

T-209-94

Sentencia No. T-209/94

CONCURSO DE MERITOS/IGUALDAD ANTE LA LEY

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL/JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Nombramientos

Los motivos de inconformidad que la peticionaria tiene respecto del nombramiento efectuado por el señor Superintendente de Industria y Comercio, son cuestiones del ámbito o de la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Ello, además, por cuanto el acto que se controvierte a través de la solicitud de tutela, ostenta el carácter de acto administrativo, susceptible de ser controvertido o demandado ante esa jurisdicción. Por lo tanto, como la accionante puede ejercer o dispone de las denominadas acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho para la protección de sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por el accionado, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

REF: Expediente No. T - 28.992

PETICIONARIO: Nelcy Ruth Peñaranda Correa contra la Superintendencia de Industria y Comercio.

PROCEDENCIA: Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil.

TEMA: Improcedencia de la acción de tutela cuando existen otros medios de defensa judicial.

\* “Ante la existencia de otros medios idóneos de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales, es improcedente la acción de tutela”.

\* “No es obligatorio que los nombramientos de los ganadores de los concursos, automáticamente tengan que ser “en estricto orden de resultado”, pues este sistema, como principal o único criterio de selección, fue suprimido por inconstitucional. Pero, los nombramientos, en lo posible, se ajustarán a los criterios sobre igualdad. Ello no implica la

desnaturalización del sistema de concursos, toda vez que se sigue partiendo de una lista de ganadores. De esta manera, se aprovechan tanto los merecimientos de los aspirantes, como el buen juicio de los nominadores”.

MAGISTRADO PONENTE:

HERNANDO HERRERA VERGARA

Santa Fe de Bogotá D.C., Abril 27 de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Procede la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados HERNANDO HERRERA VERGARA, ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO y FABIO MORON DIAZ, a revisar los fallos proferidos por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, el día 18 de noviembre de 1993, y por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, el día 9 de diciembre del mismo año, en el proceso de tutela de la referencia.

El negocio llegó al conocimiento de esta Sala de Revisión, por la vía ordinaria de la remisión que hizo el Tribunal Superior de Bogotá, en virtud a lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Conforme a los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Segunda de Selección de la Corte, escogió para efectos de revisión la presente acción de tutela.

#### I. ANTECEDENTES.

La accionante acude a la acción de tutela, a fin de que le sean protegidos sus derechos constitucionales fundamentales a la igualdad ante la ley y al trabajo, los cuales a su juicio han sido vulnerados por la

Superintendencia de Industria y Comercio.

La anterior solicitud, la fundamenta en los siguientes,

#### HECHOS :

= “La Superintendencia de Industria y Comercio publicó la Convocatoria No. 136-126 de

julio de 1993, para llevar a cabo el Concurso de Méritos y así proveer el cargo de Profesional Universitario 3020-04 en la Oficina Jurídica de dicha entidad.

= “Atendiendo esa convocatoria, me inscribí en dicho concurso y adjunté toda la documentación requerida para optar al cargo ya mencionado”. Efectuado el examen, “el primero de agosto de 1993 se publicaron las listas de las personas que llenaban los requisitos exigidos y que por ende eran aptos para presentar examen, encontrándome en dicha lista”.

= Presentado el examen escrito el 3 de septiembre de 1993, se publicaron los resultados, donde aparecía ocupando el primer puesto con un puntaje de 94.5 puntos sobre 100, correspondiente al 60% del valor total del concurso.

= Luego se efectuó la entrevista personal, constitutiva de la segunda prueba del concurso, donde según la Resolución No. 1495 de septiembre 24 de 1993, obtuvo el primer puesto con un puntaje total de 90.4 puntos sobre 100. El segundo lugar fue ocupado por Sandra Gonzalez Velasco, con un puntaje de 88.2 puntos.

= “El mismo día que publicaron los resultados de la entrevista, como los definitivos, es decir el 24 de septiembre del año en curso, fue nombrada SANDRA GONZALEZ VELASCO, persona quien como se dijo, obtuvo el segundo puesto en el Concurso Abierto de Méritos, como consta en la Resolución 1504 del 24 de septiembre de 1993”.

