

T-170-96

Sentencia No. T-170/96

CONCURSO DE MERITOS-Nombramiento atendiendo puesto ocupado

Es indiscutible que la elaboración de una lista de elegibles busca proveer los empleos disponibles de acuerdo con el estricto orden descendiente, pues de esa forma se garantiza que el personal vinculado a la administración sea aquél que haya demostrado unas capacidades y unas aptitudes suficientes para acometer debidamente el encargo estatal.

CONCURSO DE MERITOS-Daño consumado respecto vigencia de lista

No es posible tutelar el derecho en mención en la medida en que el perjuicio sufrido por el actor ya se ha consumado. En efecto, téngase presente que la Resolución tenía una vigencia de un año y que el demandante tan sólo presentó su escrito de tutela cuando el señalado acto administrativo ya había perdido su fuerza jurídica. En consecuencia, y a pesar de que si la acción de tutela se hubiese interpuesto oportunamente estaría llamada a prosperar, mal podría ahora el juez de tutela exigir de la administración departamental el cumplimiento de una orden con base en una disposición que ya no hace parte del ordenamiento jurídico.

Ref.: Expediente T-87053

Peticionario: Chalito Walters Martínez.

Procedencia: Consejo de Estado.

Tema: El ingreso a los empleos del Estado a través del concurso público.

Magistrado Ponente:

Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa -Presidente de la Sala-, Jorge Arango Mejía y Antonio Barrera

Carbonell,

ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de tutela radicado bajo el número T-87053, adelantado por el señor Chalito Walters Martínez contra la Gobernación del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. Solicitud

El ciudadano Chalito Walters Martínez interpuso acción de tutela contra la Gobernación del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con el fin de que se le ampararan sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo, consagrados en los artículos 13 y 25 de la Carta Política, respectivamente.

2. Hechos

Señala el demandante que el día veinticinco (25) de julio de 1994, la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, expidió la convocatoria No. 042 a través de la cual se abrió un concurso público para proveer dos plazas de mensajeros en la Secretaría General de dicha entidad. Realizada la calificación y otorgados los puntajes, el peticionario quedó ubicado en el tercer lugar, razón por la cual el “nominador de ese entonces nombró a los dos (02) primero para los dos cargos que necesitaba la entidad y yo quedé encabezando la lista de elegibles esperando mi posterior nombramiento”.

Sin embargo, argumenta que al posesionarse el nuevo gobernador realizó algunos nombramientos con carácter de provisionalidad, sin respetar la lista de elegibles, la cual tenía validez de un año a partir de la fecha de su expedición y debería ser utilizada para proveer las vacantes que se presenten de igual o de inferior cargo.

Frente a la anterior situación, el peticionario afirma haberse dirigido en reiteradas oportunidades al señor gobernador y a otras autoridades departamentales -jefe de recursos humanos y asesor jurídico-, con el fin de que se le respetara su derecho adquirido en el concurso público abierto en el mes de julio de 1994. Asegura que las respuestas dadas a sus peticiones no son satisfactorias, pues le han señalado que la administración es libre de nombrar a quien quiera en esos cargos.

3. Pruebas acompañadas con la demanda.

A la presente acción de tutela, el demandante acompañó los siguientes documentos:

- Copia de la convocatoria No. 042 del 25 de julio de 1994, por medio de la cual se invita al concurso público para proveer el cargo de mensajero en la Secretaría General del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.
- Copia de las actas del concurso y de la clasificación de la entrevista.
- Copia de la Resolución No. 4633 del 9 de septiembre de 1994, a través de la cual el señor gobernador establece en orden de mérito la lista de legibles como resultado del concurso público abierto el 25 de julio de 1994.
- Copia de las diversas comunicaciones enviadas por el señor Chalito Walters Martínez a diferentes autoridades departamentales, con el fin de que se le explicara las razones por las cuales no había sido nombrado en el cargo de mensajero o en cualquier otro de igual o inferior jerarquía.

4. Pretensiones.

A través de la presente acción de tutela, el demandante pretende que le sean amparados sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo; y, por ende, solicita ser vinculado a la nómina departamental como mensajero, así como el pago de la indemnización derivada de

los perjuicios materiales y morales que se le han ocasionado.

