

T-471-15

SENTENCIA T-471/15

(Julio 28)

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-Conformación de lista de elegibles

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-Caso en que uno de los concursantes fue excluido al estar incurso en inhabilidad por haber ocupado cargo de Comisionado

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-Periodo de sus miembros es institucional

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-Caso en que si el demandante considera que acto administrativo que lo expulsó del concurso se fundamentó en norma no aplicable, puede demandar ante Juez Administrativo

Se desprende que si el Señor García García considera que el acto administrativo mediante el cual fue expulsado del concurso fue fundamentado en una norma que no era aplicable a su caso, como lo es el artículo 9° de la Ley 909 de 2004, después de haber sido admitido en la convocatoria y además vulnerándosele el derecho de defensa, podía solicitarle al juez administrativo que dicho acto fuera declarado nulo

MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Caso en que el demandante podía solicitarlas/MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA-Caso en que el demandante podía solicitarlas

La acción de tutela es improcedente cuando el accionante cuenta con un mecanismo idóneo y eficaz para salvaguardar la protección de sus derechos invocados como es la acción de nulidad o de nulidad restablecimiento del derecho, junto con la solicitud de medidas cautelares y de las medidas cautelares de urgencia contempladas en dicha acción. Lo anterior en el evento que el peticionario no logre demostrar, que dichos mecanismos no son idóneos ni eficaces para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. No obstante los importantes cambios legislativos que en materia de medidas cautelares introdujo la Ley 1437 de 2011 y en particular en lo que se refiere a la denominada suspensión provisional, la acción de tutela podría proceder, entre otros eventos, (i) cuando la aplicación de las normas

del CPACA no proporcione una protección oportuna de los derechos fundamentales o (ii) cuando el contenido o interpretación de las disposiciones de dicho Código no provean un amparo integral de tales derechos. El juez de tutela tiene la obligación de calificar, en cada caso particular, la idoneidad de los medios judiciales –incluyendo los de cautela- para enfrentar la violación de derechos fundamentales cuando ella tenga por causa la adopción o aplicación de actos administrativos. Para el efecto, deberá tener en cuenta los cambios que recientemente y según lo dejó dicha providencia, fueron incorporados en la Ley 1437 de 2011. Solo después de ese análisis podrá establecer la procedencia transitoria o definitiva de la acción de tutela, teniendo como único norte la efectiva vigencia de las normas de derecho fundamental.

Referencia: Expediente T-4.845.698

Fallos de tutela objeto revisión: Sentencia del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, del 16 de diciembre de 2014, que revocó la providencia del 28 de octubre de 2014 del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

Accionante: Jorge Alberto García García.

Accionados: Escuela Superior de Administración Pública ESAP.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado sustanciador: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda de tutela.

1.1. Elementos y pretensión[1].

1.1.1. Derechos fundamentales invocados. Debido proceso, derecho a la defensa, –art. 29 C.P., derecho a participar y a acceder a cargos públicos –art. 40 C.P., y al trabajo –art. 25 C.P.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración. La exclusión del actor, mediante oficio SPI. 170.1480.10-769 del 16 de octubre de 2014, para participar en el concurso de méritos público y abierto para la conformación de la lista de elegibles para la designación de un miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil. La entidad encargada de realizar el concurso -La ESAP- consideró que el actor está incurso en la inhabilidad contemplada en el artículo 9° de la Ley 909 de 2004, debido a que ocupó el cargo de Comisionado Nacional del Servicio Civil del 7 de diciembre de 2009 al 6 de diciembre de 2013.

1.1.3. Pretensión. Ordenar a la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, suspender la aplicación del Oficio SPI. 170.1480.10-751 del 6 de octubre de 2014, por medio del cual el señor Jorge Alberto García García fue excluido del concurso de méritos y se le negó la publicación de los resultados obtenidos en las pruebas escritas presentadas.

Adicionalmente, solicitó ordenar suspender la convocatoria en el trámite en el que se encuentre, hasta que haya un pronunciamiento por parte del juez constitucional.

1.2. Fundamentos de la pretensión.

1.2.1. El ciudadano Jorge Alberto García García se presentó al concurso de méritos público y abierto para la conformación de la lista de elegibles para la designación de un miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil; para ello diligenció los formularios y anexó los documentos requeridos en la plataforma dispuesta por la ESAP.

1.2.2. El 15 de septiembre de 2014, la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, publicó el listado de los aspirantes admitidos, entre ellos se encontraba el actor al cumplir con los requisitos establecidos en la convocatoria y en la Ley 909 de 2004. Posteriormente, el actor fue citado el 28 de septiembre de 2014 a presentar prueba escrita de conocimiento y competencias[2].

1.2.3. De acuerdo con el cronograma del concurso, el 6 de octubre de 2014 serían publicados los resultados de las pruebas escritas. Los interesados en presentar reclamaciones lo podrían hacer únicamente a través de la plataforma tecnológica dentro de los dos días siguientes, esto es, desde las 8:00am del 7 de octubre hasta las 5:00pm del 8 de octubre de 2014.

1.2.4. El actor afirmó que en la fecha indicada anteriormente recibió en su correo electrónico una comunicación en la que le informaron que había sido excluido del concurso de méritos. Más tarde, al visitar la página web del concurso y al revisar la publicación de los resultados se observa que al frente de su número de identificación dice “DECISIÓN, aplica lo normado en el artículo 9, de la Ley 909 de 2004”[3].

1.2.5. El señor Jorge Alberto García García aseguró que dentro del término estipulado para presentar reclamación, realizó varios intentos en la plataforma, sin embargo, no fue posible ingresar con la clave con la que siempre lo había hecho, puesto que le salía “información incorrecta”. Debido a lo anterior, optó por activar la opción “recordar clave”, al introducir su número de cédula de ciudadanía el sistema le informó “el usuario no existe”.

1.2.6. La anterior situación llevó al actor el día 8 de octubre de 2014, a las 4:05pm, a radicar en la oficina de correspondencia de la ESAP, un documento que referenció como “reclamación y reposición contra la vía de hecho que comporta la exclusión”[4], aseguró, que dicho documento es diferente al que intentó enviar a través de la plataforma.

