

Sentencia T-1009/10

ACCION DE TUTELA-Procedencia para controvertir decisiones adoptadas en el marco de un concurso publico

CONCURSO DE MERITOS-Atribución de Gobernadores de escoger una persona de la terna que envíe director del establecimiento público

DEBIDO PROCESO EN CONCURSO DE MERITOS-Caso en que no se vulnero, por cuanto el Gobernador podía escoger a una de las personas que hacían parte de la terna

De conformidad con los hechos y las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia, considera la Sala de Revisión que, en el caso concreto, el Gobernador del Cesar no vulneró los derechos del peticionario al debido proceso y al acceso a cargos públicos, al escogerlo de la terna enviada por el Gerente Nacional del ICA, para ocupar el cargo de gerente seccional del ICA Cesar. En este caso, el presentarse a un concurso público de méritos para conformar la lista de elegibles para ocupar el cargo de gerente seccional del ICA y, superar las pruebas obteniendo una calificación destacada entre los aspirantes, le da derecho a los participantes con mejor puntaje a ser incluidos en la terna que se presenta ante el Gobernador para que este ejerza su atribución constitucional de escoger a quien ocupará el cargo, ya que esa facultad de escogencia, entre los mejores se deriva de la participación de la región en el desarrollo de las actividades de los organismos nacionales y de coordinación de los servicios que prestan los establecimientos públicos del orden nacional en los departamentos, según se desprende del análisis de la norma efectuado por la sentencia C-295 de 1995 (MP. Antonio Barrera Carbonell)

Referencia: expediente T-2762858

Acción de tutela presentada por Víctor Hugo Armenta Herrera, contra el Gobernador del César y el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA).

Magistrado Ponente:

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil diez (2010).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar, el (05) de marzo de dos mil diez (2010) y en segunda instancia, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, el cinco (05) de mayo de dos mil diez (2010), dentro el proceso de tutela de Víctor Hugo Armenta Herrera, contra el Gobernador del César y el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA)

El proceso en referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Ocho, mediante Auto proferido el veinticinco (25) de agosto de dos mil diez (2010).

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El señor Víctor Hugo Armenta Herrera presentó acción de tutela contra el Gobernador del César y el Gerente General del Instituto Colombiano Agropecuario -ICA- por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al derecho a acceder a cargos públicos, porque los accionados no lo nombraron como Gerente Seccional del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA César), aún cuando, según afirma, ocupó el primer puesto dentro del concurso de mérito organizado para proveer dicho cargo. Los hechos que sustentan su petición son los siguientes:

El 1 de junio de 2009 el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA)¹ convocó a concurso de méritos público y abierto para conformar 32 listas de candidatos a las ternas tendientes a designar a los Gerentes Seccionales del ICA de los 32 departamentos.² Con el fin de adelantar las diferentes etapas y pruebas del concurso, el ICA contrato a la Escuela de Administración Pública (ESAP).³

Como se especificó en el documento en el cual se consagraron los fundamentos técnicos y de derecho del concurso de méritos que tuvo por objeto “la conformación de una lista de candidatos a la terna para la designación del gerente seccional del Instituto Colombiano

Agropecuario ICA en el Departamento del Cesar".4

En el caso de la gerencia del Cesar y para las demás sedes, se especificó en el documento en el cual se consagraron los fundamentos técnicos y de derecho del concurso de méritos éste tenía por objeto "la conformación de una lista de candidatos a la terna para la designación del gerente seccional del Instituto Colombiano Agropecuario ICA...".5

En la prueba escrita de conocimiento, la cual tenía un valor del 65%, el peticionario obtuvo un puntaje de 79.59.6 En la entrevista, que tenía un valor de 15%, el actor obtuvo un puntaje de 89.20, y en la valoración de antecedentes, que tenía un valor de 20%, obtuvo un puntaje de 80.00.7

El 3 de diciembre de 2009, la Escuela de Administración Pública publicó los resultados definitivos del concurso. El accionante obtuvo un puntaje final de 80.13.8 Así mismo, el 4 de diciembre, dicha institución publicó la lista de candidatos a la terna que sería enviada al Gobernador del César, para elegir a quien ocuparía el cargo, conformada, entre otros, por el señor Armenta Herrera.

