

Sentencia T-1326/01

CONCURSO DE MERITOS-Derecho a ocupar cargos si existía calificación en firme para fecha ejecutoria de sentencia de inconstitucionalidad

Siempre que en un concurso de méritos iniciado antes de la ejecutoria de la sentencia C-372 de 1999, estén las calificaciones en firme y el actor ocupe un lugar preferencial dentro de los aspirantes -como cuando ocupa el primer lugar entre éstos-, tendrá derecho a ser nombrado en período de prueba en el cargo para el cual concursó, siempre y cuando tal cargo exista y se encuentre vacante o, en caso de no encontrarse vacante, la persona que lo ocupa no tiene un mejor derecho que el accionante -como cuando fue nombrado en provisionalidad alguien que nunca concursó u ocupó un puesto inferior en el concurso.

Referencia: expediente T-480552

Acción de tutela instaurada por Carlos Alberto Sarmiento Barrera contra la Secretaría de Educación de Bogotá D.C.

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil uno (2001)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo del 5 de junio de 2001, adoptado por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para resolver la acción de tutela instaurada por Carlos Alberto Sarmiento Barrera contra la Secretaría de Educación de Bogotá D.C.

El presente expediente fue escogido para revisión por medio de auto del 4 de septiembre de 2001, proferido por la Sala de Selección Número Nueve y repartido a la Sala Tercera de Revisión.

1. ANTECEDENTES

1. Hechos

Carlos Alberto Sarmiento Barrera, instauró acción de tutela en contra de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., por considerar violados sus derechos fundamentales al trabajo y al acceso a un cargo público, lo que deriva en una vulneración a los derechos adquiridos que garantizan su nombramiento, de conformidad con los parámetros que rigen la carrera administrativa. Los hechos que sustentan la presentación de la acción de tutela se resumen de la siguiente manera:

El día 29 de Enero de 1999, la Secretaría de Educación de Bogotá convocó a concurso de ascenso para acceder, entre otros, a dos cargos de nivel profesional especializado 335-22, para el cual el petente cumplía con todos los requisitos solicitados. En la convocatoria se establecieron 4 evaluaciones distintas que sumadas determinaban el mérito de los participantes: la prueba de aptitud (40%), la prueba de conocimientos (25%), la entrevista (15%) y el análisis de antecedentes (20%). En la prueba de aptitud, el actor obtuvo un puntaje de 60 puntos, en la de conocimientos obtuvo un puntaje de 66.67 puntos, en la entrevista obtuvo 86 puntos, pero respecto de la prueba de análisis de antecedentes el actor no alcanzó a ser calificado, ya que el procedimiento de la etapa concursal fue suspendido como consecuencia de la ejecutoria de la sentencia C-372 de 1999, quedando así pendiente ésta última calificación.

2. Argumentos de la demanda y solicitud

En concepto del actor, él ya tiene “un derecho adquirido a ser elegido en el cargo”, por haber sido el primero en las pruebas que habían sido realizadas hasta ese momento. Afirma que en Junio de 1999, la entidad demandada ya tenía el puntaje de sus pruebas, lo que le daba el carácter de elegible; sin embargo, la entidad demandada le negó la provisión del cargo aduciendo que no se ha terminado completamente con la etapa concursal. En consecuencia, solicita que se ordene el nombramiento como profesional especializado 335-22, dependiente

de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá D.C., por haber cumplido con todos los requisitos para ello.

3. Argumentos de la entidad acusada

Una vez notificada de la demanda, la entidad accionada argumentó que de acuerdo con las normas que rigen la carrera administrativa y que cobijan a la Secretaría de Educación de Bogotá, el accionante no tiene derecho a ser nombrado en el cargo al cual aspira, ya que para la fecha de ejecutoria de la sentencia C-372 de 1999, no había culminado con el procedimiento concursal necesario para tal efecto.

4. Fallo de Primera Instancia

En primera instancia, el Juzgado 17 de Familia de Bogotá concedió la acción de tutela interpuesta por el accionante, argumentando que debido a que el actor era el único aspirante dentro de la convocatoria y nadie más había superado las distintas pruebas hasta el momento realizadas debía otorgársele el cargo de manera inmediata, independientemente que hiciera falta la prueba de análisis de antecedentes del aspirante, ya que era claro que él era la única persona idónea dentro de la etapa hasta ahora realizada para acceder al cargo materia de concurso.

