

Sentencia T-775/13

ACCION DE TUTELA EN CONCURSO DE MERITOS-Procedencia excepcional cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable

En múltiples oportunidades esta Corporación ha señalado que la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados en desarrollo de un concurso para proveer un cargo de una entidad del Estado. Ha explicado que de la pronta resolución de la controversia suscitada por la inconformidad de uno o varios aspirantes en la ejecución de una convocatoria, depende la decisión final sobre a quién asiste el derecho a ocupar el cargo. A su vez, llegar a una decisión final sobre la provisión de una vacante no sólo garantiza el goce efectivo de los derechos del interesado, sino también de los demás aspirantes convocados. Así las cosas, cuando existe duda sobre la correcta ejecución de cualquiera de las fases de una convocatoria o incluso, sobre la interpretación de las reglas que la rigen, es procedente que el juez de tutela intervenga para dar una solución pronta que proteja el derecho que asiste a todos los aspirantes a conocer la decisión final sobre su participación, de forma tal que además de sus garantías fundamentales, se respete el principio de igualdad al que por disposición constitucional debe estar sujeta la convocatoria.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN CONCURSO DE MERITOS-Convocatoria como ley del concurso

DERECHO AL DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD Y AL TRABAJO-No vulneración en concurso para cargo en entidad del Estado, por cuanto en la convocatoria no se definió que se nombraría al primero de mejor puntaje sino se conformarían ternas

ACCION DE TUTELA EN CONCURSO DE MERITOS-Improcedencia por cuanto en la convocatoria no se definió que se nombraría al primero de mejor puntaje sino se conformarían ternas de las cuales Colpensiones podría discrecionalmente elegir

Dado que no existe disposición constitucional o legal que prohíba al

presidente de la entidad adelantar una convocatoria pública especial, para seleccionar a las personas que ocuparán en una empresa industrial y comercial del Estado los cargos de trabajadores oficiales, pero se optó para proveerlos por una convocatoria pública, se respetaron las etapas previas del proceso, y los criterios de calificación y designación como ocurrió en este caso, la Sala considera que Colpensiones no vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo del accionante al no haberlo nombrado, pese a que hizo parte de la terna final de aspirantes para ocupar el cargo y obtuvo el mejor puntaje, porque en la convocatoria publicada y conocida por él se advirtió que hasta el momento del envío de la terna, se respetarían los puntajes. No obstante, cuando ésta se envía a Colpensiones, de esos tres nombres, podía designarse a la persona que más se ajustara a las necesidades de la entidad.

Referencia: expediente T-3967038

Acción de tutela presentada por Jairo Enrique Robayo Moreno, contra la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., siete (7) de noviembre de dos mil trece (2013)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Laboral de Descongestión del Circuito de Ibagué, el 3 de abril de 2013, y en segunda instancia por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 15 de mayo de 2013, en el proceso de tutela de Jairo Enrique Robayo Moreno contra la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Siete, mediante auto proferido el 18 de julio de 2013.

I. ANTECEDENTES

El señor Jairo Enrique Robayo presentó acción de tutela contra Colpensiones, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo. Sostuvo que participó en un proceso de selección realizado por la empresa Adecco Servicios Colombia S.A. para ocupar el cargo Jefe de Oficina Seccional A, Vicepresidencia Servicio al Ciudadano, Sur Tolima, Ibagué de Colpensiones, el cual sería provisto a través de un terna conformada por las personas que obtuvieran el puntaje más alto al final de todas las etapas de la selección. Señaló que él obtuvo el mejor puntaje, no obstante, no fue nombrado en el cargo. Enseguida pasa la Sala a mostrar los hechos que fundamentan la presentación de la acción:

1. Hechos

1.1. En enero de 2012 la firma Adecco Servicios Colombia S.A. hizo pública la Gran Convocatoria Nacional de Empleo, que se realizaría entre los días 18 y 25 del mismo mes, para proveer 1036 vacantes en Colpensiones, en virtud del Contrato No. 043 de 2011 "para contratar los servicios de una empresa especializada que realice el proceso de selección de los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, profesional, técnico y asistencias de Colpensiones, de conformidad con las normas que rigen la materia, entre las Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y Adecco Servicios Colombia S.A." El actor afirmó que tuvo conocimiento de esta Convocatoria a través de un aviso en el periódico El Tiempo, en el que se explicaban de forma general los términos del proceso y remitía a los interesados a consultar la información concreta en una página de internet.[1]

1.2. El señor Jairo Enrique Robayo se inscribió en el proceso de selección como aspirante al cargo Vm0256 Jefe de Oficina Seccional A, Vicepresidencia Servicio al Ciudadano - Sur Tolima - Ibagué.

1.3. Relata el accionante que la convocatoria estaba dividida en varias etapas: la inicial de registro y verificación de documentos; una de pruebas de conocimiento (20%) y de competencia (35%); la de análisis de antecedentes (10%) y una entrevista (35%), todos los porcentajes

sumados arrojaban el puntaje total.

1.4. Afirmó que el 26 de enero le fue notificado vía correo electrónico que su inscripción había sido aceptada. Que el 11 de febrero de 2012 presentó las pruebas de conocimiento y de competencia. El 28 de febrero realizó una primera entrevista en la que estuvieron presentes funcionarios de la empresa Adecco. En marzo se presentó a una segunda entrevista, en la cual estaba presente el Presidente de Colpensiones,[2] el Vicepresidente de Servicio al Ciudadano de Colpensiones y dos funcionarios de Adecco Servicios Colombia S.A.

1.5. Sostuvo que en vista de que en los meses siguientes a la realización de la última entrevista no fue informado sobre los resultados, el 22 de agosto de 2012 presentó un derecho de petición a Colpensiones y a Adecco para obtener datos sobre el estado del proceso de selección. El accionante pidió que se le remitiera copia de los resultados de las pruebas, donde se discriminara el puntaje obtenido por todos los aspirantes al cargo; que le comunicara si se había nombrado a alguien en el empleo y en caso afirmativo que le explicaran cuáles habían sido los criterios de selección y si se había respetado la designación de la persona con mayor puntaje. El 7 de septiembre de 2012 Adecco le respondió y 3 días más tarde lo hizo Colpensiones. Pero consideró el peticionario que sus requerimientos no fueron atendidos de fondo, razón por la cual presentó acción de tutela de la cual conoció el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué. Mediante fallo del 16 de noviembre de 2012 se amparó su derecho fundamental de petición.[3]

1.6. Las entidades, afirma el actor, no acataron la orden de amparo. Por lo tanto el 12 de diciembre de 2012 inició incidente de desacato. El 9 de febrero de 2013 recibió una comunicación suscrita por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué en la que le informaba que Adecco remitió escrito al juzgado en el que afirmó que la señora Evoly González Pacheco había sido designada para el cargo de Jefe de Oficina Seccional A, Vicepresidencia Servicio al Ciudadano - Sur Tolima - Ibagué el 4 de junio de 2012, y explicó que:

"(...) hasta el momento en que se envía la terna se tiene en cuenta los puntajes de las calificaciones, el aquí accionante cumple con los requisitos mínimo, en razón a ello hace parte de la terna referida, no obstante cuando se presenta la terna al cliente se selecciona la personas que más se ajuste por características latitudinales e intelectuales, los que de la terna no cumplan las expectativas en cuanto a competencias cualitativas por parte del cliente son susceptibles de no ser seleccionados por el cliente, esto corresponde a la discrecionalidad del cliente."