El 25 de enero de 2010 el peticionario envió comunicación al Gerente General del ICA en la que cita la sentencia T-329 de 2009 de la Corte Constitucional en la que se estableció que en los concursos de méritos se debe designar para el cargo, a la persona que haya obtenido el puntaje más alto¹¹. El 3 de febrero de 2010, la entidad le respondió al actor que, según el artículo 305 de la Constitución, es potestad del Gobernador designar de la terna a la persona que considere debe ocupar el cargo, y al ICA corresponde acatar tal designación y hacer el nombramiento.

El peticionario solicita que se ordene a las entidades accionadas revocar los actos administrativos que condujeron al nombramiento del señor Rafael Murgas Arzuaga y, en consecuencia, se lo nombre a él como Gerente seccional del ICA en el departamento del César.

2. Respuesta de las entidades accionadas

2.1. Gobernación del César

Al responder la tutela señaló que no se vulneraron los derechos fundamentales del actor,

porque la designación hecha por el Gobernador se hizo en cumplimiento de una facultad contenida en el numeral 13 del artículo 305 de la Constitución, y no puede el juez de tutela ordenar que se inaplique un mandato constitucional.

Sostuvo que la sentencia T-329 de 2009 no es aplicable al caso concreto porque en dicha ocasión la Corte señaló que en los concursos de méritos para nombrar Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, se debe inaplicar el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, y en consecuencia, nombrar para el cargo a la persona que ocupó el primer puesto el concurso. Pero el caso concreto no comparte los mismos presupuestos de hecho de tal sentencia, así que resulta improcedente que el actor la señale como precedente.

Adujo que la jurisprudencia de la Corte ha sostenido que el sistema de méritos tiene mayor relevancia en los cargos de carrera administrativa, así como en algunos cargos de libre nombramiento y remoción, a diferencia de los cargos de periodo fijo como el cargo de Gerente Seccional del ICA César.

Finalmente, sostuvo que la acción de tutela resulta improcedente porque (i) el actor pretende que se retire del cargo de Gerente Seccional del ICA al señor Rafael Murgas Arzuaga, quien goza de un derecho adquirido con fundamento en el proceso de selección, y una orden de desvinculación vulneraría su derecho fundamental al debido proceso y además (ii) el peticionario no demostró que acudía a la acción de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

2.2. Instituto Colombiano Agropecuario (ICA)

Solicitó declarar la improcedencia de la acción porque (i) el actor cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para solicitar la nulidad de los actos que llevaron a la designación del señor Francisco Murgas Arzuaga en el cargo de Gerente Seccional del ICA César, y (ii) existiendo otra vía de defensa judicial, si el actor acude a la acción de tutela, debe demostrar que lo hace para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, lo que no ocurrió.

Sostuvo que la acción de tutela resulta improcedente por falta de legitimación por pasiva porque la designación del señor Francisco Murgas Arzuaga la efectuó el Gobernador y el ICA se limitó a nombrar en el cargo a quien este eligió, sin que en ningún momento tuviera la

oportunidad legal de intervenir en tal designación.

Adujo que el precedente de la sentencia T-329 de 2009 no tiene aplicación en el caso concreto porque en dicha providencia se ordenó escoger al aspirante que ocupó el primer puesto dentro del concurso de méritos, pero en esa ocasión se trataba del cargo de Gerente de una Empresa Social del Estado.

Explicó que las Empresas Sociales del Estado, conforme el artículo 1 del Decreto 1876 de 1994, constituyen una categoría especial de entidades públicas descentralizadas, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, creadas y organizadas por el Congreso, las Asambleas o los Concejos y la designación de su Gerente se hace en cumplimiento del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007. Por el contrario, el ICA es un establecimiento público, creado y organizado conforme el Decreto 1562 de 1962, del orden nacional, con autonomía administrativa, patrimonio independiente y la designación de sus gerentes regionales se hace conforme al artículo 305 de la Constitución y la Ley 489 de 1998. De tal forma que aunque la Corte ha expresado que el concurso de méritos no se puede desconocer en un proceso de selección, en el caso concreto, para la escogencia de Gerentes Seccionales del ICA, prevalece la norma constitucional sobre el Decreto 1972 de 2002, que introdujo el concurso de méritos.

