

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 11001-03-28-000-2016-00048-00
Radicado Interno: 2016-00048
Actor: Nicolás Eduardo Rodríguez
Demandado: Blanca Clemencia Romero Acevedo – Comisionada Nacional del Servicio Civil.

Proceso Electoral – Auto Admisorio con Suspensión Provisional

Se pronuncia la Sala sobre: **(i)** la admisión de la demanda electoral contra la designación contenida en el Decreto 708 de 27 de abril de 2016 mediante el cual se nombró a la señora Blanca Clemencia Romero Acevedo como Comisionada Nacional del Servicio Civil y **(ii)** la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

En ejercicio del medio de control de **Nulidad Electoral**, el actor solicitó que se declare la nulidad del Decreto 708 de 27 de abril de 2016, por medio del cual el Presidente de la República designó a la señora **Blanca Clemencia Romero Acevedo** Comisionada Nacional del Servicio Civil para el periodo comprendido entre el 7 de diciembre de 2014 y el 6 de diciembre de 2018, inclusive.

A juicio de la parte actora, el acto acusado se encuentra viciado en su legalidad comoquiera que: i) se materializó la **causal 5º de nulidad electoral**, ya que la

demandada incurrió en la prohibición contemplada en el inciso 5º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004 y ii) el acto se **expidió de forma irregular, de un lado**, porque la lista de elegibles que posibilitó el acto que en la actualidad se acusa no fue publicada en el Diario Oficial, **y de otro**, porque la designación demandada se realizó cuando la sentencia T-133 de 2016 aún no estaba ejecutoriada.

1.2. La solicitud de suspensión provisional.

En escrito separado, el demandante solicitó que se suspendiera provisionalmente el acto a través del cual se designó a la señora **Blanca Clemencia Romero Acevedo** como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil -en adelante CNSC-.

Como sustento de su solicitud el señor Rodríguez manifestó que el acto estaba viciado de nulidad por las mismas razones en las que fundamentó su demanda, sin embargo explicó en detalle, nuevamente, cada uno de los cargos, así:

- i) La señora **Romero Acevedo** estaba incurso en una prohibición legal -inhabilidad- que le impedía ser nombrada como Comisionada, habida cuenta que previo a su designación como titular de dicho cargo se desempeñó como Comisionada (E) -Resolución 2768 de la CNSC del 9 de diciembre de 2014-, razón por la que *“ostentó facultad nominadora”* en una de las entidades a la cuales le es aplicable la Ley 909 de 2004, es decir, su nombramiento desconoció la prohibición contemplada en el inciso 5º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004.

De conformidad con la referida norma: *“No podrá ser elegido miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil quien en el año inmediatamente anterior haya ostentado la facultad nominadora en las entidades a las cuales se les aplica la presente ley”*.

Para el demandante, ocurre que como la Comisionada antes de ocupar ese cargo en propiedad había sido designada para el mismo bajo la modalidad de encargo, durante el año inmediatamente anterior, y dicho cargo comporta la atribución nominadora dentro de una entidad a la que, justamente, se le aplica la Ley 909 de 2004 -por disposición

del artículo 3º, numeral 1º, literal b) de la referida ley-, es forzoso concluir que su nombramiento está viciado de nulidad.

En efecto, el actor para demostrar que el cargo de Comisionado comporta la atribución nominadora puso de presente algunas de las funciones establecidas en el Acuerdo 508 de 2014 -Reglamento Interno de la CNSC-, en especial las contenidas en: (i) el artículo 3º literal j) de conformidad con la cual a la Sala Plena de la CNSC -i.e. a los Comisionados en su conjunto- le corresponde: *“j) Elegir, designar y remover los empleados del nivel Directivo y Asesor de la Comisión, excepto los del Despacho de cada Comisionado y del Comisionado Presidente, con observancia de lo dispuesto en el artículo 13 del presente acuerdo”* y (ii) el inciso 2º del artículo 6º según la cual a cada Comisionado se le faculta para nombrar a los funcionarios de su Despacho, así: ***“Los empleos adscritos a los Despachos de los Comisionados serán de libre nombramiento y remoción de cada uno de los Comisionados y los empleos de Secretario (a) General y Asesor(a) Jurídico(a) serán de libre nombramiento y remoción del Comisionado Presidente, al igual que los demás empleos cuyo jefe inmediato sea el Presidente. Los demás empleos de la planta de personal serán provistos por decisión de Sala Plena y de conformidad con la naturaleza de cada cargo”***.

En suma, como la demandada, en el año inmediatamente anterior a su designación como Comisionada Titular, ostentó la facultad nominadora en una de las entidades a las cuales se les aplica la Ley 909 de 2004 -CNSC- incurrió en la inhabilidad del inciso 5º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004 y, por contera, no podía haber sido nombrada como tal.