1.2.7. El actor afirmó que la ESAP vulneró su derecho al debido proceso al excluirlo del proceso sin fundamento legal que ampare dicha decisión, pues en los términos de la convocatoria no se contempló el procedimiento de exclusión, lo que a su juicio, hace imposible su aplicación. Ahora, si la entidad accionada pretendía llenar el vacío normativo de la convocatoria, por analogía debió aplicar la Ley 157 de 1887, y los artículos 14, 15 y 16 del Decreto 760 de 2005 los cuales están contemplados en el título II, que versa sobre las reclamaciones en los procesos de selección o concursos, estas disposiciones establecen:

“ARTÍCULO 14. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación de la lista de elegibles, la Comisión de Personal de la entidad u organismo interesado en el proceso de selección o concurso podrá solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la exclusión de la lista de elegibles de la persona o personas que figuren en ella, cuando haya comprobado cualquiera de los siguientes hechos:

14.1. Fue admitida al concurso sin reunir los requisitos exigidos en la convocatoria.

14.2. Aportó documentos falsos o adulterados para su inscripción.

14.3. No superó las pruebas del concurso.

14.4. Fue suplantada por otra persona para la presentación de las pruebas previstas en el concurso.

14.5. Conoció con anticipación las pruebas aplicadas.

14.6. Realizó acciones para cometer fraude en el concurso.

ARTÍCULO 15. La Comisión Nacional del Servicio Civil, de oficio o a petición de parte excluirá de la lista de elegibles al participante en un concurso o proceso de selección, cuando compruebe que su inclusión obedeció a error aritmético en la sumatoria de los puntajes obtenidos en las distintas pruebas; también podrá ser modificada por la misma autoridad, adicionándola con una o más personas, o reubicándola cuando compruebe que hubo error, caso en el cual deberá ubicársele en el puesto que le corresponda.

ARTÍCULO 16. La Comisión Nacional del Servicio Civil una vez recibida la solicitud de que trata los artículos anteriores y de encontrarla ajustada a los requisitos señalados en este decreto, iniciará la actuación administrativa correspondiente y comunicará por escrito al interesado para que intervenga en la misma”.

Analizadas las pruebas que deben ser aportadas por la Comisión de Personal y el interesado, la Comisión Nacional del Servicio Civil adoptará la decisión de excluir o no de la lista de elegibles al participante. Esta decisión se comunicará por escrito a la Comisión de Personal y se notificará al participante y contra ella procede el recurso de reposición, el cual se interpondrá, tramitará y decidirá en los términos del Código Contencioso Administrativo”.

El ciudadano Jorge Alberto García García, considera que de las normas citadas se desprende que no es posible aplicar la figura de exclusión cuando está en curso la convocatoria. Así mismo, aseveró que la ESAP no hizo alusión a ninguna de las causales contempladas en el artículo 14 del Decreto 760 de 2005 y en los términos de la convocatoria no se contempló la exclusión, lo que implica que dicha figura es inaplicable, so pena de incurrir en una vulneración al debido proceso.

1.2.8. La entidad accionada no tiene competencia para aplicar las prohibiciones legales

para el nombramiento y posesión de los aspirantes al cargo de Comisionado de la CNSC. Al respecto, la Ley 190 de 1995, en el artículo 1°, numeral 3°, dispuso que el aspirante que ocupe el primer puesto en el concurso, deberá manifestar ante la oficina de talento humano de la presidencia o quien haga sus veces la inexistencia de cualquier hecho o circunstancia que implique inhabilidad o incompatibilidad para ocupar el cargo al que se aspira y diligenciar el formato único de hoja de vida. A su vez, el artículo 4° de la misma disposición legal estableció que el jefe de talento humano o quien haga sus veces, tiene la competencia para revisar que la persona elegida para ser comisionado reúna todos los requisitos.

Lo anterior, demuestra que la entidad encargada de realizar el concurso, es decir la ESAP, no es competente para decidir sobre prohibiciones, inhabilidades o incompatibilidades de las personas admitidas para participar en el concurso, pues su participación se limita a elaborar la lista de elegibles, la cual será evaluada por el nominador que designará al aspirante que no esté inmerso en causales de inhabilidad o incompatibilidad.

1.2.9. El actor informó que desde el 7 de diciembre de 2009 hasta el 6 de diciembre de 2013, estuvo nombrado en el cargo de Comisionado Nacional del Servicio Civil, acorde con el periodo institucional contemplado en el artículo 9° de la Ley 909 de 2004. Para el periodo siguiente, esto es del 7 de diciembre de 2013 al 6 de diciembre de 2017, fue nombrada la persona que obtuvo el primer puesto en el concurso.

Aseguró que la prohibición legal contemplada en el inciso 2°, del artículo 9° de la Ley 909 de 2004, estableció que "... los Comisionados no serán reelegibles para el período siguiente", es decir, que dicha disposición les aplica a los actuales comisionados y no a los ex comisionados, pues la prohibición aplica para el periodo inmediatamente siguiente.

1.2.10. Por último, solicitó como medida cautelar ordenar a la ESAP suspender la aplicación del oficio SPI. 170.1480.10-751 del 6 de octubre de 2014, mediante el cual fue excluido del concurso de méritos y la convocatoria en el trámite en que se encuentre.

1.2.11. El 20 de octubre de 2014 el actor envió escrito en el que reitera los argumentos ya expuestos.

1.2.12. El 16 de junio de 2015[5], el accionante envió un escrito a la Corte Constitucional,

informando sobre: (i) la naturaleza jurídica de la Comisión Nacional del Servicio Civil; (ii) que en cumplimiento del fallo de segunda instancia, el señor García García ocupó el primer puesto en la lista de elegibles definitiva del concurso de méritos, la cual quedó ejecutoriada el 25 de marzo de 2015; (iii) que el Gobierno Nacional se negó a nombrarlo como Comisionado; (iv) expuso sus argumentos y el desacuerdo con la interpretación que le dio la Sala de Consulta y Servicio Civil al artículo 9º de la Ley 909 de 2004; (v) la ausencia vinculante de los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, (vi) se pronunció sobre la cosa juzgada constitucional; (vii) e informó que desde hace aproximadamente seis (6) meses el cargo de comisionado al cual se presentó está siendo ejercido en encargo por quien ocupó el segundo puesto en la lista de elegibles.

2. Respuesta de las entidades accionadas[6].

2.1. Escuela Superior de Administración Pública ESAP[7].

Mediante respuesta del 23 de octubre de 2014, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la ESAP, manifestó que el señor Jorge Alberto García García se inscribió el 2 de septiembre de 2014 a la convocatoria de concurso de méritos a la que hace referencia en los hechos de la demanda de tutela. Posteriormente, en la etapa de presentación de las pruebas escritas de conocimiento y competencia se constató que el actor se encuentra incurso en la prohibición del artículo 9 de la Ley 909 de 2004, debido a que trabajó en la CNSC en el cargo de comisionado desde el 7 de diciembre de 2009 hasta el 6 de diciembre de 2013, motivo por el que se procedió a su expulsión.

Es cierto que el actor no pudo interponer reclamación a través de la plataforma, sin embargo, el 8 de octubre de 2014 la ESAP le recibió su queja y se la resolvió de forma clara y precisa dentro de los términos estipulados en el cronograma del concurso. Lo anterior evidencia que la Escuela Superior no le ha vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la participación y a la igualdad.