1.7. Afirmó el peticionario que en las condiciones de la convocatoria no se hacían referencia a la conformación de una terna. Que de la información remitida por Adecco se puede concluir que obtuvo el mayor puntaje,[4] y siguiendo las normas que rigen el concurso de méritos, debía ser la persona designada para ocupar el cargo. Sostuvo en concreto:

"Al analizar detenidamente las política de la convocatoria, en ninguna parte se menciona que existiría una terna, tampoco se hace mención a que una vez remitida la terna por el contratista, al cliente (COLPENSIONES), este seleccionaría a la persona que se ajuste por características actitudinales e intelectuales, los que de la terna no cumplan con las expectativas en cuanto a competencias cualitativas por parte del cliente son susceptibles de no ser seleccionados por el cliente, esto corresponde a la discrecionalidad del cliente, con esta afirmación de ADECCO, se puede concluir que utilizaron, calificaciones que no existían en las políticas de la convocatoria".

1.8. El actor presentó entonces, un nuevo derecho de petición el 1 de marzo de 2013, al que Colpensiones respondió el 6 de marzo del mismo año.[5] La entidad le explicó que el proceso de

selección se había adelantado siguiendo las estipulaciones pactadas en el contrato de naturaleza privada celebrado entre la entidad y Adecco, por lo que la convocatoria no podía entenderse como un concurso de méritos ni mucho menos que se conformarían listas de elegibles al finalizar la misma, pues la naturaleza de la entidad es de una empresa industrial y comercial del Estado, con planta de personal oficial, razón por la cual el proceso de selección de personal no se rige por la Ley 909 de 2004 **"por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"**. [6]

En esa misma comunicación la entidad sostuvo que si bien era cierto que el accionante había obtenido el puntaje más alto entre los participantes que concursaron por el cargo de Jefe de Oficina Seccional A, Vicepresidencia Servicio al Ciudadano - Sur Tolima- Ibagué, [7] la entidad tenía plena discrecionalidad para escoger a cualquiera de los ternados para ocupar el cargo antes mencionado, ya que esta regla estaba prevista en el numeral 1.6. –Conformación de ternas- de la convocatoria. Se anotó sobre el particular:

"(...) el presente proceso no plantea una "lista de elegibles" para la provisión de los cargos, sino que convoca a los tres mejores puntajes para conformar la terna de la cual Colpensiones designaría la persona a vincular. En el caso concreto y teniendo en cuenta dicha previsión, la terna para ocupar el cargo de Jefe de Oficina Seccional A, Código 100, Grado 03 fue conformada por usted junto con José Noel Barragán Calderón y Evoly González Pacheco, razón por la cual tuvieron la oportunidad de llegar hasta la etapa de entrevista con los servidores de Colpensiones y producto de la citada entrevista, fue seleccionada Evoly González Pacheco una vez confirmadas las condiciones y calidades observadas en el proceso de selección." [8]

1.9. El peticionario señaló que la convocatoria tenía que ceñirse a las reglas del concurso de méritos, y en ese sentido, debió ser nombrado en el cargo para el que concursó, toda vez que obtuvo el mayor puntaje. Afirmó que la discrecionalidad de Colpensiones para nombrar a cualquiera de los ternados es una atribución abiertamente contraria al principio rector de los concursos públicos, en los cuales debe prevalecer el mérito, criterio de obligatoria observancia para designar a los servidores públicos. Con base en lo anterior solicitó el amparo de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordenará a Colpensiones designarlo en el cargo de Jefe de Oficina Seccional A, Vicepresidencia Servicio al Ciudadano - Sur Tolima - Ibagué.

2. Respuesta de Colpensiones y vinculados al proceso

2.1. Colpensiones no contestó la acción de tutela

2.2. Mediante oficio del 19 de marzo de 2013 el Juzgado Segundo Laboral de Descongestión del Circuito de Ibagué vinculó al trámite de tutela a Adecco Servicios Colombia S.A. y a la señora Evoly González Pacheco, quien actualmente ocupa el cargo de Jefe de Oficina Seccional A, Vicepresidencia Servicio al Ciudadano - Sur Tolima - Ibagué.

2.2.1. Adecco Servicios Colombia S.A.

La representante legal para asuntos judiciales de Adecco Servicios Colombia S.A., solicitó que se negara la acción de tutela. Sustentó su petición en las siguientes razones: (i) que el contrato celebrado entre Adecco y Colpensiones en virtud del cual la primera entidad realizó el proceso de selección de aspirantes a ocupar 1036 vacantes, no debía ceñirse a la normatividad legal que regula la designación por concurso de méritos de los empleados públicos de carrera, pues se trata de cargos a ser ocupados por una persona en condición de trabajador oficial; (ii) que las obligaciones derivadas del contrato referido culminaban para Adecco con la presentación a

Colpensiones de una terna de aspirantes para la provisión de cada vacante, y esta entidad elegiría discrecionalmente a uno de ellos; y (iii) que el actor conocía de antemano las políticas del concurso y decidió libremente someterse a ellas, y todos los lineamientos fueron cumplidos por Adecco en cada una de las fases del proceso de selección, garantizando que el mismo se adelantara en cumplimiento de criterios de igualdad, transparencia y equidad. Sobre este punto final precisó:

"En concordancia con lo indicado, es de resaltar que Adecco Servicio Colombia S.A. ejecutó con la empresa contratista un acuerdo de voluntades para llevar a cabo un proceso de selección, el cual reglamentó previamente con las Políticas que fueron publicadas para el conocimiento de los interesados, las cuales debían ser aceptadas por las personas que decidieron participar en la convocatoria. Tales políticas determinaban como se realizaría la participación, las pruebas y las comunicaciones así como quienes superaran cada etapa, pero no se determinó exclusivamente quien obtuviera el mayor puntaje sería el seleccionado y posible contratado."