En este contexto finalmente el demandante recordó, que de conformidad con la jurisprudencia de esta Sección¹: (i) es irrelevante que la facultad nominadora se hubiese ostentado

¹ Exp. 2011-00637. Sentencia del 6 de mayo de 2013.

bajo la modalidad de encargo y (ii) que no es determinante haber efectiva y materialmente ejercido la facultad nominadora ya que basta con haberla detentado, lo que además se ratifica con la redacción de la inhabilidad misma.

ii) El acto de nombramiento se expidió irregularmente porque se profirió pese a que la lista de elegibles del concurso de méritos que precedió la designación no había sido publicada en el Diario Oficial, lo que desconoció el artículo 4º del Decreto Presidencial 3016 de 2008 *“Por el cual se reglamenta el proceso de Selección de los miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil”* según el cual: *“La lista de aprobados **será publicada en el Diario Oficial** y en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil y del Departamento Administrativo de la Función Pública y deberá remitirse al Presidente de la República quien designará y posesionará al miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para el período correspondiente, según lo establecido en el artículo 90 de la Ley 909 de 2004.”*

iii) Además, el acto también se expidió irregularmente debido a que se profirió cuando la sentencia T-133 de 2016, proferida por la Corte Constitucional y con plena incidencia en el concurso de méritos que se llevó a cabo para realizar la designación demandada, no había cobrado ejecutoria. A su juicio ello ignoró lo dispuesto por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 que consagra: *“Artículo 36. Efectos de la revisión. Las sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta”.*

Con base en estos argumentos solicitó que se decretara la suspensión provisional del acto acusado.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Esta Sala es competente para resolver sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional de la elección acusada por lo dispuesto en el inciso final del artículo 277 del C.P.A.C.A. y el numeral 14 del artículo 149 del mismo estatuto.

Además, con ocasión de lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999 del Consejo de Estado, según el cual el conocimiento de los asuntos electorales radica en la Sección Quinta.

2.2. Sobre la admisión de la demanda.

De cara al escrito de la demanda compete a la Sala pronunciarse sobre su admisión.

Para efectos de admitir la demanda electoral, es preciso verificar el cumplimiento de los requisitos formales indicados en el artículo 162 del C.P.A.C.A., los anexos relacionados en el artículo 166, la debida acumulación de pretensiones en la forma señalada en los artículos 281 y 282, si es del caso, y su presentación en el plazo previsto en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del mismo Código.

La demanda que ocupa la atención de la Sala se ajusta formalmente a las exigencias de los referidos artículos 162 y 166 ibídem, pues están debidamente designadas las partes, las pretensiones fueron formuladas de manera clara y precisa, narra los hechos que la fundamentan, se identificaron las normas que se consideran violadas, se desarrolló el concepto de la violación y se explicó porque, según el criterio de las demandantes, la elección demandada está viciada de nulidad.

En efecto, la parte actora aseguró que el acto acusado se encuentra incurso en **dos causales de nulidad, primero**, la del numeral 5º del artículo 275 del C.P.A.C.A., por el desconocimiento de la prohibición -inhabilidad- contenida en el inciso 5º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004, **segundo, la de expedición irregular, de un lado**, porque la lista de elegibles que posibilitó el acto que en la actualidad se acusa no fue publicada en el Diario Oficial, **y de otro**, porque la designación demandada se realizó cuando la sentencia T-133 de 2016 aún no estaba ejecutoriada.

La demanda puesta a consideración de la Sala no contiene una indebida acumulación de pretensiones (artículo 281 del C.P.A.C.A.) ni tampoco una indebida acumulación de procesos (artículo 282 del C.P.A.C.A.).

Asimismo es de anotar que con el libelo se anexaron pruebas y que el demandante suministró las direcciones para las notificaciones personales de las partes.

Igualmente, obra en el expediente copia del acto acusado², esto es, del Decreto 708 de 27 de abril de 2016 en la cual consta que se designó a la señora **Blanca Clemencia Romero Acevedo** como miembro de la CNSC.

Finalmente, es de anotar que la demanda atendió al plazo que concede el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del C.P.A.C.A, que indica:

“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1º del artículo 65 de este Código.

En las elecciones o nombramientos que requieren confirmación, el término para demandar se contará a partir del día siguiente a la confirmación”.

Así las cosas, como el acto demandado es del 27 de abril de 2016 y la demanda fue radicada en el Consejo de Estado el día 9 de junio de 2016³, se concluye que esta se presentó en tiempo, pues entre una y otra fecha solo transcurrieron 28 días.

Aunque en el expediente no reposa constancia acerca de la publicación del acto acusado y la norma en cita exige que la caducidad de la acción se cuente después de la publicación del mismo, es claro que si contando el término de caducidad desde la expedición del acto acusado la demanda está en término, por obvias razones, también lo está si se cuenta desde su publicación que se entiende posterior a su expedición.

Finalmente, debe detenerse la Sección a analizar uno de los argumentos esgrimidos por parte de la Presidencia de la República al recorrer el traslado de la medida cautelar solicitada en este caso: el relativo a la naturaleza del acto acusado.

Para esta entidad, la designación de la demandada, al ser producto de un concurso de méritos que obliga a nombrar al primero de la lista de elegibles, tiene carácter de

² Folios 27 a 30 del expediente.

³ Reverso del folio 26 del expediente.

acto de ejecución no susceptible de ser controlado ante esta jurisdicción, pues, en últimas, aquel nombramiento no materializa la voluntad del Presidente de la República, pues el Primer Mandatario no tiene discrecionalidad en la escogencia, en la medida en que está obligado a nombrar al que mejor resultados obtuvo en el marco del concurso.

Para la Sección este argumento no tiene vocación de prosperidad por las razones que se explican a continuación. **Primero**, porque el acto acusado contiene el nombramiento de la demandada como miembro de la CNSC y, por tanto, constituye un verdadero acto electoral, en los términos del inciso primero del artículo 139 del CPACA⁴, pasible de ser controlado por la vía de la nulidad electoral según las voces de la norma en comento.

Segundo, en atención a que la controversia planteada ante esta Sala no tiene conexión alguna con el lugar ocupado por la demandada en la lista de elegibles producto del concurso, es decir, el debate propuesto por la demanda que ocupa nuestra atención trasciende el puesto de la demandada en la lista de elegibles de forma que el actor no reprocha que se le hubiese nombrado por el hecho de ser la primera, sino por razones distintas.