= “El día 8 de Octubre de 1993 presenté ante el Superintendente de Industria y Comercio, un escrito con el fin de que realizara el nombramiento correspondiente en mi favor, por las razones anotadas, petición que a pesar de haber transcurrido los 15 días hábiles que establece el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo, no ha sido respondida. Hasta la fecha de presentación de esta demanda, pese a los hechos descritos anteriormente, no he sido nombrada para el cargo para el cual concursé y obtuve el primer puesto”.

= “Es importante tener en cuenta que la política de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con el nombramiento de personal de carrera, ha sido la de designar siempre, a la persona que ocupe el primer puesto en los Concursos de Méritos, razón, por demás, que demuestra la persecución y discriminación de que he sido objeto por parte de los

funcionarios nominadores de la entidad citada, que en ese momento se encontraban en encargo (otra curiosidad más!)”.

## PRETENSIONES :

En virtud a los hechos expuestos, la peticionaria solicita que se ordene al Superintendente de Industria y Comercio, mediante sentencia, se efectúe su nombramiento como profesional universitaria grado 04 en la oficina jurídica de la mencionada entidad, en virtud de haber ocupado el primer puesto en el concurso abierto de méritos para proveer dicho cargo, protegiendo así los derechos fundamentales de igualdad ante la ley, igualdad de oportunidades, justicia, equidad y trabajo consagrados en la Constitución Política y que fueron presuntamente desconocidos al nombrarse a una persona diferente.

### II. LAS DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN.

#### A. Sentencia del Juzgado Quinto Civil del Circuito.

El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia fechada 18 de noviembre de 1993, resolvió denegar la tutela instaurada, con fundamento en las siguientes consideraciones:

“Sin ignorar el análisis en conjunto de aquella sentencia [T-422 de 1992, Corte Constitucional] y los razonamientos doctrinales que la sustentaron, se torna preciso advertir, como se anotara, que en el supuesto que ahora ocupa la atención del fallador en sede de tutela la razón no está ni puede estar de parte de la tutelante. No, porque cuando participó en el concurso abierto obteniendo las calificaciones que luego se tradujeron en el puntaje, en la posición a la cual pretendía acceder se encontraba nombrada en provisionalidad quien, dentro del mismo sistema, participó en el concurso logrando el segundo mejor puntaje.

No, porque si la carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal cuyo objeto es garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer a todos los colombianos igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacidad, la estabilidad de sus empleos y la posibilidad de obtener ascensos en la carrera, y si para alcanzar tales objetivos “el ingreso, permanencia y ascenso en los empleos que no sean de libre nombramiento y remoción se hará exclusivamente con base en el mérito” (art. 1o. Ley

27 de 1992), es palmar que si ese mérito se mide por el nominador dentro de los parámetros de desempeño excelente en las labores, mística y grado de compromiso con las funciones asignadas, habrá que afirmar, sin hesitación (sic), que al producirse el nombramiento de quien ostentaba tales merecimientos con apego a las leyes del concurso, no se violó jamás ni la ley preanotada ni el decreto 1222 de 1993, por el nominador.

Escogió éste, dentro de las facultades otorgadas por la última de las normas, tanto a quien ocupaba, como ya se dijo, la posición a la que pretendía acceder la tutelante, como a la persona que ocupara el segundo puesto en el concurso y por sus méritos se tornaba digna de permanecer en el cargo”.

“Finalmente, resta afirmar que si bien y tal como lo sostiene la Superintendencia, la tutelante tenía otros medios para demandar su nombramiento, este aspecto, no obstante ser válido en su planteamiento, no ocupará la atención del sentenciador en esta instancia pues comprende que lo considerado basta y conlleva en sí la conclusión que se traducirá en la parte resolutive de este fallo”.

#### B. Impugnación.

Contra la decisión de primera instancia, la accionante formuló impugnación, sustentando su petición en que considera “apartadas las argumentaciones del Juez en cuanto de ellas nunca podría abstenerse la protección solicitada bajo el proceso de tutela y porque desconoce las apreciaciones básicas sobre lo que debe ser el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho al trabajo como formas de hacer efectivo el principio de un estado social de derecho”.

