

Sentencia T-604/03

CONCURSO DE MERITOS-Finalidad/CARRERA ADMINISTRATIVA-Regla general para vinculación a entidades del Estado

DEFENSORIA DEL PUEBLO-Nombramiento de profesional en cargo no sometido a concurso con fundamento en la ley 201/95/DEFENSORIA DEL PUEBLO-Nombramiento de profesional sin tener en cuenta los nombres en listas para provisión de otros cargos

DEFENSORIA DEL PUEBLO-Ley 201/95 no le impone observancia del orden descendente de listas para provisión de otros cargos

Referencia: expediente T-721963

Acción de tutela instaurada por Julia González Niño contra la Defensoría del Pueblo

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Bogotá D. C., veinticinco (25) de julio de dos mil tres (2003).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados ALFREDO BELTRAN SIERRA, MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA y JAIME ARAUJO RENTERIA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá y la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

Manifiesta la actora que en desempeño de sus labores en el ente accionado, se presentó al

quinto concurso de méritos de ascenso y abierto que fuere propuesto mediante convocatoria contenida en el acuerdo 029 de 2001, con el fin de optar al cargo de profesional especializado grado 17 de la defensoría delegada para el estudio y defensa del derecho a la participación ciudadana, concurso dentro del cual ocupó el segundo puesto de la lista con un puntaje de 81.1.

Dicho concurso fue dividido en dos grupos, uno de ellos correspondía a la defensoría delegada para el estudio y defensa del derecho a la participación ciudadana, el otro a la defensoría delegada de derechos económicos y sociales, este último suprimido de la convocatoria por decisión adoptada por la comisión de carrera administrativa.

Después de finalizar dicho concurso, y de quedar fuera de la convocatoria el cargo arriba mencionado, el nominador procedió a proveer el cargo de profesional especializado grado 17, con la señora Beatriz Clemencia García Escobar, quien obtuvo en el referido concurso el puntaje correspondiente a 79.3, es decir menor que el de la aquí accionante, con la diferencia de que el cargo que ocupaba la primera, correspondía a nombramiento en provisionalidad en el grado 17 de la unidad delegada de indígenas y minorías étnicas para el cual participó.

La comisión de carrera administrativa no procedió a unificar el total de integrantes de las listas de elegibles a fin de que, según el puntaje obtenido en el referido concurso, se fueran proveyendo las vacantes que se fueran presentando, haciendo énfasis en el cargo correspondiente al especializado, grado 17, de la delegada para el estudio y defensa de los derechos económicos sociales y culturales, el cual no salió a concurso.

En este orden de ideas, y al ver que no se había tenido en cuenta la lista unificada en su orden consecutivo de puntajes, elevó escrito al presidente de la comisión de carrera administrativa poniéndole de presente la inconformidad surgida y su experiencia laboral de más de un año en el área en que fue nombrada otra persona, más el puntaje obtenido en el concurso, que fue superior al de quien ocupa el cargo, el cual le fue respondido recalcando la facultad del nominador para hacer uso de la lista de elegibles para proveer definitivamente cargos de grado inferior o igual correspondientes a la misma denominación con apoyo en criterios de eficacia, eficiencia y celeridad.

Al tener esta respuesta como palmaria violación de sus derechos fundamentales, elevó un

nuevo escrito a fin de que por parte de la comisión se evaluaran los hechos y se aplicaran los correctivos, según el caso, pero se le reiteró que la decisión de hacer uso de la lista de elegibles era potestad del nominador, por lo que puso en conocimiento del señor Defensor del Pueblo los hechos acaecidos y solicitó una eventual respuesta a sus planteamientos.

Con base en el inciso 3 del artículo 145 de la ley 201 de 1995, se le respondió a la accionante afirmando que la norma en comento dispone que el ente nominador puede utilizar la lista para proveer cargos de grado inferior o igual, correspondiente a la misma denominación, por lo que, sostiene en su respuesta, el único puntaje que sobresalió entre los procesos de selección, en la prueba de conocimiento, fue el de la aspirante con quien se proveyó el cargo, ya que era superior al que obtuvo la tutelante.

