la Constitución Política estableció el derecho de participación de los ciudadanos en el ejercicio y control del poder político, así como el acceso al desempeño de funciones o cargos públicos. Por su parte, el artículo 125 Superior fijó, como regla general de acceso a los empleos públicos, el sistema de carrera que efectiviza el ingreso a la función pública y que:

“(...) merece protección, a la luz de la Constitución Colombiana, no únicamente por lo que significa en sí mismo sino por lo que representa, al tenor del artículo 40, como medio encaminado a lograr la efectividad de otro derecho -genérico- cual es el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a objeto de realizar la vigencia material de la democracia participativa”[25]

Sobre la mencionada prerrogativa, la sentencia SU-938 de 2010[26] indicó, además, que se trata de uno de los elementos esenciales de un Estado erigido sobre la soberanía popular, razón por la que el acceso a los cargos públicos debe estar libre de limitaciones innecesarias o injustificadas y debe respetar el principio de igualdad.

21.- A pesar de su carácter fundamental, el derecho a acceder y ejercer cargos públicos puede ser objeto de diversas restricciones que atienden a la limitación del número de cargos en los órganos del Estado -justificada por la escasez de los recursos y por el diseño del aparato estatal- y a los principios de buena fe, moralidad, igualdad y transparencia que rigen la administración pública. Dichas limitaciones al ejercicio de la función pública y del poder político tienen diversas manifestaciones entre las que se encuentran, a manera de ejemplo, los requisitos que se imponen para acceder a los cargos públicos, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y las medidas disciplinarias que pueden provocar el apartamiento, temporal o definitivo, del ejercicio de la función pública.

También surge, como una clara restricción a la prerrogativa referida, la prohibición o limitación de la reelección, la cual, valga decirlo, implica una afectación al derecho al trabajo en su fase de acceso, pues limita la elección de la función pública, en el cargo

concreto sobre el que se establece la prohibición de reelección, como una actividad a la que la persona puede dedicar su esfuerzo material o intelectual[27].

22.- Algunos límites a la reelección en cargos públicos se han establecido directamente por la Constitución Política y otros se derivan de previsiones legales. Así, por ejemplo, el artículo 197 Superior, antes de la reforma introducida por el Acto Legislativo 2 de 2004, prohibió la elección como Presidente de la República del “ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia”. Luego, en la mencionada reforma constitucional se autorizó la reelección por un solo periodo bajo la siguiente formula: [n]adie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos”. Posteriormente, el Acto Legislativo 2 de 2015, introdujo nuevamente la prohibición de reelección del Presidente de la República de acuerdo con la fórmula original.

Además de la anterior prohibición, por mandato superior se ha limitado la reelección de diversas autoridades públicas, tales como el Vicepresidente de la República[28], los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, y del Consejo de Estado[29], el Fiscal General de la Nación[30], los miembros del Consejo de Gobierno Judicial[31], los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial[32], el Registrador Nacional del Estado Civil[33], el Contralor General de la República[34], los miembros del Consejo Nacional Electoral, que podrán ser reelegidos por una sola vez[35], y los Gobernadores[36] y Alcaldes[37] que no podrán ser reelegidos para el periodo siguiente, entre otros.

23.- Por su parte, el Legislador también ha establecido límites respecto de quienes desempeñan cargos públicos, entre los que se encuentra, por ejemplo, la restricción de la reelección, por una sola vez, de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado[38] y la prohibición de reelección de los miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil para el periodo siguiente[39].

24.- Respecto a los límites a la reelección, esta Corporación se ha pronunciado en diversas oportunidades en las que ha estimado fundadas las restricciones con base en los propósitos que las motivan.

En la sentencia C-055 de 1998[40] se estudió el cargo de inconstitucionalidad formulado en contra de la expresión “y no podrán ser reelegidos para el periodo inmediatamente

siguiente” prevista en el artículo 16 del Decreto 2241 de 1986, respecto a la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral, por desconocer el carácter absoluto de la prohibición establecida en la materia. En esa oportunidad, la Corte determinó que el periodo de 4 años de los miembros del Consejo Nacional Electoral es institucional, razón por la que en el caso de que se haga un nombramiento para suplir una vacante la designación se hará para completar el respectivo periodo.