Finalmente, y sobre la sentencia T-329 de 2009 señaló que los efectos de los fallos de tutela sólo vinculan a las personas que concurrieron al proceso, tal como lo disponen el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 48 de la Ley 270 de 1996. Al respecto, sostuvo que el Departamento Administrativo de la Función Pública, en concepto del 26 de enero de 2010, señaló que la sentencia citada tiene efectos interpartes. Por lo tanto, no tiene aplicación en el caso actual.

3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar, en sentencia del (05) de marzo de dos mil diez (2010), tuteló los derechos fundamentales del peticionario y ordenó a la Gobernación del César que realizara todas las gestiones tendientes a revocar todos los actos administrativos que dieron lugar al nombramiento del señor Rafael Murgas Arzuaga, y en su lugar nombrar a señor Víctor Hugo Armenta Herrera en el cargo de Gerente Seccional del ICA César.¹²

Al respecto, el juez de instancia consideró que “ante la realización de un concurso de méritos para determinar quien es la persona más idónea para el ejercicio de un cargo, resulta desfasado que atendiendo a la simple discrecionalidad del nominador se desconozca a este y se nombre a una persona que de acuerdo a requerimiento técnicos, personales y profesionales destacados en el concurso, está en un nivel inferior.” Sostuvo que a la luz del artículo 125 de la Constitución y de la jurisprudencia constitucional, la selección de los funcionarios públicos se hace de acuerdo al mérito, y en ese sentido, la facultad de los nominadores está ceñida definitivamente a los resultados de los concursos.

Finalmente, sostuvo que se vulneran los derechos fundamentales de quien ocupa el primer lugar dentro de un concurso de méritos cuando sin fundamento se nombra a la persona que ocupó el tercer lugar, ya que no se cumple la finalidad de todo proceso de selección, que es precisamente la posibilidad de escoger la persona más idónea para el cargo.

4. Impugnación

Cada una de las entidades accionadas¹³ presentó impugnación contra el fallo de primera instancia. El ICA reiteró que la designación del Gerente Seccional del ICA César se rige por un procedimiento especial contenido en el artículo 305 de la Constitución, como excepción a la regla de selección por méritos que establece el artículo 125 de la misma. De tal forma que la aplicación que hizo el juez de primera instancia de dicho artículo, no tiene cabida en el caso concreto, pues el procedimiento establecido en el artículo 305 consagra, para este tipo de cargos, la prevalencia del sistema de selección por terna.

Por lo demás, reiteró que la ratio decidendi de la sentencia T-329 de 2009 no es aplicable al caso bajo análisis, por cuanto en dicha ocasión se trató de la designación de un Gerente de una ESE del Estado, y dicha elección está regida por una norma legal, que pudo ser inaplicada por el juez de tutela, pero la norma que rige la selección para ocupar el cargo de Gerente Seccional de ICA César, es de rango constitucional y no puede ser inaplicada.

A su vez, la Gobernación del César señaló (i) que el peticionario, teniendo la vía ordinaria para ventilar su pretensión, no demostró que acudía a la acción de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, (ii) que la acción de tutela no procede para desconocer derechos adquiridos, y en este caso se desconocería el derecho del señor Rafael Murgas Arzuaga a ocupar el cargo de Gerente Seccional del ICA César, (iii) que la

jurisprudencia constitucional ha reiterado que la tutela es improcedente para cuestionar la legalidad de actos administrativos y (iv) reiteró el argumento del ICA en cuanto a que no existe en la jurisprudencia de la Corte un precedente aplicable al caso concreto, ni siquiera la sentencia T-329 de 2009 como sostiene el actor.

Finalmente, adujo que el proceso de tutela adolece de nulidad porque no se vinculó al mismo al señor Rafael Murgas Arzuaga quien fue elegido por el Gobernador del César para ocupar el cargo en cuestión.