Frente a la grave confusión suscitada en virtud de la no unificación de las listas de elegibles, y por no dar estricto cumplimiento al procedimiento establecido para dar uso a las listas citadas, impetró la presente acción por considerar que le fueron conculcados sus derechos a la igualdad y debido proceso en la forma de proveer los cargos, como también a la posibilidad de promoción o ascenso.

2. Pretensiones.

La demandante solicita que se declaren violados los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, y como consecuencia de ello se ordene a la comisión de carrera administrativa ceñirse a los parámetros establecidos para configurar las listas de elegibles para ocupar el grado de profesional especializado, grado 17, incluido el cargo que fue suprimido de la convocatoria, es decir el de la defensoría delegada para el estudio y defensa de los derechos económicos, sociales y culturales, como también se ordene a la accionado proveer las vacantes que se presentaron, o se presenten, conforme a los puntajes obtenidos en el concurso celebrado respetando el puntaje final en orden descendente y proveyendo el cargo con la suscrita, según sea del caso.

3. Contestación de la Defensoría del Pueblo

El día 10 de diciembre de 2002 en contestación de la demanda, el señor Javier Alfonso Gómez Contreras Jefe de Personal y Secretario de la Comisión de la Carrera Administrativa de la Defensoría del Pueblo, manifestó que con base a las facultades previstas en el inciso 3 del

artículo 145 de la Ley 201 de 1995, que expresa: “también podrá utilizar esta lista para proveer vacantes en grado igual o inferior, correspondiente a la misma denominación”, el defensor del pueblo haciendo uso de la potestad que le da la ley, procedió a utilizar la lista de elegibles vigentes para el caso en estudio, afirmando que en consecuencia, el único puntaje común entre los procesos de selección, el surtido por la demandante bajo la modalidad de concurso cerrado, y el Profesional Especializado Grado 17 de la Defensoría Delegada para Asuntos Indígenas convocado abierto, es la prueba de conocimiento, en el cual la aspirante que ocupó el segundo lugar de la lista utilizada, tuvo mayor puntaje que la tutelante.

Así las cosas, el criterio de los que se basó el nominador, para hacer uso de la lista de elegibles fueron, en primer término lo previsto en el artículo 145 de la Ley 201 de 1995 esto es, que el cargo vacante sea de grado igual o inferior y que correspondan a la misma denominación; y de otra parte la aplicación de los Principios Constitucionales tales como la economía, celeridad, eficacia y eficiencia en la administración pública.

4. Contestación de Beatriz Clemencia García

La señora Beatriz Gracia en contestación de la tutela, como tercero con interés legítimo, manifestó que el número de pruebas requeridas en cada modalidad de concurso incide en los porcentajes que a cada una de ellas le otorga la entidad en el proceso de calificación. Por ello, la calificación final, que es la sumatoria de todos los puntajes obtenidos en las distintas pruebas debe ser observada de una manera diferente en ambos concursos y no como un simple cotejo de puntajes.

Por ello como lo dijo la defensoría del Pueblo “...el único puntaje común entre los procesos de selección, el surtido por usted bajo la modalidad de concurso cerrado, y el profesional especializado grado 17 de la Defensoría Delegada para Asuntos Indígenas convocado abierto, es el de la prueba de conocimientos, en el cual la aspirante que ocupó el segundo lugar de la lista utilizada, tuvo mayor puntaje que el obtenido por usted.”