III. DECISIONES JUDICIALES

1. Actuación y fallo de primera instancia

El dieciocho (18) de octubre de 1995, el Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, avocó el conocimiento de la presente acción de tutela y, entre otras pruebas, ordenó al señor gobernador que remitiera la lista de las personas nombradas en los cargos de mensajero en la Secretaría General del departamento. Dicha información fue remitida por el citado funcionario el día veintitrés (23) de octubre de 1995.

Con base en las pruebas recaudadas, el día treinta y uno (31) de octubre el fallador de primera instancia resolvió denegar la acción de tutela bajo examen, por considerar que el interesado cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para hacer valer sus derechos.

El actor impugnó la referida decisión.

Mediante Sentencia del diecisiete (17) de noviembre de 1995, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia de la doctora Consuelo Sarria Olcos, resolvió revocar el fallo de primera instancia y, en su lugar, rechazó por improcedente la demanda de tutela. Sobre el particular, se argumentó que no se ha vulnerado el derecho a la igualdad en la medida en que se realizó un concurso público y que el derecho al trabajo invocado no reviste el carácter de fundamental, razón por la cual no puede ser protegido mediante la acción de tutela. Finalmente se señaló que el actor cuenta con otros medios de defensa judicial para el debido amparo de sus derechos.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9o. de la Constitución Política y 31 a 36 del decreto 2591 de 1991, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, es competente para revisar el fallo de tutela de la referencia.

2. La carrera administrativa, el concurso público y los derechos de quienes participan en él.

El artículo 125 de la Carta Política prescribe como principio general el que los empleos en los órganos y entidades del Estado deben hacer parte del sistema de carrera, salvo que se trate de cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de los que pertenecen a los trabajadores oficiales o de los que expresa, razonada y proporcionalmente excluya la ley. Bajo este mismo postulado, la norma en mención prevé que por regla general, y a falta de disposición expresa que determine lo contrario, el nombramiento de cada empleo deberá realizarse a través de concurso público.

Así como en reiteradas oportunidades lo ha dispuesto esta Corporación, mediante el sistema de carrera se logra garantizar una igualdad de oportunidades entre quienes aspiren ingresar a los cargos públicos, y se aseguran unas condiciones de estabilidad y promoción laboral que dependen exclusivamente de la capacidad profesional y personal del empleado, así como del progreso, la eficacia, la eficiencia y los méritos que paulatinamente demuestre y adquiera a lo largo del desempeño de sus labores.

Al respecto y sobre la realización del principio de igualdad a través del sistema de carrera, ha dicho la Corte:

“2.2 Fines que persigue la Carrera administrativa

“El sistema de carrera administrativa tiene como finalidad la realización de los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, así como procurar la estabilidad en los cargos públicos, con base en estos principios y en la honestidad en el desempeño de los mismos. Se busca que la administración esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, para que la función que cumplan sea acorde con las finalidades perfectivas que el interés general espera de los empleados que prestan sus servicios al Estado. El elemento objetivo de la eficiencia es el determinante de la estabilidad laboral, por cuanto es su principio de razón suficiente. No se trata de una permanencia en el cargo por razones ajenas a la efectividad de los buenos resultados, ni el ingreso al empleo sin una vinculación fundada en motivos diferentes a la capacidad. Igualmente, el retiro se hará por hechos determinados legalmente, inspirados en la realidad de la eficiencia laboral. En definitiva, lo que se protege es el interés general.

“2.3 En la carrera administrativa se realiza el principio de igualdad

“Con el sistema de carrera se realiza más la igualdad, por cuanto el merecimiento es la base sobre la cual el empleado ingresa, permanece, asciende o se retira del empleo. Pero, como lo ha reiterado esta Corporación, la igualdad no implica una identidad absoluta, sino la proporcionalidad. Es decir, en virtud del merecimiento hay una adecuación entre el empleado y el cargo, sin interferencias ajenas a la eficiencia y eficacia.

“Esta forma de igualdad, que es la propia del sistema de carrera, supone la equivalencia proporcional. Lo debido al empleado se determina en relación a la capacidad exigida por el cargo y a la relación de los empleados con dichas exigencias. Lo que mide la igualdad en el sistema de carrera es la proporción entre los distintos empleados y las calidades requeridas para el cargo. Por tratarse de una igualdad o equivalencia, esa igualdad se determina por medidas objetivas, pero no debe pensarse que es posible establecer matemáticamente el valor de las cosas entre sí. ¿Cómo se fija la equivalencia? al no haber criterios naturales, los criterios son necesariamente convencionales: la estimación de las condiciones del candidato y el merecimiento de éste.