Así mismo, manifiesta el impugnante que “en el caso sub-judice resulta claro que existen procedimientos tanto en la vía administrativa como en el contencioso para obtener un pronunciamiento muy posiblemente favorable; pero ante derechos fundamentales flagrantemente violados como en el presente, el constituyente quiso que los mismos tuvieran un mecanismo apropiado para su “inmediata” protección, y es por ello que lo adecuado es acudir al mismo y no rechazar su utilización”.

#### C. Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia fechada 9 de diciembre de

1993, resolvió revocar el fallo impugnado, y en su lugar, conceder la tutela solicitada, con fundamento en las siguientes consideraciones:

\* “Es menester señalar que si por virtud de un concurso público, para proveer un cargo, se conformó una lista de elegibles según el orden de méritos que fueron objeto de indagación en las distintas pruebas (examen de conocimientos específicos, entrevista, etc.), por fuerza de la elemental lógica, quien ocupa el primer puesto tiene mayores méritos que los subsiguientes y si el nombramiento no recae en la persona que ocupó el primer puesto, sino en otra y no aparece consignado en el respectivo acto administrativo un motivo serio y fundado del nominador que justifique tal proceder, desconociendo el resultado del concurso de méritos, acudiendo a la verdad sabida y buena fé guardada, se atenta contra el precepto plasmado en el art. 125 de la Constitución. Bajo esa óptica el sistema de concursos constituye una burda e inaceptable farsa y un irrespeto a la dignidad de la persona que mostrando ser la de mayores méritos, recibió un trato discriminatorio al no ser nombrada sin mediar motivación alguna que pusiera de manifiesto que el obrar del nominador estaba orientado en buscar el mejor desempeño de las funciones”.

\* “Descendiendo al caso sub-judice y de los elementos de juicio de orden probatorio allegados a la actuación aparece lo siguiente:

A.- La accionante, NELCY RUTH PEÑARANDA CORREA, se sometió al concurso organizado por la entidad acá demandada y a través de las distintas pruebas mostró sus conocimientos, aptitudes, capacidades, ubicándose en orden de méritos en el primer puesto. Ese resultado creó la presunción de que era la persona con mayor opción de ser nombrada por razón de los méritos que fueron objeto de examen mediante el concurso que realizó la entidad estatal acá demandada.

B.- La entidad acá cuestionada sin desvirtuar esa presunción y sin mediar motivación razonable, objetiva y justificable alguna y aplicando unas normas legales incompatibles con el principio de igualdad (parágrafo del art. 2o. de la Resolución 350 de 1992; art. 210 del Decreto 1950 de 1973 y 9 del Decreto 1222 de 1993), procedió a nombrar mediante resolución 1504 de 24 de septiembre de 1993, a la persona que ocupó el segundo puesto en el “concurso de méritos”, vale decir, de la lista de elegibles para el cargo para el cual se realizó el plurimencionado concurso.

Ese acto administrativo, es sin lugar a dudas vulneratorio del derecho fundamental de igualdad, puesto que representa un evidente y ostensible trato discriminatorio carente de justificación jurídica del obrar del ente nominador”.

(...)”

\* “Cualquier criterio que tienda a favorecer a un concursante o grupo de concursantes desvirtúa la naturaleza de esa especie de concurso (“abierto”) y por lo mismo todos los concursantes no están en plano de igualdad. Por ello, el hecho de que un concursante ocupe un cargo en provisionalidad en la respectiva entidad no tiene prerrogativa alguna. Pero si se asigna a esta situación administrativa un trato preferencial, debe consignarse ese hecho como motivación en la expedición del acto de nombramiento. Como lo anterior no tuvo ocurrencia en el caso que se examina, la vulneración del derecho fundamental de igualdad sigue vigente.

“Puestas así las cosas y teniendo en cuenta que el a-quo en la providencia impugnada llegó a una conclusión diferente con fundamento en parámetros ajenos a la realidad jurídica que la accionante planteó al formular la presente acción de tutela. Implica lo anterior que el fallo de primer grado deberá revocarse para brindar la protección del derecho fundamental de igualdad, consagrado en el art. 13 de la CP.”