De esta manera, en cuanto a las pruebas que deben presentar los aspirantes hay una diferencia cuantitativa y cualitativa entre ambas modalidades. Los participantes del concurso abierto obtienen su calificación final de la sumatoria de la aplicación de 4 instrumentos: prueba de conocimientos generales y específicos, pruebas de valoración psicológicas, análisis de antecedentes con base en la hoja de vida y finalmente la entrevista, mientras que los

participantes del concurso de ascenso obtienen su calificación final de la sumatoria de 3 pruebas: Conocimientos generales y específicos, hoja de vida y entrevista.

5. Pruebas relevantes que obran en el expediente.

* Folio 2 Copia del acuerdo 29 de 2001.

* Folios 3 a 4 copias de las peticiones enviadas por Julia Elizabeth González NIÑO a la secretaria general de la defensoría del pueblo

* Folios 5 a 6 copias de la respuesta a la primera petición.

* Folios 9 a 11 copias de la respuesta del defensor del pueblo a la segunda petición.

* Folios 12 a 20 copia de la resolución 021 de fecha 26 DE MARZO DE 2002 por la cual se publica la lista de concursantes aprobados.

* Folios 21 a 27 copia de la resolución 024 por la cual se publica la lista de elegibles del quinto concurso de méritos de ascenso y abierto.

* Folios 31 a 36 copia del libelo tutelar.

* Folios 46 a 80 copia de la resolución 012 por la cual se publican nuevamente los resultados de la prueba de conocimientos del primer grupo de aspirantes del quinto concurso de méritos

* Folios 144 a 149 copia de la impugnación de la tutelante.

* Folios 3 a 14 del cuaderno 2 copia del fallo de segunda instancia.

1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá, avocó el conocimiento de la presente acción y denegó las súplicas del libelo tutelar basándose en que ninguna de las dos, tanto la petente como la persona asignada en el cargo, participaron en concurso alguno para el cargo de profesional especializado grado 17, de la defensoría delegada para el estudio y defensa de los derechos, sociales, culturales y económicos, por lo que no puede predicarse una eventual violación a sus derechos precisamente porque tal convocatoria no se produjo, en virtud de que el cargo fue excluido de ésta por parte de la comisión de carrera administrativa; tampoco puede existir violación, ya que la ley 201 de 1995 faculta al nominador para utilizar la lista de elegibles en la provisión de vacantes, lo cual aconteció en razón de que al no existir lista de elegibles para dicho cargo procedió a designar a quien había obtenido un puntaje superior en el concurso. El acuerdo contentivo de la convocatoria del concurso no contempló, en ningún aparte, la unificación de las listas de elegibles, lo que allí se estableció fue que cada empleo se proveería de las listas que resultaran de los aspirantes para cada modalidad.

Así las cosas no puede colegirse que el ente nominador estaba obligado a unificar las listas de elegibles, y ello tampoco fue probado por la accionante en lo que respecta a la citada unificación.

Adiciónese a ello que la tutelante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, lo que torna improcedente la concesión de la misma, como lo es acudir a la vía contenciosa mediante la correspondiente acción de nulidad.

2. Sentencia de Segunda Instancia

El Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Civil, confirmó la decisión del a-quo, cimentándose en la existencia de otro mecanismo de defensa judicial de que dispone la accionante, que en este caso se traduce en el ejercicio de las acciones contenciosas en contra de la resolución proferida por el señor Defensor del Pueblo, complementétese ello con el hecho de que la tutelante se presentó a la modalidad de ascenso; además, no se avizora ningún perjuicio irremediable en cabeza de la tutelante, ya que ésta continua laborando en la entidad accionada.

Recalca la facultad discrecional que tiene el nominador con base en lo que contempla la ley 201 de 1995 en su artículo 145, y en la inexistencia en el contenido del acuerdo de un aparte que obligue a dicho ente a unificar las listas para proveer otras vacantes.

I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia.

De conformidad con los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, y por la escogencia del caso por la Sala de Selección Número 4, mediante auto 10 de abril de 2003, esta Sala es competente para revisar la sentencia de la referencia.

2 . Problema jurídico.

