

LEY 1437 – Medida cautelar de urgencia / ACCESO A CARGOS PÚBLICOS – Vulneración / ACCESO AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS - Derecho constitucional de naturaleza fundamental / LEY ESTATUTARIA – Debe contener las normas que consagren límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten su núcleo esencial / POTESTAD REGLAMENTARIA – Vulneración. Consejo Superior de la Judicatura / PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY ESTATUTARIA – Vulneración /

El acceso al desempeño de funciones y cargos públicos es un derecho constitucional de naturaleza fundamental, cuya órbita de protección contempla la facultad que le asiste al participante del concurso de elegir entre las opciones disponibles la que más se acomoda a sus preferencias, partiendo del supuesto que cumple con los requisitos exigidos por la ley para el ejercicio del cargo de que se trate. Habida cuenta de la naturaleza fundamental del mencionado derecho, las normas que consagren límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten su núcleo esencial, deben estar contenidas en leyes estatutarias, acorde con el mandato del artículo 152 literal a) de la Carta Política. Precisamente la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en su artículo 85 señala como funciones administrativas del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa, entre otras, las de “17. Administrar la Carrera Judicial de acuerdo con las normas constitucionales y la presente ley” y “22. Reglamentar la carrera judicial”. (...) No queda entonces ningún asomo de duda en el sentido que la expresión objeto de acusación en este proceso comporta una limitante o restricción al derecho fundamental de rango constitucional de acceso a funciones y cargos públicos, que no podía ser introducida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo de convocatoria, pues con ello se arrogó competencias propias del Congreso de la República, vulnerando el principio de reserva de ley estatutaria y excediendo la potestad reglamentaria que le asignó el artículo 85 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. En este contexto, encuentra el Despacho que en este caso se cumplen los requisitos señalados por el inciso primero del artículo 231 del CPACA para decretar las medidas cautelares de urgencia, ante la violación directa y ostensible de las normas de orden Constitucional (artículos 40-7 y 152 – a) y legal (artículo 85 de la Ley 270 de 1996) que ya fueron señaladas, por parte de la expresión objeto de acusación. En consecuencia y de conformidad con lo señalado en el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, mediante esta providencia el Despacho ordenará adoptar las siguientes medidas cautelares de urgencia:

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 234 NUMERAL 3 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 231 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 234 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 40 NUMERAL 7 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 152 – LITERAL a)

NORMA DEMANDADA: ACUERDO PSAA13-9939 DE (25 DE JUNIO) 2013, EXPEDIDO POR LA SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, ARTICULO 2 PARCIAL (SUSPENDIDO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01524-00(3914-13)

Actor: AMPARO LÓPEZ HIDALGO

Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – SALA ADMINISTRATIVA

Autoridades Nacionales

Medio de Control de Nulidad

Suspensión Provisional

Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 230, numerales 2 y 3, y 234 de la Ley 1437 de 2011¹, procede el Despacho a suspender los efectos de la expresión “Solo se permitirá la inscripción de un (1) cargo”, contenida en el artículo 2 del Acuerdo PSAA13-9939 de 25 de junio de 2013², expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que implica consecuentemente la suspensión de la fase I – prueba de conocimientos y psicotécnica de la etapa de selección del concurso de méritos para la provisión de los cargos de Funcionarios de la Rama Judicial.

1.- ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 y mediante apoderado constituido al efecto, la señora AMPARO LÓPEZ HIDALGO solicitó la declaratoria de nulidad de la expresión contenida en el artículo 2 del Acuerdo PSAA13-9939 de 25 de junio de 2013, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, “*Por medio del cual se adelanta el proceso de selección y se convoca al concurso de méritos para la provisión de los cargos de Funcionarios de la Rama Judicial*”, cuyo tenor literal se contrae a lo siguiente: “Solo se permitirá la inscripción de un (1) cargo”.

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

² “*Por medio del cual se adelanta el proceso de selección y se convoca al concurso de méritos para la provisión de los cargos de Funcionarios de la Rama Judicial*”.