“En la carrera administrativa, obviamente, hay diversidad de funciones, que lleva consigo la diferente participación en el seno de la entidad. En definitiva es a cada uno según su merecimiento, como se ha esbozado. Es evidente que la capacidad señala límites, en cuanto nadie puede estar obligado por encima de sus fuerzas y aptitudes laborales”¹.

Ahora bien, como antes se mencionó, el artículo 125 superior prevé el concurso público como criterio general de vinculación a los cargos del Estado. De conformidad con la legislación vigente, los concursos comprenden las siguientes etapas: la convocatoria, el reclutamiento, la aplicación de pruebas o instrumentos de selección, la conformación de la lista de elegibles y el período de prueba (Art. 4o. Dec. 1222/93). Sin entrar a analizar cada una de ellas, debe decirse que su consagración obedece a la necesidad de fijar parámetros adecuados para la debida selección del candidato, los cuales deben fundarse en la capacidad profesional y personal del aspirante y la conformidad con los requisitos propios de cada cargo.

Dentro de este orden de ideas, debe señalarse que si bien al nominador le asiste cierta discrecionalidad para efectos de calificar a cada uno de los aspirantes, pues a lo largo del concurso aparecen evidentes circunstancias o hechos que un análisis exclusivamente

objetivo haría imposible de evaluar, esa discrecionalidad no puede entenderse en términos absolutos y desproporcionados. Por ello, se hace necesario que la administración establezca previamente y en forma clara los criterios, factores y porcentajes que habrá de otorgar sobre cada una de las etapas y pasos que componen el concurso público.

Con base en los anteriores razonamientos, la Corte Constitucional ha descartado la discrecionalidad absoluta al momento de escoger el candidato final y ha establecido que quien ocupe el primer lugar en un concurso de méritos, tiene el derecho a ser nombrado en el cargo a proveer. Sobre el particular, se ha señalado:

“En este orden de ideas, considera la Corte que la discrecionalidad del nominador en el proceso de calificación de ciertos ítems, para efectos de la selección de quien ha de ocupar el empleo, no es absoluta, pues si así aconteciera, se desnaturalizaría el concurso, y se consagraría precisamente lo que el Constituyente ha repudiado, el nombramiento o designación que no toma en cuenta el mérito y capacidad del candidato, es decir, la arbitrariedad.

“Para esta Corporación es claro, que un verdadero concurso de méritos es aquél en el que se evalúan todos y cada uno de los factores que deben reunir los candidatos a ocupar un cargo en la administración pública, dentro de una sana competencia para lograr una selección justa, equitativa, imparcial y adecuada a las necesidades del servicio público. En consecuencia, la administración habrá de señalar un valor determinado a cada uno de esos ítems, (condiciones profesionales, morales y personales) y, por consiguiente, el aspirante que obtenga el máximo puntaje es quien tiene derecho a ser nombrado en el cargo para el que concursó.

“Es que cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos y una vez apreciados éstos quien ocupará el cargo, será quien haya obtenido la mayor puntuación.

“En este orden de ideas, considera la Corte que una de las formas de acabar con esta práctica, es precisamente incluir dentro de los factores de calificación, la idoneidad moral, social y física del candidato, pues el hecho de que el análisis en ese campo pertenezca a la

subjetividad del nominador, no significa arbitrariedad, pues tales aspectos también han de ser apreciados y calificados, para evitar abusos. De no ser así, se desnaturalizaría la carrera administrativa y, por ende, se infringiría el artículo 125 Superior, que ordena que el ingreso a ella se efectúe 'previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley, para determinar los méritos y calidades de los aspirantes', y si ellos se desconocen, obviamente se infringe la Constitución.

