

Sentencia No. T-326

CONCURSO DE MERITOS-Nombramiento de quien obtuvo el primer puesto

Establecer un concurso público y señalar un procedimiento que termina por no atribuir al vencedor el cargo o plaza objeto del mismo, elimina su esencia y lo despoja de su estímulo. Si en verdad se anuncia por el Estado que un empleo se va a nombrar por concurso y, en últimas se designa al tercero o al segundo mejores aspirantes, pero no al primero, se defrauda la confianza de este aspirante inducida en virtud de la convocatoria y, de este modo, igualmente, se asalta la buena fe de todos los restantes aspirantes que en teoría han emulado y se han presentado al concurso con miras a ser los primeros y así obtener en justa medida el premio a su mérito -socialmente comprobado- representado en este caso, por el consecuente nombramiento con apego al resultado objetivo del concurso. Si, en estas condiciones, el nombramiento recae en quien no es el primero en orden de méritos, ello será así en virtud de la libre voluntad del nominador que habrá transformado el sistema de vinculación a la función pública establecido en la Constitución y en la ley, asignándole en la práctica al empleo objeto del concurso el carácter de empleo de libre nombramiento y remoción.

ACCION DE TUTELA CONTRA INGEOMINAS/CONCURSO DE MERITOS-Cambio de bases

Llama la atención de la Sala que fuera de desconocer los resultados del concurso, lo que como se indicó, equivale a cambiar las bases del mismo, el nominador justifique esa actuación apelando a una presunta insuficiencia de las calificaciones que pretendió subsanar mediante la evaluación de dos factores adicionales relativos a la experiencia de los candidatos, sin detenerse a explicar cuáles fueron los criterios o métodos a los que se ciñó para apreciar esos “nuevos” elementos y sin tener en cuenta que dentro del concurso se analizaron los requisitos mínimos exigidos y la “experiencia adicional” que en el caso de la peticionaria se fijó en 8.3 años. En estas condiciones, la Sala estima que no es de recibo la explicación aportada y que lo que se operó, so pretexto de la discrecionalidad que las normas vigentes garantizaban, fue un escueto y arbitrario desconocimiento del concurso, careciendo, para ello, de una justificación objetiva y razonable.

## DERECHO A LA IGUALDAD-Vulneración por no nombramiento

En abierta violación del principio de justicia se le negó a la ganadora el nombramiento que legítimamente le corresponde otorgándoselo a quienes no tenían mejor título que ella para obtenerlo, lo que a su vez, comporta violaciones al derecho a la igualdad, ya que, tal como lo puso de manifiesto la Corte, mereciendo la peticionaria un trato acorde con los resultados obtenidos en el concurso se ignoró esa condición preferente y se la ubicó “en igual posición a la de quienes no participaron o, habiéndolo hecho, obtuvieron calificaciones inferiores”.

## CONCURSO DE MERITOS-Nombramiento del primero/CARGA DE LA PRUEBA/ARBITRARIEDAD ADMINISTRATIVA-No nombramiento del primero

El hecho de descartar a quien ocupó el primer puesto en un concurso de méritos, envuelve un trato diferente que exige justificación objetiva y razonable, no siendo suficiente la simple invocación de las normas que conferían ese margen de discrecionalidad. Así pues, la entidad estaba llamada a aportar pruebas y argumentos valederos orientados a justificar el favorecimiento a concursantes diferentes del ubicado en primer lugar, y, tal como quedó reseñado más arriba, los motivos aducidos carecen de fundamento serio, de modo que, en la práctica, el nominador invocó y aplicó sus propios criterios sin que mediara motivación alguna o hubiese esgrimido razones de peso para desconocer los resultados del concurso. Así las cosas, bajo el manto de la pretendida discrecionalidad se encubrió un comportamiento arbitrario.

## DERECHO A LA IGUALDAD/DISCRIMINACION POR SEXO-Ingeniera mecánica

La Carta Política incluyó al sexo como uno de los criterios que no pueden ser tomados en cuenta para generar un trato diverso sin fundamento válido, así pues, con base en la sola consideración del sexo de una persona no resulta jurídicamente posible coartarle o excluirla del ejercicio de un derecho o negarle el acceso a un beneficio determinado y siempre que esto ocurra, sin el debido respaldo constitucional, se incurre en un acto discriminatorio que, en tanto arbitrario e injustificado, vulnera el derecho contemplado en el artículo 13 superior.