2.2.2. Evoly González Pacheco

La señora González Pacheco guardó silencio al requerimiento del juzgado.

3. Decisiones que se revisan e impugnación

3.1. El Juzgado Segundo Laboral de Descongestión del Circuito de Ibagué, en fallo del 3 de abril de 2013, negó la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo del señor Jairo Enrique Robayo Moreno. Para adoptar dicha determinación, el juez de instancia consideró que las entidades accionadas en ningún momento quebrantaron los lineamientos trazados dentro del contrato firmado para la realización de la Gran Convocatoria Nacional de Empleo, pues claramente estaba consignado, tanto en las políticas de la convocatoria como en el contrato mismo, que el sólo hecho de participar en el proceso de selección indicado no confería el derecho a ser efectivamente contratado. Más aún, ni siquiera el hecho de haber llegado hasta la fase final del proceso haciendo parte de la terna seleccionada por Adecco, garantizaba ocupar una de las vacantes ofrecidas, pues Colpensiones se reservaba la facultad para escoger de la terna al aspirante que mejor perfil conforme a las necesidades de la entidad. Explicó el juzgado:

"(...) encuentra el despacho que las accionadas desde el principio de la convocatoria fueron claras con las reglas de juego y dejaron de presente a los aspirantes que quien lograra pasar las diferentes fases del proceso de selección con la empresa encargada de dicho trámite no contaba con la garantía de obtener el cargo, pues la función de Adecco se consistía en seleccionar un personal para conformar una terna con los aspirantes que hubieren obtenido los mejores puntajes en las diferentes pruebas, y una vez conformada dicha terna ésta sería puesta a disposición de Colpensiones quien tenía la facultad de escoger al aspirante que más se acomodara a sus necesidades.

Teniendo en cuenta lo anterior se considera que las accionadas se ciñeron a los parámetros y lineamientos establecidos en la convocatoria, y en momento alguno sorprendieron a los aspirantes con nuevas reglas, cambiando las establecidas inicialmente en la convocatoria, pues se logra verificar (en el Contrato 043 de 2011), que desde un principio se habló de una terna, más no de una lista de elegibles por lo que resulta imposible en este momento como lo pretende el actor cambiar las reglas de juego, esto es otorgar el cargo al aspirante con el mayor puntaje, pues se estaría quebrantando los principios de credibilidad y transparencia que deben estar presentes en

cualquier convocatoria, ya que acceder a lo pretendido por el señor Robayo Moreno resquebrajaría el debido proceso e igualdad de los demás aspirantes, pues se reitera que desde el inicio de la convocatoria se estableció que el participante por el hecho de pasar satisfactoriamente todas las fases estipuladas en el proceso de selección no obtendría el cargo pues esto estaba supeditado a que Colpensiones escogiese uno de los aspirantes que conformaban la terna."

El juez de instancia consideró que pretender equiparar la terna a una lista de elegibles y la convocatoria realizada a un concurso de méritos, vulneraría los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de las demás personas inscritas en la convocatoria, y que en todo caso las reglas de tal convocatoria fueron conocidas previamente por los aspirantes a las diferentes vacantes.

3.2. El señor Jairo Enrique Robayo Moreno impugnó la decisión proferida. La inconformidad del accionante radicó en que a su juicio el juzgado de instancia omitió analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que sostiene que la lista de elegibles resultante de un concurso de méritos constituye un acto administrativo que le confiere al mejor calificado el derecho a ser nombrado en el cargo respectivo, en aplicación de los principios constitucionales de buena fe y de confianza legítima. Asimismo, sostuvo que el juez de instancia no analizó las pruebas aportadas, pues en el documento publicado por Adecco que contenía las políticas de la convocatoria no se mencionó que se conformaría una terna y que de ella Colpensiones escogería al aspirante que según sus cualidades y aptitudes mejor se adaptara a las necesidades de la empresa. Agregó que por el contrario, la conformación de la terna hacía parte de las obligaciones contenidas en el contrato firmado por Colpensiones con Adecco, cuyo contenido sólo conoció en el proceso de tutela, toda vez que en la página de la convocatoria sólo aparecían datos generales.

3.3. En segunda instancia, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en providencia del 15 de mayo de 2013, confirmó el fallo de primera instancia. Argumentó la Sala que se equivocaba el accionante al catalogar la convocatoria realizada por Adecco y Colpensiones como un concurso de méritos, ya que lo que en realidad se efectuó fue un proceso de selección basado en la celebración de un acuerdo privado entre las partes para la provisión de múltiples vacantes en Colpensiones, proceso que, tal como estaba estipulado en el numeral [1.6.] del mismo, finalizaba con la selección discrecional por parte de esa entidad de uno de los ternados recomendados por Adecco, estando facultada Colpensiones, incluso, para no proveer cualquiera de los cargos objeto del contrato. Destacó que la actuación desplegada por Colpensiones siguió los principios de moral administrativa, imparcialidad y transparencia, pues dicha entidad se aseguró de tener una base objetiva sobre la cual ejercer con certeza su facultad para nombrar las personas para ocupar los cargos ofrecidos.

Finalmente, consideró que la naturaleza jurídica de Colpensiones es la de una empresa industrial y comercial del Estado y los trabajadores de su planta tienen categoría de trabajadores oficiales, por lo cual la vinculación a la entidad se hace por medio de contrato de trabajo. Tal situación, sostuvo el Despacho, permite concluir que es válido que Colpensiones seleccione discrecionalmente a cualquiera de los aspirantes ternados por Adecco para ocupar el cargo Jefe de Oficina Seccional A, Vicepresidencia Servicio al Ciudadano - Sur Tolima - Ibagué.

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. Presentación del caso y problema jurídico

2.1. El señor Jairo Enrique Robayo argumenta que al no haber sido seleccionado para el cargo Jefe de Oficina Seccional A, Vicepresidencia Servicio al Ciudadano - Sur Tolima - Ibagué de Colpensiones, para el cual concursó bajo las reglas establecidas en la convocatoria que abrió la empresa Adecco Servicio Colombia S.A. en enero de 2012 denominada Gran Convocatoria Nacional de Empleo, se le vulneró su derecho a la igualdad, al debido proceso y al trabajo. El accionante señaló que llegó al final de las pruebas con el mejor puntaje.