Y tercero, ya que avalar una tesis como la que propone la Presidencia de la República impediría que los actos contentivos de designaciones, expedidos en el marco de un concurso de méritos, pudieran ser controlados por esta Jurisdicción en cuanto a la materialización de posibles inhabilidades o irregularidades en su expedición, vicios que son justamente los que deben analizarse en este caso.

Por lo expuesto, **la demanda se admitirá.**

2.3. Sobre la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

La suspensión provisional se gobierna actualmente por lo dispuesto en el artículo 231 del C.P.A.C.A. en estos términos:

***“Artículo 231.-** Requisitos para decretar las medidas cautelares. 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*

⁴ Cfr. Exp. 2015-00048. Auto de Reposición de la Medida Cautelar. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)”

Según lo allí dispuesto, existe la posibilidad de que en forma cautelar se suspendan los efectos jurídicos de los actos administrativos de naturaleza electoral, cuando se cumplan las siguientes exigencias: (i) que así lo pida la parte actora en la demanda o con escrito anexo a la misma; (ii) que la infracción al ordenamiento jurídico surja de la valoración que se haga al confrontar el acto con las normas invocadas por el actor; y, (iii) que para ello pueden emplearse los medios de prueba aportados por el interesado.

Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, **no constituye prejuzgamiento** ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que *ab initio* se adoptó.

2.3.1. Trámite de la solicitud en el caso bajo estudio.

Como se expresó en los antecedentes de esta providencia se solicitó la suspensión provisional del acto acusado, habida cuenta que: i) la demandada incurrió en la prohibición contemplada en el inciso 5º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004 y ii) el acto se expidió de forma irregular, de un lado, porque la lista de elegibles no fue publicada en el Diario Oficial, y de otro, porque la designación se realizó cuando la sentencia T-133 de 2016 aún no estaba ejecutoriada.

2.3.1.1. Traslado de la solicitud de suspensión provisional.

Por auto de 17 de junio de 2016, el Consejero Ponente **ordenó comunicar la solicitud de suspensión provisional** a la demandada **Blanca Clemencia Romero Acevedo**, al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, a la Escuela Superior de Administración Pública –ESAP–, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público.

a)	Blanca	Clemencia
	Romero Acevedo.	

La señora Blanca **Clemencia Romero Acevedo**, se opuso a la prosperidad de la solicitud.

En lo que a la inhabilidad se refiere, argumentó que la facultad de nominación, en la CNSC, la ejerce el Comisionado Presidente quien, además, en los términos del artículo 7º del Reglamento Interno es su Representante Legal. Utilizó como soporte de esta tesis lo dispuesto por los artículos 78 de la Ley 489 de 1998⁵ y 39 del Decreto Ley 1950 de 1973⁶.

Frente al vicio de expedición irregular por la no publicación de la lista de elegibles en el Diario Oficial explicó que aquel vicio partía de una premisa errada pues la Convocatoria Pública efectuada al inicio del trámite concursal, acto que contiene las reglas con base en las cuales se debe desarrollar el proceso de selección, había establecido que el medio de difusión que debía utilizarse para el efecto sería el de la página web del concurso. Para corroborar su dicho aportó el acto de convocatoria referido⁷.

Finalmente, en lo que respecta a la supuesta expedición irregular con ocasión de haberse proferido el nombramiento acusado, antes de la ejecutoria de la Sentencia T-133 de 2016 indicó que en materia de derechos

⁵ **Artículo 78. Calidad y Funciones del Director, Gerente o Presidente.** El director, gerente o presidente será el representante legal de la correspondiente entidad, celebrará en su nombre los actos y contratos necesarios para el cumplimiento de sus objetivos y funciones, tendrá su representación judicial y extrajudicial y podrá nombrar los apoderados especiales que demande la mejor defensa de los intereses de la entidad.

A más de las que les señalen las leyes y reglamentos correspondientes, los representantes legales de los establecimientos públicos cumplirán todas aquellas funciones que se relacionen con la organización y funcionamiento, con el ejercicio de la autonomía administrativa y la representación legal, que no se hallen expresamente atribuidas a otra autoridad.

En particular les compete:

a) Dirigir, coordinar, vigilar y controlar la ejecución de las funciones o programas de la organización y de su personal;

b) Rendir informes generales o periódicos y particulares al Presidente de la República, al Ministro o Director de Departamento Administrativo respectivo, sobre las actividades desarrolladas, la situación general de la entidad y las medidas adoptadas que puedan afectar el curso de la política del Gobierno.

PARAGRAFO. Los establecimientos públicos nacionales, solamente podrán organizar seccionales o regionales, siempre que las funciones correspondientes no estén asignadas a las entidades del orden territorial. En este caso, el gerente o director seccional será escogido por el respectivo Gobernador, de ternas enviadas por el representante legal.

⁶ **Artículo 39.-** Compete al Presidente de la República, el nombramiento de los ministros del despacho, jefes de departamento administrativo, directores, gerentes o presidentes de los establecimientos públicos. Igualmente le compete la provisión de los demás empleos públicos que por la Constitución o las leyes no corresponda a otra autoridad.

Los ministros del despacho y los jefes de departamento administrativo podrán proveer los empleos vacantes en los términos de la delegación que les hubiere sido conferida por el Presidente de la República.

En las superintendencias y en las entidades descentralizadas los nombramientos se harán conforme a la ley o el estatuto que las rijan.