5. Impugnación

La entidad accionada impugnó el fallo emitido por el a quo, basándose en que el concurso en el cual participó el demandante, había sido suspendido por disposición de la sentencia C-372 de 1999, por lo que habían quedado pendientes la realización de la totalidad de las etapas previstas para el concurso. De ese modo y debido a que hace falta una prueba por practicar dentro del concurso, como lo es el análisis de antecedentes no era posible otorgar la vacante al accionante.

6. Sentencia objeto de revisión

En segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, en providencia del 5 de junio de 2001 revocó el fallo del a quo, señalando que como el proceso de selección no se había agotado en su totalidad, no era posible pretender que por la sola realización de algunas pruebas y con los resultados obtenidos en ellas, se pudiera proceder

al nombramiento del actor por haber sido el único participante, ya que aun estaba pendiente la realización de una de las pruebas previstas en el proceso concursal y la divulgación de la respectiva lista de elegibles.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Esta Sala es competente para revisar las sentencias proferidas por los jueces de instancia dentro de los procesos de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y de conformidad con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

De acuerdo con los hechos reseñados, procede esta Sala a resolver si existe un derecho subjetivo al nombramiento en la carrera administrativa, para un concursante que al momento de la ejecutoria de la Sentencia C-372 de 1999, había sido evaluado en el 80% del total de las pruebas del concurso, era el único aspirante que había aprobado tales pruebas y sólo estaba pendiente la evaluación de la última prueba y la conformación de la lista de elegibles.

3. Reiteración de la jurisprudencia en materia de concursos

Con el objeto de responder este interrogante, al Corte reiterará la posición sostenida en las sentencias T-559 de 20001, T-167 de 20012 y T-1241 de 20013 y metodología empleada Así, en la sentencia T-1241 de 2001, la Corte resumió la metodología que podría aplicar el juez de tutela para determinar si un concursante tiene o no un derecho subjetivo a ser nombrado en el puesto para el cual concurso, estableció lo siguiente:

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte sintetizará algunas hipótesis fácticas mínimas⁴ que ayudarán en casos futuros a los funcionarios competentes en cada entidad, cuando deban determinar si en el caso concreto que se les presenta, se han violado o no los derechos fundamentales de los concursantes, cuando no se ha efectuado su nombramiento. Estos elementos no riñen con el principio de legalidad ni con la autonomía de los funcionarios, pues las pautas que establecen simplemente proporcionan una interpretación razonable del fallo C-372 de 1999 y de la ley acorde con la Constitución, y dejan al funcionario competente la

facultad de apreciar las pruebas en el caso concreto y de tomar las decisiones a que haya lugar. Se pretende con la definición de las hipótesis fácticas mínimas, evitar tanto la contradicción entre los funcionarios estatales como la concurrencia masiva a la jurisdicción por parte de personas que, en situaciones similares a las de los accionantes en el presente proceso, busquen en la tutela el único medio para la realización de sus derechos. Además, en este último evento tales hipótesis, otorgan al juez de amparo herramientas para la valoración de los casos a la luz de la Constitución. También se busca con ello que los casos iguales sean tratados igual, como lo impone el artículo 13 de la Carta.

Así, con el propósito de establecer si alguien que participó en un concurso con anterioridad al 12 de julio de 1999 adquirió algún derecho se habrá de determinar:

1. Si el aspirante aprobó todas las etapas de la evaluación, pues de lo contrario no surge ningún derecho para éste ni es necesario continuar con el análisis de las demás situaciones fácticas;

1. Si la calificación obtenida por el concursante se encuentra en firme, es decir, si ha precluido la etapa de reclamos o si, habiendo sido elevados, éstos ya han sido resueltos, pues de lo contrario no ha surgido un derecho cierto para el aspirante;

1. Si existe lista de elegibles, pues de lo contrario la entidad debe proceder a su conformación para hacer público el orden que ocupan los concursantes, con base en los resultados en firme.