Junto con la demanda y en escrito separado, el apoderado de la demandante formuló solicitud de medida cautelar para obtener la suspensión provisional de los efectos de la expresión señalada, exponiendo los siguientes argumentos:

(i).- Con el aparte acusado, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura desbordó la potestad reglamentaria a ella asignada, por cuanto al limitar la inscripción a un solo cargo, estableció en forma irrazonable y desproporcionada una restricción a los derechos a la igualdad, al libre acceso a la función pública judicial y a la libertad de escoger profesión u oficio, que no está prevista ni en la Constitución, ni en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia;

(ii).- De igual manera sostiene que se transgrede el inciso final del artículo 53 Superior, toda vez que un Acuerdo de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no puede menoscabar la libertad, dignidad humana ni los derechos de los trabajadores judiciales;

(iii).- La expresión acusada vulnera lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta Política, toda vez que desconoce el criterio del mérito como regla general de acceso a los cargos de carrera en el sector público;

(iv).- Dicha restricción no tuvo lugar en concursos anteriores, donde se permitió a los aspirantes postular para varios cargos y en distintas especialidades, lo que hace evidente la vulneración al derecho fundamental a la igualdad.

Mediante auto de 11 de diciembre de 2013³ se le dio el trámite previsto en el inciso segundo del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011 a la solicitud de medida cautelar, ordenando correr traslado por el término de cinco días a la entidad demandada, actuación que se surtió mediante notificación electrónica efectuada el día 24 de abril de 2014⁴.

2.- COMPETENCIA

³ Folios 2 y 3 del cuaderno de medida cautelar.

⁴ Folio 7 id.

Por tratarse del medio de control de nulidad de un acto administrativo de carácter general, del cual conoce el Consejo de Estado en única instancia⁵, es competencia del suscrito Consejero, en Sala Unitaria, resolver sobre la procedencia de las medidas cautelares de urgencia, en los términos del artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con los artículos 125 y 243 numeral 2 del mismo Estatuto.

3.- CONSIDERACIONES

Si bien se observa que para la fecha de expedición de esta providencia, el término de traslado otorgado a la entidad demandada en el inciso segundo del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011 aún se está surtiendo, procederá el Despacho a suspender los efectos de la expresión acusada del artículo 2 del Acuerdo PSAA13-9939 de 25 de junio de 2013 y, consecuentemente, a ordenar la suspensión de la fase I – prueba de conocimientos y psicotécnica de la etapa de selección del concurso de méritos para la provisión de los cargos de Funcionarios de la Rama Judicial; considerando, que en este caso se configuran los presupuestos que estructuran la urgencia de la medida cautelar.

Al efecto, es importante resaltar que el **literal a) del artículo 152 de la Constitución Política** establece el principio de reserva de ley estatutaria, en los siguientes términos:

“Artículo 152.- Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;”.

En relación con este aspecto, la doctrina constitucional ha identificado algunos criterios que permiten determinar si una norma debe estar sometida a reserva de ley estatutaria, así:

“Según la jurisprudencia de esta Corte⁶, tratándose de derechos y deberes fundamentales (lit. a del art. 152 Const.), los criterios para saber si determinada disposición que los regule debe ser tramitada como ley estatutaria son los siguientes: (i) que efectivamente la materia verse sobre derechos y deberes de carácter fundamental; (ii) que desarrolle elementos estructurales y principios básicos propios del derecho o deber en cuestión; (iii) que se refiera a contenidos próximos al núcleo esencial del derecho; (iv) que regule aspectos inherentes al ejercicio del derecho; (v) que consagre límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten el núcleo esencial; (vi) cuando se trate de un cuerpo normativo,

⁵ Numeral 1 artículo 149 de la Ley 1437 de 2011.

⁶ C-319 de 2006 (abril 25), M. P. Álvaro Tafur Galvis. (Pie de página original del texto citado entre comillas).

que éste pretenda regular de manera integral, estructural y completa un derecho fundamental que aluda a la estructura general y principios reguladores, pero no al desarrollo integral y detallado; y (vii) que la disposición se refiera a aspectos principales e importantes de tales derechos”⁷.

Ahora, en lo que concierne al acceso a los cargos públicos el **numeral 7º del artículo 40 de la Carta Política**, consagra que *“Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse”*.