Aclaró que los términos de la convocatoria son ley para las partes, en consecuencia la convocatoria manifestó en el ítem “legalidad y juramento” que se entiende que el aspirante cumple con los requisitos exigidos para el ejercicio del cargo y en caso que se verifique su incumplimiento la ESAP lo podría excluir en cualquiera de sus etapas.

De otra parte, aseveró que no es posible aplicar por analogía el Decreto 760 de 2005, puesto que este regula el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para los procesos de carrera administrativa, mientras que los concursos públicos de méritos están regulados por el Decreto 3016 de 2008.

Debido a lo anterior, pidió al juez constitucional negar las pretensiones del actor así como la solicitud de medida provisional al considerar que el acceder a ella implicaría vulnerarle los derechos fundamentales a 63 participantes más. A su vez, aseveró que el actor no demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues simplemente se limitó a afirmar que se encuentra ante la amenaza de configuración de un perjuicio irremediable; en segundo lugar, consideró que puede acudir al medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho. Estas dos circunstancias llevan a concluir que la acción de tutela es improcedente.

2.2. Ciudadano José William Ruiz Cadena[8].

El ciudadano José William Ruiz Cadena, intervino como coadyuvante del señor Jorge Alberto García García manifestando que a través del concurso público de méritos se garantiza una participación abierta y en igualdad de condiciones para todos los aspirantes con el previo establecimiento de unas reglas claras y justas que se convierten en ley para las partes. De este tipo de procesos se desprenden dos presupuestos, por un lado, el carácter abierto del concurso, que implica la imposibilidad de hacer concursos cerrados, así como de establecer distinciones injustificadas entre los concursantes. Al respecto la Corte Constitucional se pronunció en las Sentencias T-090 de 2013 y T- 604 de 2013.

Lo anterior, es acorde con lo establecido en el artículo 125 de la Constitución, el cual dispone que se realizará el nombramiento por concurso público de todos los funcionarios cuyo sistema de elección no haya sido establecido por la Constitución o la Ley y los principios rectores de la función pública, entre los cuales está el de igualdad, mérito, desempeño y capacidad, transparencia, objetividad e imparcialidad y pleno sometimiento a la ley y al derecho.

Es así, que el interviniente considera que no es consecuente que al señor Jorge Alberto García se le impida participar en dicho concurso en igualdad de condiciones que los otros aspirantes, más aún, cuando ya había sido admitido y la entidad le otorgó el derecho

particular y concreto a participar al verificar el cumplimiento de los requisitos. Aseguró, que el proceder de la ESAP le niega al actor el derecho a participar y a la ciudadanía a que se adelante un concurso de méritos abierto y justo que satisfaga el interés general.

A su vez, aseveró que no se conocen los motivos que llevaron a la entidad accionada a excluir del concurso al actor, situación que lleva a pensar que se aplicaron criterios discriminatorios que son ajenos al concurso de méritos y a la función administrativa.

De otro lado, está el carácter público del concurso, lo cual implica el sometimiento del concurso a los términos expuestos en la convocatoria, a las normas que regulan la materia y, a los principios de la función administrativa contemplados en el artículo 209 de la constitución. Es así, que el concurso de méritos es una actuación administrativa y por lo tanto, debe ceñir al debido proceso.

La ESAP elaboró la convocatoria, la cual contiene los términos que deben cumplir los aspirantes y también la entidad se compromete a darle cumplimiento a las etapas allí establecidas, pues el hacer caso omiso de los mismos, implica infringir el principio de legalidad al cual debe estar sometida la administración y vulnera los derechos de los aspirantes, como sucedió con el caso del señor Jorge Alberto García.

2.3. Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC[9].

El Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, aseguró que de los hechos expuestos en la demanda de tutela, se desprende que la posible vulneración de los derechos fundamentales del actor se deriva de las actuaciones realizadas por la ESAP, entidad responsable y competente para adelantar el concurso de méritos que pretende conformar la lista de elegibles para la designación de un miembro de la CNSC.

En cuanto a la designación y posesión de la persona que ocupe el primer puesto en el concurso, es el Presidente de la República quien tiene esta facultad, por lo que tampoco tiene incidencia la entidad que representa. Con base en lo anterior, se evidencia que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Ahora, si lo que se pretende es que se emita un concepto sobre la situación planteada en la

acción de tutela, a la entidad que le correspondería sería al Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP.

En consecuencia, solicitó declarar la ausencia de legitimación en la causa por pasiva de la CNSC.

3. Sentencias objeto de revisión.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, mediante Auto del 21 de octubre de 2014, negó la medida provisional solicitada por el ciudadano Jorge Alberto García García al considerar que “no existen suficientes elementos de juicio que permitan vislumbrar desde ya la procedencia de la acción”[10].

3.1. Sentencia del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, del 28 de octubre de 2014[11].

La Ley 909 de 2004 regula el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y establece otras disposiciones; el título II versa sobre la Comisión Nacional del Servicio Civil, allí se establece la naturaleza jurídica de la Comisión -artículo 7-; su composición y los requisitos exigidos para ser miembro -artículo 8-; el procedimiento para su designación y el período de desempeño -artículo 9-; el régimen aplicable a sus miembros -artículo 10; entre otras disposiciones.

Acorde con la información de la página web de la entidad accionada, en la actualidad fungen como comisionados las siguientes personas:

- Pedro Arturo Rodríguez Tobo, designado comisionado por un periodo de 4 años que inicio el 11 de diciembre de 2013.
- José Elías Acosta Rosero, elegido comisionado durante 4 años, empezando el 7 de diciembre de 2012.
- Carlos Humberto Moreno Bermúdez, nombrado comisionado por un lapso de 4 años comenzando el 7 de diciembre de 2010.

Por su parte, el actor informó que ocupó el cargo de comisionado desde el 7 de diciembre

de 2009 hasta el 6 de diciembre de 2013, asegurando que para el periodo inmediatamente siguiente fue designada la persona que ocupó el primer puesto en el concurso. Sin embargo, el juez considera que no es posible asegurar que el concurso del que fue excluido este destinado a proveer el cargo para el periodo que supuestamente iniciaría el 7 de diciembre de 2017 y al cual podría aspirar el accionante, pues del concurso no es posible deducir que este destinado a proveer los cargos por vacancia absoluta o definitiva, adicionalmente, hay que tener en cuenta que cada periodo institucional es por un lapso de 4 años.

En cuanto a la manera en que debe entenderse la prohibición de reelección del comisionado para el periodo siguiente -artículo 9 de la Ley 909 de 2004-, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante providencia del 3 de julio de 2014, consideró que el miembro de la Comisión Nacional que culmina su periodo se podrá volver a presentar para el periodo institucional que se inicia cuatro años después de la fecha de terminación de su periodo anterior. A su vez, aseguró que el párrafo transitorio de la mencionada disposición legal estableció que el periodo de los tres primeros comisionados tendría distinta duración, con la finalidad de asegurar el funcionamiento de la Comisión.