1. Si el aspirante se encuentra a la cabeza de la lista, bien sea porque ocupó el primer lugar en el concurso, pues de lo contrario deberá esperar a que no exista otro aspirante con mejor derecho que él o a que existan otros cargos vacantes en el mismo empleo, en otros iguales, similares o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel, de conformidad con lo que

establece el artículo 22 de la Ley 443 de 1998, en los cuales pueda ser nombrado el aspirante cuyo caso se estudia.

Verificadas las anteriores hipótesis y conformada la lista de elegibles, se debe evaluar la situación en la que se encuentra el cargo que se va a proveer. Esto es:

1. Si el cargo que se pretende proveer se encuentra vacante o no. En ese evento pueden presentarse dos hipótesis distintas, a saber:

1. Que el cargo se encuentre vacante, caso en el cual tal vacante debe ser llenada de conformidad con las reglas que establecen los artículos 22 y 23 de la Ley 443 de 1998. Esto es, en período de prueba con prelación a cualquier otra persona de la lista;

1. Que el cargo que se pretendía proveer con el concurso está siendo ocupado por alguna persona. En este caso es necesario establecer

1. Si el nombramiento de esa persona fue hecho en provisionalidad y la persona nombrada es

1. El mismo aspirante y tutelante cuyo caso se analiza y quien a pesar de haber ocupado el primer lugar dentro del concurso, u ocupar un lugar preferencial dentro del grupo de aspirantes, fue nombrado en provisionalidad. En ese evento, se debe proceder nombrar al aspirante en período de prueba y completar las restantes etapas del proceso de ingreso a la carrera.

1. Alguien que ocupó un mejor lugar que el aspirante cuyo caso se analiza. En ese evento quien tiene derecho a ser nombrado en período de prueba es quien ocupó el mejor lugar en

el mismo concurso. El aspirante cuyo caso se analiza deberá esperar a que exista otra vacante y que no haya otro aspirante con mejor derecho que él, para poder ser nombrado en período de prueba.

1. Un aspirante que ocupó un lugar inferior al del aspirante cuyo caso se analiza, que no aprobó el concurso o que no participó en él. En cualquiera de esos tres eventos, se debe proceder nombrar en el cargo ocupado en provisionalidad, al tutelante, cuyo caso se analiza, en período de prueba, pues tiene un mejor derecho que quien fue nombrado en provisionalidad, y a partir de ese momento, completar las restantes etapas del proceso de ingreso a la carrera.

1. Si el nombramiento de esa persona fue hecho en período de prueba y la persona nombrada es

1. El mismo aspirante y tutelante cuyo caso se analiza. En ese evento, se debe proceder a completar las restantes etapas del proceso de ingreso a la carrera. Se deberá determinar:

1. Si la evaluación de desempeño ya se hizo y el aspirante superó satisfactoriamente el período de prueba. En ese evento, se deben adelantar los pasos restantes para lograr su registro en la carrera.

1. La evaluación de desempeño aún no se ha hecho. En ese evento, se debe proceder a su evaluación de conformidad con las normas vigentes sobre la materia.⁵

1. La evaluación de desempeño se hizo y el aspirante reprobó el período de prueba. En ese caso, el aspirante puede interponer los recursos de ley que establecen las normas vigentes en la materia⁶.

1. Un aspirante que ocupó un mejor lugar que el aspirante cuyo caso se analiza. En ese evento quien tiene derecho a ser nombrado en período de prueba es el aspirante con mejor derecho, es decir quien ocupó el mejor lugar en el mismo concurso. El aspirante cuyo caso se analiza, deberá esperar a que exista otra vacante y que no haya otro aspirante con mejor derecho que él, para poder ser nombrado en período de prueba.

1. Un aspirante que ocupó un lugar inferior al del aspirante cuyo caso se analiza, o no aprobó el concurso o no participó en él. En cualquiera de esos tres eventos, se debe proceder nombrar en el cargo al aspirante cuyo caso se analiza en período de prueba, pues tiene un mejor derecho que quien fue nombrado en provisionalidad, y a partir de ese momento, completar las restantes etapas del proceso de ingreso a la carrera.