## DERECHO A LA IGUALDAD-Vulneración por nombramiento/DERECHO DE ACCESO AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PUBLICOS

El derecho a la igualdad excluye requisitos o condiciones ajenos a la calidad y al mérito de los participantes en un concurso cuando se trate de proveer la vacante para la que se concursó. Así las cosas, el nominador está obligado a designar al primero en la lista de elegibles y, al proceder de manera diferente, conculca, además, el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y el derecho al trabajo del aspirante mejor calificado, sustituyendo el mérito debidamente comprobado, por su propia apreciación discrecional que es posterior y extraña al concurso.

#### **SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Preexistencia de derechos Constitucionales/DERECHOS FUNDAMENTALES-Aplicación permanente**

Es del caso aclarar que independientemente de que la fecha de las sentencias que declararon la inexequibilidad de las disposiciones contentivas de la potestad discrecional que la entidad demandada alega sea posterior a la fecha del nombramiento que se hizo a persona distinta de la peticionaria, se concederá la tutela, pues los referidos pronunciamientos no tienen el efecto de constituir los derechos vulnerados, los que existían, con anterioridad a ellos, en cabeza de la actora y le fueron violados mediante comportamientos que, desde un principio, se colocaron en contradicción con la preceptiva constitucional que reconoce los derechos de los asociados.

REF: Expediente No. 66.863

Peticionaria: Yolanda Julieta Sanabria Artunduaga.

Procedencia: Juzgado Trece Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

MAGISTRADO PONENTE: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá D. C., julio veintiseis (26) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alejandro Martínez Caballero, quien la preside,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN

ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de tutela identificado con el número de radicación T-66.863, adelantado por Yolanda Julieta Sanabria Artunduaga en contra de “Ingeominas y a quien en la actualidad se desempeña como Director y ente nominador de la misma, el Doctor Adolfo Alarcón Guzmán..”. Con base 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.

I. ANTECEDENTES

A. Solicitud

El 2 de marzo de 1995, Yolanda Julieta Sanabria Artunduaga presentó, ante el Juzgado Penal del Circuito (Reparto) de Santa Fe de Bogotá, escrito contentivo de una acción de tutela, invocando, para tal efecto, los derechos a la igualdad (art. 13 C.P.) y al trabajo (art. 25 C.P.), así como el artículo 43 de la Carta conforme a cuyo tenor “la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”.

Las circunstancias fácticas que sirven de fundamento al amparo pedido las expone el accionante de la siguiente manera:

Dice en su escrito que es Ingeniera Mecánica y que debido a su condición de mujer ha tenido muchas dificultades para conseguir empleo, pues los empleadores creen que esa profesión sólo puede ser desempeñada eficientemente por los hombres.

Indica que se inscribió en un concurso abierto por Ingeominas “para el cargo Planta Global - Administración de Recursos- Profesional Universitario, código 3020- grado 08”, pese a que posee más del año de experiencia exigido en la convocatoria.

Prosigue la actora manifestando que apareció en lista de admitidos y que, el 10 de octubre

de 1994, presentó la prueba de conocimientos y, habiéndola aprobado, fue citada telefónicamente por el señor José Vicente Ramírez a la entrevista que se llevó a cabo el 13 de Octubre de 1994 ante “una funcionaria de la oficina jurídica, el señor José Vicente Ramírez y otra funcionaria que sería el jefe inmediato del elegido”.

Narra la peticionaria que el día de la entrevista se enteró de que había ocupado el primer puesto en la prueba conocimientos, con un puntaje de 87 sobre 100 y que, en repetidas oportunidades, llamó telefónicamente al señor José Vicente Ramírez para indagarle acerca de la publicación de la lista de elegibles. Enterada por este funcionario de que “a su entender” estaba nombrada “otra persona para el cargo respectivo”, se trasladó a las instalaciones de Ingeominas y verificó que la lista de elegibles no aparecía publicada, motivo por el cual solicitó al señor Ramírez información sobre el concursante nombrado “y en ese momento dijo no saber nada al respecto”.