Habida cuenta de esa posibilidad, se indicó que en los eventos en los que el nombramiento para desempeñar el cargo se efectúa por poco tiempo, se entiende realizado por interinidad, motivo por el que la persona podría ser reelecta para el mismo cargo sin contrariar la prohibición de reelección, en atención a la naturaleza del nombramiento.

En la sentencia C-1044 de 2000[41] la Corte estableció que la posibilidad de reelección “hasta por el mismo periodo” de los miembros de la Comisión Nacional de Televisión, prevista en el artículo 1º de la Ley 335 de 1996, no vulnera el principio de igualdad ni restringe la autonomía que la Carta Política le otorgó a la mencionada autoridad. Lo anterior, por cuanto el artículo 77 Superior que estableció los elementos principales de la entidad de regulación de la televisión no se ocupó de la reelección de sus miembros, cuestión que podía, en consecuencia, ser determinada por el Legislador como, en efecto, lo hizo.

En cuanto a la prohibición de reelección, la sentencia destacó que: (i) constituye una afectación del derecho de participación; (ii) su origen puede ser constitucional o legal; (iii) se erige en un mecanismo de control del ejercicio del poder, y (iv) cuando se establece por el Legislador debe contar con una justificación suficiente.

La sentencia C-141 de 2010[42], que estudió la Ley 1354 de 2009[43] “[p]or medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”, determinó que una segunda reelección del Presidente de la República genera una ruptura de la Constitución y sustituye sus ejes estructurales por cuanto: altera la estructura del Estado; provoca un fuerte desequilibrio institucional; mengua la efectividad y eficacia del control recíproco entre las autoridades públicas; confronta el principio de alternación[44], eje del esquema democrático y límite al poder político; prolonga un modelo político concreto promovido por el Presidente reelegido;

retrasa la alternancia de los programas y equipos de Gobierno propia de un régimen presidencial con un término definido; pone en vilo la independencia y autonomía de las restantes ramas del poder público y afecta la igualdad en la contienda electoral por la Presidencia de la República.

En la sentencia C-777 de 2010[45] la Corte estudió la demanda dirigida en contra del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 que permite la reelección, por una sola vez, de los gerentes de las empresas sociales del Estado. El cargo denunció la infracción del derecho de acceso a cargos públicos, pues al mediar un concurso público de méritos la limitación de la reelección carece de justificación.

En esa oportunidad, la Corte indicó que a pesar de que la elección se adelanta a través de concurso público de méritos, la prohibición de reelección indefinida está justificada por cuanto: (i) se corresponde con el amplio margen de configuración del Legislador para determinar las condiciones de acceso y permanencia en el cargo de Gerente de una Empresa Social del Estado; (ii) el funcionario que persigue la reelección cuenta con una ventaja frente a los demás aspirantes en la experiencia relacionada y los conocimientos concretos de manejo del cargo, y (iii) previene la corrupción administrativa.

Con fundamento en dichos elementos, concluyó que la reelección inmediata del Auditor General transgrede los principios constitucionales y varía el modelo de control fiscal establecido en la Carta Política, razones por las que indicó que a pesar que no exista una prohibición expresa para la referida reelección ésta no se puede permitir de manera inmediata. [47]

25.- Los precedentes jurisprudenciales reseñados evidencian el extendido uso de los límites a la reelección en el ejercicio de la función pública y del poder político en el ordenamiento jurídico colombiano, de acuerdo con los cuales se concluye que dicha restricción: (i) puede tener origen constitucional o legal; (ii) comporta una afectación del derecho de participación y acceso a cargos públicos; (iii) su aplicación es de carácter restringido, no opera por analogía o extensión; (iv) constituye una medida de probidad de la función pública; (v) garantiza la participación y acceso en igualdad de condiciones a los cargos públicos; (vi) se erige en un mecanismo de control al poder político, y (vii) en algunos casos, asegura el diseño institucional del Estado.