Relató que los tres mejores puntajes fueron ternados, y de allí, Colpensiones escogió a la persona que mejor se adecuaba a sus necesidades. No obstante, afirmó que la conformación de una terna no estaba prevista en las bases del concurso y por lo tanto, al momento de seleccionar al aspirante se debieron seguir las reglas del concurso de méritos, en el cual se conforma una lista de elegibles, a partir de la que se designa a aquel aspirante que hubiese obtenido el primer puesto.

En la respuesta de Adecco a la acción y en la contestación de Colpensiones al derecho de petición del actor, las entidades señalaron que los cargos a proveer en la convocatoria pertenecen a la planta de personal para trabajadores oficiales, precisaron que Colpensiones es una empresa industrial y comercial del Estado, razón por la cual no se trata, en estricto sentido, de un concurso de méritos. Señalaron que las bases del concurso estaban contenidas en el Contrato No. 043 de 2011 suscrito entre las entidades mencionadas, y en su cláusulas se estableció el contenido de cada una de las fases y se incluyó que la provisión de algunos cargos se haría a través de una terna, lo que era conocido por los aspirantes al momento de la inscripción.

2.2. Los jueces de instancia negaron el amparo constitucional a los derechos fundamentales del accionante. Señalaron (i) que la conformación de la terna sí estaba prevista en las bases de la convocatoria de conformidad con el Contrato No. 043 de 2011 suscrito entre Adecco y Colpensiones; (ii) que ambas entidades respetaron todas las reglas estipuladas para cada una de las fases del concurso; y (iii) que la convocatoria no se rige por las reglas del concurso de méritos, por tratarse de la provisión de cargos de naturaleza oficial.

2.3. La Sala Primera de Revisión considera que la situación descrita propone la resolución del siguiente problema jurídico: ¿vulnera una empresa industrial y comercial del Estado (Colpensiones) los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo de una persona (Jairo Enrique Robayo) que se inscribió en una convocatoria para aspirar a una vacante de trabajador oficial en la planta de personal de la entidad, al no designarlo en el cargo a pesar de haber obtenido el puntaje más alto al final de todas las fases de la convocatoria, y por el contrario, nombrar a otro de los aspirantes que también integró la terna final por estar entre los tres mejores puntajes?

Para resolver la cuestión planteada esta Sala deberá reiterar la jurisprudencia constitucional en torno a las obligaciones que rigen las convocatorias para proveer un cargo en una entidad del Estado, las cuales dependen de exigencias constitucionales y legales, y de la naturaleza misma

del cargo a proveer. Estas reglas se aplicaran en el caso concreto.

3. Cuestión previa. Procedencia de la acción de tutela para solicitar la protección de derechos fundamentales presuntamente vulnerados en desarrollo de una convocatoria para proveer un cargo en una entidad del Estado

3.1. En múltiples oportunidades esta Corporación ha señalado que la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados en desarrollo de un concurso para proveer un cargo de una entidad del Estado.[9] Ha explicado que de la pronta resolución de la controversia suscitada por la inconformidad de uno o varios aspirantes en la ejecución de una convocatoria, depende la decisión final sobre a quién asiste el derecho a ocupar el cargo. A su vez, llegar a una decisión final sobre la provisión de una vacante no sólo garantiza el goce efectivo de los derechos del interesado, sino también de los demás aspirantes convocados. Así las cosas, cuando existe duda sobre la correcta ejecución de cualquiera de las fases de una convocatoria o incluso, sobre la interpretación de las reglas que la rigen, es procedente que el juez de tutela intervenga para dar una solución pronta que proteja el derecho que asiste a todos los aspirantes a conocer la decisión final sobre su participación, de forma tal que además de sus garantías fundamentales, se respete el principio de igualdad al que por disposición constitucional debe estar sujeta la convocatoria.

3.2. Hay que resaltar que la procedencia de la acción de tutela para solicitar la protección de un derecho en el marco de una convocatoria ha sido desarrollada por diferentes Salas de Revisión a propósito de los concursos abiertos de méritos para acceder a cargos de carrera.[10] Sin embargo, la finalidad descrita no pierde su carácter en el caso concreto por ser la convocatoria de naturaleza privada, esto por cuanto:

(i) la selección objetiva, en cualquier caso, debe estar sujeta al respeto por los principios constitucionales de igualdad y a la garantía del debido proceso. Lo contrario, en cualquier caso, da derecho a los aspirantes para que acudan a la administración de justicia para pedir el amparo de sus derechos presuntamente vulnerados.

(ii) la Corporación ha considerado que mientras se resuelve la controversia en una jurisdicción diferente a la constitucional la decisión adoptada puede ser inocua.[11] Presume la Corte que a través de la acción de tutela se pueden ejecutar acciones inmediatas para la adecuada ejecución del concurso. De la misma forma cuando la controversia surge en un concurso finalizado, en el que se ha designado a una persona en el cargo, la Corte ha sostenido que la finalidad de la acción de tutela es proteger, también, el derecho al trabajo y al mínimo vital de los convocados.

(iii) en reciente pronunciamiento la Sala Quinta de Revisión sostuvo que la acción de tutela, además de buscar la protección de los derechos de las participantes al trabajo y al mínimo vital, procede para garantizar derechos asociados a la función pública. Dijo en concreto que el agotamiento de la vía administrativa, por la congestión del aparato judicial, implica la prolongación en el tiempo de la vulneración suscitada en el marco de un concurso, situación que además de afectar como es evidente los derechos individuales, obstaculiza la selección de los servidores públicos y el funcionamiento del Estado.[12]

3.3. En el caso concreto, la Gran Convocatoria Nacional de Empleo suscrita entre Colpensiones y Adecco Servicios Colombia S.A mediante el Contrato No. 043 de 2011 tenía por finalidad proveer vacantes de trabajadores oficiales. Por ello el actor consideró que en el marco de la convocatoria debieron respetarse las reglas mínimas de selección objetiva. Comparte la Sala la

afirmación hecha por el accionante en el sentido de que en la ejecución de la convocatoria se deben respetar los criterios de selección y las fases del concurso, previamente establecidas, a través de lo cual se garantizan la selección de las personas con base en criterios de mérito y no en razones o decisiones subjetivas del nominador. Pero además, considera la Sala, que en aplicación del precedente citado, de la adecuada ejecución de la Convocatoria depende la garantía efectiva de derechos asociados a la función pública, en tanto se trata de cargos que hacen parte de la planta de una entidad del Estado (una empresa industrial y comercial del Estado).