Concluyó que el periodo de los miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil es institucional de acuerdo con lo estipulado en el artículo 9 de la Ley 909 de 2004 y el párrafo del artículo 125 de la Constitución. Lo que implica que ante faltas absolutas o definitivas el cargo se proveerá por el tiempo que le hiciere falta al titular y para efectos de la prohibición de reelección la expresión “periodo institucional” no se afecta.

De otra parte, aseguró que en el acápite de la convocatoria “legalidad y juramento” la ESAP tiene la facultad de excluir en cualquiera de las etapas cuando se verifique el incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos para el cargo. Lo anterior evidencia que la entidad demandada no ha obrado de manera arbitraria.

Debido a los argumentos expuestos, negó la acción de tutela interpuesta por el señor Jorge Alberto García García.

3.2. Impugnación[12].

El 31 de octubre de 2014, el ciudadano Jorge Alberto García García impugnó la sentencia de

primera instancia y solicitó revocarla reiterando los argumentos expuestos en la demanda de tutela y adicionalmente, manifestó que el mérito se determina a través de la demostración de la experiencia, competencias y calidades académicas requeridas para el desempeño del cargo, una vez se agoten todas las etapas del concurso público y se seleccione al mejor aspirante.

De acuerdo con el inciso 3º, del artículo 9º, de la Ley 909 de 2004, la CNSC se conformará mediante concurso público y abierto convocado por el Gobierno Nacional. El carácter de público exige que todas las actuaciones sean publicadas, transparentes y sean acordes con el derecho al debido proceso, situación que el actor considera no se ha dado en este caso, pues considera que la ESAP ha omitido publicar todas sus actuaciones, entre las que se encuentra la decisión de excluirlo del proceso y la imposibilidad de presentar el recurso ante la aplicación dispuesta para ello. En cuanto al carácter abierto del concurso, este fue violado por la ESAP al convertirlo en cerrado y solo para quien tenga la condición de excomisionado.

Al hablar de la competencia reglada de la ESAP para realizar el concurso de méritos, consideró que la entidad no puede aplicar trámites inexistentes en la Ley para el proceso y deshacerse del cumplimiento del bloque de legalidad aplicable al concurso -Decreto 3016 de 2008 y Ley 909 de 2004-.

De otra parte, el actor reprocha que la sentencia de instancia no haya hecho alusión a los artículos 1 y 4 de la Ley 190 de 1995, los cuales a su juicio, son fundamentales para resolver el conflicto suscitado, tampoco se tuvo en cuenta al escrito presentado el 20 de octubre de 2014, en el que sustentó su demanda de tutela, ni el de la coadyuvancia por parte del señor José William Ruiz Cadena del 24 de octubre de 2014.

Afirmó el actor, que el análisis del artículo 9º, de la Ley 909 de 2004 fue parcial y no se realizó sobre todos los contenidos normativos de dicha disposición legal, pues el inciso segundo en su parte final, consagró una prohibición legal para Comisionados, no para excomisionados. Consideró que la prohibición allí establecida opera cuando se cumplan las siguientes condiciones: (i) que el aspirante tenga la calidad de Comisionado; (ii) que al momento de la inscripción en el concurso se encuentre en el primer lugar de la lista de elegibles; (iii) que ocupe el primer puesto y; (iv) que sea reelegible para el periodo

siguiente.

3.3. Sentencia del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, del 16 de diciembre de 2014[13].

3.3.1. Medida cautelar y vinculación de terceros interesados.

Mediante Auto del 20 de noviembre de 2014[14] el despacho avocó conocimiento y decretó la medida provisional solicitada por el actor, en consecuencia ordenó suspender el concurso de méritos y los actos que se hayan expedido con posterioridad a la presentación de la acción de tutela. También dispuso vincular a través de la página web de la rama judicial y como terceros interesados a los aspirantes que superaron la prueba escrita de conocimientos y competencias presentada el 6 de octubre de 2014, para que en el término de 24 horas se pronunciaran sobre los hechos de la tutela. En dicho lapso se presentaron las siguientes intervenciones:

Mediante escrito del 24 de noviembre de 2014, la ciudadana Mónica María Moreno Bareño[15], informó que la convocatoria pública de méritos culminó el 14 de noviembre de 2014 cuando se profirió la lista definitiva de elegibles, lo que implica que en caso que se le haya causado algún daño al actor el mismo ya se consumó, por lo tanto, considera que se debe respetar la lista de elegibles.

Por su parte, la señora Blanca Clemencia Romero Acevedo, radicó escrito el 24 de noviembre de 2014[16] manifestando que sacó el primer puesto para ocupar el único cargo de Comisionado Nacional del Servicio Civil ofertado por la ESAP, que el acto administrativo actualmente se encuentra en firme y por lo tanto, es de obligatorio cumplimiento. Además, una vez publicada la lista de elegibles se le reconoce al candidato que ocupó el primer puesto el derecho a ser nombrado en el cargo al que concursó, es decir que, deja de ser una mera expectativa y se convierte en un derecho adquirido.

A su vez, el artículo 97 del CPACA y el artículo 14 y siguientes del Decreto Ley 760 de 2005, establece que no es posible revocar actos administrativos de carácter particular y concreto.

Señalo que la acción de tutela es improcedente, puesto que el actor cuenta con otros

mecanismos judiciales. Así mismo, se está frente a un daño consumado, pues una vez publicada la lista de elegibles esta es inmodificable y, por lo tanto, la participación dentro del proceso de selección que se reclama ya no es posible, pues el mismo ya finalizó.

Posteriormente, el 25 de noviembre de 2014, intervino el ciudadano Edwin Arturo Ruíz Moreno adhiriéndose a las pretensiones y argumentos del actor.[17]

3.3.2. Decisión del juez de segunda instancia.

Al referirse al requisito de inmediatez, manifestó que la acción de tutela fue interpuesta el 14 de octubre de 2014, es decir, a los 8 días siguientes de proferida la decisión de la ESAP de excluir del concurso al señor Jorge Alberto García García, cumpliendo con dicho requisito.

Respecto de la vulneración al debido proceso administrativo aseguró que la convocatoria es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, participantes, como a las entidades contratadas para la realización del mismo. Es así, que en las reglas del concurso convocado por la ESAP para proveer el cargo de Comisionado para el periodo institucional entre el 7 de diciembre de 2014 y el 6 de diciembre de 2018, se indicó que este se regirá por lo establecido en la Constitución Política, la Ley 909 de 2004, el Decreto 3016 de 2008, el manual específico de funciones, competencias laborales y requisitos, la invitación pública efectuada en diario de prensa y bajo los lineamientos establecidos en la convocatoria.