La prohibición de reelección de los miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil para el periodo siguiente, artículo 9º de la Ley 909 de 2004

26.- Como señaló el fundamento jurídico 19 de esta sentencia, el Capítulo I del Título II de la Ley 909 de 2004 reguló el proceso de designación de los miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil, precisó el número de miembros de la comisión, los requisitos para ser designado y el periodo de desempeño del cargo, institucional de 4 años.

Por su parte, el inciso 2º del artículo 9º ibídem estableció: “[c]uando deba ser remplazado un miembro de la Comisión, quien lo haga como titular lo hará por el resto del período del reemplazado y, en todo caso los Comisionados no serán reelegibles para el período siguiente.” (Subrayas fuera del texto original), norma de la que se deriva la prohibición de reelección de los comisionados para el periodo siguiente. Los alcances de esta disposición fueron objeto de una consulta elevada por el Departamento Administrativo de la Función Pública ante la Sala de Consulta y Servicio Civil[48] del Consejo de Estado; sus fundamentos resultan útiles para evidenciar el alcance de la prohibición.

27.- En concepto emitido el 3 de julio de 2014[49], la Sala de Consulta y Servicio Civil consideró diversos elementos para establecer la interpretación de la prohibición de reelección. En primer lugar, refirió la determinación del periodo de los comisionados por parte del Legislador -4 años e institucional-, con base en el cual indicó que la labor de comisionado corresponde a un “empleo de periodo fijo”[50]. También tomó en consideración el momento de iniciación del periodo de los comisionados derivado del Acuerdo 001 de 2004 -7 de diciembre-, el cual fue producto del proceso especial de elección de los primeros miembros de la comisión, de acuerdo con lo establecido en el párrafo transitorio del artículo 9º ibídem. Respecto a ese proceso especial que determinó el momento de iniciación del periodo de los comisionados se reiteraron las consideraciones de la sentencia C-109 de 2006[51] que estudió la constitucionalidad de la disposición transitoria, en la que indicó:

“La Comisión Nacional del Servicio Civil empezó a desempeñar sus funciones el 7 de diciembre de 2004 y su integración estuvo dada por el procedimiento establecido en la disposición transitoria impugnada, esto es, sus tres miembros fueron designados por concurso de méritos realizado entre los quince candidatos postulados por la Corte Suprema

de Justicia, el Defensor del Pueblo y la agrupación de las universidades públicas y privadas. De igual modo, el período de cada uno de ellos guarda relación con el puntaje obtenido en el concurso de méritos. Así, quien ocupó el primer lugar tendrá un período de cuatro años, quien ocupó el segundo, tendrá un período de tres años y quien ocupó el tercer lugar, tendrá un período de dos años. De lo anterior se colige que la Comisión designada mediante el mecanismo establecido en el parágrafo 9 de la Ley 909 de 2004 se encuentra en funcionamiento en la actualidad y, si bien este parágrafo no tiene ánimo de permanencia, se encuentra produciendo efectos jurídicos.”.

La Sala de Consulta destacó, en esa oportunidad, que la forma de elección y duración de los periodos de los primeros comisionados -4, 3 y 2 años- buscaron asegurar el debido funcionamiento de la comisión para que las vacancias no se produjeran simultáneamente y tornaran, en consecuencia, inoperante la entidad. En efecto, el diseño inicial permite que las vacancias de los miembros se produzcan el 7 de diciembre de años diferentes. Conclusión que refuerza la disposición transitoria al indicar que, superados los periodos iniciales referidos, el periodo de los miembros de la CNSC corresponderá a 4 años.

Tras precisar la naturaleza del empleo, el periodo durante el que se ejerce el cargo de Comisionado y el momento en el que inicia, así como la proscripción de reelección para el periodo siguiente, la Sala de Consulta y Servicio Civil concluyó que:

“Los elementos de la norma y el sentido natural de las palabras ‘período siguiente’ permiten entender que un miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, terminado su respectivo período institucional de cuatro años, puede aspirar a ser elegido nuevamente -reelegido-, para el período institucional que se inicie cuatro años después de la fecha de terminación de su período institucional anterior.”

