

T-533-94

Sentencia No. T-533/94

## CONCURSO DE MERITOS

Asisten al actor otros medios de defensa judiciales, como son la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, contempladas en los artículos 84 y 85 del C.C.A., las cuales pueden ser propuestas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, si para el caso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el accionante no ha dejado vencer el término de caducidad, previsto en el artículo 136 del citado Código.

Ref.: Proceso T-42.678.

Actor: Ernesto Prieto García contra Alcaldía Municipal de Arauca.

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial -Sala Civil Laboral- de Villavicencio.

Magistrado Ponente: JORGE ARANGO MEJIA.

Aprobada en sesión de la Sala Primera de Revisión, celebrada en la ciudad de Santafé de Bogotá, a los veinticuatro (24) días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz, decide sobre el fallo de fecha 1 de julio de 1994, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Civil Laboral de Villavicencio, cuyo actor es Ernesto Prieto García.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

La Sala de Selección de la Corte eligió, para su revisión, el expediente de la referencia.

### I. ANTECEDENTES.

#### A. HECHOS.

El ciudadano Ernesto Prieto García, instauró acción de tutela contra la Alcaldía Municipal de Arauca, con base en los siguientes hechos:

El 22 de septiembre de 1993, mediante Resolución número 0-209 y Aviso de Convocatoria número 0025, el Alcalde Mayor de Arauca convocó a concurso abierto para proveer cuatro cargos de técnico Agropecuario de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente.

El 30 de septiembre, el señor Prieto García, se inscribió a dicho concurso, resultando favorecido para participar en la realización del mismo. Las pruebas se realizaron el día 16 de octubre, recibándose el resultado de las mismas, el 22 de octubre de ese año.

Posteriormente, mediante Resolución número 640 de 28 de abril de 1994, se estableció en orden de mérito una lista de elegibles de seis personas, dentro de la cual el actor de tutela ocupó el cuarto puesto.

La Secretaría de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente, la conforman cinco cargos de los cuales cuatro fueron provistos de la lista de elegibles, conforme a la convocatoria para concurso abierto celebrado. Empero, existe una vacante que no ha sido provista, por no existir los recursos de tesorería para dar cumplimiento a nuevas obligaciones, según la Secretaría de Hacienda Municipal.

Considera entonces el demandante que al haberse escogido de la lista de elegibles las personas que ocuparon el 1o., 2o., 5o. y 6o., a pesar de haber ocupado el 4o. puesto, se lo discrimina y se atenta contra la función pública. Así mismo, la idoneidad para el desempeño del cargo esta señalada de acuerdo al puntaje obtenido. Concluye manifestando que de hecho existe otra vacante para el mismo concurso, la cual no se ha llenado. Por lo anterior, considera vulnerado el derecho constitucional fundamental al trabajo.

Con la demanda se acompañaron copias informales de la Resolución número 640 de 1994, proveniente de la Alcaldía Mayor de Arauca, que establece la lista de elegibles; escritos dirigidos a las Secretarías de Asuntos Administrativos y de Agricultura Municipal de Arauca por el demandante solicitando información respecto a los motivos de su no designación para el cargo de técnico agropecuario y, comunicaciones de las citadas dependencias que informan que se han nombrado cuatro aspirantes, existiendo una quinta vacante la cual no

ha sido provista por no disponerse de los recursos necesarios.

B. PETICION.

C. ACTUACION PROCESAL.

El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado Laboral del Circuito a Arauca-Arauca, quien al admitirla dispuso solicitar al Alcalde Municipal de esa localidad, el envío de copias auténticas del acta de convocatoria a concurso, de los resultados, del acto mediante el cual se crearon los cargos y, además, se indique cual fue la razón para que no se haya provisto el 5o. cargo y el sistema de selección utilizado respecto de los aspirantes aptos para los cargos.