El ciudadano Jorge Alberto García García cumplió con los requisitos generales y específicos referentes a educación y experiencia profesional establecidos en el numeral 2º, del artículo 8º, de la Ley 909 de 2004, lo que le permitió a la ESAP admitirlo y citarlo para la prueba escrita de conocimientos y competencias el 28 de septiembre de 2014, a la cual asistió el actor. Posteriormente, el día 6 de octubre de 2014, la ESAP le envió al tutelante un correo electrónico mediante el cual le informó que estaba excluido del concurso de méritos al encontrarse inmerso en la prohibición de ser reelegido, establecida en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004.

Al realizar una interpretación teleológica o finalista de la norma objeto de controversia, llegó a la conclusión que la finalidad del legislador era prohibirle al comisionado que se encuentre

ejerciendo el cargo reelegirse para el periodo siguiente, lo que llevó a concluir que al actor le asiste la razón, debido a que este fue comisionado durante el periodo comprendido entre el 7 de diciembre de 2009 y el 6 de diciembre de 2013, y para el periodo siguiente, es decir el que va entre el 7 de diciembre de 2013 y el 6 de diciembre de 2017 fue elegido el doctor Pedro Elías Rodríguez Tobo.

La Sala concluyó “que el doctor García García no pretendió reelegirse al momento de inscribirse en el concurso de méritos para el cargo de Comisionado del periodo institucional que inicia el 7 diciembre de 2014 y culmina el 6 de diciembre de 2018, toda vez, que como se ha indicado, el periodo institucional en el que fungió como Comisionado el accionante feneció el día 6 de diciembre de 2013 y para el periodo siguiente se eligió un nuevo Comisionado, valga decir, el actor no se inscribió para concursar para el cargo de Comisionado para el periodo inmediatamente siguiente al que concluyó.”[18]

Aseguró que la reelección implica necesariamente que el funcionario que este ocupando determinado cargo continúe ejerciendo en el mismo. En el presente caso esa situación no se da, pues para el periodo al que se postuló el señor García García no coincide con el inmediatamente siguiente al de su terminación, lo que implica que no se está frente a una reelección, por la tanto, no está inmerso en la prohibición del artículo 9º de la Ley 909 de 2004.

Lo anterior, conlleva a concluir que la ESAP vulneró el derecho al debido proceso del actor al configurarse un defecto sustantivo, toda vez, que la decisión de excluirlo se fundamentó en una norma inaplicable al caso concreto, esto conllevó a la violación de otros derechos de rango constitucional como la igualdad, el de participación y acceso al ejercicio de cargos públicos, en consecuencia la acción de tutela procede como mecanismo definitivo y no transitorio[19].

En consecuencia, procedió a revocar la sentencia de instancia y le ordenó a la ESAP: (i) inaplicar la decisión de exclusión del 6 de octubre de 2014; (ii) habilitar en el concurso al señor Jorge Alberto García García y publicar los resultados de las pruebas escritas presentadas por el actor, concediéndole la posibilidad de presentar reclamación frente a los resultados; (iii) en caso que el actor obtenga un puntaje superior a 70 puntos sobre 100, se le deberá garantizar la aplicación rápida a las pruebas faltantes; (iv) se le garantice el

derecho a ser integrante de la lista de elegibles, en caso que obtenga como resultado definitivo en las pruebas aplicadas, un puntaje ponderado igual o superior a 70 puntos de conformidad con las reglas del concurso y; (v) recomponer en estricto orden de méritos la lista de elegibles fijada el día 14 de noviembre de 2014, con base en los resultados obtenidos por el señor García García.

II. FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36-[20].

2. Procedencia de la demanda de tutela.

2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. El accionante considera que la entidad accionada le vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, derecho a la defensa, -art. 29 C.P., derecho a participar y a acceder a cargos públicos -art. 40 C.P., y al trabajo -art. 25 C.P.

2.2. Legitimación activa. La acción de tutela fue interpuesta por el ciudadano Jorge Alberto García García, con fundamento en el artículo 86[21] de la Carta, el cual establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actué en su nombre.

2.3. Legitimación pasiva. La acción de tutela fue dirigida contra la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, entidad pública que es demandable a través de acción de tutela[22].

2.4. Inmediatez. La Escuela Superior de Administración Pública excluyó del concurso al ciudadano Jorge Alberto García García mediante comunicación del 6 de octubre de 2014[23], en consecuencia, el actor interpuso recurso de reposición contra dicha decisión, el cual fue resuelto por la ESAP el día 16 de octubre del mismo año[24], y la acción de tutela fue interpuesta el 14 de octubre de 2014[25], es decir, 8 días después de la carta de

exclusión y antes que fuera resuelto el recurso.

2.5. Subsidiariedad. El artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para reclamar la protección de los derechos fundamentales cuando estos se encuentren amenazados o violados por la omisión o acción de las autoridades públicas o de los particulares. Sin embargo, esta solo resulta procedente cuando no existen o se han agotado todos los mecanismos judiciales y administrativos que resultan efectivos para la protección de los derechos fundamentales, a no ser que se demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio[26]. Esto tiene como finalidad impedir que este mecanismo, que es excepcional, se convierta en principal.

La subsidiaridad se deriva del carácter excepcional, preferente y sumario que tiene la acción de tutela, el cual le impone al ciudadano la obligación de acudir a los otros mecanismos antes de invocar la protección de los derechos fundamentales a través de la tutela, salvo que de no invocarse se presente la ocurrencia de un perjuicio irremediable el cual deberá demostrarse que es (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable[27].

La Sentencia SU-913 de 2009, al analizar la procedibilidad de la acción de tutela para estudiar un caso relacionado con un concurso de méritos estableció:

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

legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular[30]”.

Vale la pena aclarar que para el momento en que fue proferida la Sentencia SU-913 de 2009, la Ley 1437 de 2011 aún no hacía parte del ordenamiento jurídico, por tal razón le corresponde a la Sala analizar si con la entrada en vigencia del CPACA el accionante contaba con otro mecanismo para reclamar la protección de los derechos fundamentales, en caso de ser así, si resulta idóneo y eficaz.

2.5.1. Las medidas cautelares en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

La Ley 1437 de 2011, mediante la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, en el artículo 138 dispuso que “toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procede por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior”. A su vez, el artículo 137 que versa sobre la nulidad, establece que procederá cuando el acto administrativo “haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”.

Más adelante, en la misma disposición legal, el capítulo XI sobre medidas cautelares trató en cada uno de sus artículos de explicar el procedimiento de estas medidas de la siguiente manera: artículo 229 procedencia de las medidas; artículo 230 contenido y alcance; artículo 231 requisitos para decretarla; artículo 232 caución; artículo 233 procedimiento para la adopción; artículo 234 medidas cautelares de urgencia; artículo 235 el levantamiento, modificación y revocatoria; artículo 236 recursos; artículo 237 prohibición de reproducción del acto suspendido o anulado; artículo 238 procedimiento en caso de reproducción del acto suspendido; artículo 239 procedimiento en caso de reproducción del acto anulado; artículo 240 responsabilidad y; artículo 241 las sanciones.