Sostuvo que la acción de tutela resulta improcedente por falta de legitimación por pasiva porque la designación del señor Francisco Murgas Arzuaga se efectuó por el Gobernador del César, y el ICA se limitó a nombrar en el cargo a quien el Gobernador eligió, sin que en ningún momento tuviera la oportunidad legal de intervenir en la designación.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, el cinco (05) de mayo de dos mil diez (2010), revocó en su totalidad el fallo impugnado al considerar que el artículo 305 de la Constitución señala que es facultad de los Gobernadores designar a los jefes o gerentes seccionales de los establecimiento públicos del orden nacional. En estos casos no es esencial si la terna se conforma por concurso de méritos o por cualquier otro sistema de elección autorizado, ya que el Gobernador puede sopesar las calidades de cada uno de los aspirantes, y discrecionalmente, escoger a quien considere idóneo para el cargo. Agrega que la norma constitucional no obliga que sea designado para el cargo a la persona que ocupó el primer puesto de la terna.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

En el presente caso, corresponde a la Sala Primera de Revisión determinar:

¿Un gobernador (Gobernador del Cesar) vulnera el derecho al debido proceso de una persona (el señor Víctor Hugo Armenta Herrera), que participa en un concurso de méritos para proveer el cargo de gerente seccional de un establecimiento público del orden nacional, al no escogerla para ocupar el cargo, pese a que tiene el mayor puntaje entre las personas que conformaban la terna, designando para el cargo a quien obtuvo el tercer puntaje, amparando su decisión en la atribución de escogencia que le confiere el numeral 13 del artículo 305 de la Constitución?

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala reiterará (i) los criterios fijados por esta Corporación acerca de la procedencia de la acción de tutela para controvertir decisiones adoptadas en el marco de un concurso público, (ii) los criterios fijados por este Tribunal respecto a la facultad de los gobernadores de escoger a una persona de la terna para ocupar el cargo de gerente de un establecimiento público, y (iii) con fundamento en las consideraciones que surjan de la revisión de los antecedentes jurisprudenciales, se abordará el estudio del caso concreto.

3. La acción de tutela es un mecanismo judicial procedente para controvertir decisiones adoptadas en el marco de un concurso público, cuando, en el caso concreto, no exista otro medio judicial que garantice con la misma efectividad el derecho presuntamente conculcado

Dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, por regla general, no es el mecanismo llamado a prosperar para controvertir decisiones adoptadas en el marco de un concurso público. Para ello, el sistema judicial colombiano, cuenta con una jurisdicción especial, la jurisdicción contenciosa administrativa, para juzgar las controversias y litigios originados por la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones públicas.

No obstante, el artículo 86 de la constitución señala que la acción de tutela también es procedente, pese a la existencia de otros medios de defensa judicial, cuando se utiliza como mecanismo para evitar un perjuicio irremediable,¹⁴ o cuando el medio de defensa ordinario con el que se cuenta no resulta eficaz.

Ante esta situación, al juez constitucional le corresponde evaluar si los mecanismos ordinarios de defensa judicial son idóneos y eficaces para restablecer el derecho fundamental

violado o protegerlo frente a su inminente amenaza.

Ahora bien, específicamente, cuando se controvierte el nombramiento de una persona en el marco de un concurso público y se pretende la elección del primero en la lista, esta Corporación ha señalado¹⁵ que es procedente la acción de tutela, como mecanismo de defensa judicial, debido a que: (i) “se hallan en riesgo derechos constitucionales fundamentales -el trabajo, la posibilidad de acceder a cargos y funciones públicas, el debido proceso y la igualdad-, puesto que el motivo de las demandas reside en el hecho de que los nominadores han ignorado los resultados del concurso y han llenado las vacantes con nombres de personas calificadas con puntajes inferiores a los de quienes ahora piden protección constitucional”,¹⁶ (ii) “las acciones contenciosas administrativas “supone[n] unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata”¹⁷ y (iii) “la acción de tutela se constituye en el único mecanismo que permite a quien ostenta un mejor derecho ser efectivamente designado en el cargo al que aspira, sin perjuicio de la competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo para resolver sobre la legalidad de la actuación administrativa y condenar al pago de las indemnizaciones pecuniarias correspondientes, si a ello hubiere lugar (...)”.