\* Con fundamento en las consideraciones anteriores, el Tribunal en la parte resolutive de su providencia ordenó a la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante su representante legal, para que en el término de un (1) mes contado a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a nombrar a NELCY RUTH PEÑARANDA CORREA, en el cargo para el cual se presentó a concurso público y ocupó el primer puesto, esto es, en el cargo Profesional Universitario 3020-04 en la Oficina Jurídica de la citada Superintendencia.

### III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. La Competencia.

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero y 241 numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para conocer de la revisión de la sentencia proferida por el

Tribunal Superior de Bogotá.

Segunda. Improcedencia de la Acción de Tutela y reiteración de la Jurisprudencia de la Corporación.

En el asunto materia de revisión, constituye presupuesto fundamental de la demanda de tutela, la solicitud de la accionante de que se ordene al Superintendente de Industria y Comercio nombrarla como profesional universitaria de la oficina jurídica de esa entidad, teniendo en cuenta que ocupó el primer puesto en el concurso abierto de méritos para proveer dicho cargo, protegiendo así sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo.

Petición que fue atendida por el juez de tutela de segunda instancia, quien con fundamento en la sentencia No. T-422 de junio 19 de 1992, proferida por la Corte Constitucional y en las normas legales vigentes que rigen el sistema de provisión de cargos mediante el sistema de concurso público, estimó que el accionado había vulnerado el derecho a la igualdad de la accionante, y por tanto, le ordenó concederle el amparo y nombrarla para el cargo para el cual se presentó a concurso público.

Sobre el particular, debe hacer la Corte las siguientes precisiones:

a) La Ley 27 de 1992, “por la cual se desarrolla el artículo 125 de la CP., se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones”, creó en su artículo 12, la denominada “Comisión Nacional del Servicio Civil, a la cual le corresponde según el artículo 14 de esa misma normatividad, “como responsable de la administración y vigilancia de la carrera de los empleados del Estado, con excepción de aquellos que tengan carácter especial, a) Vigilar el cumplimiento de las normas de carrera de los empleados a nivel nacional y territorial (...); b) Conocer, de oficio o a petición de parte, de las irregularidades que se presenten en la realización de los procesos de selección (...)”.

Así mismo, el artículo 29 de la ley (numerales 3 y 4), concedió al Presidente de la República precisas facultades extraordinarias para:

“3. Expedir las normas que establezcan los requisitos pertinentes para el ingreso a la carrera administrativa (...).

4. Expedir las normas que definan los procedimientos para los concursos, las evaluaciones y calificaciones que deban surtirse en la carrera administrativa”.

“(…) La provisión del empleo deberá hacerse con una de las personas que se encuentre entre los tres primeros puestos de la lista de elegibles. Efectuado uno o más nombramientos, los puestos se suplirán con los nombres de las personas que sigan en orden descendente”.

Armonizando las normas legales que rigen los procesos de selección y vinculación de personal en las entidades estatales, para casos como el que ocupa la atención de la Sala, existen medios legales, expeditos y especializados para solucionar, decidir y atender cualquier reclamación que se presente, como lo es acudir ante la Comisión Nacional del Servicio Civil (Artículo 14 de la Ley 27 de 1992).

De otra parte, según el contenido y lo dispuesto por el artículo 9o. del Decreto 1222 de 1993, la provisión del empleo no implica que rigurosamente el nominador deba elegir o designar a quien ocupa el primer lugar de la lista de elegible, sino que está facultado para designar a quien se encuentre “entre los tres primeros puestos de la lista de elegibles”, lo que cumplió el accionado, según se observa y deduce de la lectura del expediente y de las demás actuaciones procesales que obran en él.

b) Mediante sentencia S.U. No. 458 de octubre 13 de 1993, proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional (MP. Jorge Arango Mejía), se modificó la jurisprudencia hasta ese momento vigente en la Corporación (en relación con lo resuelto en la sentencia T-422 de 19 de junio de 1992), y se indicó:

“La Sala Plena de la Corte Constitucional dicta esta sentencia porque ella implica un cambio de jurisprudencia en cuanto a lo resuelto en la sentencia T-422, de junio 19 de 1992, dictada en un caso semejante. La diferencia radica en que el caso citado no se consideró que existía otro medio de defensa judicial, y ahora se estimó que en casos como éste sí existe, utilícese o no.