1. Si el nombramiento de la persona que ocupa el cargo fue hecho en propiedad y la persona nombrada

1. No pertenece a la carrera administrativa o es alguien ajeno al concurso, caso en el cual, salvo que se trate de un cargo que al momento de decir la tutela sea de libre nombramiento y remoción, quien participó en el concurso y cumplió con los requisitos de ingreso tiene derecho a ser nombrado en período de prueba en su lugar y a completar el resto de las etapas de ingreso a la carrera.

1. Pertenece a la carrera administrativa y el nombramiento en propiedad hace parte de su

trayectoria profesional como servidor público, caso en el cual el tutelante deberá esperar a que exista una vacante en el mismo empleo, en otros iguales, similares o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel, de conformidad con lo que establece el artículo 22 de la Ley 443 de 1998.

En resumen, una vez se encuentren en firme los resultados de las evaluaciones previstas en el concurso, surge la obligación de conformar la lista de elegibles y de proceder luego al nombramiento en período de prueba teniendo en cuenta el orden descendente fijado por ella (hipótesis 1., 2. y 3.). Si el cargo está vacante, se debe proceder al nombramiento siguiendo el orden fijado por la lista (hipótesis 4.). Si el cargo está siendo ocupado por otro funcionario (hipótesis 5.2.1., 5.2.2., 5.2.3.), es necesario evaluar si esa persona tiene un mejor derecho que el aspirante, como cuando se trata de alguien que ocupó el primer puesto dentro del mismo concurso (hipótesis 5.2.2.2.) o de un funcionario de carrera que ascendió a dicho cargo en una convocatoria anterior (hipótesis 5.2.3.2.), o frente al cual el aspirante tiene un mejor derecho (hipótesis 5.2.2.3.).

Aún en el evento en que se considerara que no existe un derecho subjetivo, en sentido estricto a ser nombrado, la Corte estima que a la luz del principio de buena fe⁷, existe una confianza legítima en que un interés⁸, también legítimo, sea protegido, ya que coincide con el interés público en que a los cargos de la administración estatal accedan los ciudadanos que tengan los méritos suficientes, en aplicación del régimen general de carrera establecido en la Constitución (artículo 125, CP).

La Corte advierte que quien ha participado en un concurso y ha completado todos los procedimientos y obtenido una calificación que se encuentra en firme, tiene un interés legítimo⁹ en que se agoten las etapas restantes del proceso que resultan necesarias para garantizar la protección de dicho interés y confía legítimamente en que la administración adoptará los pasos conducentes a hacer que el concurso concluya efectivamente.

En este caso, dichos pasos consisten precisamente en que del puesto ocupado en el concurso se deriven los efectos que a la vez que protegen el interés legítimo de los accionantes, tutelan tanto el interés público en que la administración funcione de manera eficiente, en razón a la vinculación de las personas con mayores méritos, como la garantía de la confianza legítima implícita en el principio constitucional de la buena fe.

Pasa la Corte a aplicar la metodología definida en la sentencia citada a la demanda de la referencia y si, conforme a ella y a la jurisprudencia arriba reiterada, encuentra que los accionantes habían adquirido un derecho a ser nombrados en los cargos a los cuales aspiraban, así lo ordenará.

4. El caso objeto de estudio

En el caso bajo estudio el aspirante aprobó tres de las 4 etapas de la evaluación, por lo cual no existe una calificación en firme que permita decir con certeza si el aspirante aprobó o no todas las etapas del concurso y aun cuando hasta la fecha en que se suspendió el procedimiento concursal como consecuencia de la ejecutoria de la sentencia C-372 de 1999, el aspirante estaba ocupando el primer y único lugar entre los concursantes, no existe en cabeza del actor un derecho subjetivo que pueda ser protegido mediante la acción de tutela. Por lo tanto no procede la acción de tutela para lograr su nombramiento en período de prueba en el cargo para el cual concursó.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, que denegó la tutela de los derechos de Carlos Alberto Sarmiento Barrera.

Segundo.- El incumplimiento del presente fallo será sancionado en la forma prevista en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero.- Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.”

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Corte Constitucional, Sentencia T-559/00, MP: José Gregorio Hernández Galindo.

2 En esta sentencia, citada por varios de los accionantes, la Corte resolvió la tutela presentada por uno de los concursantes al cargo de Jefe Local - Comisario de Familia que pretendían proveerse con la convocatoria 001/99 de la Secretaría Distrital de Gobierno de Bogotá, cuyos hechos están reseñados en el No.11.