Asevera la accionante que tuvo acceso a los resultados del concurso y que constató haber obtenido el primer puesto en el concurso, con un puntaje total de 83.2, seguida por el señor John Josué Guerrero Santafé quien sumó 82.3 puntos y por Julio Roberto Rincón, ubicado en el tercer lugar con un puntaje de 82.0.

La peticionaria agrega que un hermano suyo es colega del Director de Ingeominas en la facultad de ingeniería de la Universidad Nacional y que le preguntó acerca del concurso “a lo cual el doctor Alarcón le comentó que a su modo de ver le parecía inconveniente que una mujer fuera capaz de manejar 60 conductores, que sería una de las funciones del cargo estipuladas en el concurso”.

En el mes de diciembre del año anterior, según la actora, los resultados no habían sido publicados; a mediados de enero del presente año fue citada a una nueva entrevista que, en su criterio “no puede variar el resultado obtenido en el concurso, ya que el artículo 5 del decreto 1222 de 1993 afirma que no se pueden modificar las bases del concurso una vez iniciada la inscripción de aspirantes.

Pasados diez días volvió a comunicarse con el señor José Vicente Ramírez, quien le informó que había sido designado el señor John Josué Guerrero Santafé. La peticionaria estima que el nombramiento se hizo incumpliendo la normatividad vigente que exige la elaboración de una lista de elegibles que debe ser publicada en las carteleras de la entidad.

Con fundamento en lo anterior, solicita que se le ordene al Director de Ingeominas nombrarla en el cargo especificado por la convocatoria, por haber obtenido el primer lugar.

#### B. Acervo probatorio

La accionante ratificó lo expuesto en su escrito inicial ante el Juzgado Trece Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, despacho que también citó al doctor Adolfo Alarcón Guzmán, Director de Ingeominas, quien se refirió al concurso en general y confirmó que Yolanda Julieta Sanabria Artunduaga ocupó el primer lugar con un puntaje de 83.2, seguida de John Josué Guerrero Santafé y de Julio Roberto Rincón Barrera que obtuvieron la calificación que se indicó en la demanda de tutela. Explicó, que “se conformó la lista de elegibles en el mismo orden como aparecen en el acta de concurso” y que en la resolución pertinente se estableció que la designación se haría con una de las personas que figuran en los tres primeros puestos, con fundamento en el artículo 1222 de 1993, que así lo permitía”. Expuso, además, que cuando le fueron presentados los resultados estimó que los puntajes por sí solos no permitían escoger a la persona adecuada y por ello procedió a analizar la experiencia de los aspirantes en el sector público y en el mantenimiento de equipos de transporte, decidéndose, finalmente por el aspirante Rincón Barrera quien declinó el nombramiento, razón por la que se llamó al segundo de la lista. Negó el doctor Alarcón Guzmán que hubiese habido discriminación contra la mujer, precisó que todo se hizo conforme a la ley y adjuntó la documentación relativa al concurso que obra dentro del expediente.

#### C. La sentencia objeto de revisión

El Juzgado Trece Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia de 15 de marzo de 1995, resolvió “NO TUTELAR los derechos de la señorita YOLANDA JULIETA SANABRIA ARTUNDUAGA..”, con base en las consideraciones que se resumen a continuación:

A juicio del despacho judicial, en el momento en que se produjo el nombramiento, estaba vigente el artículo 9 del decreto 1222 de 1993 que permitía al nominador designar, discrecionalmente, a uno de los aspirantes que se encontrara dentro de los tres primeros lugares de la lista de elegibles.

La Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de ese precepto, por sentencia fechada el 9

de febrero del año en curso que es posterior a la resolución de nombramiento y a la posesión del designado que se produjo el 2 de febrero.

La selección se efectuó sin discriminación alguna y “teniendo en cuenta el texto y el espíritu de la ley, para entonces vigente, que le otorgaba cierta discrecionalidad al nominador”, de la que hizo uso el Director de Ingeominas. La sentencia de la Corte Constitucional, en criterio del despacho judicial, tiene, “efectos hacia el futuro, esto quiere decir que no puede predicarse que tenga efectos retroactivos, circunstancia que generaría gran inseguridad y traumatismos jurídicos”.