Así, considera la Sala de Revisión que, en el caso concreto, la acción de tutela resulta procedente como mecanismo de amparo de los derechos del accionante, presuntamente conculcados, teniendo en cuenta que (i) se encuentran en riesgo derechos constitucionales fundamentales como el derecho al trabajo, el debido proceso y el acceso a cargos públicos, (ii) las acciones contenciosas pueden no resultar del todo eficaces para garantizar la protección de los derechos fundamentales del accionante, debido a la duración del proceso administrativo y (iii) en virtud del principio de igualdad, teniendo en cuenta que, en casos similares, donde los accionantes aspiran a ser nombrados en un cargo público al haber obtenido el mejor puntaje en el concurso de méritos celebrado para proveer un cargo público, se ha considerado que la acción de tutela es procedente como mecanismo de defensa judicial.

4. El numeral 13 del artículo 305 de la Constitución le confiere a los gobernadores la atribución de “escoger” una persona de la terna que le envíe el correspondiente director del establecimiento público¹⁸

4.1. De acuerdo con la Constitución Política, como regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado deben ser de “carrera” (art. 125, C.P.). Pero, también establece que no son de carrera los cargos “de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley” (ídem). Por tanto, si bien el ingreso a los cargos de carrera debe ser el fruto de “los méritos y calidades de los aspirantes”, el acceso a los demás cargos puede responder al menos en parte a razones de distinto orden.

4.2. En efecto, ante todo es preciso partir de la base de que en las sentencias T-32919 y T-715 de 2009,²⁰ lo mismo que en la sentencia C-181 de 2010,²¹ a esta Corte le correspondió decidir un problema parcialmente distinto al que se le presenta en esta ocasión. Debió establecer si el ingreso al cargo de gerente de una Empresa Social del Estado debe depender exclusivamente del mérito de los aspirantes. Pues bien, para resolver ese punto, la Corte tuvo en consideración un aspecto, al cual decidió concederle relevancia concluyente: el legislador dispuso que aun cuando ese cargo no estaba caracterizado constitucionalmente, y desde el punto de vista legal era de libre nombramiento y remoción, todo aspirante a ocuparlo debía superar un concurso de méritos, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, norma declarada exequible con condicionamiento.²² En un contexto normativo de esa naturaleza -dijo la Corte- la administración está constitucionalmente obligada a llevar el mérito hasta sus últimas consecuencias. Como se sostuvo en la sentencia C-181 de 2010:

“si el legislador o la administración deciden someter a concurso la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción, la Constitución les impone el deber de sujetarse a las reglas propias del concurso fijadas por la ley y la jurisprudencia de esta Corporación. En particular, es obligación del legislador o de la administración garantizar el derecho fundamental de quien demuestra mayores méritos a acceder al cargo por el cual concursa”.

4.3. Como se ve, entre el caso que ahora debe resolver y los decididos en las sentencias precitadas, hay similitudes, pero también diferencias. Similitudes consistentes en que se trata de definir si empleos que la Constitución no especifica si son de carrera, deben ser proveídos por el sistema de méritos. Por lo tanto, si no hubiera ninguna diferencia relevante entre el problema a resolver en esta oportunidad, y los resueltos en las decisiones antes mencionadas, la Sala tendría que respetar lo dispuesto en estas últimas, y adoptar la

resolución que de ellas se deriva. En este caso, sin embargo, hay diferencias relevantes que no pueden ser pasadas por alto.

4.4. En esta ocasión, la Sala no está ante un cargo cuya forma de ingreso haya sido indiferente para la Constitución. La Constitución establece de manera expresa un aspecto de la forma de provisión de los cargos de gerente o jefe seccional de los establecimientos públicos de orden nacional que operen en el departamento. Dice que es competencia del gobernador, “[e]scoger de las ternas” enviadas para esos efectos, a la persona que estime apta para ocupar el cargo (art. 305, numeral 13, C.P.). En cambio, en la Constitución, no hay ningún precepto que diga algo semejante respecto de la provisión de cargos de gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Podría pensarse que esa diferencia no es decisiva para tomar, en este caso, una decisión distinta de la que se adoptó en la jurisprudencia antes referida. Pero la verdad es que sí lo es, al menos por las siguientes razones.