4. Colpensiones no vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo del actor

4.1. La Constitución en su artículo 125 señala que los empleados que integran la función pública son de carrera, a excepción de los funcionarios (i) de elección popular; (ii) de libre nombramiento y remoción; (iii) los trabajadores oficiales; y (iv) demás que designe la ley. La misma norma señala que se accede a la carrera administrativa a través del "cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes".[13]

4.2. La Sala Plena de la Corporación ha sostenido que el sistema de carrera tiene como finalidad esencial garantizar:

"[l]a estabilidad de los empleados en los cargos públicos del Estado y el acceso de los ciudadanos a la administración pública de acuerdo a los méritos y capacidades de los aspirantes para el efectivo cumplimiento de la función pública en beneficio de la colectividad en general."[14]

De la misma forma ha dicho que el mérito como principio rector de acceso a la función pública protege derechos fundamentales de los ciudadanos, en la medida en que permite:

"(...) la materialización del derecho de las personas a elegir y ser elegido, así como el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. También asegura el derecho al debido proceso, pues demanda el establecimiento de reglas y criterios de selección objetivos que sean conocidos de antemano por los aspirantes al cargo. La garantía del debido proceso, a su vez, se relaciona directamente con el respeto de la buena fe y la confianza legítima en el cumplimiento de las reglas del proceso de selección. Adicionalmente, este principio protege el derecho al trabajo, ya que si el mérito es el criterio determinante de la promoción y la permanencia en el empleo, únicamente la falta de mérito puede ser causal de remoción. En este sentido se debe recordar que los servidores públicos como trabajadores son titulares de derechos subjetivos, como el derecho a la estabilidad y a la promoción en el empleo".[15]

Y finalmente, que el mérito constituye una garantía que desarrolla el principio de igualdad porque en los concursos puede participar cualquier ciudadano que acredite la calificación para aspirar al cargo, y pruebe conducentemente las competencias que tiene para el desarrollo de las funciones asignadas. Las razones subjetivas del nominador no pueden prevalecer sobre los resultados del concurso, tanto para el nombramiento, o cuando fuese necesario el ascenso o remoción, y cualquier uso de criterios raciales, étnicos, de sexo, políticos, económicos, sociales, ideológicos o religiosos para la selección del personal al servicio del Estado, constituye una forma de discriminación.

4.3. En la sentencia C-588 de 2009[16] la Corporación explicó que la carrera administrativa es un eje estructural del Estado Social y Democrático de Derecho.[17]

4.4. En ejercicio de la clausula general de competencia y libre configuración del legislador, éste tiene facultades para determinar (i) aquellos cargos que se sujetan a un sistema específico de carrera,[18] o (ii) que se exceptúan totalmente de las normas de carrera.[19] No obstante, ha advertido esta Corporación que los motivos para legislar en ambos sentidos, deben estar fundamentados en la mejor realización de los fines del Estado y en la protección de los derechos fundamentales de los posibles aspirantes. Como se trata de cargos públicos, los procesos de selecciones diferentes al concurso de méritos también deben observar los principios de igualdad y confianza legítima, y desarrollarse sobre la base de criterios de selección objetivos, que garanticen la escogencia de la persona mejor calificada para desarrollar la función pública.

4.5. En principio, se designan por concurso abierto de méritos los empleados públicos de carrera. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha señalado que en algunos casos la garantía de selección objetiva a través del mérito se puede extender a la elección de algunos funcionarios que son de libre nombramiento y remoción, de conformidad con el artículo 2° de la Ley 909 de 2004. Tal es el caso de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado que por interpretación del artículo 5° de la misma ley, son funcionarios de **libre nombramiento y remoción en la administración descentralizada a nivel nacional y territorial. Su designación no está regulada por una norma Constitucional. Sin embargo en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 "por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones"** el legislador dispuso que la designación de los gerentes de las **Empresas Sociales del Estado, se realiza a través de concurso de méritos. Estos son elegidos por el** nominador a partir de una terna se conforma previo proceso de selección. No obstante, que la terna, en estos casos, opera como lista de elegibles, es decir, el nominador no puede designar a cualquiera de las personas que la integran. Debe seleccionar al primero de la lista, quien obtuvo el mayor puntaje en el concurso, si éste no acepta la designación, se debe nombrar al segundo y así sucesivamente.[20]

Al respecto, se pronunció la Sala Plena de la Corporación en la sentencia C-181 de 2010 al analizar la constitucionalidad del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007:[21]

(...) el listado de elegibles no desconoce el derecho de quien demuestra más altos méritos a acceder al empleo, ni implica que el nominador pueda seleccionar discrecionalmente a uno de los integrantes de la lista; su finalidad es garantizar la continuidad del servicio y promover la eficiencia de la función pública mediante la creación de una lista de personas calificadas que pueden desempeñar el empleo ante la imposibilidad de nombrar a quien obtuvo la calificación más alta. Por ello, esta Corporación ha señalado que cuando sea imposible nombrar al primero de la lista, el nominador debe designar al segundo mejor calificado.

La Administración puede separarse de tal decisión cuando exista una causa suficientemente poderosa, objetiva y explícita que impida honrar el primer lugar de la lista. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el ganador del concurso presenta antecedentes penales, disciplinarios o de tipo profesional que, al ser contrastados con los resultados de los concursos, evidencien su falta de idoneidad para ocupar el cargo. En todo caso, no podrán alegarse razones de tipo subjetivo, moral, religioso, étnico o político para sustraerse de la obligación de nombrar al primero de la lista.

En caso de no ser posible elegir al ganador del concurso, el nominador, mediante acto motivado, debe argumentar con razones sólidas y objetivas el motivo por el cual considera que el aspirante no satisface las exigencias del cargo, con el fin de garantizar sus derechos a la defensa y a controvertir la actuación administrativa."

Entonces, si el legislador establece que los gerentes de las Empresas Sociales del Estado se designan a través del concurso de méritos, como consecuencia necesarias de esa voluntad (i) el mérito debe ser el principio que guíe la ejecución del concurso hasta la fase final de selección y (ii) le asiste a la persona que obtiene el mejor puntaje, el derecho fundamental a ser nombrado.

Concluyó la Sala:

"En efecto, cuando el legislador o la administración —como en este caso—, en ejercicio de su libertad de configuración, deciden sujetar a los principios del concurso la provisión de cargos de libre nombramiento y remoción, tienen la obligación constitucional de velar por la realización del principio fundamental que rige estos procedimientos, este es, el respeto del mérito mediante el favorecimiento del concursante que obtenga el mejor puntaje en las respectivas evaluaciones. En otras palabras, 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."