3 Corte Constitucional, Sentencia T-1241/01, MP: Manuel José Cepeda Espinosa

4 Esta metodología fue aplicada por la Corte en la sentencia T-889 de 2001, en la que se establecieron las hipótesis fácticas mínimas para determinar cuándo la demora en la atención en salud a una persona era aceptable, y cuándo era inadmisibles por configurar una violación a sus derechos fundamentales.

5 La evaluación de desempeño se encuentra regulada en los artículos 30 a 34 de la Ley 443 de 1998 y los artículos 104 a 123 del Decreto 1572 de 1998.

6 Los artículos 33 de la Ley 443 de 1998 y 116 del Decreto 1572 de 1998 establecen que contra la evaluación de desempeño caben los recursos de ley, de conformidad con lo que se establezca previamente para dicha evaluación.

7 Corte Constitucional, C-575/92, MP: Alejandro Martínez Caballero. En este fallo la Corte

analizó el supuesto de los trabajadores sobre los fondos de subsidio de las cajas de compensación familiar. La Corte encontró que en relación con esos fondos no existía un derecho subjetivo de propiedad, sino un interés legítimo y por lo tanto la disposición era constitucional. También se puede ver la aplicación de este concepto en la sentencia T-475/92, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

8 Corte Constitucional, C-575/92, MP: Alejandro Martínez Caballero. En este fallo la Corte se refirió al término “interés legítimo” de la siguiente manera: El interés legítimo ha sido definido por Zanolini como “el interés individual directamente vinculado al interés público y protegido por el ordenamiento jurídico sólo a través de la tutela jurídica de este segundo”.

9 El concepto de interés legítimo, ha sido desarrollado en el derecho italiano, como una situación jurídica subjetiva, expuesta al ejercicio de poderes administrativos, que se distingue del concepto de derecho en sentido estricto, pero cuya lesión legitima al afectado para iniciar un proceso. En ese sentido es un interés instrumental para actuar no un interés sustancial y directo sobre un bien jurídico protegido. Esta teoría tiene la virtud de ofrecer mecanismos de protección judicial a las personas expuestas a una lesión derivada del ejercicio de la función administrativa, pero ha sido criticada porque puede despotenciar los derechos que podría invocar el particular afectado frente a la administración pública. Los derechos fundamentales constitucionales tienen, claro está, un mayor alcance y una mayor efectividad. Sobre éstas y otras críticas ver Sabino Cassese. *Le Basi del Diritto Amministrativo*. 1991. Scientifica Einaudi, páginas 360 - 362). El interés legítimo se ubica entre el derecho subjetivo y la ausencia total de derecho. Cumple entonces una función trascendental en situaciones límite. Por ello, el concepto de interés legítimo ha sido reivindicado por otros doctrinantes. François Ost. *Droit et intérêt*. Volume 2: *Entre droit et non-droit: l'intérêt*. Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990. En el derecho anglosajón los intereses legítimos y las expectativas cumplen una función distinta a la de legitimar el cuestionamiento de una decisión administrativa acudiendo a un procedimiento. Permiten definir el ámbito de un derecho en un caso concreto objeto de protección judicial, ya que la dicotomía entre derecho e interés no es rígida. Interés y derecho se ubican en un mismo plano continuo y el primero cumple la función de ampliar o restringir el alcance del segundo. En el derecho español esta figura ha evolucionado hasta desarrollar el concepto de “derecho subjetivo reaccional” que vincula el concepto de interés legítimo a los daños o interferencias de la esfera vital de una persona y a la actuación ilegítima de la administración. Según ese concepto “cuando un acto

de la administración interfiere en el ámbito vital de una persona, causando un daño cualquiera en el mismo y de modo contrario a Derecho, surge en el particular afectado un derecho a reaccionar contra el perjuicio sufrido, con el fin de restablecer la integridad de su ámbito vital dañado.” El derecho subjetivo reaccional no tiene una existencia propia, sino que nace en el momento y como consecuencia del conflicto entre la actuación de la administración y la afectación del interés del particular. (Juan Alfonso Santamaría Pastor. Principios de Derecho Administrativo. Volumen I, Colección Ceura. Tercera Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. página 403).