4.4.1. En primer lugar, porque en la sentencia C-295 de 1995 (MP. Antonio Barrera Carbonell), la Corte ya le concedió a esa diferencia una relevancia decisiva. Efectivamente, en ese caso se presentó una acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 20 y 21 de la ley 119 de 1994,²³ en los cuales se establecía que los Directores Regionales del Sena eran cargos de libre nombramiento y remoción por parte del Director General del Sena. La Sala Plena de la Corte Constitucional estudió, entre otros aspectos, el alcance normativo del numeral 13, artículo 305, de la Constitución, y sostuvo al respecto, que

“la interpretación del art. 305-13 de la Constitución demanda la consideración de los siguientes supuestos materiales y jurídicos: [...]

-El director, gerente, presidente o jefe del respectivo establecimiento público nacional debe elaborar unas ternas (dos o más) de aspirantes a ocupar el cargo de gerente o jefe seccional de la entidad en el departamento.

- Las ternas deben ser remitidas al gobernador del departamento, para su consideración.

- De las ternas en cuestión el gobernador debe “escoger” a la persona que a su juicio debe ser nombrada en el referido cargo.

- La persona escogida por el gobernador deberá ser designada por el nominador, esto es, por

el director, gerente, presidente o jefe del respectivo establecimiento para llenar la vacante del aludido cargo existente a nivel seccional.”

De igual modo, comprendió que cuando la Constitución usa el término ‘escoger’, en la norma, le ordena al intérprete respetar el ámbito de autonomía y discrecionalidad, si bien limitado, que tiene el gobernador. Al respecto, se sostuvo:

“[l]a inflexión verbal “escoger” que utiliza la norma, se empleó por el Constituyente en su acepción obvia, cual es la de seleccionar entre varios -los integrantes de las ternas- a quien deba ser propuesto y nombrado para el cargo”.²⁴

4.4.2. En segundo lugar, porque esa jurisprudencia debe seguir teniendo vigencia. Por una parte, porque así lo exige la regla interpretativa del efecto útil, de acuerdo con la cual los vocablos usados por el Constituyente deben entenderse en el sentido de que produzcan efectos, y no en el sentido de que no lo produzcan o produzcan efectos absurdos. ²⁵ Así, en este caso, no podría decirse que la forma de ingreso a un cargo como el de gerente del ICA, debe depender exclusivamente del mérito de los aspirantes, pues de ser esa la interpretación se privaría por completo de eficacia la facultad que la Constitución les confiere a los gobernadores de “escoger”, a partir de la terna enviada, a quienes estén postulados para ocupar el referido cargo. Y esa jurisprudencia debe ser mantenida, por otra parte, porque interpretar que el gobernador tiene la facultad de “escoger” libremente entre los ternados, no priva de efecto útil, en todo caso, al principio ciertamente concurrente, de acceso al poder público en virtud del mérito. Lo que hace es conciliar ese principio con otros, que están latentes en la atribución que la Carta le otorga al gobernador de escoger entre los ternados a quien debe ser designado. Se trata de conciliar la primacía del mérito con los principios, expresamente reconocidos como subyacentes a esa facultad en la sentencia C-295 de 1995,²⁶ de descentralización y autonomía de los departamentos, los cuales están llamados a garantizar la “participación de la región en el desarrollo de las actividades de los organismos nacionales y de coordinación de los servicios que prestan los establecimientos de los departamentos”.²⁷

4.4.3. Pero además, porque mientras el concurso de méritos que se realiza para designar a quien habrá de ocupar el cargo de gerente de una Empresa Social del Estado, se rige por lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, distinto es el asunto

sometido al examen de la Sala, porque no se discute aquí la aplicación de una norma de rango legal, sino la atribución constitucional conferida a los gobernadores de escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento y, tratándose de una norma de rango constitucional, no puede la Sala desconocerla.

En el marco de un concurso de méritos, no para elegir a quienes habrán de ocupar los cargos de gerentes o jefes seccionales respectivos, sino para “conformar una lista de elegibles”, de la cual se escoge a quien será designado, debe prevalecer el mérito para su conformación con quienes obtengan el más alto puntaje, ello no obsta para que la atribución de los gobernadores de escoger a una persona de la terna enviada por el jefe nacional respectivo, se ejerza, debido a que, tal como lo manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C-295 de 1995,²⁸ dicha atribución fue conferida por la Constitución Nacional para desarrollar los principios de descentralización y autonomía de los departamentos, y para garantizar la “participación de la región en el desarrollo de las actividades de los organismos nacionales y de coordinación de los servicios que prestan los establecimientos de los departamentos”.²⁹

5. El gobernador del Cesar no vulneró los derechos al debido proceso y al acceso a cargos públicos al escoger a una de las personas que hacían parte de la lista de elegibles, para cuya conformación se adelantó el concurso de méritos para la designación del gerente seccional del ICA, Cesar.