⁷ A folio 96 se lee **“Conformación de la lista de elegibles:** De acuerdo a los resultados consolidados alcanzados con la sumatoria de los puntajes de las pruebas de conocimientos, competencias, entrevista y valoración de antecedentes, la ESAP procederá a elaborar la lista de elegibles en estricto orden de méritos con aquellos aspirantes que hayan obtenido un puntaje igual o superior a 70 puntos, la cual será publicada el día 10 de diciembre de 2014 en la **Página Web del concurso**”.

fundamentales la ejecutoriedad de las providencias no constituye un requisito indispensable para materializar el cumplimiento de las decisiones judiciales.

b) El DAPRE.

Esta entidad también se opuso a la prosperidad de la medida cautelar y, además de cuestionar la naturaleza del acto acusado -frente a lo cual esta Sección ya elevó las consideraciones respectivas en el acápite referido a los requisitos para la admisión de la demanda- , argumentó:

En relación con la supuesta inhabilidad: (i) que aquella es una atribución exclusiva del Comisionado Presidente -Artículo 8, literal m) del Reglamento Interno de la CNSC⁸⁹- y (ii) que dicha prohibición sólo debe predicarse de quienes han detentado el cargo, en cuyo marco se ostenta la potestad nominadora, como titulares y no como encargados.

Frente a la expedición irregular por la no publicación de la lista de elegibles en el Diario Oficial indica que el artículo 33 de la Ley 909 de 2004 consagra que: *“Artículo 33. Mecanismos de publicidad. La publicidad de las convocatorias será efectuada por cada entidad a través de los medios que garanticen su conocimiento y permitan la libre concurrencia, de acuerdo con lo establecido en el reglamento.*

La página web de cada entidad pública, del Departamento Administrativo de la Función Pública y de las entidades contratadas para la realización de los concursos, complementadas con el correo electrónico y la firma digital, será el medio preferente de publicación de todos los actos, decisiones y actuaciones relacionadas con los concursos, de recepción de inscripciones, recursos, reclamaciones y consultas.

La Comisión Nacional del Servicio Civil publicará en su página web la información referente a las convocatorias, lista de elegibles y Registro Público de Carrera”.

Por lo que concluye que no existe obligación legal de publicar la lista de elegibles en el Diario Oficial, menos aun cuando los documentos demuestran que esa publicación se surtió el 14 de septiembre de 2014 en la Página Web de la ESAP.

Finalmente, en lo que respecta a la supuesta expedición irregular con ocasión de haberse proferido el nombramiento acusado, antes de la ejecutoria de la Sentencia T-133 de 2016, explicó que lo cierto es que la demandada siempre ha tenido

⁸ Corresponde al Presidente de la CNSC: “m) Firmar el acto de nombramiento de todos los servidores de la Comisión”.

⁹ El apoderado del DAPRE, en estricto sentido, hizo alusión al texto anterior del Reglamento Interno de la CNSC, no obstante, en cuanto al punto el texto es el mismo.

derecho a ser designada como Comisionada y que la simple ejecutoria formal de una sentencia que negó una Acción de Tutela, como último capítulo de la artillería judicial que impidió nombrarla como titular de su cargo desde el primer momento, no puede ser manipulada por el demandante para obtener un propósito “*alejado del derecho*”.

c) El DAFP.

Este Departamento igualmente se opuso a la prosperidad de la medida cautelar, no obstante, sólo se pronunció en relación con el primer cargo con fundamento en el cual se sustenta la petición de medida cautelar, este es, el relativo al de la presunta materialización de la inhabilidad del inciso 5º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004.

Sobre el punto, coincidió con el apoderado del DAPRE en argumentar que la facultad nominadora al interior de la CNSC es una atribución exclusiva del Comisionado Presidente y que dicha prohibición sólo debe predicarse de quienes han detentado el cargo, en cuyo marco se ostenta la potestad nominadora, como titulares y no como encargados.

d) La ESAP.

La ESAP, más que oponerse a los fundamentos de la solicitud de la medida cautelar, hizo un recuento de sus actuaciones en el marco del concurso de méritos para concluir que *“todas las decisiones adoptadas frente al concurso se tomaron de manera general, siempre en atención del principio de igualdad y teniendo como referente el debido proceso y la transparencia, ninguna decisión de la administración en lo concerniente al concurso de méritos mencionado, se realizó de manera aislada e improvisada y mucho menos indiferente a las normas del concurso y por supuesto al mandato judicial”*¹⁰.

e) El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado.

El Ministerio Público solicitó que se denegara la medida cautelar de suspensión provisional pedida.

Frente a la inhabilidad que se le atribuye a la demandada consideró era evidente, con fundamento en la normativa vigente, que el ejercicio del cargo de Comisionado implica ostentar la facultad nominadora que bien puede materializarse, en Sala Plena, o directamente, en relación con los cargos asignados al Despacho de cada

¹⁰ Folio 379 del expediente.

Comisionado, aun cuando aquel se ejerza bajo la modalidad de encargo. También concluyó que la propia Ley 909 le era aplicable a la CNSC en los términos de lo dispuesto en su artículo tercero.

No obstante, encontró que si bien se encontraba probado que la demandada había sido encargada como Comisionada, antes de haber sido designada como titular del mismo cargo, lo que ocurrió el 27 de abril de este año, lo cierto es que no existía prueba de que la demandada hubiese aceptado su nombramiento en encargo, como tampoco de su posesión como tal, argumento suficiente para desestimar el primer reproche que fundamenta la petición precautelar.