Concluye la sentencia revisada señalando que “... el Instituto de Investigaciones en Geociencias, Minería y Química no violó el derecho a la igualdad de la señorita YOLANDA SANABRIA ARTUNDUAGA, pues el nombramiento realizado tuvo lugar sin discriminaciones por razón de sexo...ya que los factores tenidos en cuenta para el mismo fueron los dados por las diferentes pruebas del concurso”.

## II.FUNDAMENTOS JURIDICOS

### A. La Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional paraproferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86, inciso segundo y 241 numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

### B. La materia

1. Pretende la accionante, mediante el ejercicio de la acción de tutela, que, en garantía de los derechos al trabajo y a la igualdad, se ordene al Director del Instituto de Investigaciones en Geociencias, Minería y Química, Ingeominas, acatar los resultados del concurso abierto que la entidad convocó para la provisión de un cargo de carrera administrativa, por haber superado las pruebas y obtenido el primer lugar, pese a lo cual el nombramiento recayó en el aspirante que aparece ubicado en el segundo puesto dentro de la lista de elegibles.

La parte demandada aduce que las normas vigentes al momento de efectuar el correspondiente nombramiento otorgaban al nominador cierto margen de discrecionalidad, situación que, a su juicio, demuestra que se procedió correctamente, máxime si se tiene en cuenta que la sentencia No. 40 de 1995, por cuya virtud la Corte Constitucional declaró inexistente el aparte del artículo 9 del Decreto 1222 de 1993 que permitía designar a una de las personas que se encontrara entre los tres primeros puestos, indicando que debe llamarse a quien ocupe el primer lugar en el concurso, es posterior y, por ende, inaplicable a la situación concreta ya consolidada en favor del concursante efectivamente designado durante la vigencia de la aludida preceptiva.

2. La Constitución de 1991 se ocupa de la carrera administrativa erigiéndola en regla general al señalar que “los empleos en los órganos y entidades son de carrera” con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (art. 125 C.P.). Este sistema de administración del personal al servicio del Estado propende por la eficiencia y la eficacia de la administración y procura garantizar, fuera de otros supuestos, la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública, propósitos todos que encuentran cabal satisfacción siempre que la vinculación se realice atendiendo al criterio de la capacidad del aspirante con prescindencia de factores extraños al mérito; la misma Carta preceptúa que “En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción” (art. 125 C.P.).

3. En perfecta correspondencia con lo anotado, se refiere también el Estatuto Superior al concurso público como el mecanismo al que debe acudirse cuando ni la Constitución ni la ley determinen el sistema de nombramiento de algún funcionario y advierte, así mismo, que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en ellos “se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”.

El concurso público es, entonces, el mecanismo por excelencia para proveer cargos de carrera administrativa y, según lo ha establecido esta Corporación, puede definirse “como el procedimiento complejo previamente reglado por la administración, mediante el señalamiento de las bases o normas claramente definidas, en virtud del cual se selecciona entre varios participantes que han sido convocados y reclutados, a la persona o personas que

por razón de sus méritos y calidades adquieren el derecho a ser nombrados en un cargo público" (Sentencia No. T-256 de 1995. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell).

4. Esta Sala de Revisión tuvo ocasión de recordar que "la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en precisar que los concursos, cuya finalidad sea el acceso a la función pública, deben sujetarse estrictamente a los procedimientos y condiciones fijados de antemano y que las reglas que los rigen son obligatorias, no sólo para los participantes sino también para la administración que, al observarlas, se ciñe a los postulados de la buena fe (C.P.art.83), cumple los principios que según el artículo 209 superior guían el desempeño de la actividad administrativa y respeta el debido proceso (C.P.art.29), así como los derechos a la igualdad (C.P.art.13) y al trabajo (C.P: art. 25) de los concursantes. Una actitud contraria defrauda las justas expectativas de los particulares y menoscaba la confianza que el proceder de la administración está llamado a generar" ( Sentencia No. T-298 de 1995. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero). En idéntico sentido, en la sentencia T-256 de 1995, ya citada, se expuso:

"Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (art. 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla".