En armonía con lo anterior, a la pregunta “¿La inhabilidad prevista en el artículo 9 de la Ley 909 de 2004 para que los Comisionados no sean reelegidos para el período siguiente opera para el período individual que inicia inmediatamente después al cual desempeñaron sus cargos o para los cuatro (4) años subsiguientes a la fecha en la cual venció su período?”, la Sala de Consulta y Servicio Civil respondió:

“Los períodos de todos y cada uno de los miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil son institucionales. La prohibición de reelección opera para el período institucional de

cuatro años que inicia en la fecha de terminación del período para el cual fueron o sean designados.”

Por tanto, para la Sala de Consulta y Servicio Civil la prohibición de reelección de los comisionados opera durante un término igual al periodo de los comisionados, luego de la dejación del cargo.

28.- Cabe advertir que ante al corto tiempo que ha transcurrido desde la vigencia del nuevo diseño institucional de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la implementación del proceso de selección de sus miembros, son escasos los pronunciamientos judiciales relacionados con el alcance de la prohibición de reelección. Sin embargo, la Sala considera que los elementos referidos en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil son insumos valiosos para el estudio del caso concreto.

El caso concreto

Antecedentes del caso bajo análisis

29.- El 15 de septiembre de 2014, Jorge Alberto García García fue admitido al concurso público de méritos para la elección de un miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil (periodo 7 de diciembre de 2014-6 de diciembre de 2018). El actor había ocupado el mismo cargo al que aspiraba hasta el 6 de diciembre de 2013[52].

El 6 de octubre de 2014, la Escuela Superior de Administración Pública excluyó al accionante del concurso de méritos referido, al advertir que se configuraba la prohibición de reelección de los comisionados, para el periodo siguiente, prevista en el inciso 2º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004. Habida cuenta de esa exclusión, el actor formuló acción de tutela en la que solicitó -como medida de protección de sus derechos a la igualdad, al debido proceso, a la participación y al trabajo- el reingreso al concurso.

Dichas circunstancias configuraron un problema jurídico relacionado con la afectación de los derechos del demandante como consecuencia del acto de exclusión del proceso público para la provisión del cargo de comisionado de la CNSC. El problema se estudió por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que, en sentencia proferida el 16 de diciembre de 2014, revocó la decisión de primera instancia[53] que había

declarado improcedente la tutela, y ordenó a la ESAP inaplicar el acto de exclusión, reintegrar al actor al concurso y garantizar su participación en condiciones de igualdad con los demás aspirantes.

El fallo emitido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura fue revisado por esta Corporación en la sentencia T-471 de 28 de julio 2015[54], en la que se determinó la improcedencia de la acción de tutela formulada por el actor debido a la existencia de un mecanismo idóneo de contradicción del acto de exclusión del concurso –acción de nulidad y restablecimiento del derecho-, razón por la que esta Corte decidió:

“PRIMERO. REVOCAR la providencia del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, del 16 de diciembre de 2014, que revocó la sentencia del 28 de octubre de 2014 del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, y en su lugar, declarar IMPROCEDENTE la tutela interpuesta por el ciudadano Jorge Alberto García García.

Como quiera que para el momento en que se emitió la sentencia de revisión ya se habían adelantado todas las fases del concurso de méritos con la participación de Jorge Alberto García García y éste ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, el 2 de septiembre de 2015 la ESAP profirió aviso informativo en el que indicó que: “todos los actos administrativos dictados como consecuencia de la tutela concedida el 16 de diciembre de 2014 por el Consejo Superior de la Judicatura quedan sin efectos” y señaló que “[e]n consecuencia queda con plenos efectos la lista de elegibles publicada el 14 de noviembre de 2014”[55]

30.- Los hechos relatados están directamente relacionados con la primera solicitud de amparo elevada por el accionante como consecuencia de su exclusión del concurso público de méritos, razón por la que sirven para contextualizar el escenario en el que se produjo la segunda acción de tutela, que ahora ocupa la atención de la Sala Quinta de Revisión, y son necesarios para evidenciar las divergencias entre las dos peticiones de amparo formuladas por Jorge Alberto García García en el marco del proceso de selección de un miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil para el periodo comprendido entre el 7 de diciembre de 2014-6 de diciembre de 2018. De modo que el problema jurídico que se analizó en la

primera acción, como se verá, es diferente al problema que se presenta ahora.