En cuanto a la expedición irregular por la no publicación de la lista de elegibles en el Diario Oficial argumentó que la no publicación de esa lista en los términos del artículo 4º del Decreto 3016 de 2008 no podía generar la nulidad del acto acusado por cuanto la publicación de los *“actos administrativos es un requisito de oponibilidad y eficacia, mas no de su existencia, por lo cual la falta de publicación no enerva su legalidad”*.

Para terminar, en cuanto a la supuesta expedición irregular con ocasión de haberse proferido el nombramiento acusado, antes de la ejecutoria de la Sentencia T-133 de 2016, argumentó el Ministerio Público que simplemente debía entenderse que en relación con esa decisión judicial había operado una notificación por conducta concluyente¹¹.

2.3.2. Caso concreto.

Corresponde a la Sala analizar si están comprobadas, en esta etapa procesal, las irregularidades que alega el demandante de forma tal que se imponga al juez electoral suspender los efectos jurídicos del acto cuya legalidad se estudia.

Con el propósito de lo anterior, y por efectos metodológicos, la Sección se ocupará de los siguientes asuntos: **Primero**, realizará un análisis en relación con las normas que gobiernan el proceso de designación de los Comisionados del Servicio Civil, **seguidamente**, efectuará unas consideraciones necesarias para la comprensión del caso concreto, **para luego** pronunciarse frente a cada uno de los argumentos que fundamentan la solicitud de suspensión provisional.

2.3.2.1. Acerca de los comisionados de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

¹¹ Hizo referencia al Auto de la Corte Constitucional No. 13 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

La CNSC es una institución autónoma e independiente que en el orden jurídico colombiano tiene su sustento en el artículo 130 Superior¹². En efecto, en dicha disposición se establece que la comisión es la responsable de administrar y vigilar *“las carreras de los servidores públicos”*, salvo aquellas que tengan carácter especial o exceptuado.

El mandato que la Constitución le asignó a la Comisión fue replicado y desarrollado por la Ley 909 de 2004, en la que específicamente en el artículo 7º consagró que aquella *“es 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.”*

En lo que atañe a la composición de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el artículo 8º del citado cuerpo normativo dispone que aquella está conformada por 3 miembros, los cuales para ejercer dicha dignidad deben acreditar los requisitos contemplados en el numeral 2º del artículo 8º ibídem y son elegidos, de acuerdo al trámite establecido en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004, para un **período institucional de cuatro años**.

En efecto, el referido artículo consagra que los miembros de la comisión serán elegidos de un concurso público de méritos convocado por el Gobierno Nacional y adelantado, de forma alterna, por la Universidad Nacional de Colombia y por la ESAP. La designación se hace de **una lista de elegibles que debe conformarse en estricto orden de méritos**, de forma que sea designado como comisionado, **únicamente**, la persona que ocupe el primer puesto en el citado concurso.

2.3.2.2. Consideraciones necesarias para la comprensión del caso que ocupa la atención de la Sala.

A continuación la Sala hará una breve reseña de las circunstancias fácticas que precedieron la designación de la demandada como miembro de la CNSC.

¹² La Corte Constitucional en sentencia C- 123 de 2005 determinó que: *“ el propósito de reconocerle a la Comisión Nacional del Servicio Civil el carácter de ente autónomo e independiente, y asignarle la función específica y general de administrar y vigilar “las carreras de los servidores públicos”, se concreta en excluir o separar del manejo de dichas carreras, en cuanto a su organización, desarrollo y consolidación, a la Rama ejecutiva del Poder Público, para hacer realidad el propósito que promueve el sistema de carrera por concurso público, cual es el de sustraer los empleos del Estado de factores subjetivos de valoración, como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, que chocan con el adecuado ejercicio de la función pública.”*

Lo anterior, teniendo en cuenta que uno de los argumentos con base en los cuales se solicitó la suspensión provisional del Decreto 708 de 2016 es precisamente la supuesta expedición irregular del acto, porque aquel se profirió cuando la sentencia T-133 de 2016 aún no se encontraba ejecutoriada.

En este contexto, y para el cabal entendimiento de la incidencia de la citada providencia en el caso que ocupa nuestra atención, se explicará el contexto en el que se llevó a cabo el concurso de méritos que buscaba proveer el cargo de comisionado de la CNSC. Veamos:

- Al concurso público de méritos se inscribieron, entre otros, el señor Jorge Alberto García García y la demandada. No obstante, en el trámite del aquel **se decidió excluir al señor García García**, pues se encontró que aquel estaba incurso en la prohibición de reelección contemplada en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004.
- Por lo anterior, el señor Jorge Alberto García **interpuso acción de tutela solicitando su inclusión en el concurso de méritos**. El juez de tutela de primera instancia negó la protección deprecada; sin embargo, dicha decisión fue revocada por el *ad quem*¹³ el cual amparó los derechos fundamentales y ordenó la inclusión del tutelante en el concurso. No obstante, la Corte Constitucional en sede de revisión, revocó el amparo concedido y en su lugar declaró la improcedencia de la acción¹⁴.
- Debido al amparo otorgado en segunda instancia el señor García fue incluido en la lista de elegibles del concurso de méritos ocupando el primer lugar. Sin embargo, como dicho amparo fue revocado por la Corte Constitucional, se conformó una nueva lista de elegibles en la que la demandada ocupaba el primer puesto.
- El señor García presentó, nuevamente, acción de tutela, esta vez solicitando su nombramiento como Comisionado, toda vez que era él quien ocupaba el primer puesto en la lista de elegibles. El juez de primera instancia negó la solicitud del tutelante, pero dicho fallo fue

¹³ Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria.