5.1. En el caso concreto, el señor Víctor Hugo Armenta Herrera considera que el Gobernador del César y el Gerente General del Instituto Colombiano Agropecuario -ICA- le vulneraron sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al derecho a acceder a cargos públicos, al no nombrarlo en el cargo de Gerente Seccional del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA César), aun cuando obtuvo el puntaje más alto dentro del concurso de mérito organizado para proveer dicha plaza.

5.2. Por su parte, los demandados, además de plantear la improcedencia de la acción, en tanto el actor cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir el acto, manifestaron que la decisión de nombrar a una persona incluida en la terna, se tomó en virtud de la atribución que le otorga el numeral 13 del artículo 305 de la Constitución Política a los gobernadores, norma que expresamente consagra la facultad que

estos tienen para “[e]scoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley”.

5.3. De conformidad con los hechos y las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia, considera la Sala de Revisión que, en el caso concreto, el Gobernador del Cesar no vulneró los derechos del señor Víctor Hugo Armenta Herrera al debido proceso y al acceso a cargos públicos, al escogerlo de la terna enviada por el Gerente Nacional del ICA, para ocupar el cargo de gerente seccional del ICA Cesar.

En este caso, el presentarse a un concurso público de méritos para conformar la lista de elegibles para ocupar el cargo de gerente seccional del ICA Cesar y, superar las pruebas obteniendo una calificación destacada entre los aspirantes, le da derecho a los participantes con mejor puntaje a ser incluidos en la terna que se presenta ante el Gobernador para que este ejerza su atribución constitucional de escoger a quien ocupará el cargo, ya que esa facultad de escogencia, entre los mejores se deriva de la participación de la región en el desarrollo de las actividades de los organismos nacionales y de coordinación de los servicios que prestan los establecimientos públicos del orden nacional en los departamentos, según se desprende del análisis de la norma efectuado por la sentencia C-295 de 1995 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

Por lo expuesto, se procederá a confirmar la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, el cinco (5) de mayo de 2010, que revocó el fallo expedido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar el cinco (5) de marzo de 2010, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Gobernador del Cesar y el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA).

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida, en segunda instancia, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, el cinco (05) de mayo de dos mil diez (2010), que a su vez revocó la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar, el (05) de marzo de dos mil diez (2010), dentro el proceso de tutela de Víctor Hugo Armenta Herrera, contra el Gobernador del César y el Gerente General del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA).

Segundo.- Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Siempre que en la tutela se haga referencia al Instituto Colombiano Agropecuario, se identificará con su sigla -ICA-.

2 Folio 151.

3 Contrato Interadministrativo No. CG-01-017-09 del 30 de abril de 2009 (folio 141 del cuaderno principal) Siempre que se haga mención de un folio, se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa.

4 Folio 22.

5 Folio 22.

6 Consolidado definitivo de resultados de la prueba escrita de conocimientos (folio 32).

7 Resultado de la prueba de entrevista y de la valoración de antecedentes (folio 34). En la prueba de entrevista el peticionario inicialmente obtuvo un puntaje 82.67, en una segunda revisión, su puntaje subió a 89.20 (respuesta a la solicitud, folio 37 a 40).

8 Resultado consolidado (folio 41).

9 Folio 45. El señor Francisco Mugas Arzuaga se posesionó en el cargo mediante la Resolución No. 000676 de febrero de 2010.

10 Folios 41 y 44

11 Folio 46.

12 Este fallo fue aclarado por el Juzgado en providencia del doce (12) de marzo de 2010 en la cual aclaró que las órdenes proferidas se refieren, en cuanto a la Gobernación del Cesar, a designar para el cargo de Gerente Seccional a quien obtuvo el primer puntaje en el concurso de meritos y en relación con el ICA, a realizar el correspondiente nombramiento.