El análisis del problema jurídico que surge en la acción de tutela formulada por Jorge Alberto García García al no ser designado miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil

31.- En cumplimiento de las órdenes emitidas el 16 de diciembre de 2014 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la Escuela Superior de Administración Pública reelaboró las actuaciones del concurso de méritos para garantizar la participación de Jorge Alberto García García, quien, superadas las fases establecidas, ocupó el primer lugar.

Como consecuencia de lo anterior, el 10 de marzo de 2015 la ESAP formó una nueva lista de elegibles, encabezada por el accionante, y la remitió al Presidente de la República para la designación correspondiente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004. Sin embargo, mediante comunicación proferida el 8 de abril de 2015, el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Presidencia de la República le informaron al actor que no podía ser elegido miembro de la CNSC, con fundamento en la prohibición de reelección prevista en el inciso 2º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004, según la cual:

“Cuando deba ser remplazado un miembro de la Comisión, quien lo haga como titular lo hará por el resto del período del reemplazado y, en todo caso los Comisionados no serán reelegibles para el período siguiente.”(subrayas ajenas al texto original)

Para las autoridades, la prohibición se extiende por un término de 4 años, contado desde el momento en que concluyó la labor de comisionado. Esta interpretación, la sustentaron en el periodo del cargo de los miembros de la CNSC, la naturaleza institucional de ese término y el alcance de la norma establecido en el concepto emitido el 3 de julio de 2014[56] por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Las accionadas confrontaron esa lectura de la prohibición con las circunstancias de Jorge Alberto García García, quién aspiró a ser comisionado, luego de que transcurrieran sólo 8 meses y 22 días desde que terminó su labor en el mismo cargo. Análisis en el que concluyeron que se configuraba un claro impedimento para la designación, razón por la que el nombramiento por parte del Presidente de la República constituiría, además, una falta

gravísima de acuerdo con lo previsto en el inciso segundo del numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002[57].

El demandante formuló una nueva acción de tutela en la que adujo que la decisión de no designarlo miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil vulneró sus derechos al debido proceso, de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, al trabajo y a la igualdad, pues desconoció su derecho, particular y concreto, a ser elegido comisionado para el periodo comprendido entre el 7 de diciembre de 2014 y 6 de diciembre de 2018, que se consolidó con el primer lugar que ocupó en la lista de elegibles, según lo previsto en el inciso 4º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004 que establece que: “[e]l candidato que ocupe el primer puesto será designado por el Presidente de la República como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil para el período respectivo”

32.- Las circunstancias referidas previamente confrontadas con los hechos expuestos en el acápite “antecedentes del caso bajo análisis” revelan las diferencias entre las dos acciones constitucionales presentadas por el actor y los distintos problemas jurídicos que envuelven. Mientras la inicial afectación de los derechos del accionante se derivó de su exclusión del concurso de méritos, la presente acción surgió como consecuencia de la decisión de no designarlo miembro de la CNSC, a pesar de que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles. Por consiguiente, la Corte aborda en esta oportunidad el análisis del problema jurídico que revela la segunda acción de tutela.

Aunque, en principio, para la Sala la proscripción de reelección de los comisionados prevista en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004 no genera un problema hermenéutico, los hechos narrados dan cuenta de dos interpretaciones distintas de la prohibición. La primera, que extiende el impedimento por 4 años desde la dejación del cargo, la cual se acogió por las autoridades denunciadas y el accionante tildó de transgresora de sus derechos fundamentales. La segunda, defendida por el actor y el juez de tutela de segunda instancia, que circunscribe la restricción a la participación en el concurso para proveer la vacante dejada por el mismo comisionado.

En atención a esas dos interpretaciones de la norma, la labor que se debe adelantar en sede constitucional consiste en determinar la razonabilidad de la visión plasmada en el acto de 8 de abril de 2015 y si ésta infringió derechos fundamentales.