La Secretaría de Asuntos Administrativos de la Alcaldía Mayor de Arauca, en respuesta manifestó que la planta de personal de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente la conforman 5 cargos de Técnicos, de los cuales uno estaba provisto desde antes de diciembre de 1993 y tres designados, tomados de la lista de elegibles. La quinta vacante no se ha llenado, por no contar el Municipio con los recaudos suficientes para cubrir nuevas obligaciones, de acuerdo a la circular de la Secretaría de Hacienda. Para probar lo anterior, se allegaron fotocopias auténticas de una planilla de asignaciones de personal de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente; Resolución número 02091 de 22 de septiembre de 1993, por medio de la cual se convoca a concurso para el cargo de Técnico de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente; convocatoria número 025; resultados de las pruebas; acta de concurso a convocatoria número 0025; Resolución número 3163 de 31 de diciembre de 1993, por medio de la cual se suspendió el trámite administrativo para los cargos vacantes y provisionales; fallo de la Comisión Nacional del Servicio Civil; resumen de los resultados de las pruebas; Resolución número 640 de 28 de abril de 1994, por medio de la cual se establece en orden de mérito una lista de elegibles; circular de fecha 19 de abril de 1994, suscrita por la Secretaría de Hacienda y decreto 1222 de 1993.

D. DECISIONES JUDICIALES.

1. Primera Instancia. Juzgado Laboral del Circuito de Arauca-Arauca.

En sentencia proferida el 27 de mayo del presente año, el a quo declaró improcedente la acción de tutela, con fundamento en las consideraciones contenidas en el salvamento de voto del Dr. Jaime Sanín Greiffenstein, respecto de la sentencia T-422 de 19 de junio de 1992, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, proferida por esta Corporación en una de sus salas de revisión. Manifiesta el juez de instancia que las pruebas del concurso tienen un carácter orientador, dejando al nominador un cierto margen de discrecionalidad para hacer los nombramientos dentro de la prudencia y no de la arbitrariedad. Agrega el fallador, que el nominador no está obligado a designar a quien haya ocupado el primer puesto, sino que debe hacerse con uno de los tres primeros de la lista de elegibles, puesto que la normatividad quiso darle una cierta discrecionalidad de considerar lo que más convenga a la entidad, de conformidad con factores que generalmente no se reflejan en el examen y que son de importancia para la escogencia.

Por consiguiente para el a quo, “una vez suplido un cargo que como sabemos se hará con los tres primeros, automáticamente pasará a ser parte de la terna de los próximos elegibles, sin que sea obligatorio que se le nombre, puesto que lo que exige la norma es que el nombramiento se haga de uno de los tres elegibles, pudiendo incluso quedar en cabeza de éstos, cuando se hayan nombrado los que le superan en sus puntajes; es factible pues, que siendo 5 los cargos a proveer y 6 los candidatos, el accionante no sea nombrado, así al inicio de los nombramientos se halle en el cuarto lugar”.

Así mismo, haciendo suya las apreciaciones del Dr. Jaime Sanín Greiffenstein, señala que no es posible afirmar la vulneración del derecho al trabajo, cuando sólo se tiene una expectativa para ocupar un cargo sin ser titular de un derecho adquirido. Por consiguiente, no se pudo ordenar al Alcalde Municipal llenar la vacante disponible, puesto que a él corresponde determinar en cada caso, el número de funcionarios que requiere para el ejercicio de sus actividades, además de conocer el presupuesto y factibilidad de gastos. Tampoco, podría disponer su nombramiento cuando queda otra persona con calidad de elegible.

En oportunidad, el demandante impugnó esta decisión con base en que la elaboración de la lista de elegibles, se hace en riguroso orden de mérito y, así mismo, 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. Anota el impugnante, que la convocatoria a concurso se realizó para llenar cuatro cargos y uno más para recursos naturales y medio ambiente, el cual hasta la fecha no ha sido llenado por falta de recursos. Finaliza el demandante, afirmando que el señor Fredy Hernández Sepulveda obtuvo el tercer puesto pero le fue imposible acceder al cargo por no tener homologados sus títulos profesionales en Colombia.

2. Segunda Instancia. Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Civil Laboral de Villavicencio.

En providencia de 17 de junio de 1994, dispuso solicitar al señor Alcalde de Arauca, información sobre qué personas de la lista de elegibles han sido nombradas, con su correspondiente acto administrativo y se indique además las razones del nombramiento de quienes ocuparon el 5o. y 6o. lugar, cuando el demandante obtuvo el 4o. puesto.