5. Al pronunciarse sobre la inexequibilidad del aparte del artículo 9 del Decreto 1222 de 1993, que permitía la provisión del empleo "con una de las personas que se encuentre entre los tres primeros puestos de la lista de elegibles" , la Corte Constitucional puntualizó que "..sea cual fuere el método o sistema elegido, éste debe contener criterios específicos y concretos para efectuar una selección en la que aparezcan como valores dominantes la

capacidad profesional o técnica del aspirante, sus calidades personales y su idoneidad moral, acordes con las funciones del empleo y las necesidades del servicio público. Por tanto, no puede quedar al nominador una libertad absoluta para que designe a su arbitrio, pues, el nombramiento siempre tendrá que recaer en quien haya obtenido el mayor número de puntos". Precisó la Corporación que de lo contrario se produciría una arbitrariedad desnaturalización del concurso, acompañada del evidente desconocimiento de las calidades y del mérito del candidato, cuyas condiciones profesionales, morales y personales deben ser evaluadas durante el concurso mismo, de manera que el resultado final refleje la totalidad de los aspectos involucrados en la calificación, a punto tal de que no exista posibilidad legítima de desatender las respectivas pautas y procedimientos, de donde se sigue que, una vez apreciados, la designación deberá efectuarse en favor de quien haya obtenido la más alta puntuación. (Cfr. Sentencia No. C-040 de 1995. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz).

En pronunciamiento posterior la Corte destacó lo siguiente:

"En relación con los empleos sujetos a concurso público, la Constitución no atribuye al nominador poder discrecional alguno para su nombramiento. Frente al concurso, la administración carece de libertad para adoptar una solución diferente o privilegiar otra alternativa que considere sin embargo más apropiada para el interés público. Por el contrario, se parte de la premisa de que el interés público en este caso se sirve mejor acatando el resultado del concurso. La actuación administrativa en lo que respecta a estos empleos no es política y se desarrolla, por ende, de conformidad con estrictas reglas técnicas y objetivas. Si no fuera posible concebir este tipo de normas o expedidas éstas cumplirlas, la finalidad de conformar una administración eficiente y profesional a través del indicado mecanismo estaría desprovista de sentido, y el sistema ordinario de nombramiento que ha debido escoger el Constituyente no habría podido ser otro que el de libre nombramiento y remoción. Distinta ha sido la decisión del Constituyente y a ella debe supeditarse la ley y la actuación de los funcionarios nominadores" (Sentencia No. C-041 de 1995. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

6. En el evento que ahora se examina, la Sala advierte que efectivamente la peticionaria obtuvo la mejor calificación en el concurso y que el nominador al proveer el cargo público llamó en primer término al aspirante que ocupó el tercer puesto quien declinó el nombramiento, siendo entonces llamado el segundo en la lista de elegibles. Esta sola

circunstancia es suficiente para comprobar el quebrantamiento unilateral de las bases del concurso porque, como bien lo precisó la Corte:

“...Establecer un concurso público y señalar un procedimiento que termina por no atribuir al vencedor el cargo o plaza objeto del mismo, elimina su esencia y lo despoja de su estímulo. Si en verdad se anuncia por el Estado que un empleo se va a nombrar por concurso y, en últimas se designa al tercero o al segundo mejores aspirantes, pero no al primero, se defrauda la confianza de este aspirante inducida en virtud de la convocatoria y, de este modo, igualmente, se asalta la buena fe de todos los restantes aspirantes que en teoría han emulado y se han presentado al concurso con miras a ser los primeros y así obtener en justa medida el premio a su mérito -socialmente comprobado- representado en este caso, por el consecuente nombramiento con apego al resultado objetivo del concurso. Si, en estas condiciones, el nombramiento recae en quien no es el primero en orden de méritos, ello será así en virtud de la libre voluntad del nominador que habrá transformado el sistema de vinculación a la función pública establecido en la Constitución y en la ley, asignándole en la práctica al empleo objeto del concurso el carácter de empleo de libre nombramiento y remoción”. (Sentencia No. C-041 de 1995).