La razonabilidad de la interpretación prohibición de reelección acogida por las autoridades accionadas

33.- Tal como se indicó en los fundamentos jurídicos 20 a 25 de esta sentencia, aunque el acceso y ejercicio de cargos públicos constituye un derecho superior y es cimiento de una república democrática, participativa y pluralista, no es absoluto y puede ser objeto de diversas restricciones, en aras de la obtención y preservación de fines que son importantes para el Estado, entre los que se encuentra la probidad y moralidad administrativa, así como la garantía de igualdad real en el acceso a cargos públicos.

En concordancia con lo anterior, la interpretación de la prohibición de reelección acogida por las autoridades accionadas en el presente caso, esto es, que se extiende por 4 años contados a partir del momento en el que el actor terminó su labor como comisionado, armoniza con los propósitos de este tipo de medidas, ya que: (i) garantiza la probidad de la función pública, pues evita que una persona ejerza la labor de comisionado durante periodos que, por la precariedad de los intervalos entre las designaciones, le permitan concentrar de forma indebida el poder; (ii) concreta la igualdad en el acceso al cargo de comisionado, ya que impide que se presenten ventajas para quien concluyó recientemente el ejercicio de la función, tales como conocimientos precisos sobre las funciones y (iii) garantiza la alternancia en el poder.

Por el contrario, la interpretación literal propuesta por el actor y construida sobre el sujeto “comisionados” para excluir de la prohibición a quienes ya no ostentan esa condición, ignora los propósitos de las restricciones al ejercicio del poder público y desprovee la medida de efectos útiles. Bajo esa lectura, la proscripción sólo operaría para la vacante de quien está próximo a terminar su labor en la CNSC y no para el cargo de comisionado, entendimiento que: (i) no se desprende de la norma; (ii) le resta sentido útil a la prohibición e (iii) ignora el límite temporal de 4 años que se colige de la expresión: “el periodo siguiente”, que se incluyó de forma expresa por el Legislador.

En atención a las circunstancias expuestas, se concluye que la decisión emitida por el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Presidencia de la República en la que aludieron la inviabilidad de la designación de Jorge Alberto García García como miembro de la CNSC no transgredió sus derechos superiores, pues se fundamentó en una

interpretación razonable de la prohibición de reelección prevista en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004, la que si bien impone límites al ejercicio de la función pública y al derecho al trabajo en su faceta de elección, está justificada por cuanto persigue fines constitucionales legítimos como la moralidad de la función pública y la igualdad en el acceso a cargos públicos.

También es importante destacar que la decisión referida contó con un fundamento suficiente, dado que, además de considerar los elementos de la prohibición que se desprenden de su previsión legal, se apoyó en un concepto previo emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Finalmente, hay que señalar que las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil refuerzan la interpretación de la prohibición de reelección esgrimida en el acto de 8 de abril de 2015, pues dicha autoridad, por mandato del artículo 130 Superior, es responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, regidas por los principios de buena fe, moralidad, eficiencia, igualdad y transparencia. En efecto, los antecedentes de la Comisión Nacional del Servicio Civil evidencian una constante preocupación e interés del Estado Colombiano por contar con un ente especializado que regente y administre la Función Pública, bajo unos principios y condiciones de probidad y mérito, los cuales deben ser privilegiados y no pueden sucumbir ante lecturas parciales o descontextualizadas de las normas que se ocupan del diseño y la provisión de los cargos públicos.

34. Así las cosas, descartada la afectación de los derechos al debido proceso administrativo, trabajo, igualdad y acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de Jorge Alberto García García se revocará la decisión emitida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que concedió el amparo de las prerrogativas invocadas por el actor y ordenó su designación como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: LEVANTAR la medida cautelar dictada el 3 de febrero de 2016, en la que se suspendieron los efectos de la sentencia proferida el 20 de agosto de 2015 por la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida el 20 de agosto de 2015, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que, a su vez, revocó el fallo de primera instancia para acceder a las pretensiones del accionante. En su lugar, NEGAR la tutela instaurada por Jorge Alberto García García por la vulneración de los derechos al debido proceso administrativo, trabajo, igualdad y acceso al desempeño de funciones y cargos públicos

TERCERO: Por Secretaría General de esta Corporación, LÍBRENSE las comunicaciones indicadas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] Respecto a la recusación presentada por el accionante únicamente obran en el plenario las referencias del escrito de tutela sobre la causal que invocó y la primera hoja del escrito que presentó ante el Departamento Administrativo de la Función Pública, con constancia de

recibido del 16 de abril de 2015 (fl. 111 cd.1). De los elementos referidos no se advierten las circunstancias concretas en las que el actor se fundó la recusación, las cuales también extrañó el DAFP, quien solicitó una copia integral de la recusación, pues no encontró el escrito en su sistema de gestión documental.