De acuerdo con los hechos señalados, procede esta Sala a resolver sí con la decisión de la Defensoría del Pueblo de nombrar para el cargo de Profesional Especializado Grado 17, de la Defensoría Delegada para el Estudio y Defensa de los Derechos Económicos Sociales y Culturales a la doctora Beatriz Clemencia Garcia Escobar se quebrantaron los derechos fundamentales de la actora al trabajo, a la igualdad, al debido proceso y a acceder a cargos y funciones públicas, por supuesto desconocimiento de las normas propias de la carrera administrativa en la Defensoría del Pueblo.

3. La carrera administrativa como regla general para la vinculación a los cargos en los órganos y entidades del Estado y para los ascensos en los mismos.

Como es suficientemente conocido la función administrativa del Estado ha de desarrollarse con acatamiento estricto a los principios de eficacia, economía, moralidad, igualdad, imparcialidad y publicidad según lo prescrito por el artículo 209 de la Constitución Política.

Esta norma guarda estrecha relación con el artículo 125 de la Carta que, de manera expresa señala que los empleos “en los órganos y entidades del Estado son de carrera”, con las excepciones que allí se establecen, es decir para el desempeño de cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los que se determinen de manera expresa por el legislador.

De esta manera, por decisión del Constituyente, se quiso alejar de la influencia de carácter político el ingreso o la permanencia en los cargos al servicio del Estado, al propio tiempo que se dignifica la situación personal y laboral de los servidores públicos para que las funciones del Estado se cumplan con alto grado de eficiencia y por personal que deba su ingreso, permanencia o ascenso en los cargos públicos al mérito personal debidamente comprobado, lo que desde antiguo ha sido una vieja y permanente aspiración de la ciudadanía.

4. Análisis del caso concreto.

4.1. De acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente de tutela y de lo que se puede inferir del acápite de los hechos, a través de la Comisión de la Carrera Administrativa, la Defensoría del Pueblo procedió a convocar mediante el Acuerdo No. 029 de 2001, al quinto concurso de mérito de ascenso y abierto.

La actora para la fecha de convocatoria se encontraba laborando en la entidad tutelada en el cargo de Profesional Universitario grado 15 de la Defensoría Delegada de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y concursó en el primer grupo que fue el de ascenso para optar por el cargo de Profesional Especializado Grado 17 de la Defensoría Delegada para el Estudio y Defensa del Derecho a la Participación Ciudadana, aprobando las pruebas establecidas y ocupando el segundo puesto con un puntaje de 81.1.

Por otra parte, la doctora Beatriz Clemencia García Escobar, en esta misma convocatoria participó en concurso abierto para optar por el cargo de Profesional Especializado grado 17 de la Delegada de Indígenas y minorías Étnicas, quedando en el segundo puesto con un puntaje general de 79.3.

Debe anotarse que para esta convocatoria, la Defensoría del Pueblo en un comienzo había sometido a concurso un cargo de Profesional Especializado Grado 17 de la Delegada de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cargo que posteriormente quedó fuera del citado concurso.

Los cargos para los que concursaron la actora y la doctora Clemencia García Escobar fueron ocupados por quienes obtuvieron el primer puesto en cada una de las Delegadas.

4.2. Al quedar fuera de la convocatoria el cargo de Profesional Especializado Grado 17 de la Delegada de Derechos Económicos Sociales y Culturales, una vez finalizado el proceso del concurso, el nominador aduciendo hacer uso de facultades que le otorga la Ley 201 de 1995 (de Carrera Administrativa), procedió, a juicio de la actora, sin considerar una lista general de mérito de los concursantes, a proveer el cargo con la Doctora Beatriz Clemencia García Escobar, quien obtuvo un puntaje general menor al de la accionante, y quien en ese momento se encontraba en provisionalidad en el grado 17 de la Delegada de Indígenas y minorías Étnicas, cargo para el que participó en concurso abierto de la convocatoria enunciada.

4.3. Ante la anterior situación, la tutelante mediante escrito de fecha 23 de abril de 2002 dirigido al señor presidente de la Comisión de Carrera Administrativa, solicitó se aplicara estrictamente el orden descendente establecido en la ley de carrera administrativa para la lista de elegibles, a lo que se le respondió que conforme al artículo 145 de la Ley 201 de 1995 es facultad del nominador para hacer uso de la lista de elegibles, con criterios tales como eficacia y austeridad en el gasto público, para proveer definitivamente cargos de grado igual o inferior correspondientes a la misma denominación”, respuesta que considera vulneradora de sus derechos fundamentales. Los mismos argumentos le fueron reiterados el día 10 de mayo de 2002 cuando la Secretaría de la Comisión de Carrera le informó que la decisión de hacer uso de la lista de elegibles era “potestad del nominador”, razón por la cual aprobó correr traslado de la solicitud al señor Defensor del Pueblo para que respondiera los planteamientos señalados.

El 14 de junio de 2002 se le notificó la contestación dada por el señor Defensor del Pueblo en la cual se le dice que en uso de las facultades previstas en el inciso 3 del artículo 145 de la ley 201 de 1995, que expresa: “también podrá utilizar esta lista para proveer vacantes de

grado igual o inferior, correspondiente a la misma denominación”, procedió a hacer uso de las listas de elegibles vigentes para el caso de estudio, afirmando que en “consecuencia, el único puntaje común entre los procesos de selección, el surtido por usted bajo la modalidad de concurso cerrado, y el profesional especializado Grado 17 de la Defensoría Delegada para Asuntos Indígenas convocado abierto, es de la prueba de conocimientos, en la cual la aspirante ocupó el segundo lugar de la lista utilizada, tuvo mayor puntaje que el obtenido por usted”. (folio 16 del expediente).

4.4. El juez de primera instancia en esta acción constitucional, denegó el amparo solicitado por considerar que ni la tutelante ni la persona que actualmente ocupa el cargo de profesional especializado grado 17 de la defensoría delegada para el Estudio de los derechos Sociales, Culturales y Económicos habían participado en el concurso para este cargo y que el artículo 145 de la Ley 201 de 1995 facultaba al Defensor del Pueblo para utilizar la lista de elegibles para llenar esta vacante. De la misma forma, que el acuerdo contentivo de la convocatoria no contempló la unificación de listas de elegibles. El ad-quem por su parte, confirmó la anterior decisión, con argumentos similares a los del a-quo.

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, queda claro que la Defensoría del Pueblo haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 201 de 1995, nombró a la Doctora Beatriz Clemencia García Escobar, en el cargo de Profesional Especializado Grado 17 de la Delegada para el Estudio de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cargo que no había salido a concurso y para el cual ni la nombrada ni la tutelante habían concursado.

4.5. Como puede observarse el cargo de Profesional Especializado Grado 17 de la Defensoría del Pueblo Delegada para el Estudio de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, para el cual fue designada la doctora Beatriz Clemencia García fue provisto sin que para el efecto hubiere sido sometido a concurso. Es decir, el nombramiento respectivo no incluye a esa ciudadana en la carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo. Por ello, no le son aplicables entonces las normas que la regulan. Con posterioridad a ese nombramiento podrá la Defensoría del Pueblo, si todavía no lo ha hecho, convocar al concurso respectivo, con el lleno de los requisitos que exige la ley y, entonces, a ese concurso serán aplicables en su integridad las normas propias de la carrera administrativa.

Es claro entonces que si el Defensor del Pueblo, acudió para la provisión del empleo

mencionado a las listas de elegibles que integraban personas que concursaron para cargos diferentes pero que guarda alguna semejanza con el Profesional Especializado Grado 17 de la Defensoría Delegada para el Estudio de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, tuvo en cuenta un elemento de juicio valioso como quiera que esas listas estaban integradas por personas que demostraron su idoneidad profesional, pero sin embargo por no tratarse de listas elaboradas para proveer vacantes de ese cargo específico en particular, no podían de ninguna manera ser obligatorias para el Defensor del Pueblo, ni el orden en que ellas aparecieron los nombres de quienes las integraban confería ningún derecho particular y concreto para que otro cargo, para el que no concursaron fuera necesariamente provisto con observancia estricta de los nombres que allí aparecen, en orden descendente. Admitir lo contrario, sería tanto como aceptar que la participación en un concurso determina derecho para ser inscrito en la carrera administrativa en un cargo distinto a aquél para el cual se concursó, lo que resulta contrario a Derecho.

Así las cosas, ha de concluirse entonces que si la Defensoría del Pueblo dijo tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 201 de 1995 para designar la persona que debía ocupar el cargo de Profesional Especializado Grado 17 de la Delegada para el Estudio de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, esa referencia de ninguna manera le imponía la observancia del orden descendente de los nombres que figuraban en listas para la provisión de otros cargos. De no ser así, se podría propiciar una burla a la carrera administrativa bajo el fácil expediente de abstenerse de abrir concurso para unos cargos determinados y proveerlos luego, con inscripción en la carrera, con nombres de personas que para ellos jamás concursaron, lo que sería un fraude a lo establecido en el artículo 125 de la Carta.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 28 de febrero de 2003 mediante la cual se decidió la impugnación formulada contra la

Sentencia de 19 de diciembre de 2002 dictada por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá, que denegó la acción de tutela impetrada por la ciudadana Julia Elizabeth González Niño contra la Defensoría del Pueblo.

Por Secretaría líbrese la comunicación ordenada por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia T-604/03

CARRERA ADMINISTRATIVA-Ingreso por concurso de méritos (Salvamento de voto)

CONCURSO DE MERITOS-Resultados son determinantes para el nombramiento/CONCURSO DE MERITOS-Derechos para quienes obtienen mayores puntajes (Salvamento de voto)

Cuando cualquier ciudadano aspire ocupar un cargo estatal, con las excepciones consagradas por el legislador y la propia Carta de Derechos, debe someterse a concurso, siendo determinantes los resultados obtenidos en el mismo para efectos del nombramiento y la calificación obtenida es vinculante para el nominador, quien no podrá pasarla por alto porque tal omisión sería dar un tratamiento no merecido para quienes hicieron parte del proceso de selección. De la misma forma, los resultados finales obtenidos por los

participantes en el mencionado proceso de selección generan derechos en cabeza de quienes obtuvieron los más altos puntajes.

DEFENSOR DEL PUEBLO-Ley 201 de 1995 no lo faculta para hacer nombramientos sin observar lista de elegibles ni puntajes (Salvamento de voto)

Si bien es cierto que el inciso tercero de la Ley 201 de 1995 faculta al Defensor del Pueblo para proveer de la lista de elegibles, cargos de igual o inferior jerarquía dentro de la misma denominación, esto no significa que la misma norma le dé total discrecionalidad para hacer nombramientos sin tener en cuenta la lista de elegibles o como sucedió en el caso que ocupó en esta oportunidad a la Sala Primera de Revisión, fallo del cual me aparto, en el que se avaló la provisión de una vacante que no salió a concurso, con una persona que había obtenido menor puntaje general que la tutelante.

SENTENCIA DE TUTELA-Desconocimiento de jurisprudencia sobre lista de elegibles (salvamento de voto)

En mi sentir, con los argumentos expuestos en la providencia de la cual discrepo, se ha desconocido la doctrina constitucional reiterada por esta Corte sobre el reconocimiento al derecho fundamental de quienes integran una lista de elegibles, a ser nombrados en el orden que ésta establece y el de proteger por vía de tutela a las personas que hacen parte de la lista de elegibles y la observancia de la misma por parte de todas las entidades públicas y órganos del Estado.

CARRERA ADMINISTRATIVA-Mérito como elemento esencial (salvamento de voto)

Referencia: expediente T-721963

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Con el acostumbrado respeto, debo manifestar que no comparto la decisión adoptada por la Sala Primera de Revisión en el asunto de la referencia, por las siguientes razones:

1. Es la propia Norma de Normas en su artículo 125, la que dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con las excepciones consagradas en la propia norma constitucional y en la ley, agregando que, la forma de ingreso y de ascenso a los cargos de carrera, se hará por concurso de méritos previo el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley y de haberse adelantado el respectivo proceso que finalice con la formación de la lista de elegibles, que deberá utilizarse para proveer las vacantes del respectivo concurso.

1. De esta manera, la filosofía orientadora de la Carta de Derechos de 1991, en cuanto al ingreso a cargos públicos en las diferentes entidades y órganos del Estado, es precisamente el sistema de méritos y la igualdad entre ellos, así se asegura no solamente que la persona más idónea ingrese a dicho cargo sino también la prestación más eficiente de los servicios públicos, materializando así los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y eficacia (Art. 209 C.P) que deben guiar la función administrativa en el desarrollo de las funciones públicas.

1. El anterior mandato constitucional como se había anotado antes, lleva aparejado otros derechos constitucionales como lo son, la igualdad de oportunidades (art. 13), trabajo (art.25), estabilidad en el empleo (Art. 53), y los derechos adquiridos (art. 58). La primera de las normas citadas consagra el derecho a la igualdad, determinando que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y gozarán de los mismos derechos y oportunidades sin ninguna discriminación, imponiendo a las autoridades Estatales el deber de velar porque esa igualdad sea real y efectiva. Aquí cobra vigencia uno de los criterios atinentes a la igualdad señalada por Aristóteles (Política, 1301), al contraponer algunas veces la igualdad no a la igualdad proporcional en general sino a la igualdad proporcional al mérito. "... Cuanto más merece una persona tanto mayor será su recompensa, y por lo tanto personas de iguales méritos merecen partes iguales. Cualquier criterio de distribución que no toma en cuenta el mérito no es entonces verdaderamente igualitario (Felix E. Oppenheim).

1. De lo dispuesto en el artículo 125 constitucional se infiere en forma categórica que, cuando cualquier ciudadano aspire ocupar un cargo estatal, con las excepciones consagradas por el legislador y la propia Carta de Derechos, debe someterse a concurso, siendo determinantes los resultados obtenidos en el mismo para efectos del nombramiento y la calificación obtenida es vinculante para el nominador, quien no podrá pasarla por alto porque tal omisión sería dar un tratamiento no merecido para quienes hicieron parte del proceso de selección. De la misma forma, los resultados finales obtenidos por los participantes en el mencionado proceso de selección generan derechos en cabeza de quienes obtuvieron los más altos puntajes.

1. Por su parte, en el inciso 3 del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, se da la posibilidad al Defensor del Pueblo para proveer vacantes con personas que hacen parte de la lista de elegibles en cargos de igual o inferior grado dentro de la misma denominación, argumento del que precisamente se valió el Defensor del Pueblo para nombrar a la doctora Beatriz Clemencia García Escobar y no a la tutelante. Debe tenerse en cuenta que, no obstante la Ley 201 de 1995 no estipula expresamente que para proveer las vacantes con personas que hacen parte de la lista de elegibles en cargos de igual o inferior grado dentro de la misma denominación, se deba observar el estricto orden descendente de la misma, el parágrafo 1 de la Ley 443 de 1998 establece que, en “caso de vacíos de las normas que regulan las carreras especiales a las cuales se refiere la Constitución Política, serán aplicadas las disposiciones contenidas en la presente ley y sus complementarias y reglamentarias”.