La Corte en esta sentencia declaró la exequibilidad de la norma acusada, en el entendido:

(...) de que la terna a la que se refiere deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el respectivo concurso de méritos; de que el nominador de cada empresa social del estado deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje; y de que el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero."

4.6. Sobre la obligación del nominador de designar para un cargo ofertado en un concurso de méritos a la persona que obtenga el puntaje más alto, existe, por lo menos, una excepción de carácter constitucional que la Corte trató en la sentencia T-1009 de 2010, la Sala Primera de Revisión se ocupó del tema.[22]

En el caso de la sentencia citada la Sala de Revisión explicó que no estaba frente a un asunto de provisión de un cargo cuya forma de ingreso fuera indiferente para la Constitución. El ingreso al cargo de gerente o jefe seccional de los establecimientos públicos de orden nacional, está determinado de forma expresa por la Constitución en el numeral 13 del artículo 305, cuando dispone que son atribuciones del gobernador, "[e]scoger 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."

Concluyó que la interpretación que hizo la Sala Plena en la sentencia C-181 de 2010 sobre la forma de designación de los gerentes de las ESE, a propósito de la revisión de constitucionalidad del artículo 28 de la Ley 1127 de 2008, no era aplicable a este caso, porque se trataba de asuntos distintos.

La Sala de Revisión se ocupó de explicar cómo ha interpretado la Corte el vocablo escoger, relativo a la facultad del gobernador de seleccionar "de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos (...)."

En primer lugar señaló que en la sentencia C-295 de 1995,[23] al estudiar la constitucionalidad de 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, la Corporación afirmó que cuando la Constitución usa el término escoger en el numeral 13 del artículo 305 "le ordena al intérprete respetar el ámbito de autonomía y discrecionalidad, si bien limitado, que tiene el gobernador" y cito, de la sentencia C-295 de 1995 que "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."

En segundo lugar sostuvo que el precedente de la sentencia C-295 de 1995 conservaba su fuerza vinculante, con fundamento en que:

"(...) 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. 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."

Y en tercer lugar, dijo que no se discutía en el caso la aplicación de una norma de rango legal, sino la atribución constitucional conferida a los gobernadores de escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento y, tratándose de una norma de rango constitucional, no podía la Sala desconocerla.

Por tanto, la Sala de Revisión resolvió que la terna para seleccionar al gerente seccional del ICA Cesar se conformó con los tres mejores puntajes (principio del mérito), entre los cuales se encontraba el actor. Pero que el Gobernador no vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a cargos públicos del accionante, por no designarlo, y nombrar a la persona que, dada la atribución constitucional que le es conferida por el numeral 13 del artículo 305 de la norma superior, consideró idónea para ocupar el cargo, porque la terna se conforma con las personas que obtienen los tres mejores puntajes, sin que ello signifique que no puede el

Gobernador escoger de la misma a uno de los tres seleccionados, en ejercicio de la atribución constitucional (artículo 305, numeral 13 de la Constitución Política).

5. Del caso concreto

5.1. El señor Javier Enrique Robayo estima que Colpensiones vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, al no haberlo designado para el cargo de Jefe de Oficina Seccional A, Vicepresidencia Servicio al Ciudadano, Sur Tolima, Ibagué de Colpensiones, a pesar de haber obtenido el puntaje más alto entre las personas que se presentaron a la convocatoria pública que llevó a cabo Colpensiones a través de Adecco Soluciones Colombia S.A., empresa con la que la entidad accionada celebró un contrato para llevar a cabo el proceso de selección de 1034 vacantes en todo el país.

5.2. Colpensiones, a su vez, señaló que realizó un concurso para garantizar la selección de sus trabajadores oficiales,[24] a través de criterios objetivos. No obstante, afirmó que la empresa contratada, en cada una de las etapas, respetó las bases mismas de la convocatoria, pactadas en el Contrato No. 043 de 2011, que eran de conocimiento de los aspirantes, porque fueron publicadas y en ella se advertía que en la fase final del concurso se elaboraría una terna para cada cargo ofertado con los mejores puntajes de las pruebas de conocimiento, competencia, antecedentes y entrevista, y de esa terna Colpensiones seleccionaría a la persona con mejores aptitudes para ocupar el cargo.

5.3. Los jueces de instancia negaron la protección solicitada por el actor sobre las base en que por tratarse de la provisión de cargos de trabajadores oficiales, el presidente de Colpensiones tenía facultad discrecional para escoger a la persona que habría de ocupar el cargo de Jefe de Oficina Seccional A, Vicepresidencia Servicio al Ciudadano - Sur Tolima – Ibagué, de conformidad con las bases mismas del concurso en lo relativo a la conformación de las ternas. Sostuvieron que las ternas estarían conformadas por los tres mejores puntajes para cada uno de los cargos ofertados, y que una vez el gerente de la empresa – o su designado- se entrevistara con cada uno de ellos, decidiría con base en las aptitudes de cada aspirante y las funciones del cargo, la persona apta para ocuparlo. La Sala comparte las afirmaciones de los jueces de instancia en dos sentidos:

5.4. Primero, los términos de la Gran Convocatoria Nacional están contenidos en el Contrato No. 043 de 2011, suscrito por Colpensiones y Adecco S.A. El documento fue publicado para conocimiento de los interesados en la página web <http://colombia.adeccoempleo.com/> a la que debían acceder los posibles participantes para adjuntar en medio magnético su hoja de vida y documentos solicitados en la selección. En el contrato se explica el contenido de cada prueba que compone el concurso, a saber, de conocimiento, de competencia, de análisis de antecedentes y la entrevista. En esta última Adecco convocó a las personas que superaron las fases de conocimiento, competencia y análisis de antecedentes, y la realizó, según dice el documento, un entrevistador denominado profesional en el ramo (numeral 1.4. de la convocatoria). El puntaje obtenido por cada uno de los participantes en la entrevista fue sumado al de las fases previas, y al obtenido en un proceso posterior a la entrevista denominado verificación de referencias académicas y laborales (numeral 1.5. de la convocatoria). Los participantes con mejor puntaje final, conformaron la terna que fue enviada al presidente de Colpensiones, para proceder a la designación.