[2] Folios 151-154 cuaderno 1

[3] Folios 155-161 cuaderno 1

[4] Folios 162-163 cuaderno 1

[5] Folios 164-242 Cuaderno 1

[6] Folios 243-265 cuaderno 1

[7] Folios 147-150 cuaderno 1

[8] M.P. Mauricio González Cuervo

[9] Ocupa el primer lugar en la lista de elegibles elaborada por la ESAP el 14 de noviembre de 2014.

[10] El acto se profirió el 8 de abril de 2015 y la comunicación, por vía electrónica en la misma fecha se refirió por el actor en el escrito de tutela. Folio 1, cuaderno 1.

[11] Folio 1, cuaderno 1

[12] M.P. José Gregorio Hernández Galindo

[13] M.P. Jorge Arango Mejía

[14] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

[15] Corte Constitucional, Sentencia SU-961 del 1 de diciembre de 1999, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

[16] M.P. María Victoria Calle Correa

[17] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

[18] M.P. Mauricio González Cuervo

[19] Corresponde a la norma que implementó la carrera administrativa en el país.

[21] Artículo 7º de la Ley 909 de 2004.

[22] Los requisitos para aspirar al cargo son: (i) ser colombiano de nacimiento, (ii) ser mayor de 35 años y (iii) contar con título universitario en áreas afines a las funciones de la Comisión Nacional, postgrado y experiencia profesional acreditada en el campo de la función pública o recursos humanos o relaciones laborales en el sector público, por más de siete (7) años.

[23] “Para asegurar la aplicación inmediata de la presente ley, los tres (3) primeros miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil serán designados de conformidad con el siguiente procedimiento:

Una lista de cinco (5) candidatos designados por el Defensor del Pueblo, cinco candidatos por la Corte Suprema de Justicia y cinco candidatos por la agremiación más representativa de las universidades públicas y privadas. En la conformación de estas listas se tendrá en cuenta que los candidatos acrediten los requisitos señalados en el artículo 8º y se observe lo dispuesto en la Ley 581 de 2000. Con los candidatos que integren las anteriores listas, se realizará un concurso de méritos por la Universidad Nacional o la ESAP, las cuales remitirán la lista de aprobados al Presidente de la República para su designación y correspondiente posesión, en estricto orden de mérito. Esta lista solamente será utilizada para la designación de los primeros miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil y para suplir las vacancias definitivas que se ocasionen con relación a los empleos de dichos miembros, en ningún caso podrán intervenir en la postulación y designación personas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal o quien esté ligado por matrimonio o unión permanente respecto de los candidatos. Con el objeto de asegurar el funcionamiento de la Comisión, los miembros de la primera designación de la Comisión Nacional del Servicio Civil tendrán un período que se decidirá atendiendo el puntaje obtenido en el concurso de méritos así: Cuatro (4) años para el mayor puntaje, tres años para el del segundo puntaje y dos años para el del tercer puntaje.

Vencido cada uno de estos períodos el nuevo nombramiento se efectuará por un período institucional de cuatro (4) años, de acuerdo con lo previsto en el presente artículo. Para la conformación de la Comisión, dentro del mes siguiente a la vigencia de la presente ley se integrarán las listas de que trata este artículo, para que dentro de los dos (2) meses siguientes se efectúe el proceso de evaluación y nombramiento de conformidad con lo establecido en el presente artículo.”

[24] Artículo 4º del Decreto 3016 de 2008.

[25] Sentencia T-003 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

[26] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

[27] “La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que el núcleo esencial del derecho al trabajo, prescribe que éste reside en ‘la libertad para seleccionarlo, por lo que, salvo las restricciones legales, consiste en la realización de una actividad libremente escogida por la persona dedicando a ella su esfuerzo intelectual o material, sin que puedan impedírselo los particulares ni el Estado a quien, por el contrario, le compete adoptar las políticas y medidas tendientes a su protección y garantía.’ Sentencia C-107 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández” Sentencia T-1172 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

[28] Artículo 197 C.P.