"Por tanto, quien ocupe el primer lugar, de acuerdo con el puntaje obtenido, será el ganador y excluirá a los demás, en orden descendente. Si se procede de otro modo, habría que preguntarse, como lo hace el demandante, ¿para qué el concurso de méritos y calidades, si el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias?. De este campo, es preciso desterrar la arbitrariedad y, justamente, para ese propósito se ha ideado el concurso. En él, por tanto, se ha de calificar no sólo la idoneidad profesional o técnica del aspirante, sino también su solvencia moral, su aptitud física y su sentido social, de acuerdo con la categoría del empleo y las necesidades del servicio. Hay que hacer de la carrera administrativa el instrumento eficaz para lograr una administración pública en la que se garantice la eficiente prestación del servicio público, la idoneidad y moralidad de sus funcionarios y la prevalencia del interés general sobre el particular".² (Subrayas fuera de texto original).

Dentro de este mismo orden de ideas, y para efectos del asunto que en esta oportunidad interesa, debe decirse que en posterior oportunidad la Corte declaró la exequibilidad de la conformación de la lista de elegibles de que trata el artículo 9o del Decreto 1222 de 1993, pero bajo la condición de que "la lista de elegibles se estructure en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso y si la designación recae, en consecuencia, en el aspirante que haya ocupado el primer puesto. Desde luego, efectuado uno o más nombramientos, los puestos se suplirán con los nombres de las personas que sigan en riguroso orden descendente"³.(Subrayas fuera de texto original). No sobra agregar que dicha disposición establece que la conformación de la lista de legibles tendrá "vigencia hasta de un (1) año para los empleos objeto de concurso".

Finalmente, debe señalarse que esta Corporación ya ha avalado la procedencia de la acción de tutela -por violación del derecho a la igualdad- en casos relacionados con la conformación de la lista de elegibles como resultado de un concurso público, particularmente en aquellos eventos en que el interesado no fue incluido en dicha lista o no fue colocado en el lugar que

de acuerdo con su calificación personal debió ocupar⁴.

3. El caso en concreto

De acuerdo con los hechos y las pruebas aportadas a la presente acción de tutela, y teniendo en cuenta las consideraciones expuestas acerca del derecho de quienes conforman una lista de elegibles como resultado de un concurso público, encuentra la Sala que las autoridades departamentales del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, desconocieron el derecho del señor Walters Martínez a ser nombrado en el cargo de mensajero en la Secretaría General del departamento, tan pronto como hubiera una vacante disponible. Ciertamente es que el demandante tan sólo contaba con una expectativa laboral -pues su ingreso al cargo dependía de la correspondiente vacante-, pero también es indiscutible que la elaboración de una lista de elegibles busca proveer los empleos disponibles de acuerdo con el estricto orden descendiente, pues de esa forma se garantiza que el personal vinculado a la administración sea aquél que haya demostrado unas capacidades y unas aptitudes suficientes para acometer debidamente el encargo estatal.

Dentro de este orden de ideas, y bajo un criterio de razonabilidad, no encuentra la Sala justificación constitucional alguna frente al actuar de la administración del Archipiélago, al nombrar provisionalmente a personas en ciertos cargos, desconociendo con ello el contenido de la Resolución No. 4633 de 1994, el propósito y la esencia misma del concurso público y, de paso, el derecho de quienes, como el actor, se sometieron inicialmente a esas reglas de juego. Sobre el particular cabe, entonces, preguntarse: ¿Por qué razón, existiendo la correspondiente disponibilidad presupuestal, no se nombró al señor Walters Martínez y sí se nombró a otras personas en provisionalidad? La respuesta a este interrogante no puede encontrarse en el hecho de que supuestamente la nueva administración está en plena libertad de realizar sus propios nombramientos, pues recuérdese que para estos efectos ella actúa como una sola -sin interesar quien sea su titular en ese momento-. Además, repárese que, con base en lo dispuesto por el artículo 9o del Decreto 1222 de 1993 -declarado exequible por esta Corporación-, se había determinado la vigencia de la propia Resolución No. 4633 de 1994 por el término de un año contado a partir del nueve (9) de septiembre de 1994 (Art. 4o), y se había igualmente establecido que la lista de elegibles podría utilizarse “en la misma entidad o en otras entidades a proveer empleos vacantes de igual o inferior grado, correspondientes a la misma denominación o de las denominaciones afines o

complementarias, previa verificación de cumplimiento de los requisitos, la similitud de las funciones y la adecuación de las pruebas de selección aplicadas”.