5.5. En su escrito de tutela el accionante sostuvo que en las bases el concurso no se hacía referencia a la integración de una terna como forma de selección final del aspirante. A diferencia de esta afirmación, en el apartado [1.6.] de la convocatoria se anuncia que para la elección del

aspirante a ocupar cualquiera de los cargos ofertados, Adecco debía conformar ternas con los mejores puntajes, y remitirlas al gerente de Colpensiones. El numeral señalado dice expresamente que "las ternas de aspirantes por cargo, se conformaran con los tres mejores puntajes obtenidos al finalizar la aplicación y evaluación de la totalidad de las pruebas." A continuación se tiene que el gerente o designado de Colpensiones podría discrecionalmente, con el fin de obtener mayor información sobre los candidatos, llevar a cabo "[...] otra entrevista (...)" y "realizar un análisis detallados, con el acompañamiento del contratista o sin él, del informe presentado para cada aspirante y de los resultados de las pruebas." Pero además en las condiciones del concurso se estableció: "hasta el momento en que se envía la terna se tiene en cuenta los puntajes de las calificaciones (...) no obstante cuando se presenta la terna al cliente se selecciona la persona que más se ajuste por características actitudinales e intelectuales, los que de la terna no cumplan las expectativas en cuanto a competencias cualitativas por parte del cliente son susceptibles de no ser seleccionados por el cliente, esto corresponde a la discrecionalidad del cliente." [25]

5.6. En el caso concreto, la terna para ocupar el cargo Jefe de Oficina Seccional A, Vicepresidencia Servicio al Ciudadano - Sur Tolima – Ibagué, enviada al presidente de la empresa, estaba conformada por el actor, por el señor José Noel Barragán Calderón y por la señora Evoly González Pacheco. [26] Esta última fue la persona seleccionada para ocupar el cargo, después de se realizara una segunda entrevista a cada uno de los tres participantes. [27]

5.7. Para la Sala, conforme a las pruebas aportadas, puede deducirse que no se vulneró el debido proceso. Las entidades se sujetaron a lo pactado en el documento base del concurso.

5.8. Al presidente de Colpensiones le asistía la facultad de elegir discrecionalmente de la terna que le envió Adecco S.A. a la persona que iba a ocupar el cargo Jefe de Oficina Seccional A, Vicepresidencia Servicio al Ciudadano - Sur Tolima – Ibagué.

La Constitución de 1991 no se ocupa del ingreso a la función pública de los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado. [28] Sólo establece que los trabajadores oficiales están exceptuados de la carrea administrativa (art. 125). Estos prestan sus servicios al Estado, por regla general, a través de un contrato de trabajo, regido por la Ley 6ª de 1945 y su Decreto Reglamentario 2127 de 1945.



La dirección y administración de las empresas industriales y comerciales del Estado está a cargo de una Junta Directiva y de un Gerente o Presidente, de conformidad con el artículo 88 de la Ley 489 de 1998. [29] Colpensiones es una empresa industrial y comercial del Estado. [30] Sus estatutos están contenidos en el Acuerdo 009 de 2011 expedido por la junta directiva. El artículo 20 del acuerdo citado señala que el "El Presidente, el Jefe de la Oficina de Control Interno y el empleo del nivel Directivo que sea responsable de las funciones de Cobro, tienen la calidad de empleados públicos. Los demás servidores públicos serán trabajadores oficiales y se vincularán a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES mediante contrato de trabajo a término indefinido." Igualmente en los numerales 15 y 16 del artículo 16 la Junta Directiva de la empresa faculta a presidente para "dirigir los procesos de selección de personal para el ingreso de los servidores públicos a la Empresa de conformidad con las políticas institucionales establecidas," así como "suscribir y dar por terminado los contratos de trabajo de conformidad con la legislación vigente." También están asociadas a él, la facultad organizar la plata de personal de acuerdo con las necesidades de la empresa, y controlar la ejecución de las funciones propias de cada cargo.

6. Al no existir norma constitucional, ni disposición legal que establezca una forma especial de ingreso a los cargos de la planta oficial de las empresas industriales y comerciales del Estado, se debe aplicar la regulación existente. En el caso de Colpensiones, es el presidente de la entidad el responsable de vincular a los trabajadores oficiales al servicio de la empresa.

En el caso objeto de estudio, el presidente de Colpensiones decidió contratar los servicios de la empresa Adecco S.A. para proveer aproximadamente 1036 vacantes de planta oficial de la entidad a nivel nacional, mediante un concurso que se rigió por términos especiales establecidos previamente. Las bases de la convocatoria estaban contenidas en el Contrato N° 043 de 2012 suscrito por la entidad con Adecco Servicios Colombia S.A., cuyo texto fue publicado y conocido por los participantes, quienes se sujetaron voluntariamente a las reglas de la selección.

7. Por lo tanto, dado que no existe disposición constitucional o legal que prohíba al presidente de la entidad adelantar una convocatoria pública especial, para seleccionar a las personas que ocuparán en una empresa industrial y comercial del Estado los cargos de trabajadores oficiales, pero se optó para proveerlos por una convocatoria pública, se respetaron las etapas previas del proceso, y los criterios de calificación y designación como ocurrió en este caso, la Sala considera que Colpensiones no vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo del señor Javier Enrique Robayo Moreno al no haberlo nombrado, pese a que hizo parte de la terna final de aspirantes para ocupar el cargo y obtuvo el mejor puntaje, porque en la convocatoria publicada y conocida por él se advirtió que hasta el momento del envío de la terna, se respetarían los puntajes. No obstante, cuando ésta se envía a Colpensiones, de esos tres nombres, podía designarse a la persona que más se ajustara a las necesidades de la entidad. Por ello, se confirmara las decisiones de instancia proferidas por el Juzgado Segundo Laboral de Descongestión del Circuito de Ibagué y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 15 de mayo de 2013, que a su vez confirmó el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Laboral de Descongestión del Circuito de Ibagué, el 3 de abril de 2013, que negó el amparo a los derechos constitucionales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo del señor Jairo Enrique Robayo Moreno.