Acceso a los cargos públicos que se constituye en una garantía con la que cuenta el ciudadano para presentarse a concursar cuando haya cumplido los requisitos que la respectiva convocatoria prevé; derecho que goza del carácter de fundamental, tal como la Corte Constitucional lo ha considerado, de la siguiente manera:

“Está de por medio, sin lugar a dudas, la efectividad de un derecho que, si bien, dada su naturaleza política, no ha sido reconocido por la Constitución a favor de todas las personas sino únicamente a los ciudadanos colombianos que no sean titulares de doble nacionalidad, tiene, respecto de ellos, el carácter de fundamental en cuanto únicamente la seguridad de su ejercicio concreto permite hacer realidad el principio de la participación, que se constituye en uno de los esenciales dentro de la filosofía política que inspira nuestra Carta, lo cual encuentra sustento no solo en la misma preceptiva constitucional, en su Preámbulo y en sus artículos 1, 2, 3, 40, 41, 103 a 112, entre otros, sino en el texto de la papeleta por medio de la cual el pueblo colombiano votó abrumadoramente el 27 de mayo de 1990 por la convocatoria de una Asamblea Constituyente, cuyo único propósito expreso consistió en “fortalecer la democracia participativa.

El derecho específico al ejercicio de cargos y funciones públicas 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.

Si ello es así, tal protección puede ser reclamada, en casos concretos, mediante el uso del mecanismo de la acción de tutela, concebida precisamente como medio idóneo para asegurar que los derechos trascienden del plano de la ilusión al de la realidad”⁸.

Y cuyo ámbito de protección se circunscribe a lo siguiente:

“Igualmente la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo⁹, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las

⁷ Sentencia C-850 de 25 de noviembre de 2009, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

⁸ Sentencia T-003 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁹ Sentencia T-309 de 1993 (pie de página original del texto citado entre comillas).

exigencias establecidas en el concurso de méritos¹⁰, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos¹¹, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público¹²¹³.

En suma, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos es un derecho constitucional de naturaleza fundamental, cuya órbita de protección contempla la facultad que le asiste al participante del concurso de elegir entre las opciones disponibles la que más se acomoda a sus preferencias, partiendo del supuesto que cumple con los requisitos exigidos por la ley para el ejercicio del cargo de que se trate.

Habida cuenta de la naturaleza fundamental del mencionado derecho, las normas que consagren límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten su núcleo esencial, deben estar contenidas en leyes estatutarias, acorde con el mandato del artículo 152 literal a) de la Carta Política.

Precisamente la **Ley 270 de 1996**, Estatutaria de la Administración de Justicia, en su **artículo 85** señala como funciones administrativas del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa, entre otras, las de “17. Administrar la Carrera Judicial de acuerdo con las normas constitucionales y la presente ley” y “22. Reglamentar la carrera judicial”.

La Corte Constitucional ha definido la potestad reglamentaria como “una facultad constitucional propia del Presidente de la República (art. 189-11 C.P.) que lo autoriza para expedir normas de carácter general destinadas a la correcta ejecución y cumplimiento de la ley”¹⁴.

De igual manera ha señalado las características de la potestad reglamentaria, así:

“La potestad reglamentaria tiene fundamento en lo previsto por el artículo 189-11 C.P., según el cual el Ejecutivo está revestido de la facultad para expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Esta competencia, por ende, está dirigida a determinar reglas específicas para que los distintos organismos del Estado cumplan adecuadamente con las disposiciones legislativas.

La potestad reglamentaria, en consecuencia, tiene naturaleza ordinaria, derivada, limitada y permanente. Es ordinaria debido a que se trata de una competencia

¹⁰ Sentencia T-313 de 2006 (pie de página original del texto citado entre comillas).

¹¹ Sentencia T-451 de 2001 (pie de página original del texto citado entre comillas).

¹² Sentencia SU-441 de 2001 (pie de página original del texto citado entre comillas).

¹³ Sentencia SU-339 de 4 de mayo de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto (Subraya la Sala).