7. En la declaración que el director de Ingeominas rindió ante el juez de tutela explicó que cuando le fueron presentados los resultados del concurso observó que los puntajes de los aspirantes ubicados en los tres primeros lugares “eran muy similares” y que, “por sí solos no permitían escoger la persona más adecuada”, motivo que le llevó, en ejercicio de su “discreción de nominador” a analizar “dos aspectos adicionales, la experiencia de los funcionarios en el sector público y de manera particular la experiencia de los aspirantes en la administración y mantenimiento de equipo de transporte que esta era la finalidad del cargo a proveer”. Después de considerar las calificaciones y los dos factores antes indicados “el nominador consideró que la mejor opción era nombrar al tercero en la lista” y ante la negativa de éste “teniendo en cuenta las mismas consideraciones anteriores y por encima de todo, lo más conveniente para la entidad que es mi mayor responsabilidad se procedió a nombrar en el cargo en consideración al segundo de la lista...” (folio 48).

Llama la atención de la Sala que fuera de desconocer los resultados del concurso, lo que como se indicó, equivale a cambiar las bases del mismo, el nominador justifique esa actuación apelando a una presunta insuficiencia de las calificaciones que pretendió subsanar

mediante la evaluación de dos factores adicionales relativos a la experiencia de los candidatos, sin detenerse a explicar cuáles fueron los criterios o métodos a los que se ciñó para apreciar esos “nuevos” elementos y sin tener en cuenta que dentro del concurso se analizaron los requisitos mínimos exigidos y la “experiencia adicional” que en el caso de Yolanda Julieta Sanabria Artunduaga se fijó en 8.3 años, mientras que Julio Roberto Rincón alcanzó 2,5 años y John Josué Guerrero apenas un (1) año, lo que se tradujo en puntajes totales de 17, 13.5 y 12.6% respectivamente (folio 83). En estas condiciones, la Sala estima que no es de recibo la explicación aportada y que lo que se operó, so pretexto de la discrecionalidad que las normas vigentes garantizaban, fue un escueto y arbitrario desconocimiento del concurso, careciendo, para ello, de una justificación objetiva y razonable.

No escapa al juicio de esta Sala que las pruebas realizadas y el concurso mismo pueden adolecer de imperfecciones y de fallas, pero eso no autoriza la sustitución del sistema de carrera por el de libre nombramiento y remoción, ni la prevalencia de la voluntad del nominador. A este respecto la Corte ha dicho que “Esta falta de absoluta seguridad en el pronóstico – que ningún sistema de nombramiento – puede ofrecer, no se soluciona subvirtiendo la institución del concurso o desfigurando sus resultados mediante la atribución a la administración de una facultad discrecional de designación, sino mediante la previsión que adopta el decreto citado (1222 de 1993) – común a los sistemas de concurso – consistente en el establecimiento de un período de prueba de cuatro meses dentro del cual la persona escogida será objeto de calificación (ibid, art. 10), aparte de la puesta en obra de los constantes perfeccionamientos en las pruebas y en los mecanismos de examen y calificación” (Sentencia No. C-041 de 1995).

8. Pero, además de lo anterior, en abierta violación del principio de justicia se le negó a la ganadora el nombramiento que legítimamente le corresponde otorgándoselo a quienes no tenían mejor título que ella para obtenerlo, lo que a su vez, comporta violaciones al derecho a la igualdad, ya que, tal como lo puso de manifiesto la Corte, mereciendo la peticionaria un trato acorde con los resultados obtenidos en el concurso se ignoró esa condición preferente y se la ubicó “en igual posición a la de quienes no participaron o, habiéndolo hecho, obtuvieron calificaciones inferiores” (Sentencia No. T-046 de 1995 M.P. Dr. José gregorio Hernández Galindo).

Ahora bien, el nominador pretende ampararse en el ejercicio de la facultad discrecional permitida por las normas vigentes al momento de proceder al nombramiento. Es pertinente reiterar, en concordancia con lo expuesto, que actualmente la discrecionalidad que esas normas autorizaban está proscrita, debiendo procederse a la designación al concursante que ocupó el primer lugar. Empero, si en gracia de discusión se admitiera que al nominador le asiste la aludida discrecionalidad es indispensable recordar que el hecho de descartar a quien ocupó el primer puesto en un concurso de méritos, envuelve un trato diferente que exige justificación objetiva y razonable, no siendo suficiente la simple invocación de las normas que conferían ese margen de discrecionalidad. Así pues, la entidad estaba llamada a aportar pruebas y argumentos valederos orientados a justificar el favorecimiento a concursantes diferentes del ubicado en primer lugar, y, tal como quedó reseñado más arriba, los motivos aducidos carecen de fundamento serio, de modo que, en la práctica, el nominador invocó y aplicó sus propios criterios sin que mediara motivación alguna o hubiese esgrimido razones de peso para desconocer los resultados del concurso. Así las cosas, bajo el manto de la pretendida discrecionalidad se encubrió un comportamiento arbitrario.