El artículo 229, establece que las medidas cautelares procede en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción contencioso administrativo, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de

parte debidamente sustentada, podrá el juez decretar las medidas cautelares que estime necesarias para la protección y garantía provisional del objeto del proceso y de la efectividad de la sentencia.

El inciso segundo señala que la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento, lo cual favorece el decreto de las mismas si se tiene en cuenta que no afecta la decisión final que adopte el funcionario judicial en el caso concreto.

Por su parte, el artículo 230 establece que las medidas cautelares pueden ser preventivas, cuando se ordene la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos; conservativas, cuando el juez ordena que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante, cuando fuere posible; anticipativas, en el evento que se ordene la adopción de una decisión administrativa o se imparta órdenes o se le imponga a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer; o de suspensión cuando se ordene suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual o se ordene suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

El numeral 2º del artículo 230 del CPACA señala que a esta medida cautelar “solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida”.

Lo anterior, puede llevar al funcionario judicial a adoptar las medidas que considere pertinente con la finalidad de mantener una situación o restablecerla al estado en que se encontraba antes de la conducta que causó la vulneración o la amenaza; suspender un procedimiento o una actuación de cualquier naturaleza; suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; ordenar la adopción de una decisión por parte de la administración o la realización o demolición de una obra; e impartir órdenes o imponer obligaciones de hacer o no hacer a cualquiera de las partes en el proceso correspondiente.

A su vez, el artículo 231 habla de dos tipos de medidas cautelares, por un lado, la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo cuando se pretenda su nulidad y por el otro, están el resto de medidas. Esta misma norma indica que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. De igual forma, cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

Dicho artículo dispone que para decretar el resto de medidas se requiere que concurren los siguientes requisitos: (i) que la demanda se encuentre razonablemente fundada en derecho; (ii) que el demandante hubiere demostrado de forma al menos sumaria la titularidad de los derechos que invoca; (iii) que de los planteamientos del demandante constituidos por documentos, informaciones, justificaciones o argumentos, sea posible concluir, luego de ponderar los intereses, que para el interés público resulta mucho más grave negar la medida que concederla; y (iv) adicionalmente se debe cumplir cualquiera de las siguientes dos condiciones: (a) que de no adoptarse la medida se cause un perjuicio irremediable o (b) que existan motivos serios que indiquen que de negarse los efectos de la sentencia serían nugatorios.

El artículo 233, el cual es concordante con el artículo 229, regula el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares, en lo relacionado con la oportunidad para solicitar y decretar la medida prescribe que ésta “(...) podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso”.

A su vez, el artículo 234 establece las medidas cautelares de urgencia, las cuales podrán ser adoptadas por el juez o magistrado desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, la autoridad judicial puede adoptar una medida cautelar cuando verificadas las condiciones generales previstas para su adopción, evidencie que por la urgencia que se presenta no puede agotarse el trámite previsto en el artículo 233. Contra esta decisión proceden los recursos a los que haya lugar. En caso de que la medida sea adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente previa la constitución de la

caución señalada en el auto que la decreta.

Así mismo, el artículo 236 establece una regla común a ambos procedimientos y es la procedencia de los recursos de apelación o de súplica, que son concedidos en el efecto devolutivo, los cuales deberán ser resueltos en un término máximo de 20 días.

3. Caso Concreto

3.1. El ciudadano Jorge Alberto García García se presentó al concurso de méritos público y abierto para la conformación de la lista de elegibles para la designación de un miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, siendo admitido al mismo y citado para presentar prueba escrita de conocimiento y competencias.

El 6 de octubre de 2014 y antes de la publicación de los resultados de la prueba escrita, el actor recibió en su correo electrónico una comunicación en la que le informaron que había sido excluido del concurso de méritos, debido a que, estaba incurso en la inhabilidad contemplada en el artículo 9° de la Ley 909 de 2004, al haber ocupado el cargo de Comisionado Nacional del Servicio Civil por el periodo comprendido entre el 7 de diciembre de 2009 y el 6 de diciembre de 2013. Al no estar de acuerdo con la decisión y estando vigente el término para presentar reclamación, realizó varios intentos en la plataforma sin poder lograr enviar su reclamación a través de este mecanismo, esta situación lo llevó a radicar el documento de manera directa en la oficina de correspondencia de la ESAP.

El actor considera que la ESAP vulneró su derecho al debido proceso al excluirlo del proceso sin fundamento legal que ampare dicha decisión, pues en los términos de la convocatoria no se contempló el procedimiento de exclusión, lo que a su juicio, hace imposible su aplicación. De requerir la aplicación de una norma, debió aplicar por analogía la Ley 157 de 1887, y los artículos 14, 15 y 16 del Decreto 760 de 2005.

En consecuencia solicitó como medida cautelar ordenar a la ESAP suspender la aplicación del oficio SPI. 170.1480.10-751 del 6 de octubre de 2014, mediante el cual fue excluido del concurso de méritos. Adicionalmente, solicitó ordenar suspender la convocatoria en el trámite en el que se encuentre, hasta que haya un pronunciamiento por parte del juez constitucional.

3.2. La entidad accionada -la ESAP- informó que el señor Jorge Alberto García García no pudo interponer reclamación a través de la plataforma, sin embargo, su queja fue recibida y resuelta dentro de los términos estipulados en el cronograma del concurso. De otra parte, constató que el señor Jorge Alberto García García se encuentra incurso en la prohibición contemplada en el artículo 9 de la Ley 909 de 2004, debido a que trabajó en la CNSC en el cargo de comisionado desde el 7 de diciembre de 2009 hasta el 6 de diciembre de 2013, motivo por el que se procedió a su expulsión, de acuerdo con lo contemplado en el ítem “legalidad y juramento” de la convocatoria que dice que en caso que se verifique el incumplimiento de los requisitos exigidos por parte de los concursantes, la ESAP lo podrá excluir en cualquiera de sus etapas.

A su vez, aseveró que no es posible aplicar por analogía el Decreto 760 de 2005, puesto que este regula el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para los procesos de carrera administrativa, mientras que los concursos públicos de méritos están regulados por el Decreto 3016 de 2008. Debido a lo anterior, pidió al juez constitucional negar las pretensiones del actor.

3.3. El juez de primera instancia negó las pretensiones del actor basándose principalmente en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, sobre la prohibición de reelección del comisionado para el periodo siguiente contemplada en el artículo 9 de la Ley 909 de 2004 en el que se aseguró que el miembro de la Comisión Nacional que culmina su periodo solo podrá volver a presentarse para el periodo institucional que se inicia cuatro años después de la fecha de terminación de su periodo anterior, puesto que el periodo de los miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil es institucional de acuerdo con lo estipulado en el artículo 9 de la Ley 909 de 2004 y el parágrafo del artículo 125 de la Constitución. Lo que implica que ante faltas absolutas o definitivas el cargo se proveerá por el tiempo que le hiciere falta al titular y para efectos de la prohibición de reelección la expresión “periodo institucional” no se afecta.