¹⁴ La sentencia que confirmó la decisión de revocar el amparo fue proferida por la Corte Constitucional en sentencia T-471 de 2015.

revocado por la autoridad judicial de segunda instancia¹⁵, la cual ordenó el nombramiento del señor García como comisionado.

Esta acción de tutela fue, nuevamente, seleccionada por la Corte Constitucional, quien como medida cautelar suspendió la sentencia de segunda instancia y en el fallo de revisión T-133 de 2016 revocó el amparo concedido y, en su lugar, negó la protección solicitada.

- Para finiquitar el debate judicial anterior era necesario para la expedición el acto cuya legalidad hoy en día se estudia, pues, lo cierto, es que si se hubiese considerado que el señor García García podía participar en el concurso, habiendo sido ranqueado como el primero en la lista de legibles, aquel habría tenido derecho a su designación como Comisionado; no obstante, como aquel fue excluido, la primera de la lista se volvió quien ocupaba el segundo lugar.
- Agotado lo anterior, mediante Decreto 708 de 2016, se designó a la señora Blanca Clemencia como comisionada de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

2.3.2.3. Estudio concreto de los cargos de suspensión provisional.

Esclarecido lo relativo al contexto en el que se expidió el acto acusado, procede la Sala a determinar si, en este momento procesal, es viable decretar la suspensión provisional del acto acusado.

La medida cautelar de suspensión provisional se encuentra actualmente gobernada por el artículo 231 del C.P.A.C.A.¹⁶ el cual dispone que la medida cautelar será viable: *“cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas [primer evento] o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud [segundo evento].”*

En el caso concreto, nos encontramos en el segundo de los eventos previstos por la norma, toda vez que, los vicios que el demandante tomó como fundamento su solicitud no surgen con la mera confrontación del acto con las normas que se

¹⁵ Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria.

¹⁶ Aplicable por disposición del artículo 296 ibídem al no ser contrario a la naturaleza del proceso electoral.

indican como violadas, sino que es necesario que se compruebe que en efecto aquellas se transgredieron.

Así las cosas, se adelantará el correspondiente análisis de forma separada frente a cada uno de los argumentos en los que se sustenta la petición de suspensión provisional como medida precautelar.

a) De la inhabilidad atribuida a la demandada.

Recuérdese que, a juicio del demandante, la señora **Romero Acevedo** estaba incurso en una prohibición legal -inhabilidad- que le impedía ser nombrada como Comisionada, habida cuenta que previo a su designación como titular de dicho cargo se desempeñó como Comisionada (E) -Resolución 2768 de la CNSC del 9 de diciembre de 2014-, razón por la que *“ostentó facultad nominadora”* en una de las entidades a la cuales le es aplicable la Ley 909 de 2004, es decir, su nombramiento desconoció la prohibición contemplada en el inciso 5º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004.

De conformidad con la referida norma: *“No podrá ser elegido miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil quien en el año inmediatamente anterior haya ostentado la facultad nominadora en las entidades a las cuales se les aplica la presente ley”*.

Para el actor, ocurre que como la Comisionada antes de ocupar ese cargo en propiedad había sido designada para el mismo bajo la modalidad de encargo, durante el año inmediatamente anterior, y dicho cargo comporta la atribución nominadora dentro de una entidad a la que, justamente, se le aplica la Ley 909 de 2004 -por disposición del artículo 3º, numeral 1º, literal b) de la referida ley-, es forzoso concluir que su nombramiento está viciado de nulidad.

En efecto, el demandante para demostrar que el cargo de Comisionado comporta la atribución nominadora puso de presente algunas de las funciones establecidas en el Acuerdo 508 de 2014 -Reglamento Interno de la CNSC-, en especial las contenidas en: (i) el artículo 3º literal j) de conformidad con la cual a la Sala Plena de la CNSC -i.e. a los Comisionados en su conjunto- le corresponde: *“j) Elegir, designar y remover los empleados del nivel Directivo y Asesor de la Comisión, excepto los del Despacho de cada Comisionado y del Comisionado Presidente, con observancia de lo dispuesto en el artículo 13 del presente acuerdo”* y (ii) el inciso 2º del artículo 6º según la cual a cada Comisionado se le faculta para nombrar a los funcionarios de su Despacho, así: ***“Los empleos adscritos a los Despachos de los Comisionados serán de libre nombramiento y remoción de cada uno de los Comisionados y los empleos de Secretario (a) General y Asesor(a) Jurídico(a)***

*serán de libre nombramiento y remoción del Comisionado Presidente, al igual que los demás empleos cuyo jefe inmediato sea el Presidente. **Los demás empleos de la planta de personal serán provistos por decisión de Sala Plena y de conformidad con la naturaleza de cada cargo***”.

En suma, para la parte actora, como la demandada, en el año inmediatamente anterior a su designación como Comisionada Titular, ostentó la facultad nominadora en una de las entidades a las cuales se les aplica la Ley 909 de 2004 -CNSC- incurrió en la inhabilidad del inciso 5º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004 y, por contera, no podía haber sido nombrada como tal.

Sobre este reproche, las entidades que tuvieron oportunidad de pronunciarse con ocasión del traslado de la medida cautelar apuntaron a que: (i) la facultad nominadora al interior de la CNSC es una atribución exclusiva del Comisionado Presidente -Artículo 8, literal m) del Reglamento Interno de la CNSC¹⁷- y (ii) que dicha prohibición sólo debe predicarse de quienes han detentado el cargo, en cuyo marco se ostenta la potestad nominadora, como titulares y no como encargados.