Así las cosas, resulta palmaria la violación al derecho fundamental a la igualdad del peticionario (Art. 13 C.P.).

Sin embargo, la Sala encuentra que, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 6o del Decreto 2591 de 1991, no es posible tutelar el derecho en mención en la medida en que el perjuicio sufrido por el actor ya se ha consumado. En efecto, téngase presente que la Resolución No. 4633 de 1994 tenía una vigencia de un (1) año contado a partir del nueve (9) de septiembre de 1994 y que el señor Walters Martínez tan sólo presentó su escrito de tutela el día diecisiete (17) de octubre de 1995; esto es, cuando el señalado acto administrativo ya había perdido su fuerza jurídica. En consecuencia, y a pesar de que con base en la jurisprudencia de esta Corporación si la acción de tutela se hubiese interpuesto oportunamente estaría llamada a prosperar, mal podría ahora el juez de tutela exigir de la administración departamental el cumplimiento de una orden con base en una disposición que ya no hace parte del ordenamiento jurídico. Para una mayor claridad, conviene remitirse a lo dispuesto por esta Corporación a propósito del llamado “daño consumado”:

“Por la misma naturaleza inmediata y sumaria del mecanismo consagrado en el artículo 86 de la Carta, las acciones u omisiones constitutivas de amenaza o vulneración a derechos fundamentales amparados por la Constitución, deben ser denunciadas oportunamente, pues, de no ser así la orden que el juez de tutela debe impartir respecto de quien incurre en aquellas vendría a ser inocua por extemporánea. En el presente caso, sería completamente inútil que, luego de transcurridos varios meses del proceso electoral en el que posiblemente estaba interesado quien ejercía la indebida presión alegada ahora por la petente, se le ordenará cesar en la ejecución de los actos que la configuraban. Por ello, según las normas legales pertinentes, no procede la tutela cuando se intenta contra actos consumados”⁵.

En otra oportunidad se anotó:

“En este mismo sentido se observa que el supuesto del daño consumado impide el fin primordial de la acción de tutela, cual es la protección inmediata de los derechos fundamentales, para evitar precisamente los daños que dicha violación pueda generar, y no una protección posterior a la causación de los mismos cuya protección es objeto de acción

indemnizatoria que puede reclamarse por otra vía judicial”6.

Las razones precedentes llevarán a esta Sala a revocar los fallos de primera y segunda instancia y a denegar la presente acción de tutela. De igual forma, se advertirá a la administración departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina que, en adelante, la provisión de cargos deberá hacerse preferentemente mediante concurso público y atendiendo de manera prioritaria a quienes se encuentren inscritos en la lista de elegibles para el respectivo empleo, o para aquellos otros cargos que el respectivo acto administrativo contemple para su vinculación.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E :

Primero: REVOCAR las providencias del treinta y uno (31) de octubre de 1995, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y del diecisiete (17) de noviembre de ese mismo año, proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo: DENEGAR la acción de tutela interpuesta por el señor Chalito Walters Martínez contra la Gobernación del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero: ADVERTIR a la administración departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina que, en adelante, la provisión de cargos deberá preferentemente mediante concurso público y atendiendo de manera prioritaria a quienes se encuentren inscritos en la lista de elegibles para el respectivo empleo, o para aquellos otros cargos que el respectivo acto administrativo contemple para su vinculación.

Cuarto: ORDENAR que por la Secretaría General de esta Corporación, se comuniquen esta providencia al Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en la forma y para los efectos previstos en el artículo

36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado Ponente

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-195 del 21 de abril de 1994. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

2 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-040 del 9 de febrero de 1994. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

3 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-041 del 9 de febrero de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. En iguales términos, en la Sentencia No. T-256/95 se concluyó: “el respeto de la administración por la reglas de concurso exige que ésta, según se deduce de dichas sentencias, proceda a designar en el cargo al ganador del concurso, si solamente hay un cargo a proveer, o si son varios empleos, a éste y a quienes le sigan en preciso orden descendente, según la lista de elegibles”.

4 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia No. T-256 del 6 de junio de 1995. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

5 Corte Constitucional. Sentencia No. T-594 del 9 de diciembre de 1992. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

6 Corte Constitucional. Sentencia No. T-138 del 22 de marzo de 1994. Magistrado Ponente:
Fabio Morón Díaz.