9. El derecho a la igualdad reviste en la presente causa una singular connotación referida al sexo que, según lo afirma la peticionaria, constituyó un motivo decisivo para que no se produjera, a su favor, el nombramiento esperado. La Carta Política incluyó al sexo como uno de los criterios que no pueden ser tomados en cuenta para generar un trato diverso sin fundamento válido, así pues, con base en la sola consideración del sexo de una persona no resulta jurídicamente posible coartarle o excluirla del ejercicio de un derecho o negarle el acceso a un beneficio determinado y siempre que esto ocurra, sin el debido respaldo constitucional, se incurre en un acto discriminatorio que, en tanto arbitrario e injustificado, vulnera el derecho contemplado en el artículo 13 superior.

El director de Ingeominas se limitó a manifestar que en esa entidad “de ninguna manera se hace discriminación contra la mujer y por el contrario...una gran parte de los funcionarios son mujeres”. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional “Los actos discriminatorios suelen ser de difícil prueba. De ahí que sea apropiado que la carga de probar la inexistencia de discriminación recaiga en cabeza de la autoridad que expide o aplica una disposición jurídica, no así en quien alega la violación a su derecho a la igualdad, especialmente cuando la clasificación que se hace de una persona es sospechosa por tener relación con los elementos expresamente señalados como discriminatorios a la luz del

derecho constitucional" (Sentencia No. T-098 de 1994. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

No ignora la Sala que el mundo del trabajo es especialmente propicio a la discriminación de la mujer y que, dentro de ese ámbito laboral, el primer y más difícil escollo suele presentarse en el momento de acceder a un puesto, de ahí que la prohibición de discriminar por razón del sexo de la persona adquiera el sentido de límite al particular o a la autoridad pública que deba proveer un empleo. Esa limitación, por ejemplo, les impide, en principio, utilizar como pauta de selección el sexo, hacer uso de distintos criterios y exigir diferentes requisitos o condiciones para hombres y mujeres, y, también, echar mano de procedimientos que, pese a su apariencia neutral, por ser de más difícil cumplimiento para los miembros de un sexo que para los pertenecientes al otro, terminan excluyendo a una proporción mayor de hombres o mujeres, según se trate. Cabe destacar, por último, que estos límites se concretan en la especial obligación de transparencia de todo el proceso de selección, de donde surge que el nominador o la entidad respectiva deben informar con toda claridad acerca de las bases, criterios y procedimientos que preceden al pertinente nombramiento.

Si bien en el evento sub examine no es posible afirmar que en atención al sexo de los participantes se hayan utilizado distintos criterios o recurrido a procedimientos encaminados a privilegiar la situación de los hombres frente a las mujeres aspirantes, se logran advertir ciertos aspectos que menguan la necesaria transparencia del concurso. En su escrito, la accionante informó que después de presentar las pruebas y entrevistas exigidas, en varias oportunidades acudió a las instalaciones de Ingeominas "sin obtener información alguna" y que procedió a efectuar llamadas telefónicas con el fin de obtener respuesta sobre los resultados del concurso y que en el mes de diciembre de 1994 todavía no se había publicado la lista de elegibles, a la cual, tuvo acceso informal enterándose, por un mecanismo diverso de la publicación, de haber obtenido el primer lugar. La peticionaria afirma que el nombramiento se produjo con violación de las normas que imponen la publicación de los resultados del concurso. Interrogado sobre este punto, el director de Ingeominas explicó que según información que él recibió se sigió el procedimiento pre establecido pero que "no puede responder si a la funcionaria (sic) Sanabria Artunduaga se le dió la información por vía telefónica, puesto que esto no es un requisito que invalide el procedimiento llevado a cabo..." (folio 50).