Por su parte, el Ministerio Público consideró que era evidente, con fundamento en la normativa vigente, que el ejercicio del cargo de Comisionado implica ostentar la facultad nominadora que bien puede materializarse, en Sala Plena, o directamente, en relación con los cargos asignados al Despacho de cada Comisionado, aun cuando aquel se ejerza bajo la modalidad de encargo. También concluyó que la propia Ley 909 le era aplicable a la CNSC en los términos de lo dispuesto en su artículo tercero.

No obstante, señaló que si bien se encontraba probado que la demandada había sido encargada como Comisionada, antes de haber sido designada como titular del mismo cargo, lo que ocurrió el 27 de abril de este año, lo cierto es que no existía prueba de que la demandada hubiese aceptado su nombramiento en encargo, como tampoco de su posesión como tal, argumento suficiente para desestimar el primer reproche que fundamenta la petición precautelar.

Ahora bien, de la lectura del artículo 9º de la Ley 909 de 2004, antes transcrito, se desprende que para que se materialice la inhabilidad alegada es necesario que se encuentren probados los siguientes elementos: **i)** que la persona haya ostentado facultad nominadora (elemento objetivo); **ii)** dentro del año inmediatamente anterior a la designación (elemento temporal) y **iii)** que tal potestad se haya ostentando en una entidad de aquellas a las que se les aplica la Ley 909 de 2004.

¹⁷ Corresponde al Presidente de la CNSC: “m) Firmar el acto de nombramiento de todos los servidores de la Comisión”.

Es de anotar que para que se materialice la prohibición alegada es necesario que concurren todos y cada uno de los elementos enunciados, de forma que la ausencia de alguno de ellos, de suyo, impedirá la configuración de la inhabilidad. Así las cosas, para resolver sí tal y como lo aduce la parte actora es viable suspender provisionalmente el Decreto 708 de 27 de abril de 2016 mediante el cual se nombró a la señora Blanca Clemencia Romero Acevedo como Comisionada de la CNSC, se analizarán los citados elementos en el caso concreto. Veamos:

i) Que la persona elegida haya ostentando facultad nominadora

Lo primero que quiere resaltar la Sala es que no le asiste razón a las autoridades que participaron en la expedición del acto al argumentar que la atribución nominadora es exclusiva del Comisionado Presidente por cuanto: (i) es el quien ostenta la representación legal de la entidad -Artículo 7º del Reglamento Interno de la CNSC- y (ii) a quien le corresponde firmar los actos de nombramiento -Artículo 8º literal m) del Reglamento Interno de la CNSC-

Un entendimiento como el que se propone dejarían sin efecto útil y propósito las funciones establecidas en el Acuerdo 508 de 2014 -Reglamento Interno de la CNSC-, contenidas en: (i) el artículo 3º literal j) de conformidad con la cual a la Sala Plena de la CNSC -i.e. a los Comisionados en su conjunto- le corresponde: *“j) Elegir, designar y remover los empleados del nivel Directivo y Asesor de la Comisión, excepto los del Despacho de cada Comisionado y del Comisionado Presidente, con observancia de lo dispuesto en el artículo 13 del presente acuerdo”* y (ii) el inciso 2º del artículo 6º según la cual a cada Comisionado se le faculta para nombrar a los funcionarios de su Despacho, así: ***“Los empleos adscritos a los Despachos de los Comisionados serán de libre nombramiento y remoción de cada uno de los Comisionados y los empleos de Secretario (a) General y Asesor(a) Jurídico(a) serán de libre nombramiento y remoción del Comisionado Presidente, al igual que los demás empleos cuyo jefe inmediato sea el Presidente. Los demás empleos de la planta de personal serán provistos por decisión de Sala Plena y de conformidad con la naturaleza de cada cargo”.***

Ciertamente, el hecho de que el Comisionado Presidente haga las veces de Representante Legal de la CNSC y que firme los actos de nombramiento no lo autorizaría a nombrar, sin consultar con sus compañeros, a un empleado del nivel Directivo y Asesor de la Comisión cuya competencia nominadora radique en la Sala Plena, y de hacerlo sin consultarlo, o en contravía de lo decidido por la Corporación en Pleno, tal nombramiento, sin duda, estaría viciado de ilegalidad. Lo propio

ocurriría con los nombramientos de los empleados adscritos al Despacho de otro Comisionado.

Ahora, en relación con el argumento relativo al encargo, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sección¹⁸ es irrelevante que la facultad nominadora se hubiese ostentado bajo esta calidad pues lo importante es que se haya tenido la posibilidad de ejercerla, y ello no se desdibuja en el encargo.

Hechas estas precisiones para la Sala no cabe duda que la demandada ostentó facultad nominadora, pues al desempeñarse como comisionada en encargo tuvo poder de nombramiento de los servidores públicos adscritos al despacho del cual fue encargada.

Esto es así, porque como se explicó en los párrafos que anteceden, los funcionarios adscritos a los despachos de los comisionados son de libre nombramiento y remoción, y por ende, los cargos del despacho del cual la señora Romero Acevedo fue encargada estaban a su disposición.