El Alcalde Mayor de Arauca en respuesta al informe solicitado, manifestó que las personas designadas que ocuparon el quinto y sexto lugar, fueron escogidas de la lista de elegibles que integraban los tres últimos, por cuanto el nominador dispone de cierta autonomía para la selección. Envío así copias de las cuatro resoluciones de nombramientos, expedidas el 9 de mayo del año en curso.

Seguidamente el ad quem, con base en la afirmación de que una de las personas de la lista de elegibles que ocupó el tercer puesto, no pudo acceder al nombramiento por no tener títulos profesionales homologados, solicitó al Alcalde Municipal de Arauca, información sobre dicha situación.

La Alcaldese Mayor de Arauca, encargada, informó que el citado señor se encuentra en la misma situación del demandante, por no existir los suficientes recursos de tesorería para proveer el quinto cargo.

En fallo calendada 1 de julio del presente año, el ad quem consideró que la norma aplicable al caso en estudio, es el artículo 34 del decreto 256 de 28 de enero de 1994, al señalar que en los casos en los cuales el número de los cargos a proveer sea superior a tres, la lista de elegibles se recompondrá después de la designación de los tres primeros con los nombres de los elegibles que sigan en orden descendente. Analiza el fallador así, que el concursó se

realizó para cubrir cuatro cargos de Técnicos de los cinco que corresponden a la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente del Municipio de Arauca y conforme a la disposición citada, después de la designación de los tres primeros podía recomponerse la lista de elegibles con los nombres que siguieren en orden descendente, queriendo decir ello, que las personas que ocuparon los tres primeros puestos han debido de ser designados, luego de ésto, proceder a la recomposición, quedando la lista integrada nuevamente con quienes ocuparon los puestos 4o., 5o. y 6o.. Emerge así la vulneración del derecho a la igualdad, por cuanto el que ocupó el último lugar de la lista de elegibles fue el primero en ser nombrado. Agrega el ad quem la no existencia de razones válidas para apartarse del resultado del concurso y de las normas aplicables al caso concreto.

Ahora, continúa el fallador, si en la planta de empleados de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente, figuran cinco cargos de Técnicos con las asignaciones correspondientes para el período fiscal del año de 1994 y sólo se han provisto cuatro, no existe disculpa alguna para no llenar la vacante, pues la circular emanada de la Secretaría de Hacienda es una simple sugerencia, pues es de suponer que el concurso estuvo precedido del correspondiente estudio sobre las necesidades y requerimientos de la dependencia para la fijación del número de empleados. Se vulnera también por consiguiente el derecho al trabajo y conforme a lo anterior, resolvió:

“Primero. REVOCAR la decisión de tutela proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Arauca-Arauca, de 27 de mayo de 1994 por la cual negó la acción intentada por Ernesto Prieto García.

Segundo. CONCEDER la tutela de su derecho a la igualdad de oportunidades y de su derecho fundamental al trabajo al señor ERNESTO PRIETO GARCIA, y en consecuencia, ORDENAR al Municipio de Arauca, por medio de su Alcalde, que en el término de un (1) mes a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a nombrar al mencionado señor en el cargo para el cual se presentó a concurso y ocupó el cuarto lugar sobrepasando puntajes de dos que resultaron designados atendiendo una facultad discrecional otorgada por una norma que por su indeterminación permitió trato discriminatorio”.

Informadas las partes sobre esta decisión, arribó el asunto a esta Corporación con el fin de cumplir con el mandato constitucional de revisión de los fallos de instancia, señalado en los

artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, siendo posteriormente seleccionado y repartido a este Despacho.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

### A. COMPETENCIA.

La Sala Primera de Revisión de esta Corporación, es competente para decidir el asunto sub-examine, en virtud de los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del decreto 2591 de 1991.

### B. IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA.

Esta Sala de Revisión, hace suyas las consideraciones realizadas en la sentencia T-400 de 9 de septiembre de 1994, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía, en la cual se señaló:

“En sentencia proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional S.U. número 458 de 13 de octubre de 1993, con ponencia de quien preside esta Sala, se sostuvo que en materia de discrecionalidad en la provisión de cargos a través de los concursos, la acción de tutela se torna improcedente por la existencia de otro medio de defensa judicial. Con fundamento en esta decisión, se modificó y unificó la jurisprudencia en lo relativo a la sentencia número T-422 de 19 de junio de 1992.