Por su parte, el juez de segunda instancia revocó y concedió el amparo solicitado manifestando, en primer lugar, que la acción de tutela es procedente para proteger a los concursantes ante las posibles arbitrariedades de la administración, pese a que cuentan con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues este mecanismo no es materialmente eficaz para proteger los derechos fundamentales al no poder dar una

solución efectiva ni oportuna debido al dispendiosa trámite al que está sometida.

En segundo lugar, realizó una interpretación teleológica o finalista del artículo 9° de la Ley 909 de 2004, lo que lo llevó a concluir que la finalidad del legislador era prohibirle al comisionado que se encuentre ejerciendo el cargo reelegirse para continuar ejerciendo el mismo en el periodo siguiente. Es así, que al actor le asiste la razón, debido a que, este fue comisionado durante el periodo comprendido entre el 7 de diciembre de 2009 y el 6 de diciembre de 2013, y para el periodo siguiente, es decir, el que va entre el 7 de diciembre de 2013 y el 6 de diciembre de 2017 fue elegido el doctor Pedro Elías Rodríguez Tobo.

3.4. Acorde con las circunstancias planteadas le corresponde analizar a la Sala si en el presente caso se cumple con el requisito de subsidiariedad.

En primer lugar, es importante señalar que las decisiones tomadas en el marco de un concurso de méritos son susceptibles de ser demandadas ante la jurisdicción contenciosa administrativa, mediante las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, tal y como lo señalaron los jueces de instancia. Es así, que el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, indica que la nulidad procede cuando el acto administrativo “haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”. A su vez, el artículo 138 de la misma ley señala que, “toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho”.

De lo anterior, se desprende que si el Señor García García considera que el acto administrativo mediante el cual fue expulsado del concurso fue fundamentado en una norma que no era aplicable a su caso, como lo es el artículo 9° de la Ley 909 de 2004, después de haber sido admitido en la convocatoria y además vulnerándosele el derecho de defensa, podía solicitarle al juez administrativo que dicho acto fuera declarado nulo.

En segundo lugar y como se indicó en párrafos anteriores, en el proceso administrativo proceden las medidas cautelares como mecanismo de defensa provisional, idóneo y eficaz, de aquellos derechos cuya salvaguarda se pretende conseguir en la sentencia, pero los cuales al verse expuestos a la ocurrencia de un perjuicio irremediable requieren de una

medida inmediata de protección. En ese sentido, el literal a), numeral 4°, artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, impone como una de las condiciones para que se decreten las medidas cautelares “que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable”, presupuesto con el que se cumple en el presente caso, pues según lo manifestado por el actor en la demanda de tutela la posibilidad de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable fue lo que lo llevó a solicitar en el trámite de la tutela que se decretara como medida cautelar la suspensión del oficio SPI. 170.1480.10-751 del 6 de octubre de 2014, mediante el cual fue excluido del concurso de méritos, así como la suspensión de la convocatoria en el trámite en el que se encuentre.

En tercer lugar, las medidas cautelares del artículo 233 del CPACA podrán ser adoptadas antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso. El primer supuesto implica que el juez debe expedir un auto diferente al de la admisión sin recursos, en el cual se le corre traslado de la medida al demandado con el objetivo de que se pronuncie sobre ella en un término de cinco (5) días. Una vez vencido ese término empezará a contarse un plazo máximo improrrogable de diez (10) días para que la autoridad judicial se pronuncie sobre la solicitud. En el caso de que proceda caución, el magistrado o juez deberá fijarla y solo podrá hacerse efectiva la medida cuando quede ejecutoriado el auto que acepte la caución.

El trámite indicado, supone que la adopción de estas medidas se hace de manera rápida y dentro de un término razonable, es más, incluso puede ser más efectiva que la solicitud ante un juez de tutela, pues como sucedió en el presente caso, el actor interpuso la acción de tutela el 14 de octubre de 2014, el juez de primera instancia negó la solicitud de medida cautelar el 21 de octubre de 2014[31], el fallo fue proferido el 28 de octubre del mismo año. Posteriormente fue impugnado, y solo hasta el 20 de noviembre de 2014, el juez de segunda instancia decidió otorgar la medida provisional solicitada desde la interposición de la demanda de tutela, es decir, que desde el momento en que fue interpuesta la acción constitucional y hasta cuando fue decretada la medida cautelar transcurrieron más de dos meses, lapso igual o inferior al que hubiera tomado la adopción de la medida contemplada en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011.

Ahora bien, el actor también puede acudir a las medidas cautelares de urgencia del artículo 234 CPACA y una vez realizada la solicitud y sin necesidad de notificar previamente a la otra

parte, la autoridad judicial puede adoptar una medida cautelar cuando verificadas las condiciones generales previstas para su adopción, evidencie que por la urgencia que se presenta no puede agotarse el trámite previsto. Pese a que se dispone que la decisión será susceptible de los recursos a los que hubiere lugar, allí se prescribe que la medida deberá comunicarse y cumplirse previa constitución de la caución señalada en el auto respectivo.

Todo lo anterior no obsta para que, si dentro del trámite señalado, el accionante considera que se vulnera alguno de sus derechos fundamentales, acuda a la acción de tutela para ventilar dichas inconsistencias, reiterando, la necesidad de agotar primero los recursos inmediatos con que cuenta ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Es así, que la Sala considera que el señor Jorge Alberto García García cuenta con un mecanismo idóneo y eficaz para salvaguardar la protección de sus derechos invocados como es la acción de nulidad o de nulidad restablecimiento del derecho, junto con la solicitud de medidas cautelares y de las medidas cautelares de urgencia. Sin embargo, en el presente caso, se evidencia que el actor no acudió a la jurisdicción contenciosa, lo que le impidió hacer uso de la solicitud de medida cautelar contemplada en el artículo 229 del CPACA, así como de las medidas cautelares de urgencia del artículo 234. Por el contrario, decidió interponer acción de tutela alegando que esta era procedente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sin lograr desvirtuar porque el procedimiento administrativo no cumplía con este mismo objetivo.

Teniendo claridad de la existencia de un proceso judicial idóneo y eficaz, para resolver la controversia surgida de la decisión adoptada por la autoridad accionada, la Sala concluye que no es procedente la acción de tutela objeto de estudio.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el juez de segunda instancia concedió el amparo como mecanismo definitivo, dentro del término previsto por la ley para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que generó en el actor una expectativa para que de buena fe no acudiera a dicho mecanismo legal, lo que implicó el vencimiento del término. Debido a lo anterior, la Sala considera necesario habilitar al accionante para que instaure, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta providencia, la acción ordinaria correspondiente – si aún no lo ha hecho –.