13 Impugnación del ICA (folios 199 a 208), impugnación de la Gobernación del César (folios 210 a 216).

14 Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, resulta relevante la sentencia T-225 de 1993 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa) en la cual se sentaron las primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También se pueden consultar las sentencias T-1670 de 2000 (MP. Carlos Gaviria Díaz), SU-544 de 2001 (MP. Eduardo Montealegre Lynett) (SV. Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis), SU-1070 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño) (AV. Jaime Córdoba Triviño, Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra) (SV. Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Eduardo Montealegre Lynett, Clara Inés Vargas Hernández), T-827 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett),

T-698 de 2004 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes) y C-1225 de 2004, (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

15 Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias: SU- 458 de 1993 (MP. Jorge Arango Mejía), T-256 de 1995 (MP. Antonio Barrera Carbonell), SU - 136 de 1998 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), SU- 086 de 1999 (MP. José Gregorio Hernández Galindo) (SV. Vladimiro Naranjo Mesa, Alfredo Beltrán Sierra y Fabio Morón Díaz), SU - 613 de 2002 (MP. Eduardo Montealegre Lynett) (SV. Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño, Clara Inés Vargas Hernández y Álvaro Tafur Galvis), T-024 de 2007 (MP. Álvaro Tafur Galvis) (AV. Jaime Araujo Rentería).

16 Sentencia T-024 de 2007 (MP. Álvaro Tafur Galvis) (AV. Jaime Araujo Rentería).

17 Ibídem

18 De conformidad con el numeral 13 del artículo 305 de la Constitución Política de Colombia, es atribución de los gobernadores: “13. Escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley”.

19 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

20 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

21 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

22 En la sentencia C-181 de 2010 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), la Corte Constitucional estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, en el cual se regula la provisión de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado. La Corte decidió: “[d]eclarar EXEQUIBLE la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, en el entendido de que la terna a la que se refiere deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el respectivo concurso de méritos; de que el nominador de cada empresa social del estado deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje; y de que el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo

que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero”.

23 En esta oportunidad, el actor estimó que las normas acusadas violan los artículos 305-13 y 287-2 de la Constitución Política, porque con ellas se desconoce la atribución que tiene el Gobernador de “escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley” y la autonomía de que gozan las entidades territoriales que se traduce, entre otras cosas, en el derecho de “ejercer las competencias que les correspondan”.

24 Al respecto, específicamente en esta sentencia se sostuvo que “la intervención del gobernador para escoger a dichos funcionarios, obedece más que todo a la idea de participación de la región en el desarrollo de las actividades de los organismos nacionales y de coordinación de los servicios que prestan los establecimientos de los departamentos, antes que a un fenómeno de subordinación jerárquica de aquéllos a éstos.”

25 Ese principio ha sido usado por esta Corte, para interpretar la Constitución, por ejemplo en la sentencia C-024 de 1994 (MP. Alejandro Martínez Caballero. Unánime), al resolver una aparente antinomia entre las cláusulas permanentes de la Constitución, y sus disposiciones transitorias. La misma regla hermenéutica ha sido usada también para interpretar por ejemplo los tratados internacionales que reconocen derechos humanos, y así lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4. Consideración 64. También la ha usado esta Corte para interpretar las normas infraconstitucionales, por ejemplo en la sentencia T-007 de 2009 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). Del mismo modo, esa regla es reconocida por la doctrina y la jurisprudencia extranjera, especialmente al momento de interpretar la Constitución. Ver, al respecto: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier: La argumentación en la justicia constitucional, Bogotá, Diké, Pontificia Universidad Javeriana, 2008, pp. 349 y ss.

26 MP. Antonio Barrera Carbonell (AV. José Gregorio Hernández Galindo).

27 Sentencia C-295 de 1995 (MP. Antonio Barrera Carbonell) (AV. José Gregorio Hernández Galindo).

28 MP. Antonio Barrera Carbonell (AV. José Gregorio Hernández Galindo).

29 Sentencia C-295 de 1995 (MP. Antonio Barrera Carbonell) (AV. José Gregorio Hernández Galindo).