En todo caso, el derecho a la igualdad excluye requisitos o condiciones ajenos a la calidad y

al mérito de los participantes en un concurso cuando se trate de proveer la vacante para la que se concursó. Así las cosas, el nominador está obligado a designar al primero en la lista de elegibles y, al proceder de manera diferente, conculca, además, el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y el derecho al trabajo del aspirante mejor calificado, sustituyendo el mérito debidamente comprobado, por su propia apreciación discrecional que es posterior y extraña al concurso.

10. En un caso similar al que ahora se aborda esta Sala de Revisión enfatizó “que la acción de tutela es un mecanismo protector de los derechos constitucionales fundamentales, de carácter subsidiario, por lo cual su procedencia se hace depender de que no existan otros medios de defensa a los que pueda acudir el interesado. Empero, esos otros medios judiciales deben tener, por lo menos, la misma eficacia de la tutela, para la protección del derecho de que se trate. Analizadas las circunstancias del caso concreto, se concluye que tales acciones no se revelan más eficaces que la tutela, ya que, la decisión tardía del asunto, deja mientras tanto, intactas violaciones a los derechos a la igualdad y al trabajo...” (Sentencia No. T-298 de 1995). Estas apreciaciones coinciden con las vertidas por la Sala Segunda de Revisión en la sentencia No. T-256 de 1995, conforme a las cuales mediante el ejercicio de las acciones que pueden impetrarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no se obtiene “el resultado deseado, cual es el de ser nombrado en el cargo correspondiente”. Esta Sala reitera ese pronunciamiento y en armonía con él advierte que no existe contradicción entre lo aquí decidido y el fallo SU-458 de 1993 “porque en esta oportunidad se consideró la situación especial generada en virtud de las sentencias C-040/95 y C-041/95 y además, que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es el mecanismo idóneo para amparar los derechos fundamentales que le fueron violados a la peticionaria” (M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell).

11. Finalmente, estima la Sala que es del caso aclarar que independientemente de que la fecha de las sentencias que declararon la inexequibilidad de las disposiciones contentivas de la potestad discrecional que la entidad demandada alega sea posterior a la fecha del nombramiento que se hizo a persona distinta de la peticionaria, se concederá la tutela, pues los referidos pronunciamientos no tienen el efecto de constituir los derechos vulnerados, los que existían, con anterioridad a ellos, en cabeza de la actora y le fueron violados mediante comportamientos que, desde un principio, se colocaron en contradicción con la preceptiva constitucional que reconoce los derechos de los asociados.

Los argumentos que sirvieron de base a la declaratoria de inexequibilidad precisan en forma muy clara las causas de la vulneración pero de ningún modo convalidan situaciones que ya eran anómalas antes de que la Corte los expusiera, máxime si en la actualidad subsisten sus efectos nocivos. La acción de tutela procede para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales y comprobada la vulneración de algunos de estos, por expreso mandato constitucional, debe brindarse el amparo pedido; una interpretación contraria conduciría a patrocinar su desconocimiento y a restarles la eficacia que la Carta pretende asegurarles.

Es de anotar que en esta misma providencia se ha dejado en claro que aún partiendo del supuesto del ejercicio de la potestad discrecional la ausencia de una justificación objetiva y razonable para preferir a concursantes distintos del situado en primer lugar torna patente el carácter arbitrario de la medida tomada en perjuicio de la accionante. Por lo demás, la Corte ha concedido la tutela en casos similares, sin que ello signifique que le esté otorgando efecto retroactivo a un fallo suyo. (Cfr. Sentencias T-256 y 298 de 1995).

Se revocará la sentencia revisada y se concederá la tutela ordenando al Director de la entidad demandada que, en el término de un (1) mes, contado a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a designar a la peticionaria en el cargo para el cual se presentó a concurso público, ocupando el primer lugar.

En mérito de lo expuesto, La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de marzo 15 de 1995 proferida por el Juzgado Trece Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

SEGUNDO. CONCEDER, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la tutela impetrada y, en consecuencia, se ordena al Director del Instituto de Investigaciones en Geociencias, Minería y Química, INGEOMINAS, que, en el término de un mes, contado a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a efectuar el nombramiento de YOLANDA JULIETA SANABRIA ARTUNDUAGA en el cargo para el cual se presentó a concurso público

habiendo ocupado el primer lugar.

TERCERO. El Juzgado Trece Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá vigilará el estricto cumplimiento de lo ordenado en esta providencia.

CUARTO. LIBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General