En consecuencia, la Sala revocará el fallo de tutela de segunda instancia del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, del 16 de diciembre de 2014, en el sentido de declarar improcedente la acción de tutela al no cumplir con el requisito de subsidiariedad.

III. CONCLUSIÓN.

1. Síntesis del caso. El ciudadano Jorge Alberto García García se presentó al concurso de méritos público y abierto para la conformación de la lista de elegibles para la designación de un miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, siendo admitido al mismo. Posteriormente, el 6 de octubre de 2014 el actor fue excluido del concurso de méritos por parte de la ESAP al considerar que está incurso en la inhabilidad contemplada en el artículo 9° de la Ley 909 de 2004, debido a que ocupó el cargo de Comisionado Nacional del Servicio Civil del 7 de diciembre de 2009 y al 6 de diciembre de 2013.

El actor considera que la ESAP vulneró su derecho al debido proceso al excluirlo del proceso sin fundamento legal que ampare dicha decisión, pues en los términos de la convocatoria no se contempló el procedimiento de exclusión, lo que a su juicio, hace imposible su aplicación. En consecuencia interpuso acción de tutela y solicitó como medida cautelar ordenar a la ESAP suspender la aplicación del oficio SPI. 170.1480.10-751 del 6 de octubre de 2014, mediante el cual fue excluido del concurso de méritos. Adicionalmente, solicitó ordenar suspender la convocatoria en el trámite en el que se encuentre, hasta que haya un pronunciamiento por parte del juez constitucional.

2. Decisión. La Sala revocará el fallo de tutela de segunda instancia del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, del 16 de diciembre de 2014 que concedió el amparo solicitado, y en su lugar, declarará improcedente la acción de tutela al no cumplir con el requisito de subsidiariedad.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el juez de segunda instancia concedió el amparo como mecanismo definitivo, dentro del término previsto por la Ley para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, generando en el accionante una expectativa de no acudir a dicho mecanismo, la Sala considera necesario habilitar al actor para que instaure, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta providencia, la acción ordinaria correspondiente – si aún no lo ha hecho –.

3. Razón de la decisión. La acción de tutela es improcedente cuando el accionante cuenta con un mecanismo idóneo y eficaz para salvaguardar la protección de sus derechos invocados como es la acción de nulidad o de nulidad restablecimiento del derecho, junto con la solicitud de medidas cautelares y de las medidas cautelares de urgencia contempladas en dicha acción. Lo anterior en el evento que el peticionario no logre demostrar, que dichos mecanismos no son idóneos ni eficaces para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

No obstante los importantes cambios legislativos que en materia de medidas cautelares introdujo la Ley 1437 de 2011 y en particular en lo que se refiere a la denominada suspensión provisional, la acción de tutela podría proceder, entre otros eventos, (i) cuando la aplicación de las normas del CPACA no proporcione una protección oportuna de los derechos fundamentales o (ii) cuando el contenido o interpretación de las disposiciones de dicho Código no provean un amparo integral de tales derechos.

VI. DECISIÓN.

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

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.

SEGUNDO. PREVENIR al actor sobre su obligación de instaurar, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta providencia, la acción ordinaria correspondiente – si aún no lo ha hecho –.

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

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Acción de tutela presentada el 14 de octubre de 2014, por el ciudadano Jorge Alberto García García contra la Escuela Superior de Administración Pública ESAP. (Folios 1 al 25 del cuaderno No. 1).

[2] Afirmación realizada en la demanda de tutela. (Folio 9 del cuaderno No. 1)

[3] Afirmación realizada en la demanda de tutela, para sustentarla. (Folio 10 del cuaderno No. 1). Adicionalmente sustenta esta afirmación enviando copia de la lista de “resultados generales prueba escrita de conocimientos y competencias. (Folio 42 al 44 del cuaderno No. 1).

[4] Afirmación realizada en la demanda de tutela. (Folio 12 del cuaderno No. 1)

[5] Escrito del 16 de junio de 2015. (Folio 17 al 32, del cuaderno principal).

[6] Mediante oficio del 20 de octubre de 2014, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá admitió la demanda de tutela y vinculó a la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, se le comunicó el inicio de la acción de tutela a la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC (Folio 63 y 64 del cuaderno No. 1).

- [7] Escuela Superior de Administración Pública ESAP. (Folios 73 a 86 del cuaderno No. 1).
- [8] Intervención del ciudadano José William Ruiz Cadena, como coadyuvante del señor Jorge Alberto García García. (Folio 119 a 126 del cuaderno No. 1).
- [9] Intervención de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC. (Folio 167 y 168 del cuaderno No. 1 y folio 272 al 273 del cuaderno No. 2).
- [10] Auto del 21 de octubre de 2014. (Folios 65 al 66 del cuaderno No. 1).
- [11] Sentencia de primera instancia. (Folios 138 al 163 del cuaderno No. 1).
- [12] Impugnación. (Folios 170 al 190 del cuaderno No. 1.).
- [13] Sentencia de segunda instancia. (Folios 216 al 256 del cuaderno No. 2).
- [15] Intervención de la señora Mónica María Moreno Bareño. (Folios 106 al 108 del cuaderno No. 2).
- [16] Intervención de la señora Blanca Clemencia Romero Acevedo. (Folios 143 al 153 del cuaderno No. 2).
- [17] Intervención del ciudadano Edwin Arturo Ruíz Moreno. (Folios 201 al 204 del cuaderno No. 2).
- [18] Afirmación realizada en la sentencia de segunda instancia. (Folio 249 del cuaderno No. 2).
- [19] Afirmación realizada en la sentencia de segunda instancia. (Folio 252 del cuaderno No. 2).
- [20] En Auto del 16 de abril de 2015 de la Sala de Selección de tutela No. 4 de la Corte Constitucional, dispuso la revisión del expediente T-4.845.698 y procedió a su reparto.
- [21] Constitución Política, Artículo 86 “toda 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”.

[22] Constitución Política de Colombia, Artículo 86.

[23] Carta de exclusión del contrato. (Folio 38 al 41 del cuaderno No. 1).

[24] Respuesta al recurso de reposición. (Folio 92 al 96 del cuaderno No. 1).

[25] Acción de tutela presentada el 6 de mayo de 2014 (Folio 1 al 6 del cuaderno No. 1).

[26] Artículo 86, inciso 3° Constitución Política y en el Decreto 2591 artículo 6°-1° el cual establece la subsidiariedad como causal de improcedencia de la tutela.

[27] Corte Constitucional Sentencia T-1316 de 2001, reiterada por la Sentencia T- 494 de 2010.

[28] Sentencia T-672 de 1998.

[29] Sentencia SU-961 de 1999.

[30] Sentencia T-175 de 1997

[31] Auto del 21 de octubre de 2014. (Folios 65 a 67 del cuaderno No. 1).