No sobra advertir que la sentencia que unificó la jurisprudencia acogió las consideraciones que se hicieron en la sentencia T-422 de 1992, respecto al tema de la igualdad, así:

“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”.

Para el caso sub-lite, la normatividad aplicable se encuentra en el decreto 1222 de 28 de junio de 1993 que regula los Procedimientos para los concursos, evaluaciones y calificaciones del personal de la Administración, al señalar en el artículo 9o., lo siguiente:

“Con base en los resultados del concurso el jefe del organismo elaborará la lista de elegibles, con los candidatos aprobados y en riguroso orden de mérito; dicha lista tendrá vigencia de un (1) año para los empleos objeto del concurso. 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”.

Igualmente, el decreto número 256 de 28 de enero de 1994, que reglamenta el Decreto-Ley N° 1222 de 28 de junio de 1993 y dicta otras disposiciones, contempla en el artículo 34:

“La provisión de los empleos objeto de concurso deberá hacerse con una de las personas que se encuentre entre los tres (3) primeros puestos de la lista de elegibles.

Efectuado uno o varios nombramientos los puestos se suplirán con los nombres de las personas que sigan en orden descendente.

En los casos en los cuales el número de los cargos a proveer sea superior a tres (3), la lista de elegibles se recompondrá después de la designación de los tres (3) primeros con los nombres de los elegibles que sigan en orden descendente”.

Para el caso sublite, por ser el número de los cargos a proveer superior a tres -cuatro técnicos agropecuarios-, la lista de elegibles que según la Resolución 640 de 1994 es de seis personas, debe recomponerse después de la designación de los tres primeros cargos. Es decir, el nominador en ejercicio de su facultad discrecional de escogencia, nombró en período de prueba a los señores Jorge Luis Salcedo Mejía, Nancy Esperanza Cote y Jairo Alberto Delgado, quienes ocuparon los puestos 6o., 2o. y 1o. de la lista de elegibles, la cual se recompondrá con los nombres de los elegibles que sigan en orden descendente, quedando en consecuencia una lista de las personas que ocuparon los puestos 3o., 4o. y 5o., sobre los cuales en nominador atendiendo la facultad discrecional, designó a uno de ellos que recayó en la señora Elvia Lucía Bolívar, quien ocupaba de la lista total de elegibles el puesto número 5o..

Ahora, cuando la norma señala que la lista de elegibles se elaborará con los candidatos aprobados y en riguroso orden de mérito, no implica que la persona que se nombre en período de prueba deba ser quien ocupó el primer puesto, por cuanto se prescindiría de la

facultad discrecional que se otorga al nominador para que pueda, a través de un estudio minucioso, escoger la persona que en su sentir colme o llene sus expectativas para el idóneo desempeño del cargo.

Por lo anterior, asisten al actor otros medios de defensa judiciales, como son la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, contempladas en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, las cuales pueden ser propuestas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, si para el caso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el accionante no ha dejado vencer el término de caducidad, previsto en el artículo 136 del citado Código.

Se declarará la improcedencia de la acción de tutela atendiendo lo normado en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución, en concordancia con el artículo 6, numeral 1, del decreto 2591 de 1991, lo cual implica que se revoque la decisión proferida en segunda instancia.

En lo que respecta al quinto cargo, el cual no ha sido provisto por falta de presupuesto del Municipio de Arauca, se pone de presente que la carencia de recursos impide por el momento considerar su nombre para el nombramiento, estando vedado para esta Sala disponer asignaciones presupuestales por ser competencia exclusiva del Municipio.

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

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

Primero:       REVOCASE la sentencia de fecha 1 de julio de 1994, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial -Sala Civil Laboral- de Villavicencio, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo:       DENIEGASE la solicitud de tutela presentada por el señor Ernesto Prieto García y en consecuencia queda sin efecto la actuación que haya realizado la Alcaldía Municipal de Arauca, en cumplimiento del fallo de segunda instancia revocado.

Tercero:       COMUNICAR el contenido de esta decisión al Juzgado Laboral del Circuito de Arauca, el cual notificará la sentencia de esta Corte a las partes y adoptará las decisiones

necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta, de conformidad con el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado Ponente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

MATHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General