¹⁴ Sentencia C-302 de 1999; Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.

adscriba por la Constitución dentro de las funciones propias de la Rama Ejecutiva, sin que para su ejercicio requiera de habilitación distinta de la norma constitucional que la confiere. Tiene carácter derivado, puesto que requiere de la preexistencia de material legislativo para su ejercicio. Del mismo modo es limitada porque "encuentra su límite y radio de acción en la constitución y en la ley; es por ello que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador". Por último, la potestad reglamentaria es permanente, habida cuenta que el Gobierno puede hacer uso de la misma tantas veces como lo considere oportuno para la cumplida ejecución de la ley de que se trate y hasta tanto ésta conserve su vigencia".¹⁵

No queda entonces ningún asomo de duda en el sentido que la expresión objeto de acusación en este proceso comporta una limitante o restricción al derecho fundamental de rango constitucional de acceso a funciones y cargos públicos, que no podía ser introducida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo de convocatoria, pues con ello se arrogó competencias propias del Congreso de la República, vulnerando el principio de reserva de ley estatutaria y excediendo la potestad reglamentaria que le asignó el artículo 85 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

En este contexto, encuentra el Despacho que en este caso se cumplen los requisitos señalados por el inciso primero del artículo 231 del CPACA para decretar las medidas cautelares de urgencia, ante la violación directa y ostensible de las normas de orden Constitucional (artículos 40-7 y 152 – a) y legal (artículo 85 de la Ley 270 de 1996) que ya fueron señaladas, por parte de la expresión objeto de acusación.

En consecuencia y de conformidad con lo señalado en el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, mediante esta providencia el Despacho ordenará adoptar las siguientes medidas cautelares de urgencia:

1.- Suspender provisionalmente los efectos de la expresión "Solo se permitirá la inscripción de un (1) cargo", contenida en el artículo 2 del Acuerdo PSAA13-9939 de 25 de junio de 2013¹⁶, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 230 *ibídem*.

¹⁵ Auto 049 de 20 de febrero de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño. Exp. D-7181. (Énfasis fuera del texto original).

¹⁶ "Por medio del cual se adelanta el proceso de selección y se convoca al concurso de méritos para la provisión de los cargos de Funcionarios de la Rama Judicial".

2.- Suspender provisionalmente la ejecución de la fase I – prueba de conocimientos y psicotécnica de la etapa de selección del concurso de méritos destinado a la provisión de los cargos de Funcionarios de la Rama Judicial, convocado mediante el Acuerdo señalado en el numeral anterior, acorde con lo prescrito por el numeral 2 del artículo 230 del CPACA y mientras se decide el fondo de esta controversia.

La adopción de estas medidas cautelares con carácter de urgencia encuentra justificación en la proximidad de la aplicación de la prueba de conocimientos y psicotécnica, que fue programada por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el **domingo 4 de mayo de 2014**.

Considera el Despacho, además, que las medidas cautelares señaladas resultan necesarias porque evitan que la entidad demandada invierta cuantiosos recursos económicos, humanos y logísticos, en la realización de una prueba de conocimientos que, ante una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, forzosamente deberá ser complementada en el componente específico, que se relaciona con las especialidades seleccionadas por los concursantes.

El Despacho no ordenará la constitución de la caución señalada en el inciso segundo del artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, en atención a lo dispuesto por el último inciso del artículo 232 *ibídem*, según el cual *“No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos ...”*.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”.

RESUELVE

PRIMERO: Suspender provisionalmente los efectos de la expresión *“Solo se permitirá la inscripción de un (1) cargo”*, contenida en el artículo 2 del Acuerdo PSAA13-9939 de 25 de junio de 2013, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011.

SEGUNDO: Suspender provisionalmente la ejecución de la fase I – prueba de conocimientos y psicotécnica de la etapa de selección del concurso de méritos destinado a la provisión de los cargos de Funcionarios de la Rama Judicial, convocado mediante el Acuerdo señalado en el numeral anterior, acorde con lo prescrito por el numeral 2 del artículo 230 *ibídem* y mientras se decide el fondo de esta controversia.

TERCERO: Ordenar a la entidad demandada la publicación inmediata de esta providencia en la página web de la Rama Judicial.

CUARTO: Comunicar inmediatamente esta decisión a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
Consejero de Estado