[29] Artículo 233 C.P.

[30] Artículo 249 C.P.

[31] Artículo 254 C.P.

[32] Artículo 257 C.P.

[33] La previsión original del artículo 266 de la Carta Política prohibió la reelección del registrados Nacional del Servicio Civil, posteriormente el Acto Legislativo 1 de 2003 estableció la posibilidad de reelección por una sola vez y el Acto Legislativo 02 de 2015 prohibió nuevamente la reelección.

[34] Artículo 267 C.P.

[35] Artículo 264 C.P.

[36] Artículo 303 C.P.

[37] Artículo 314 C.P.

[38] Artículo 28 de la Ley 1122 de 2007

[39] Artículo 900 de la Ley 909 de 2004

[40] Ms.Ps. Alejandro Martínez Caballero y Hernando Herrera Vergara

[41] M.P. Fabio Morón Díaz

[42] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

[43] “Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”.

[44] “(...) la alternación en el poder constituye un elemento o componente esencial del modelo democrático establecido por la Constitución de 1991, el cual tiene fundamento (i) en las elecciones periódicas para proveer cargos públicos (Art. 260 de la C. P.), (ii) en los períodos fijos de los cargos de elección popular, (iii) en el reconocimiento mismo de la pluralidad de partidos, movimientos o fuerzas políticas, con igualdad de oportunidades electorales (C. P. arts. 40-3, 107 y 108), (iv) en la existencia de un régimen de oposición (C.P. art. 112); (v) en la garantía de las libertades fundamentales, como lo son, la igualdad (C. P. art. 13) y las libertades de expresión y opinión (C. P. art. 20); y finalmente, (vi) en el derecho que tiene todo ciudadano a participar en la conformación y ejercicio del poder político, que se expresa, entre otros, en el derecho a elegir y ser elegido (C. P. arts. 40-1 y 258) y en la posibilidad real de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (C. P. arts. 40-7 y 125).

[45] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

[46] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

[47] En la aclaración del voto emitido para la aprobación de la sentencia C-406 de 2013, el

Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio hizo algunas precisiones sobre el control al ejercicio del poder público y su sistema de equilibrios. Luego de referir la historia y el sustrato teórico y filosófico del sistema de equilibrio y control del ejercicio del poder en una república democrática, la aclaración se concentró en el modelo constitucional colombiano, respecto del cual concluyó que: “[l]a constante de nuestro constitucionalismo ha sido la de prohibir la reelección no solo presidencial sino la de los altos funcionarios públicos para prevenir la concentración del poder, que es la más antigua de las conquistas liberales.”

[48] ““1. ¿La inhabilidad prevista en el artículo 9 de la Ley 909 de 2004 para que los Comisionados no sean reelegidos para el período siguiente opera para el período individual que inicia inmediatamente después al cual desempeñaron sus cargos o para los cuatro (4) años subsiguientes a la fecha en la cual venció su período?

“2. ¿Un comisionado que hubiere terminado su período de cuatro años, puede ser designado Comisionado al vencimiento del período de otro de los Comisionados, teniendo en cuenta que los períodos de los tres Comisionados no culminan en un mismo momento sino que entre ellos hay una diferencia de uno, dos y tres años por no ser períodos uniformes?”

[49] C.P. Germán Alberto Bula Escobar

[50] Ley 909 de 2004

“Artículo 5º. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

[51] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

[52] Decreto 4736 de 2009. “Designase al Dr. Jorge Alberto García García (...) como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil para un periodo de cuatro años, el cual inicia el 7 de diciembre de 2009”

[53] Fallo emitido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá

[54] M.P. Mauricio González Cuervo

[55] Lista de elegibles encabezada por Blanca Cecilia Romero Acevedo, elaborada con los resultados de las fases del concurso que se adelantaron sin la participación de Jorge Alberto García García.

[56] Expediente núm. 2013-00518

[57] Ley 734 de 2002, artículo 48. “Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.