Es de anotar que la potestad nominadora, se detenta con independencia de que dicha facultad sea efectivamente ejercida, razón por la que no es necesario demostrar que la demandada en efecto nombró a algún funcionario en el lapso en el que ejerció como comisionada. Máxime cuando en los términos de la inhabilidad que se atribuye el verbo rector es el de ostentar y no el de ejercer.

ii) Que dicha facultad se haya ostentado dentro del año inmediatamente anterior a la designación (elemento temporal)

Para encontrar acreditado este elemento es necesario que dentro del año inmediatamente anterior a la designación, la demandada haya ostentado potestad nominadora. Así pues, como aquella fue nombrada como Comisionada en Propiedad a través del Decreto 708 de 27 de abril de 2016, es evidente que el elemento temporal de la inhabilidad estuvo comprendido entre el 27 de abril de 2015 al 27 de abril de 2016.

Lo primero a resaltar que es aunque el Ministerio Público señaló que no se encontraba acreditado que la demandada hubiese fungido como comisionada encargada ni el periodo durante el cual ostentó dicha calidad, lo cierto es que durante el traslado de la medida cautelar: **i)** el apoderado de la demandada aceptó que la señora Romero Acevedo ejerció como Comisionada en Encargo aunque nada dijo sobre las fechas en las que ejerció dicha dignidad y **ii)** se allegó certificado

¹⁸ Exp. 2011-00637. Sentencia del 6 de mayo de 2013.

expedido por la señora Fabiana Esther Fajardo Ferreira profesional especializada de la oficina de Talento Humano de la Comisión Nacional del Servicio Civil en el que consta que la demandada ejerció como comisionada en encargo “*desde el 9 de diciembre de 2014 hasta la fecha*”¹⁹, esto es, hasta el 25 de abril de 2016, pues ese es el día en el que fue suscrita la citada certificación.²⁰

Así las cosas, para la Sala no queda duda que, contrario a lo afirmado por la vista fiscal, en esta etapa procesal, está plenamente acreditado que en efecto la señora Blanca Clemencia Romero Acevedo fungió como comisionada de la CNSC en calidad de encargo, durante el periodo de 9 de diciembre de 2014 hasta por lo menos el 25 de abril de 2016, y por consiguiente, ostentó potestad nominadora dentro del periodo inhabilitante, encontrándose así configurado el elemento temporal de la inhabilidad endilgada.

iii) Que la potestad nominadora se haya ejercido en una entidad de aquellas a las que se les aplica la Ley 906 de 2004

Finalmente corresponde a la Sala determinar si la demandada ostentó la potestad nominadora dentro de una de las entidades a las que por disposición legal se les aplique la Ley 909 de 2004. Para resolver este cuestionamiento basta con consultar el tenor del artículo 3º de la Ley 909 de 2004, sobre el ámbito de aplicación de dicha normativa, el cual contempla que:

“ARTÍCULO 3º. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA PRESENTE LEY.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

(...)

b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades:

- En las corporaciones autónomas regionales.*
- En las personerías.*
- En la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
- En la Comisión Nacional de Televisión.*
- En la Auditoría General de la República.*
- En la Contaduría General de la Nación;*

¹⁹ Reverso del Folio 171 del Expediente

²⁰La certificación se encuentra en los folios 171 a 173 del expediente

(...).”

De lo expuesto se colige que, por virtud de la ley, a la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad en donde la demandada ostentó potestad nominadora, es de aquellas a las que se les aplica la Ley 909 de 2004, encontrándose así materializado también este elemento de la inhabilidad.

Bajo el anterior panorama, es claro que la señora Blanca Clemencia Romero Acevedo ostentó potestad nominadora dentro del año inmediatamente anterior a su designación en una entidad a la que le aplica la Ley 909 de 2004, esto es, la Comisión Nacional del Servicio Civil, razón por la que para la Sección es evidente que, en esta etapa procesal, se encuentra acreditado que aquella incurrió la inhabilidad prevista en el artículo 9º ibídem.

En consecuencia, la Sala suspenderá provisionalmente el Decreto 708 de 27 de abril de 2016, toda vez que, que en este momento procesal se encuentra acreditado uno de los vicios endilgados. Es de advertir que como se demostró la materialización de unas de las censuras con base en las cuales se solicitó la medida cautelar, no es necesario analizar los demás reproches que también fundamentaron dicha solicitud.

Por lo expuesto se,

III. RESUELVE:

PRIMERO. ADMITIR la demanda electoral instaurada contra el acto de elección a través del cual el Presidente de la República designó a Blanca Clemencia Romero Acevedo como comisionada de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Para el efecto se dispone:

1. Notifíquese personalmente esta providencia a la demandada, esto es, a la señora Blanca Clemencia Romero Acevedo, en la forma prevista en el numeral 1º literal a) del artículo 277 del C.P.A.C.A. a la dirección electrónica suministrada por ella suministrada visible a folio 53 del expediente.

2. Notifíquese personalmente, de conformidad con el artículo 197 del C.P.A.C.A., esta providencia al: i) Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, ii) al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y iii) a la Escuela Superior de Administración Pública –ESAP, por ser estas las entidades que intervinieron en la adopción del acto acusado, (Art. 277.2 Ib.) al correo de notificaciones judiciales de que dispongan estas entidades.

3. Notifíquese personalmente al agente del Ministerio Público (Art. 277.3 lb.).
4. Notifíquese por estado esta providencia al actor (Art. 277.4 lb.).
5. Infórmese a la comunidad la existencia del proceso por medio de la página web de esta Corporación (Art. 277.5 lb.).
6. Comuníquese esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio del buzón electrónico, la cual si así lo decide podrá intervenir en la oportunidad prevista en los artículos 277 y 279 del C.P.A.C.A..

SEGUNDO: SUSPENDER provisionalmente el acto acusado por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Comuníquese la presente decisión a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través de su presidente.

COMUNIQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero