

Sentencia T-970/12

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS-Ineficacia de los medios de defensa judicial para resolver controversias/ACCION DE TUTELA-Procedencia para controvertir decisiones adoptadas en el marco de un concurso público

En materia de acciones de tutela interpuestas para controvertir la decisión de un gobernador de seleccionar a uno de los ternados para el cargo de gerente o jefe seccional de un establecimiento público del orden nacional con base en la atribución conferida en el numeral 13 del artículo 305 de la Constitución Política, esta Corporación reconoció en la sentencia T-1009 de 2010 que es procedente utilizar la acción de tutela como mecanismo de defensa judicial. Esta Corporación ha reconocido la procedibilidad del recurso de amparo con el fin de procurar la protección por parte del juez constitucional de derechos fundamentales de los participantes en un concurso público de méritos para conformar una terna de elegibles bajo lo dispuesto en el artículo 305 numeral 13 de la Constitución.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL-Es orientador y obligatorio

La exigencia de aplicar ante un caso concreto el sentido de las decisiones que previamente ha adoptado la misma corporación judicial en relación con casos análogos se ha convertido en una condición necesaria para la optimización del ordenamiento jurídico, en particular con miras a procurar, en cuanto sea posible, su unidad y coherencia, así como la de uno de sus materiales más importantes: la jurisprudencia, criterio auxiliar de la interpretación judicial por mandato del artículo 230 constitucional.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL-Desconocimiento

El deber de los jueces de decidir conforme a sus precedentes en casos análogos, cuando no existan razones suficientes y adecuadas para apartarse de ellos, también se puede justificar como un criterio intersubjetivo y racional de control de la actividad de la administración de justicia. Así, el seguimiento del precedente judicial obliga a jueces y tribunales a decidir el problema que les sea planteado en un caso concreto de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL-Identidad entre los hechos de la decisión anterior y la del

caso concreto

Se hace necesario precisar las condiciones concretas de aplicación del precedente y establecer en qué debe consistir la analogía entre dos casos. Se hace necesario entonces verificar (i) la existencia de una semejanza entre los hechos relevantes característicos de los dos casos, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada en el caso anterior resulta adecuada para el presente caso, y (iii) si la regla fijada en el pronunciamiento anterior ha cambiado o evolucionado o si por el contrario se mantiene como la doctrina sostenida por esta Corporación judicial en la materia.

CONCURSO DE MERITOS-Atribución de Gobernadores de escoger una persona de la terna que envíe director del establecimiento público

Los gobernadores tienen autonomía y discrecionalidad limitada (por la obligación de escoger a uno de los candidatos que hacen parte de la terna) para ejercer la atribución que les otorgó el Constituyente a través del numeral 13 del artículo 305 de la Carta Superior. Es posible entonces concluir que el concurso público de méritos adelantado por las entidades nominadoras para proveer los cargos de gerente o jefe seccional de establecimientos públicos del orden nacional con operación en los departamentos, no obliga al gobernador a escoger a la persona con el puntaje más alto dentro del mencionado proceso.

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS-Caso en que el accionante no fue escogido, nombrado y posesionado para ocupar un cargo público, pese a haber obtenido el puntaje más alto dentro del concurso público de méritos

ACCION DE TUTELA EN CONCURSO DE MERITOS-Improcedencia al encontrarse que no se vulneraron los derechos fundamentales del peticionario al no escogarlo, pese a haber obtenido el puntaje más alto en el concurso

Referencia: expediente T-3.583.464

Acción de tutela instaurada por José Alain Hernández Hoyos contra la Dirección General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y la Gobernación del Huila.

Magistrado Ponente:

ALEXEI JULIO ESTRADA

Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Alexei Julio Estrada, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Tercero Administrativo de Neiva, en primera instancia, y la Sala Segunda de Decisión Escritural del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, en segunda instancia, en la acción de tutela instaurada por José Alain Hernández Hoyos contra la Dirección General del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y la Gobernación del Huila.

El proceso en referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Ocho, mediante Auto proferido el veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012).

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El señor José Alain Hoyos Hernández a través de apoderado presentó acción de tutela por la presunta violación de sus derechos a la dignidad humana, a la igualdad, al trabajo, al derecho de acceder a cargos públicos, y al debido proceso porque los accionados no lo nombraron en el cargo de Director Regional del SENA Huila, no obstante haber ocupado, según manifiesta, el primer puesto dentro del concurso de méritos adelantado para elaborar la terna de elegibles para el cargo en mención. Los hechos que dieron lugar a la acción de tutela son los siguientes:

El 28 de noviembre de 2011 la Dirección Nacional del SENA ordenó mediante Resolución 02207 la apertura de un proceso de selección meritocrático, público y abierto para integrar las ternas de elegibles para proveer los cargos de Director Regional del SENA en los

Departamentos de Antioquia, Boyacá, Caldas, Cundinamarca, Huila, Magdalena y Caquetá. Dentro de la Resolución 02207 se dispuso además que dicho proceso fuera realizado por el Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID) de la Universidad Nacional de Colombia y que las ternas de elegibles resultantes deberían ser enviadas a los gobernadores “para que en ejercicio de la facultad que les confiere el artículo 305-13 de la Constitución Política, seleccionen las personas que esta entidad nombrará”¹.

Mediante comunicación del 5 de marzo de 2012 la Directora Técnica del Proceso de Selección SENA del CID de la Universidad Nacional de Colombia puso en conocimiento del Director General del SENA la terna de candidatos elegibles resultante del proceso de selección meritocrático². Dentro de los resultados publicados por el CID de la Universidad Nacional se advierte que el peticionario obtuvo el puntaje final de calificación más alto (80.59), superando a Luis Alberto Tamayo Manrique (78.76) y a Cándido Herrera González (77.7), también ternados.

El Director General del SENA remitió a su vez la terna y las hojas de vida de los candidatos a la Gobernadora del Departamento del Huila mediante oficio 2-2012-003530 para que se procediera a la selección final del Director Regional³. En respuesta a esa comunicación y mediante oficio de 9 de marzo de 2012 la Gobernadora del departamento del Huila escogió de la terna de candidatos elegibles para proveer el cargo de Director Regional del SENA Huila a Luis Alberto Tamayo Manrique, quien obtuvo el segundo puntaje más alto en el proceso meritocrático de conformación de la terna. Conforme a esa comunicación, el Director General del SENA ordenó mediante Resolución 00664 del 29 de marzo de 2012, modificada por la 000691 del 9 de abril de 2012, el nombramiento del señor Luis Alberto Tamayo Manrique en el cargo de Director Regional del SENA Huila y lo posesionó el día 9 de abril de 2012 mediante acta 600060.

El peticionario considera que por cuenta de la decisión de la Gobernadora del Huila de no escogerlo a él en el cargo de Director Regional del SENA Huila, no obstante haber obtenido el puntaje más alto dentro del proceso meritocrático, público y abierto para la conformación de la terna de candidatos elegibles, resultaron vulnerados sus derechos fundamentales. También considera violados sus derechos con ocasión del proceder del Director General del SENA, quien, conforme a la decisión de la Gobernación del Huila, nombró y posesionó en el cargo aludido al señor Luis Alberto Tamayo Manrique.

El tutelante solicita entonces la protección de los derechos mencionados, de manera que se ordene a la Gobernación del Huila su designación en el cargo, se decrete la nulidad del oficio mediante el cual la Gobernadora del Huila hizo la selección y de la resolución por la cual el Director General del SENA nombró y posesionó al señor Luis Alberto Tamayo Manrique en el cargo de Director Regional del SENA Huila.

2. Respuesta de las entidades accionadas y del tercero con interés en el proceso

2.1. SENA

La Coordinadora de Relaciones Laborales del SENA contestó mediante escrito la acción de tutela indicando en primer lugar que con base en la ley 119 de 1994 el SENA es un establecimiento público del orden nacional y que por tener esa naturaleza le es aplicable el artículo 305 numeral 13 de la Constitución Política en cuanto a la participación de los gobernadores en la selección de sus directores regionales.

Señala en consecuencia que el proceso para la provisión del cargo de Director Regional del SENA tiene origen constitucional y cuenta con un desarrollo legal y reglamentario en la Ley 489 de 1998 y en el Decreto 1972 de 2002. Asegura que con el concurso de meritos no se establece un orden de elegibilidad sino una terna de personas que reúnen los requisitos y condiciones para el cargo, de entre las cuales sólo una es escogida libremente por el Gobernador para ser nombrada y posesionada por el Director de la Entidad.

En respaldo de esta interpretación del procedimiento previsto para la selección de gerentes o jefes seccionales de establecimientos públicos del orden nacional, la representante del SENA cita como precedente de esta Corporación la sentencia T-1009 de 2010 y el Auto 268 de 2011. Asimismo recuerda que en el artículo 23 del Decreto 249 de 2004, por el cual se modifica la estructura del SENA, se dispone que los directores regionales serán de libre nombramiento y remoción, actuarán como representante del Director General y serán escogidos por el gobernador correspondiente de conformidad con lo consagrado en el numeral 13 del artículo 305 de la Constitución Política, de ternas seleccionadas mediante un proceso meritocrático.

En consecuencia, considera el SENA que en este caso no existió vulneración alguna a los derechos fundamentales del peticionario porque el procedimiento adelantado para la

selección del Director Regional del SENA Huila se surtió conforme a las normas constitucionales y legales vigentes, que le confieren a los gobernadores la facultad de escoger libremente a la persona que debe nombrar el Director del SENA.

Por último, agrega la contestación del SENA que la acción de tutela resulta improcedente en este caso ante la existencia de otros medios de defensa judicial.

2.2. Gobernación del Huila

La Gobernación del Huila contestó la acción de tutela manifestando que la selección del director regional del SENA hecha por la Gobernadora del Departamento se efectuó con estricta observancia del artículo 305 numeral 13 de la Constitución Política y los artículos 1 y 4 del Decreto 1972 de 2002, modificado por el Decreto 307 de 2005. A su juicio estas normas confieren a la Gobernadora la atribución de escoger una persona de la terna que le enviara el Director General del SENA, sin depender exclusivamente de los resultados del proceso meritocrático adelantado para la determinación de la terna de candidatos elegibles. Para la Gobernación, una interpretación contraria, que obligue a los gobernadores a designar a la persona con el mayor puntaje en el proceso, privaría de efecto útil la participación de los gobernadores en la elección de los jefes y gerentes regionales de establecimientos públicos del orden nacional, establecida en el artículo 305 numeral 13 de la Constitución Política. En apoyo de esta tesis, la contestación de la Gobernación cita las sentencias C-295 de 1995 y T-1009 de 2010.

Por lo anterior, la Gobernación del Huila considera que no existe violación alguna a los derechos fundamentales del actor y solicita que se declare improcedente en este caso el uso de la acción de tutela porque el actor dispone de otros medios de defensa judicial para controvertir el acto administrativo que dio lugar al nombramiento y posesión del Señor Luis Alberto Tamayo Manrique en el cargo de Director Regional del SENA Huila.

2.3. Luis Alberto Tamayo Manrique

Conforme a lo solicitado por la parte actora, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Neiva vinculó al trámite de la tutela, en condición de tercero con interés en el proceso, a Luis Alberto Tamayo Manrique, quien resultó elegido por la Gobernación del Huila en el cargo de Director Regional del SENA Huila y posesionado en dicho cargo por parte del Director General

del SENA.

En esa condición intervino el señor Tamayo Manrique manifestando que conforme a la Resolución 02207 de 2011 se abrió un concurso de méritos para integrar las ternas de elegibles para la selección de directores. No obstante, afirma que la atribución de escoger entre los candidatos finalistas correspondía a la Gobernadora del Huila de acuerdo al artículo 305 numeral 13 de la Constitución Política en armonía con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Agregó el señor Tamayo Manrique que dentro del proceso para la integración de la terna él obtuvo el mayor puntaje en dos de las tres pruebas, en la valoración de la hoja de vida así como en la entrevista, contando en consecuencia con la idoneidad para ejercer el cargo de Director Regional.

3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Neiva, en sentencia del 18 de mayo de 2012, negó el amparo de tutela. El Juzgado consideró que el nombramiento del Luis Alberto Tamayo Manrique como Director Regional del SENA Huila, no obstante haber obtenido el segundo puntaje más alto en el concurso de méritos de conformación de la terna de elegibles, se efectuó en cumplimiento de la facultad constitucional y legal atribuida a la Gobernadora del Departamento del Huila de escoger dentro de los tres candidatos finalistas.

Para el Juzgado, el único objeto del concurso de méritos era la conformación de la terna de elegibles y no el nombramiento en el cargo del candidato que hasta ese punto hubiere obtenido el mayor puntaje, como se disponía en el artículo primero de la Resolución 02207 de 2011, por la cual se ordenó la apertura del concurso de méritos para integrar las ternas de elegibles.

En apoyo de su decisión el Juzgado cita como precedentes jurisprudenciales aplicables al caso las sentencias de esta Corporación C-295 de 1995 y T-1009 de 2010.

Concluyó el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Neiva que en este caso “tanto el actor como los demás integrantes de la terna se encontraban en igualdad de condiciones

para ser escogidos con el fin de ocupar el cargo de Director Regional del SENA Huila”⁴, no existiendo de esta manera vulneración del derecho a la igualdad del tutelante.

4. Impugnación

El apoderado del tutelante impugnó la sentencia del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Neiva del 18 de mayo de 2012 por considerar equivocada la motivación de la misma al citar las sentencias de la Corte Constitucional C-295 de 1995 y T-1009 de 2010. Asegura el apoderado del actor en su impugnación (i) que el precedente jurisprudencial no es “rotundamente obligatorio”; (ii) que el caso que dio lugar a la sentencia T-1009 de 2010 no es análogo al que se discute en este caso; y (iii) que existen adicionalmente dos cambios legislativos que obligan a una reformulación de la posición de la Corte Constitucional en la materia: el Decreto 249 de 2004 y la Ley 909 de 2004.

5. Sentencia de segunda instancia

La Sala Segunda de Decisión Escritural del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila mediante sentencia del 6 de julio de 2012 confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Neiva, por la cual se negaba el amparo de tutela de los derechos del peticionario José Alain Hoyos Hernández. Recuerda el Tribunal que la propia Constitución Política estableció en cabeza de los gobernadores la facultad de escoger a los gerentes y jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento a partir de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo. De esta manera, dijo el Tribunal que “la escogencia por parte de la señora Gobernadora del ternado Luis Alberto Tamayo Manrique y no del hoy accionante José Alain Hoyos Hernández como Director Regional del SENA Huila, a pesar de que éste último obtuvo el mayor puntaje en el proceso de selección efectuado, no obedece al capricho o arbitrariedad de la mandataria departamental, sino que tal determinación es el reflejo de una atribución conferida a los gobernadores por una norma de rango constitucional”⁵.

En apoyo de esta interpretación el Tribunal cita las sentencias C-295 de 1995 y T-1009 de 2010, esta última, según el Tribunal, “precedente jurisprudencial que contrario a lo afirmado por el apoderado actor resulta aplicable al presente caso, como quiera que en esa oportunidad a la Corte Constitucional correspondió decidir un problema sustancialmente igual al que ahora se debate”⁶.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

En este caso, el tutelante José Alain Hoyos Hernández considera que la Gobernadora del Huila y el Director General del SENA vulneraron sus derechos a la dignidad humana, a la igualdad, al trabajo, al derecho de acceder a cargos públicos, y al debido proceso, al no escogerlo, nombrarlo y posesionarlo para ocupar el cargo de Director Seccional del SENA Huila, no obstante haber obtenido el puntaje más alto dentro del concurso público de méritos adelantado para conformar la terna de elegibles, y haber nombrado y posesionado, por el contrario, a quien obtuvo el segundo puntaje más alto dentro del mismo procedimiento.

De otro lado, las entidades demandadas afirman que la gobernadora ejerció la atribución constitucional prevista en el numeral 13 del artículo 305 constitucional, en el parágrafo del artículo 78 de la Ley 489 de 1998 y en el Decreto 1972 de 2002, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del SENA, establecimiento público del orden nacional, conforme a lo dispuesto en la Ley 119 de 1994.

En este caso encuentra entonces la Sala que es su deber resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Un gobernador (Gobernadora del Huila) vulnera los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, al trabajo, al derecho de acceder a cargos públicos, y al debido proceso de una persona (el señor José Alain Hoyos Hernández), que participa en un concurso de méritos para conformar una terna de elegibles al cargo de jefe seccional de un establecimiento público del orden nacional, al no escogerla para ocupar el cargo, pese a que tiene el mayor puntaje entre las personas que conformaban la terna, y haber escogido para el cargo a quien obtuvo el

segundo puntaje, con fundamento en la atribución que le confiere el numeral 13 del artículo 305 de la Constitución Política?

¿Vulnera esos mismos derechos del tutelante, el director del establecimiento público nominador, quien nombra y posesiona a la persona escogida por el gobernador en ejercicio de la atribución constitucional prevista en el numeral 13 del artículo 305 de la Carta Superior?

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir decisiones adoptadas en un concurso público. Reiteración de jurisprudencia⁷

Por disposición expresa de los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991 la acción de tutela es un mecanismo judicial de protección de las garantías fundamentales de carácter subsidiario y residual, vale decir, que no procede ante la existencia de otros medios de defensa judicial.

Conforme a lo anterior y en atención al caso bajo examen, reitera la Sala que la acción de tutela no es por principio el medio judicial dispuesto en el ordenamiento jurídico Colombiano para controvertir las decisiones que se adopten en el marco de un concurso público de méritos. Por el contrario, para tales efectos el Constituyente de 1991 asignó a la jurisdicción contencioso administrativa (artículos 236, 237 y 238 de la Carta Superior) la facultad de conocer todas las controversias que surjan entre los particulares y las autoridades públicas o particulares encargados del ejercicio de funciones públicas. Asimismo, el Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) establece medios de protección judicial de los derechos que pudieren resultar vulnerados dentro de la realización de concursos públicos.

No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación, a la luz del artículo 86 constitucional, ha admitido que la acción de tutela procede aun ante la existencia de otros mecanismos judiciales, cuando el amparo se interponga con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable o cuando el medio judicial al alcance del actor no resulta materialmente idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente conculcados⁸.

En este sentido, corresponde entonces al juez constitucional evaluar, conforme a los hechos

que dieron lugar a la controversia, si los mecanismos ordinarios de defensa judicial a los que puede recurrir el peticionario son idóneos y eficaces para restablecer el derecho fundamental violado o protegerlo frente a su inminente amenaza.

En materia de acciones de tutela interpuestas para controvertir la decisión de un gobernador de seleccionar a uno de los ternados para el cargo de gerente o jefe seccional de un establecimiento público del orden nacional con base en la atribución conferida en el numeral 13 del artículo 305 de la Constitución Política, esta Corporación reconoció en la sentencia T-1009 de 2010 que es procedente utilizar la acción de tutela como mecanismo de defensa judicial “teniendo en cuenta que (i) se encuentran en riesgo derechos constitucionales fundamentales como el derecho al trabajo, el debido proceso y el acceso a cargos públicos, (ii) las acciones contenciosas pueden no resultar del todo eficaces para garantizar la protección de los derechos fundamentales del accionante, debido a la duración del proceso administrativo y (iii) en virtud del principio de igualdad, teniendo en cuenta que, en casos similares, donde los accionantes aspiran a ser nombrados en un cargo público al haber obtenido el mejor puntaje en el concurso de méritos celebrado para proveer un cargo público, se ha considerado que la acción de tutela es procedente como mecanismo de defensa judicial.”⁹

Encuentra la Sala que en este caso particular debe proceder el estudio de la acción de tutela con el fin de establecer si con la decisión de la Gobernadora del Huila de escoger como Director Regional del SENA Huila a Luis Alberto Tamayo Manrique y del Director General del SENA de nombrarlo y posesionarlo, se vulneraron los derechos fundamentales a la dignidad humana, al trabajo, al acceso a cargos públicos y al debido proceso del peticionario. En otras palabras, en este caso se hace necesario admitir la procedencia de la tutela porque están en riesgo derechos fundamentales de uno de los participantes en el concurso público.

Asimismo, resulta necesario admitir la procedencia excepcional de la acción de tutela como un mecanismo judicial de protección de derechos fundamentales en este caso con el fin de evitar un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta que, dada la duración del proceso administrativo, las ordenes que eventualmente podría emitir la jurisdicción contencioso administrativa podrían ser tardías con miras a asegurar la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados al tutelante.

Por último, conviene señalar también que en casos análogos anteriores, como por ejemplo en el que dio lugar a la sentencia T-1009 de 2010, esta Corporación ha reconocido la procedibilidad del recurso de amparo con el fin de procurar la protección por parte del juez constitucional de derechos fundamentales de los participantes en un concurso público de méritos para conformar una terna de elegibles bajo lo dispuesto en el artículo 305 numeral 13 de la Constitución. En consecuencia, y en la perspectiva de hacer efectivo los principios de igualdad y de seguridad jurídica, para esta Sala resulta necesario admitir en este caso la procedencia de la acción de tutela, tal como esta Corte lo hiciera en casos precedentes análogos.

4. Valor normativo del precedente jurisprudencial¹⁰

El constituyente de 1991 confió en los jueces y tribunales una tarea de suma importancia en la realización de la cláusula del Estado Social de Derecho y de los principios y valores constitucionales. Ellos, jueces y tribunales, a través de sus decisiones en la resolución de casos concretos sometidos a su consideración, promueven la eficacia del derecho y una adecuada comunicación entre el derecho y la realidad. Desde sus primeros pronunciamientos, esta Corporación dio cuenta de este propósito:

“Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela.”¹¹

En la perspectiva de asegurar la vigencia del Estado Social de Derecho y de los derechos fundamentales, esta Corporación ha encontrado que “Todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva

no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica -pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Por eso, algunos sectores de la doctrina consideran que el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace. Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (*ratio decidendi*) de sus precedentes decisiones. Esto no significa obviamente que, en materia de jurisprudencia constitucional, el respeto al precedente y a la cosa juzgada constitucional deban ser sacralizados y deban prevalecer ante cualquier otra consideración jurídica, puesto que ello no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias.”¹²

En efecto, la exigencia de aplicar ante un caso concreto el sentido de las decisiones que previamente ha adoptado la misma corporación judicial en relación con casos análogos se ha convertido en una condición necesaria para la optimización del ordenamiento jurídico, en particular con miras a procurar, en cuanto sea posible, su unidad y coherencia, así como la de uno de sus materiales más importantes: la jurisprudencia, criterio auxiliar de la interpretación judicial por mandato del artículo 230 constitucional¹³.

Asimismo, tal exigencia representa un imperativo si se tiene en cuenta la necesidad de asegurar que las actuaciones del Estado, y en este caso particular, las actuaciones de la administración de justicia, respeten el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución Política. Como ha advertido esta Corporación, el principio de igualdad comprende dos garantías fundamentales: (i) la igualdad ante la ley y (ii) la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Estas dos garantías “operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y en la aplicación de la ley.”¹⁴

Por último, el deber de los jueces de decidir conforme a sus precedentes en casos análogos,

cuando no existan razones suficientes y adecuadas para apartarse de ellos, también se puede justificar como un criterio intersubjetivo y racional de control de la actividad de la administración de justicia. Así, el seguimiento del precedente judicial obliga a jueces y tribunales a decidir el problema que les sea planteado en un caso concreto de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos.¹⁷

De otro lado, en cuanto a la aplicación vertical del precedente judicial, vale decir, en relación con el respeto por parte de jueces y tribunales de menor jerarquía, de la doctrina sentada por las altas corporaciones de la administración de justicia en su tarea de unificación de la jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado lo siguiente:

“[L]a fuerza normativa de la doctrina dictada por los órganos judiciales encargados de la unificación de la jurisprudencia en sus respectivas jurisdicciones – el Consejo de Estado en lo Contencioso Administrativo y la Corte Suprema en la jurisdicción ordinaria – emana de: (i) la autoridad que les otorga la Constitución como órganos encargados de la unificación de la jurisprudencia; (ii) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de la igualdad de trato por parte de las autoridades; (iii) del principio de la buena fe entendido como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.”¹⁸

En el mismo sentido, esta Corporación recientemente reiteró el alcance de la sujeción de los jueces y tribunales al “imperio de la ley”, como lo establece el artículo 230 constitucional, advirtiendo que dentro de esa expresión deben entenderse incluidas las normas constitucionales y su interpretación por parte de la Corporación encargada de asegurar la integridad y supremacía de la Constitución Política.¹⁹

Tanto se ha considerado que el precedente judicial de las Altas Cortes debe ser seguido por los jueces y tribunales en sus decisiones relacionadas con asuntos análogos previamente decididos por ellas, que este Tribunal ha precisado las consecuencias que acarrea su desconocimiento. En efecto, la adopción de una decisión judicial con abierto desconocimiento del precedente de las Altas Cortes, salvo que se justifique la decisión de apartarse de la ratio de la sentencia anterior y se demuestre con suficiencia que la interpretación brindada aporta

un mejor desarrollo a los derechos y principios constitucionales, (i) afecta derechos fundamentales de los destinatarios de las normas, (ii) puede conllevar a una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, casos en los cuales se configura el delito de prevaricato por acción; y, (iii) constituye una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra la decisión adoptada con desconocimiento del precedente.²⁰

Por todo lo anterior, con miras a asegurar el respeto de los derechos fundamentales, del principio de igualdad y de seguridad, con el fin de preservar el seguimiento al precedente jurisprudencial como criterio de control de la actividad de los jueces y tribunales, así como de procurar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico en su conjunto, y en particular de la jurisprudencia, encuentra esta Sala necesario decidir el presente asunto a la luz de la doctrina dictada por esta misma Corporación en casos análogos decididos en el pasado.

5. Precedente judicial aplicable al caso concreto

La pregunta que surge entonces en este punto, más allá de las elaboraciones doctrinales acerca del valor del precedente en casos futuros análogos, hace relación con la determinación de la ratio decidendi de una sentencia que cuenta con valor precedencial y con la verificación de la analogía entre los supuestos fácticos de los casos confrontados, de tal manera que pueda concluirse que un nuevo caso, sometido a un tribunal o a un juez, es susceptible de ser resuelto con base en la doctrina dictada en una decisión previa. En otras palabras, se hace necesario precisar las condiciones concretas de aplicación del precedente y establecer en qué debe consistir la analogía entre dos casos.

La determinación de la existencia de unos supuestos facticos semejantes que deberían dar lugar a la aplicación a un caso nuevo de una decisión previamente adoptada por una corporación judicial, cobra especial relevancia en el caso bajo examen porque el tutelante, tanto en el escrito de tutela como en el de impugnación de la decisión adoptada en primera instancia, asegura que la sentencia T-1009 de 2010 no constituye un precedente judicial aplicable, de tal manera que, asegura el peticionario, no controla la decisión que debe adoptarse en este asunto. Por el contrario, señala el tutelante, es la posición jurisprudencial definida por este Tribunal en materia de concursos públicos de méritos para la provisión de los cargos de gerentes de Empresas Sociales del Estado y las conclusiones a las que ha

arribado este Tribunal en esa materia, las que deben orientar la decisión que debe proferirse en este asunto.

Esta Sala difiere de la interpretación de la jurisprudencia constitucional que hace el peticionario, por las razones que a continuación se exponen.

Acerca de la correcta utilización del precedente esta Corporación ha manifestado lo siguiente: “El precedente judicial implica que un caso pendiente de decisión ha de fallarse de acuerdo con el(los) caso(s) decidido(s) en el pasado únicamente cuando los hechos relevantes característicos del caso actual son semejantes a los supuestos de hecho presentes en el caso decidido con antelación; cuando la consecuencia jurídica que se aplicó para la resolución del caso anterior puede equipararse a la que se exige en el presente caso y si la regla fijada por la jurisprudencia se mantiene y no ha cambiado o no se ha evolucionado en una jurisprudencia distinta o más específica que traiga como consecuencia la modificación de algún supuesto de hecho para efectos de su aplicación”²¹.

Se hace necesario entonces verificar (i) la existencia de una semejanza entre los hechos relevantes característicos de los dos casos, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada en el caso anterior resulta adecuada para el presente caso, y (iii) si la regla fijada en el pronunciamiento anterior ha cambiado o evolucionado o si por el contrario se mantiene como la doctrina sostenida por esta Corporación judicial en la materia.

5.1. Distinción frente a las sentencias T-329, T-715 de 2009 y C-181 de 2010

En primer lugar, encuentra esta Sala necesario dar respuesta a la pretensión del tutelante de aplicar al asunto bajo examen algunos pronunciamientos de esta Corporación acerca de concursos públicos de méritos para la designación de gerentes de Empresas Sociales del Estado. En efecto, en las sentencias T-329 T-715 de 2009 y C-181 de 2010 este Tribunal concluyó, dando especial relevancia a lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007²², que la administración está constitucionalmente obligada a llevar el mérito hasta sus últimas consecuencias y a escoger a la persona que ocupe el primer lugar en el concurso público de méritos.

Al respecto, en la sentencia T-715 de 2009 esta Corte hizo notar el cambio que supuso la Ley 1122 de 2007 en relación con el nombramiento de los gerentes de Empresas Sociales del

Estado:

“El legislador expidió la Ley 1122 de 2007, en la que dispuso, a través del artículo 28, que los gerentes de las Empresas Sociales del Estado serían nombrados a través de concurso público de méritos. La Ley 1122 de 2007, modificó sustancialmente la forma de designación de los cargos de gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado. En principio, motivado en el hecho de superar la situación deficitaria en la prestación descentralizada del servicio de salud, generada, entre otras razones, por la falta de coincidencia en los períodos de los nominadores y de los propios gerentes o directores. Por ello, entre otras medidas, se adoptaron, las de igualar los períodos de ejercicio de los cargos de los gerentes de las E.S.E. con el de sus nominadores, definiendo, además, que los períodos de los primeros son institucionales y no personales.”²³

En consecuencia, para la Corte el cargo de gerente de una Empresa Social del Estado debe proveerse dando un valor preminente al mérito y a la objetividad que debe orientar la realización de los concursos públicos de méritos:

“Esta Sala de Revisión, para resolver el caso concreto, hará uso de la excepción de inconstitucionalidad, tal y como ha procedido este Tribunal en innumerables ocasiones, por lo que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 4 Superior, inaplicará la interpretación que del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 hizo la entidad accionada, a partir de la cual se comprendía que el nominador se encontraba facultado para escoger, de manera discrecional, a quien habría de ocupar el cargo de gerente de la Empresa Social del Estado Hospital. Allí, lo que debe entenderse es que el nominador debe escoger a quien ocupe el primer puesto, de conformidad con los lineamientos constitucionales que rigen los concursos públicos de méritos.”²⁴

Si bien es necesario tomar nota de la doctrina establecida por esta Corporación en las sentencias aludidas en cuanto a la necesidad de hacer prevalecer el mérito en la designación de gerentes de Empresas Sociales del Estado, para esta Sala también resulta indispensable precisar que en el caso bajo examen, así como en la sentencia T-1009, se ha encontrado esta Corte ante una situación parcialmente diferente. En efecto, en este caso debe destacarse una diferencia notable desde el punto de vista constitucional: se trata de un funcionario para el cual el mismo Constituyente dispuso la forma de su nombramiento, dando participación en

ella a los gobernadores, con el fin de asegurar la realización del principio de descentralización administrativa. Por su parte, en los casos que dieron lugar a las sentencias T-329, T-715 de 2009 y C-181 de 2010 el problema jurídico se refería a la aplicación de una disposición de orden legal, como el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007:

“4.3. Como se ve, entre el caso que ahora debe resolver y los decididos en las sentencias precitadas [T-329, T-715 de 2009 y C-181 de 2010], hay similitudes, pero también diferencias. Similitudes consistentes en que se trata de definir si empleos que la Constitución no especifica si son de carrera, deben ser proveídos por el sistema de méritos. Por lo tanto, si no hubiera ninguna diferencia relevante entre el problema a resolver en esta oportunidad, y los resueltos en las decisiones antes mencionadas, la Sala tendría que respetar lo dispuesto en estas últimas, y adoptar la resolución que de ellas se deriva. En este caso, sin embargo, hay diferencias relevantes que no pueden ser pasadas por alto.

4.4. En esta ocasión, la Sala no está ante un cargo cuya forma de ingreso haya sido indiferente para la Constitución. La Constitución establece de manera expresa un aspecto de la forma de provisión de los cargos de gerente o jefe seccional de los establecimientos públicos de orden nacional que operen en el departamento. Dice que es competencia del gobernador, “[e]scoger de las ternas” enviadas para esos efectos, a la persona que estime apta para ocupar el cargo (art. 305, numeral 13, C.P.). En cambio, en la Constitución, no hay ningún precepto que diga algo semejante respecto de la provisión de cargos de gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Podría pensarse que esa diferencia no es decisiva para tomar, en este caso, una decisión distinta de la que se adoptó en la jurisprudencia antes referida. Pero la verdad es que sí lo es, al menos por las siguientes razones (...)

Se trata, como es fácil de advertir, de una diferencia más que relevante, que permite distinguir el presente asunto de los decididos en las sentencias T-329, T-715 de 2009 y C-181 de 2010. Esta consideración llevó a esta Corporación en la sentencia T-1009 de 2010 a atribuir una consecuencia jurídica sustancialmente diferente, tratándose de concursos de méritos para la elaboración de ternas de elegibles a cargos de gerentes o jefes seccionales de establecimientos públicos del orden nacional, a la luz del artículo 305 numeral 13 de la Constitución Política.

En consecuencia, en términos de los supuestos que exigen la aplicación de un precedente

jurisprudencial a un caso nuevo, se encuentra entonces que en el asunto bajo examen los supuestos fácticos no son semejantes, vale decir, el entendimiento de los hechos a partir del texto constitucional no es el mismo: se trata ahora no del nombramiento de un gerente de una empresa social del Estado, cargo sobre el cual nada dice expresamente la Constitución Política, sino del director seccional de un establecimiento público del orden nacional, el cual mereció un pronunciamiento expreso del Constituyente, concediendo a los gobernadores la facultad de escogerlo.

Asimismo, la consecuencia jurídica aplicada en las decisiones T-329, T-715 de 2009 y C-181 de 2010 no resulta adecuada en el caso bajo examen, porque, como se explica a continuación a la luz de la jurisprudencia de esta Corte, de ser aplicada esa doctrina en este asunto, (i) le restaría entonces todo efecto útil a la norma que confiere a los gobernadores la atribución constitucional de escoger los gerentes o jefes seccionales de establecimientos públicos del orden nacional que operen en sus territorios, prevista en el numeral 13 del artículo 305 de la Carta Superior, y (ii) supondría un desconocimiento del principio de descentralización administrativa que inspira la norma constitucional relativa a la elección de este tipo de cargos.

5.2. Aplicación de la doctrina dictada en la sentencia T-1009 de 2010

En segundo lugar, para esta Sala no sólo los hechos relevantes que dieron lugar a la sentencia T-1009 de 2010 y los invocados por el tutelante como fundamento del recurso de amparo en este caso son semejantes, sino también el problema jurídico de fondo es casi idéntico, la consecuencia jurídica aplicada en tal decisión se impone como la más razonable en el presente asunto y la doctrina dictada por la Corte en el pronunciamiento mencionado no ha sido modificada, sino que, antes bien, fue confirmada por la Sala Plena en el auto 268 de 2011, por el cual resolvió el recurso de nulidad presentado contra la sentencia T-1009 de 2010. A lo anterior, el tutelante podría responder que existen algunas diferencias entre los supuestos fácticos de la T-1009 de 2010 y los examinados en este caso, pero considera esta Sala que tales diferencias no son relevantes, vale decir, no tienen la entidad como para que se haga necesario distinguir los dos casos y llegar a una conclusión doctrinal diversa a la consignada en la decisión T-1009 de 2010.

En cuanto a los hechos, en la sentencia T-1009 de 2010 esta Corporación resumió los

supuestos fácticos de ese caso de la siguiente manera:

“En el caso concreto, el señor Víctor Hugo Armenta Herrera considera que el Gobernador del César y el Gerente General del Instituto Colombiano Agropecuario -ICA- le vulneraron sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al derecho a acceder a cargos públicos, al no nombrarlo en el cargo de Gerente Seccional del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA César), aun cuando obtuvo el puntaje más alto dentro del concurso de mérito organizado para proveer dicha plaza”.

Se trataba entonces de (i) un candidato al cargo de Gerente seccional de un establecimiento público del orden nacional; (ii) que consideraba vulnerados sus derechos a la dignidad humana, a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al derecho a acceder a cargos públicos; (iii) por cuenta de la decisión de un gobernador de no “escogerlo” en el cargo y del Gerente general del establecimiento público de no nombrarlo y posesionarlo; (iv) decisión que adoptó el Gobernador con base en el numeral 13 del artículo 305 constitucional; (v) no obstante que el tutelante obtuvo el puntaje más alto dentro del concurso público de méritos; (vi) demandando entonces tanto al Gobernador como al Gerente General del establecimiento público del orden nacional.

En el caso bajo examen, parafraseando la sentencia T-1009 de 2010, los hechos pueden resumirse así: el señor José Alain Hoyos Hernández considera que la Gobernadora del Huila y el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA - le vulneraron sus derechos a la dignidad humana, a la igualdad, al trabajo, al derecho de acceder a cargos públicos, y al debido proceso, al no escogerlo, nombrarlo y posesionarlo en el cargo de Director Seccional del SENA Huila, aun cuando obtuvo el puntaje más alto en el concurso público de méritos para conformar la terna de elegibles.

Se trata en este caso, de nuevo, de (i) un candidato al cargo de Director seccional de un establecimiento público del orden nacional; (ii) que consideraba vulnerados sus derechos a la dignidad humana, a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al derecho a acceder a cargos públicos; (iii) por cuenta de la decisión de un gobernador de no “escogerlo” en el cargo y del Director general del establecimiento público de no nombrarlo y posesionarlo; (iv) decisión que adoptó el Gobernador con base en el numeral 13 del artículo 305 constitucional; (v) no obstante que el tutelante obtuvo el puntaje más alto dentro del concurso público de méritos;

(vi) demandando entonces tanto al Gobernador como al Director General del establecimiento público del orden nacional.

Sobra decir que los hechos, así confrontados, sino idénticos sí están cerca de serlo y la semejanza entre los supuestos fácticos relevantes y característicos de los dos casos es evidente. Conviene recordar, en este punto, que lo exigido en la jurisprudencia de esta Corporación para la aplicación de un precedente con valor normativo no es la identidad de supuestos fácticos, sino la semejanza entre ellos, de manera que sea posible la aplicación analógica de la doctrina sentada en la decisión anterior ante el nuevo asunto.

La única diferencia que se advierte en los hechos, frente a la situación que dio lugar a la decisión T-1009 de 2010, es que en el caso materia de análisis se trata de un Director o Jefe seccional de un establecimiento del orden nacional, mientras que en aquella decisión se trataba de un Gerente seccional de un establecimiento público del orden nacional. Se hace entonces necesario establecer si esa diferencia es relevante desde el punto de vista constitucional y debe dar lugar a una distinción en la interpretación de las normas constitucionales y legales aplicables al caso bajo examen.

Encuentra esta Sala que esa distinción resulta innecesaria y que la diferencia anotada no reviste tal entidad como para merecer una decisión diferente a la del precedente. En efecto, dentro del propio texto constitucional se indica que la máxima autoridad en lo departamental podrá “escoger” los “gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional”. Es decir, el propio Constituyente de 1991 consideró necesario conceder a los gobernadores la facultad mencionada, indistintamente de si se trata de un gerente o de un jefe seccional. En otras palabras, el mismo Constituyente quiso, en el numeral 13 del artículo 305, darle un tratamiento semejante a gerentes y jefes seccionales de establecimientos públicos del orden nacional, otorgando a los gobernadores la facultad de escoger a quienes ocuparán tales cargos de conformidad con lo previsto en la ley, sin establecer distinción alguna entre ellos.

Por último, la doctrina definida por este Tribunal en la sentencia T-1009 de 2010 no ha sido modificada sino que, antes bien, fue sostenida por su Sala Plena en el Auto 268 de 2011. En éste, frente al cargo de haber sido desconocida la jurisprudencia constitucional contenida en las sentencias, SU-086 de 1999, SU-1140 de 2000, T-604 de 2003, C-532 de 2006 y T-329 de

2009 mediante la sentencia T-1009 de 2010, esta Corporación manifestó:

“[L]uego de examinar los argumentos del actor, la Sala concluye que pierden de vista algo importante desde las primeras premisas. En efecto, no es cierto que la Corte Constitucional haya dicho que en todos los casos posibles en los cuales se abra un concurso de méritos, deba ser designado quien obtiene el mayor puntaje en la calificación que se adelanta conforme al mérito. Esa afirmación es la que sustenta todo su razonamiento, y no es acertada. La Sala procede a explicar por qué.

12. Para empezar, es bueno poner de presente que ninguna de las sentencias citadas por el señor Víctor Hugo Armenta resuelve un problema como el que se presentó en la sentencia T-1009 de 2010. Efectivamente, no hay una sola providencia, entre las mencionadas por el peticionario, en la cual la Corte haya tenido que resolver si, cuando se ha adelantado previamente un concurso de méritos para la conformación de una lista de candidatos a la terna para la designación de gerente o jefe seccional de un establecimiento público de orden nacional que opere en los departamentos, el respectivo Gobernador está obligado a elegir al aspirante ternado que haya obtenido el mayor puntaje en el concurso. Primero que todo, ese no fue el caso resuelto en las sentencias T-329 de 2009 y C-181 de 2010. En estas, lo que tenía que resolver la Corte era si el ingreso al cargo de gerente de una Empresa Social del Estado debía depender exclusivamente del mérito de los aspirantes, teniendo en cuenta que por disposición del legislador (o la administración) todo aspirante a ocuparlo debía superar un concurso de méritos. En ese contexto, en la última de ellas por ejemplo, la Corte interpretó que la Constitución obliga a la administración pública a llevar el mérito hasta sus últimas consecuencias.”²⁶

La Sala Plena de esta Corporación concluyó:

“En consecuencia, encuentra la Corte que no se incurrió en la vulneración del debido proceso por desconocimiento de la jurisprudencia, alegada por el actor ya que incluso cuando se trata de escoger la terna que se remitirá a los gobernadores para escoger gerentes seccionales de entidades descentralizadas del orden nacional como en este caso, el concurso se realiza no para escoger el gerente seccional sino para “conformar una lista de elegibles”, de la cual se selecciona a quien será designado. Obviamente su conformación se hace con base en el mérito, con quienes obtengan el más alto puntaje, pero ello no obsta para que la atribución

constitucional de los gobernadores de escoger a una persona de la terna, pueda ejercerse. Por lo tanto, no prospera la solicitud de nulidad de la sentencia T-1009 de 2010 con fundamento en ese cargo.”²⁷

Por todo lo anterior, la conclusión a la que llega esta Sala es que el precedente jurisprudencial y la doctrina aplicables al asunto materia de examen se encuentran en las sentencias C-225 de 1995 y T-1009 de 2010, así como en el Auto 268 de 2011, pronunciamientos que, en aras de preservar en todo lo posible la unidad y coherencia del ordenamiento, y de asegurar la vigencia del principio de igualdad y de seguridad jurídica, deberán orientar la decisión del presente asunto.

6. La atribución constitucional de “escoger” una persona de la terna que le envíe el correspondiente director del establecimiento público²⁸. Reiteración de jurisprudencia

Al resolver una acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 20 y 21 de la ley 119 de 1994, en los cuales se establecía que los Directores Regionales del Sena eran cargos de libre nombramiento y remoción por parte del Director General del Sena, este Tribunal interpretó en la sentencia C-295 de 1995 el alcance de la atribución constitucional de los gobernadores de “escoger” a los gerentes o jefes seccionales de establecimientos públicos del orden nacional que operen en el ámbito departamental:

“Para la Corte, la interpretación del art. 305-13 de la Constitución demanda la consideración de los siguientes supuestos materiales y jurídicos:

-El director, gerente, presidente o jefe del respectivo establecimiento público nacional debe elaborar unas ternas (dos o más) de aspirantes a ocupar el cargo de gerente o jefe seccional de la entidad en el departamento.

-Las ternas deben ser remitidas al gobernador del departamento, para su consideración.

- De las ternas en cuestión el gobernador debe “escoger” a la persona que a su juicio debe ser nombrada en el referido cargo.

- La persona escogida por el gobernador deberá ser designada por el nominador, esto es, por el director, gerente, presidente o jefe del respectivo establecimiento para llenar la vacante del aludido cargo existente a nivel seccional.”²⁹

En cuanto al vocablo “escoger”, utilizado en la norma constitucional para hacer referencia a la atribución de los gobernadores, la Corte manifestó en la misma oportunidad lo siguiente:

“La inflexión verbal “escoger” que utiliza la norma, se empleó por el Constituyente en su acepción obvia, cual es la de seleccionar entre varios -los integrantes de las ternas- a quien deba ser propuesto y nombrado para el cargo.”

También en la sentencia C-295 de 1995 esta Corporación recordó cuál fue el propósito que inspiró la aprobación del numeral 13 del artículo 305 de la Constitución Política, citando para el efecto las discusiones dentro de la Asamblea Nacional Constituyente:

“[Delegatario Juan Carlos Esguerra Portocarrero]...Yo también estoy de acuerdo con lo que se estableció en el numeral 16, entre otras curiosidades puesto que fue aprobado por la respectiva Comisión y luego por la plenaria. Entiendo el sentido descentralista que tiene la disposición, lo acepto y lo comparto. Solamente haría una sugerencia, porque me da la impresión, señor Presidente, de que ahí se usa un verbo que resulta impropio jurídicamente hablando, porque rompe el esquema de unidad de la respectiva entidad descentralizada. Yo sugeriría que se cambiara: no “nombrar” de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, sino “escoger”, porque en realidad el nombramiento no puede hacerlo el gobernador, que no forma parte de esa entidad descentralizada, sino que el nombramiento debe ser interno de la entidad. Que la escogencia la haga el gobernador, me parece muy bien y me parece que conserva el espíritu de lo que aquí se ha aprobado. Pero realmente sería contrario a las reglas obvias de derecho administrativo que el nombramiento se hiciera desde afuera y no desde adentro. De manera que, salvo que esta objeción fuera grave, pero no creo, se debe poner “escoger” en vez de nombrar. Y repito que el nombramiento en todo caso se haga dentro de la respectiva entidad...” (subraya la Corte)³⁰

Con base en lo anterior, concluyó la Corte en esa oportunidad que la atribución de escoger a los jefes o gerentes seccionales de establecimientos públicos que operen en su departamento es una expresión y consecuencia del reconocimiento de la autonomía de los departamentos y del interés del Constituyente de 1991 por fortalecer el proceso de descentralización administrativa, en un marco de colaboración entre poderes nacionales y territoriales:

“No es exagerado reconocer que la Constitución afianzó y consolidó la descentralización y autonomía de las entidades territoriales, pues éstas no sólo tienen el derecho de gobernarse por sus propias autoridades y designarlas, sino la de escoger a los agentes regionales de los establecimientos públicos nacionales en el departamento (art. 305-13), lo cual revela la forma de participar en la designación de quien va a cumplir programas o tareas complementarias a las que se adelanten por el Departamento. Con ello se armonizan las acciones regionales con las que en el orden nacional llevan a cabo los referidos establecimientos. Llama la atención la circunstancia de que el art. 305-13 de la Constitución no guarda armonía con la disposición antes citada, en el sentido de que crea una categoría especial de funcionarios, pues no son de carrera ni de libre nombramiento por el nominador, porque su designación obedece a una operación compleja, como se explica mas adelante, en la cual su escogencia la hace el gobernador, pero el nombramiento lo realiza el director, gerente o presidente del establecimiento público respectivo. Pese a la perplejidad que produce en el interprete la referida disposición, dada la circunstancia anotada, hay que entender que en su sabiduría el Constituyente quiso, al emplear la formula que ella contiene, establecer una norma de excepción en la cual convergiera el principio unitario con el de la descentralización administrativa.”³¹

Siguiendo esta línea de interpretación, inaugurada con la sentencia C-295 de 1995, este Tribunal en la sentencia T-1009 afirmó ante un caso análogo al presente que la regla interpretativa del efecto útil exige reconocer una órbita de autonomía y discrecionalidad a los gobernadores en la labor de “escoger” a gerentes y jefes seccionales de establecimientos públicos del orden nacional:

“[E]sa jurisprudencia debe seguir teniendo vigencia. Por una parte, porque así lo exige la regla interpretativa del efecto útil, de acuerdo con la cual los vocablos usados por el Constituyente deben entenderse en el sentido de que produzcan efectos, y no en el sentido de que no lo produzcan o produzcan efectos absurdos. Así, en este caso, no podría decirse que la forma de ingreso a un cargo como el de gerente del ICA, debe depender exclusivamente del mérito de los aspirantes, pues de ser esa la interpretación se privaría por completo de eficacia la facultad que la Constitución les confiere a los gobernadores de “escoger”, a partir de la terna enviada, a quienes estén postulados para ocupar el referido cargo.”³²

Asimismo, en la sentencia T-1009 de 2010 se efectuó un ejercicio de ponderación entre los principios constitucionales involucrados, adoptando la interpretación que sin duda concilia los principios en conflicto:

“Y esa jurisprudencia debe ser mantenida, por otra parte, porque interpretar que el gobernador tiene la facultad de “escoger” libremente entre los ternados, no priva de efecto útil, en todo caso, al principio ciertamente concurrente, de acceso al poder público en virtud del mérito. Lo que hace es conciliar ese principio con otros, que están latentes en la atribución que la Carta le otorga al gobernador de escoger entre los ternados a quien debe ser designado. Se trata de conciliar la primacía del mérito con los principios, expresamente reconocidos como subyacentes a esa facultad en la sentencia C-295 de 1995, de descentralización y autonomía de los departamentos, los cuales están llamados a garantizar la “participación de la región en el desarrollo de las actividades de los organismos nacionales y de coordinación de los servicios que prestan los establecimientos de los departamentos”.³³

A partir de estas consideraciones, esta Corporación concluyó, en la sentencia T-1009 de 2010, que en el caso del nombramiento de los gerentes o jefes seccionales de establecimientos públicos del orden nacional con operación en los departamentos, el concurso público de méritos se adelanta por la entidad nominadora para conformar la terna de elegibles, pero que con el concurso no se pretende establecer un orden de elegibilidad en atención a los puntajes obtenidos por los candidatos en las diferentes pruebas de evaluación:

“En el marco de un concurso de méritos, no para elegir a quienes habrán de ocupar los cargos de gerentes o jefes seccionales respectivos, sino para ‘conformar una lista de elegibles’, de la cual se escoge a quien será designado, debe prevalecer el mérito para su conformación con quienes obtengan el más alto puntaje, ello no obsta para que la atribución de los gobernadores de escoger a una persona de la terna enviada por el jefe nacional respectivo, se ejerza, debido a que, tal como lo manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C-295 de 1995, dicha atribución fue conferida por la Constitución Nacional para desarrollar los principios de descentralización y autonomía de los departamentos, y para garantizar la “participación de la región en el desarrollo de las actividades de los organismos nacionales y de coordinación de los servicios que prestan los establecimientos de los

departamentos”.³⁴

En consecuencia, en la sentencia T-1009 de 2010 esta Corporación concluyó que los gobernadores no se encuentran obligados a escoger, como gerentes o jefes seccionales de establecimientos públicos del orden nacional que operen en sus departamentos, a quienes obtengan el puntaje final más alto dentro de la sumatoria de las pruebas realizadas en el marco de un concurso público de méritos adelantado por el establecimiento nominador para la conformación de una terna de elegibles. Por el contrario, concluyó esta Corte que los gobernadores tienen autonomía y discrecionalidad limitada (por la obligación de escoger a uno de los candidatos que hacen parte de la terna) para ejercer la atribución que les otorgó el Constituyente a través del numeral 13 del artículo 305 de la Carta Superior.

Por último, como ya se precisó, en el Auto 268 de 2011 la Sala Plena de esta Tribunal sostuvo la doctrina definida en la sentencia T-1009 de 2010 al resolver acerca de una demanda de nulidad contra dicho pronunciamiento:

“[E]l concurso se realiza no para escoger el gerente seccional sino para “conformar una lista de elegibles”, de la cual se selecciona a quien será designado. Obviamente su conformación se hace con base en el mérito, con quienes obtengan el más alto puntaje, pero ello no obsta para que la atribución constitucional de los gobernadores de escoger a una persona de la terna, pueda ejercerse.”³⁵

A la luz de los pronunciamientos de esta Corporación es posible entonces concluir que el concurso público de méritos adelantado por las entidades nominadoras para proveer los cargos de gerente o jefe seccional de establecimientos públicos del orden nacional con operación en los departamentos, no obliga al gobernador a escoger a la persona con el puntaje más alto dentro del mencionado proceso. Vale decir, el concurso se adelanta con el fin de conformar, objetivamente y de acuerdo a los méritos de los candidatos, una terna de elegibles pero no tiene por objetivo señalar a la persona que de forma obligatoria debe ser escogida por el gobernador. Una interpretación semejante llevaría al absurdo de vaciar por completo la atribución constitucional confiada a los gobernadores de “escoger” a quien debe ocupar los cargos mencionados, pues en ese caso bastaría con adelantar el concurso público de méritos y comunicar al gobernador el nombre del candidato con el mayor puntaje. Por el contrario, la solución interpretativa consignada en la doctrina constitucional vigente y

definida en las sentencias C-295 de 1995, T-1009 de 2010 y Auto 268 de 2011 de esta Corporación, concilia adecuadamente dos aspectos: el propósito de incorporar los méritos de los candidatos en el proceso de provisión de tales cargos, sin sacrificar la atribución constitucional de los gobernadores de escoger quien cumplirá en el ámbito departamental las tareas encargadas al establecimiento público, dentro de un espíritu de descentralización administrativa y de colaboración entre autoridades nacionales y territoriales.³⁶

7. Análisis del caso concreto

En el caso bajo examen, el tutelante José Alain Hoyos Hernández considera que la Gobernadora del Huila y el Director General del SENA vulneraron sus derechos a la dignidad humana, a la igualdad, al trabajo, al derecho de acceder a cargos públicos, y al debido proceso, al no escogerlo, nombrarlo y posesionarlo para ocupar el cargo de Director Seccional del SENA Huila, no obstante haber obtenido el puntaje más alto dentro del concurso público de méritos adelantado para conformar la terna de elegibles, escogiendo, nombrando y posesionando, por el contrario, a quien obtuvo el segundo puntaje más alto dentro del mismo procedimiento.

Por su parte, las entidades demandadas coinciden en afirmar que la gobernadora simplemente ejerció la atribución constitucional prevista en el numeral 13 del artículo 305 constitucional, en el parágrafo del artículo 78 de la Ley 489 de 1998 y en el Decreto 1972 de 2002, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del SENA, establecimiento público del orden nacional, conforme a lo dispuesto en la Ley 119 de 1994.

De conformidad con las consideraciones hechas en la parte motiva de esta sentencia y a la luz de los precedentes jurisprudenciales de esta Corporación aplicables al caso bajo examen, encuentra esta Sala que la Gobernadora del Huila y el Director General del SENA no vulneraron los derechos fundamentales del peticionario al no escogerlo, nombrarlo y posesionarlo en el cargo de Director Seccional del SENA Huila, pese a haber obtenido el puntaje más alto en el concurso de méritos dispuesto para la conformación de la terna de elegibles.

Para esta Sala resulta claro que el propósito y sentido del concurso público de méritos en el que participó el tutelante fue, de comienzo a fin, el de elaborar de manera objetiva y con base en los méritos de los candidatos, la terna de elegibles. Así se indicó expresamente en la

Resolución 02207 de 2011, por la cual la Dirección Nacional del SENA ordenó la apertura del concurso de méritos para integrar las ternas de elegibles: “Declarar abierto el proceso de selección meritocrático público y abierto, para integrar las ternas de elegibles que se enviarán al Gobernador de cada Departamento, para que en ejercicio de la facultad que les confiere el artículo 305 - 13 de la Constitución Política, seleccionen las personas que esta entidad nombrará para ocupar los siguientes cargos de Director Regional.”³⁷ Vale decir, en momento alguno las entidades accionadas manifestaron que el propósito del concurso de méritos era definir el Director regional sin la participación de la Gobernadora o que con base en el concurso de méritos se determinaría un orden de elegibilidad entre los candidatos, de manera tal que pudiera llegar a afirmarse que las entidades accionadas defraudaron la legítima confianza del peticionario frente a la conclusión del concurso de méritos.

En consecuencia, desde un comienzo era razonable comprender que el objetivo del concurso de méritos no era en manera alguna definir a la persona que habría de ocupar el cargo de Director Regional, sino conformar la terna de candidatos elegibles que cumplen con las condiciones exigidas en el Manual de funciones y Requisitos de la Entidad. Además, tampoco podía dicha resolución manifestar que el fin del concurso meritocrático era designar a quien ocuparía la vacante sin más, vale decir, sin contar con la decisión de la Gobernadora, pues de haberlo hecho, habría desconocido no sólo la Ley 489 de 1998 y el Decreto 1972 de 2002, sino lo dispuesto en la norma constitucional que confía a los gobernadores la atribución final de “escoger” a los directores seccionales de establecimientos públicos del orden nacional que funcionan en sus departamentos.

Por lo expuesto, se procederá a confirmar la sentencia proferida por la Sala Segunda de Decisión Escritural del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila el seis (06) de julio de dos mil doce (2012), la cual confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Neiva el dieciocho (18) de mayo de dos mil doce 2012, dentro de la acción de tutela presentada por José Alain Hoyos Hernández contra la Gobernación del Huila y la Dirección General del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA -.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida, en segunda instancia, por la Sala Segunda de Decisión Escritural del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila el seis (06) de julio de dos mil doce (2012), la cual confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Neiva el dieciocho (18) de mayo de dos mil doce (2012), dentro de la acción de tutela presentada por José Alain Hoyos Hernández contra la Gobernación del Huila y la Dirección General del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA -, en el sentido de NEGAR el amparo solicitado por el tutelante por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo.- Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Cuaderno 1, folio 25.

2 Cuaderno 2, folio 263.

3 Cuaderno 2, folio 262.

4 Cuaderno 2, folio 321.

5 Cuaderno 3, folio 27.

6 Cuaderno 3, Folio 28.

7 Acerca del sentido de la labor de reiteración de las subreglas jurisprudenciales esta Corporación ha señalado: “La técnica de aplicación de la Constitución dada la gran cantidad de reglas jurisprudenciales fijadas por esta Corporación es la reiteración que de una parte, maximiza la función primaria de revisión de los fallos que realiza la Corte Constitucional y por la otra, asegura la efectividad de derechos a la igualdad de trato jurídico, la confianza legítima y la seguridad jurídica que estructuran la fuerza vinculante de la ratio decidendi de las sentencias de control de constitucionalidad concreto.” Sentencia T-505 de 2008.

8 Es amplia la jurisprudencia de esta Corporación acerca de la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en particular conviene recordar las sentencias T-225 de 1993, T-1670 de 2000, SU-544 de 2001, SU-1070 de 2003, T-827 de 2003, T-698 de 2004, C-1225 de 2004 y T-783 de 2008.

9 Sentencia T-1009 de 2010.

10 En general, en relación con el valor normativo del precedente jurisprudencial la Corte se ha pronunciado, entre otras, a través de las siguientes sentencias: C-447 de 1997, SU-047 de 1999, C-252 de 2001, T-812 de 2006, T-1023 de 2006 y C-539 de 2011.

11 Sentencia T-406 de 1992. En cuanto a la pérdida del valor sacramental de la ley bajo la Constitución Política de 1991 esta Corporación en la misma sentencia indicó: “Es justamente aquí, en esta relación entre justicia y seguridad jurídica, en donde se encuentra el salto cualitativo ya mencionado: El sistema jurídico creado por el Estado liberal tenía su centro de gravedad en el concepto de ley, de código. La norma legal, en consecuencia, tenía una enorme importancia formal y material, como principal referente de la validez y como depositaria de la justicia y de la legitimidad del sistema. En el Estado intervencionista se

desvanece buena parte de la importancia formal (validez) y de la importancia material (justicia) de la ley” (Negrilla original).

12 Sentencia C-447 de 1997. En relación con el deber de los jueces de seguir el precedente judicial y utilizarlo en la resolución de casos futuros análogos, a menos que justifiquen su decisión, esta Corte se ha pronunciado en las sentencias

13 Acerca de la evolución de la jurisprudencia de esta Corte en materia de respeto al precedente judicial hasta 2001 y de la importancia del seguimiento del mismo en la perspectiva de procurar la unidad argumentativa y doctrinal por parte de los jueces, ver la sentencia C-252 de 2001.

14 Sentencia T-1023 de 2006.

15 Sentencia SU-047 de 1999.

16 Sentencia T-1023 de 2006.

17 Sentencia SU-047 de 1999.

18 Sentencia T-1023 de 2006.

19 “Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico”. Sentencia C-539 de 2011.

20 Sentencia C-539 de 2011 y T-656 de 2011. En esta última decisión, esta Corporación señaló: “Las autoridades judiciales pueden apartarse del precedente en algunas circunstancias en virtud de la autonomía que les reconoce la Constitución Política, empero tal alternativa siempre estará sometida a requisitos estrictos, como: i) presentar de forma explícita las razones con base en las cuales se apartan del precedente, y ii) demostrar con suficiencia que la interpretación brindada aporta un mejor desarrollo a los derechos y

principios constitucionales. Lo anterior se sustenta en que en el sistema jurídico colombiano el carácter vinculante del precedente está matizado, a diferencia de como se presenta en otros sistemas en donde el precedente es obligatorio con base en el stare decisis. Sin embargo, lo anterior no habilita a las autoridades judiciales para el ejercicio indiscriminado de su autonomía y, por ende, al desconocimiento injustificado del precedente. En esa medida, no podrán admitirse las posturas que nieguen la fuerza vinculante prima facie del precedente o sustenten un cambio jurisprudencial en el entendimiento particular que el juez o tribunal tenga de las normas aplicables al caso. En efecto, esta Corporación ha reconocido que las decisiones arbitrarias que desconocen de manera injustificada el contenido y alcance de una regla jurídica establecida por una alta corte, puede configurar el delito de prevaricato, ya que en esos casos el operador no solo se aparta del precedente judicial sino también del ordenamiento jurídico, pues, en los términos del artículo 230 de la Constitución, esos pronunciamientos hacen parte del concepto de ley en sentido material.”

21 Sentencia T-812 de 2006. En el mismo sentido pueden verse las sentencias T-158 de 2006 y T-355 de 2007.

23 Sentencia T-715 de 2009.

24 Sentencia T-715 de 2009. En la sentencia C-181 de 2010 esta Corte indicó: “si el legislador o la administración deciden someter a concurso la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción, la Constitución les impone el deber de sujetarse a las reglas propias del concurso fijadas por la ley y la jurisprudencia de esta Corporación. En particular, es obligación del legislador o de la administración garantizar el derecho fundamental de quien demuestra mayores méritos a acceder al cargo por el cual concursa.”

25 Sentencia T-1009 de 2010.

26 Auto 268 de 2011.

27 Auto 268 de 2011.

28 De conformidad con el numeral 13 del artículo 305 de la Constitución Política de Colombia, es atribución de los gobernadores: “13. Escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del

orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley”.

29 Sentencia C-295 de 1995.

30 Sentencia C-295 de 1995.

31 Sentencia C-295 de 1995.

32 Sentencia T-1009 de 2010.

33 Sentencia T-1009 de 2010.

34 Sentencia C-295 de 1995.

35 Auto 268 de 2011.

36 En la sentencia C-727 de 2000 este Tribunal señaló acerca de la descentralización administrativa y al propósito de coordinación que la inspira: “La descentralización es una forma de organización administrativa propia de los Estados de forma unitaria, que atenúa la centralización permitiendo la transferencia de competencias a organismos distintos del poder central, que adquieren autonomía en la gestión de las respectivas funciones. No obstante, esta transferencia no implica la ruptura total del vínculo entre el poder central y la entidad descentralizada, sino que, en aras de garantizar el principio de coordinación que gobierna la función administrativa, dicho vínculo permanece vigente a través del llamado control de tutela, existente en nuestra organización administrativa respecto de los entes funcionalmente descentralizados, con definidos perfiles jurídicos, desde la reforma constitucional y administrativa operada en 1968.”

37 Cuaderno 1, folio 25.