De otra parte, en la presente sentencia la Corte Constitucional no trata el tema de la igualdad, pero ratifica ahora las consideraciones que se hicieron en la sentencia T-422 citada, sobre el derecho a la igualdad, motivaciones que tienen plena vigencia, así no sean aplicables al caso que ahora se controvierte, por las razones procesales expuestas en

relación con la improcedencia de la acción de tutela en estos casos”. (...)

“En este último sentido, la Corte insiste en que, de acuerdo a la actual estructura del artículo 29 del Estatuto de Carrera Judicial (decreto 52 de 1987), es decir, con la modificación consecuencia de la sentencia de inexequibilidad proferida por la H. Corte Suprema de Justicia el 25 de junio de 1987, fallo que defiende la discrecionalidad de quienes efectúen las designaciones, no es obligatorio que los nombramientos de los ganadores de los concursos, automáticamente tengan que ser “en estricto orden de resultado”, pues este sistema, como principal o único criterio de selección, fue suprimido por inconstitucional. Pero, los nombramientos, en lo posible, se ajustarán a los criterios sobre igualdad. Ello no implica la desnaturalización del sistema de concursos, toda vez que se sigue partiendo de una lista de ganadores. De esta manera, se aprovechan tanto los merecimientos de los aspirantes, como el buen juicio de los nominadores” (negritas fuera de texto).

Con fundamento en la jurisprudencia citada, aplicable en su integridad al asunto que ahora ocupa la atención de la Corte, y en las normas legales que regulan la materia, debe manifestarse que ante la existencia de otros medios de defensa judicial en cabeza de la accionante para controvertir el nombramiento efectuado por el Superintendente de Industria y Comercio, es improcedente la acción de tutela.

Así, los motivos de inconformidad que la peticionaria tiene respecto del nombramiento efectuado por el señor Superintendente de Industria y Comercio, y recaído en Sandra Gonzalez Velasco, son cuestiones del ámbito o de la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 83, 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo. Ello, además, por cuanto el acto que se controvierte a través de la solicitud de tutela, ostenta el carácter de acto administrativo -Resolución No. 1504 del 24 de septiembre de 1993-, susceptible de ser controvertido o demandado ante esa jurisdicción.

En este mismo sentido se pronunció someramente el juez de primera instancia, cuando manifestó “que si bien y tal como lo sostiene la Superintendencia, la tutelante tenía otros medios para demandar su nombramiento”.

Por lo tanto, como la accionante puede ejercer o dispone de las denominadas acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho para la protección de sus derechos

fundamentales, presuntamente vulnerados por el accionado, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, es improcedente la acción de tutela en el asunto sub-exámine.

#### IV. CONCLUSION.

En síntesis, ante la existencia de otro medio idóneo de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo de la accionante, se revocará en su integridad el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, y en su lugar, se denegará la demanda de tutela instaurada.

Por lo tanto, se ordenará al Juez que asumió el conocimiento de la presente demanda de tutela en primera instancia, de acuerdo a lo establecido por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, dar cumplimiento a lo ordenado en la presente providencia, para lo cual deberá adoptar las medidas correspondientes.

En virtud a lo anterior, esta Sala revocará la sentencia objeto de revisión, como así se dispondrá en la parte resolutive de este proveído.

#### V. DECISION.

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

#### R E S U E L V E :

PRIMERO: REVOCAR, por las razones expuestas, la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, el 9 de diciembre de 1993, y en su lugar, denegar la acción de tutela formulada por NELCY RUTH PEÑARANDA CORREA.

SEGUNDO: LIBRENSE por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 y ordénese al Juzgado Quinto Civil del Circuito de esta ciudad adoptar las medidas pertinentes en orden a dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente providencia.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General