En este sentido, el inciso segundo del artículo 22 de la Ley 443 de 1998 dispone que, “una vez provistos los empleos objeto del concurso, las entidades deberán utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo, en otros iguales, similares o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel.(..)” .

6- Si bien es cierto que el inciso tercero de la Ley 201 de 1995 faculta al Defensor del Pueblo para proveer de la lista de elegibles, cargos de igual o inferior jerarquía dentro de la misma denominación, esto no significa que la misma norma le dé total discrecionalidad para hacer nombramientos sin tener en cuenta la lista de elegibles o como sucedió en el caso que ocupó

en esta oportunidad a la Sala Primera de Revisión, fallo del cual me aparto, en el que se avaló la provisión de una vacante que no salió a concurso, con una persona que había obtenido menor puntaje general que la tutelante, pues ha de recordarse que ni la accionante ni la Doctora Beatriz García concursaron para el cargo en disputa, ellas participaron para cargos de similar denominación en Defensorías Delegadas distintas, en donde la accionante obtuvo un puntaje final de 81.1 y la Doctora Beatriz García 79.3.

Además debe tenerse en cuenta que, el mérito es el resultado de todos los factores objeto de calificación y no de uno solo, argumento último que tuvo en cuenta el Defensor del Pueblo para nombrar a la doctora Beatriz García porque había obtenido mayor puntaje en la prueba de conocimientos que la tutelante. De donde se tiene que cuando la administración utiliza la lista de elegibles para proveer cargos, no debe tomar en cuenta resultados parciales sino la totalidad de los mismos, salvo contadas excepciones en las que se pueden presentar empates en los resultados finales obtenidos, caso frente al cual no nos encontramos. El desconocimiento del anterior criterio traería como resultado un retroceso, pues volveríamos a caer en el clientelismo y la politización de la administración pública.

8. No puede, ninguna autoridad y menos la Defensoría del Pueblo engañar a los ciudadanos respecto del procedimiento que utiliza para proveer un cargo, ya que si señala que la escogencia se hará con fundamento en el mérito no tiene alternativa distinta a la de respetar el orden de colocación de los concursantes en el concurso o concursos que le sirven de fundamento para su decisión y en este caso concreto el de la persona que había obtenido el máximo puntaje en las varias listas que se compararon.

Decirle a los ciudadanos que se va a tener en cuenta el mérito y después no escoger al mejor, es hacerles un fraude y más grave aún si esto lo hace el Defensor del Pueblo.

9- En un sistema de méritos, la suma de todos los factores es la única que puede mostrar el mayor o el menor mérito de una persona y no los resultados parciales. Permitir que los resultados parciales distorsionen el resultado total, es hacerle fraude a la carrera, al mérito, al concepto y al sistema de igualdad de los méritos que es en última instancia el fundamento último de cualquier sistema de carrera (civil, militar, judicial, del ministerio público, etc.).

10. La administración y la función pública no pueden ni siquiera para proveer un cargo en provisionalidad, sustraerse a las reglas que previamente haya fijado; y si ha fijado la regla,

de que va a respetar el mérito para proveer un cargo en provisionalidad, no puede con posterioridad proveerlo libremente, separarse de su propia regla y desconocer los méritos de quienes han participado en el proceso, pues eso si es la verdadera burla, no sólo a la carrera administrativa, sino también a la dignidad de los participantes, pues quien se liga al mérito no puede después escoger libremente.

11. El fallo del cual me separo, y que es contrario a la ponencia que presente acabó de un plumazo con el mérito, con el fundamento de todas las carreras y deja a los trabajadores en manos de los jefes de turno de cada entidad, que es la peor forma de politiquería y lo más grave es que esto lo haga el Defensor del Pueblo que esta instituido para proteger los derechos del pueblo trabajador y no para violarlos.

Es por las razones antes expuestas que en esta oportunidad me aparto de la posición mayoritaria tomada en el proceso de la referencia.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA Magistrado