Segundo.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con excusa

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] De conformidad con la prueba anexa a folio 91, el aviso en prensa informaba lo siguiente: "Adecco Colombia S.A. Requiere para importante empresa nacional profesionales con formación académica en: Contaduría Pública, Economía, Administración de Empresas, Administración Pública, Administración Financiera, Negocios Internacionales, Mercadeo, Publicidad, Bibliotecología, Ingeniería de Sistemas, Ingeniería Industrial, Ingeniería Electrónica, Finanzas, Derecho, Psicología, Matemáticas, Arquitectura y demás disciplinas relacionadas. Para proveer hasta 1036 vacantes a lo largo del territorio nacional en niveles Directivos, Gerenciales, Profesionales, Administrativos y Operativos. Los interesados deberán registrar su hoja de vida junto con los siguientes documentos en medio magnético: a) Documento de identidad. b) Título de educación formal y/o acta de grado, según el cargo al que aspiren. c) Título de postgrado y/o acta de grado, según el cargo al que aspiren. d) Tarjeta profesional o matrícula profesional si el ejercicio de la profesión lo exige. e) Certificados laborales, las cuales deberán contener: razón social, dirección y teléfono del empleador, nombre del cargo desempeñado, descripción de las funciones y fechas dentro de las cuales estuvo vinculado en cada uno de los cargos. f) Constancias laborales del ejercicio de una profesión o actividad en forma independiente, en las cuales deben constar que el interesado haya ejercido su profesión o actividad en forma independiente, la experiencia se acreditará mediante declaración del mismo. g) Certificaciones de otros logros académicos y laborales (estudios formales, educación para el trabajo y el desarrollo humano y experiencia laboral), siempre y cuando sean específicos o relacionados y se acrediten con mediante certificaciones. Las de educación para el trabajo y el desarrollo humano (diplomados, cursos de capacitación, seminarios, talleres, etc.) deberán contener el número de horas cursadas. h) Certificado de antecedentes disciplinarios expedido por la Procuraduría General de la Nación. i) Certificado de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de la República." La página de internet dispuesta para consultar información y realizar inscripciones era: <http://colombia.adeccoempleo.com/>

[2] Para ese momento el señor Pedro Nel Ospina Santa María.

[3] La sentencia referida se encuentra en los folios 57 a 62 del cuaderno principal. En adelante siempre que se cite un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, si no se indica expresamente otra cosa.

[4] El accionante hace referencia aquí a una tabla anexada por ADECO a la respuesta enviada al juzgado en el trámite de incidente de desacato y que fue notificada al actor el 9 de febrero de 2013. La tabla contiene los puntajes finales de cada uno de los participantes. El actor tiene el mayor puntaje antes de la entrevista con los funcionarios de Colpensiones (folios 1 a 19).

[5] Folios 20 a 22.

[6] Dijo la entidad: "para responder a su solicitud es necesario precisar que el 22 de diciembre de 2011 se expidió el Acuerdo No. 09, por el cual se aprobó la reforma de los estatutos internos de COLPENSIONES, que en su capítulo IV "Régimen de personal" señaló que los servidores públicos de la empresa serían trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo a término indefinido, salvo pata el caso del presidente, el jefe de la oficina de control interno y el empleo de nivel directivo responsable de las funciones de cobro, quienes tendrán la calidad de empleados públicos. Teniendo en cuenta lo anterior, el proceso de selección para la escogencia de quienes han de ocupar los cargos de la planta de personal de COLPENSIONES se trata de un proceso definido de acuerdo con las reglas y políticas generales de la misma Empresa, que por la naturaleza jurídica y la de los empleados de su planta de personal, no son de carrera administrativa."

[7] La terna se conformó con las siguientes personas: Jairo Enrique Robayo Moreno (65,97 puntos), Evoly Pacheco González (57,43 puntos) y José Noel Barragán Calderón (56,64 puntos). Folios 36 y 37.

[8] Folios 20 a 22.

[9] En la sentencia SU-086 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) la Sala Plena de la Corporación reiteró que la finalidad de los concursos es que, a través de criterios de selección objetiva, las vacantes de los cargos públicos se ocupen con la persona mejor calificada, que haya obtenido los mejores puntajes durante el desarrollo del concurso. En ese orden de ideas, consideró que exigirle a un aspirante agotar otra vía judicial para solucionar conflicto por fallas en el desarrollo de las fases de la convocatoria o por la provisión en el cargo de una persona diferente a quien asistía el derecho, afecta también la función administrativa. En el caso concreto se trató de provisión de cargos de jueces en la rama judicial; alegaron los actores que para suplir diversas vacantes se nombraron a personas que no habían obtenido los puntajes finales más altos, y que por tratarse de cargos de carrera, se debía respetar la selección objetiva que impone el nombramiento de la primer persona en la lista de elegibles. Sobre la procedencia para atacar las decisiones con las cuales los actores no estaban de acuerdo, la Sala Plena señaló: "[p]ara los propósitos de hacer efectivos los enunciados derechos fundamentales de manera oportuna y cierta, y para asegurar la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución, no es la acción electoral -que puede intentarse ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo- el medio judicial idóneo con efectividad suficiente para desplazar a la acción de tutela. Se trata, desde luego, de una acción pública que puede ser intentada por cualquier ciudadano, pero que no tiende a reparar de manera directa y con la oportunidad necesaria los derechos fundamentales de quienes han participado en el concurso."

[10] Así por ejemplo en la sentencia T-654 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) la Corporación reiteró que la acción de tutela el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir una decisión que se tome en el marco de un concurso de méritos para acceder a la carrera administrativa, cuando quiera que se traten de proteger los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, y que no se puede exigir al interesado acudir la jurisdicción administrativa cuando lo que se requiere es una solución pronta que lo proteja y que también satisfaga el derecho que tienen todos los aspirantes a conocer la conclusión del concurso. Esto lo señaló la Sala Séptima de Revisión a propósito de un caso en el que se realizó el concurso de méritos y la accionante de la tutela consideró que debía usarse la lista de elegibles para proveer cargos que no fueron ofertados inicialmente y que se necesitaban por razón de una ampliación de la planta de personal de la entidad para la cual se realizó el

concurso; sobre la materia objeto de discusión la Sala dijo "lo anterior justifica la imposibilidad por parte del [...] de hacer uso de la lista a la que pertenece la accionante, para proveer los cargos que fueron creados a finales de 2009, porque ello atentaría contra el principio de libre concurrencia e igualdad en el ingreso propio de la carrera administrativa, toda vez que los demás ciudadanos no tendrían la oportunidad de optar en igualdad de condiciones por dichos cargos, los cuales la Comisión Nacional del Servicio Civil deberá adelantar un nuevo proceso de selección.

[11] Ver por ejemplo la sentencia T-569 de 2011 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

[12] Corte Constitucional, T-604 de 2013 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio): se trató de dos casos. El primero de una indebida notificación de la iniciación de un concurso de méritos para designar al gerente de una ESE del Estado. Los accionantes solicitaron la suspensión del concurso porque se percataron de que la administración no dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 2º de la resolución número 165 de 2008, es decir, no invitó a los interesados mediante avisos radiales difundidos en una emisora de cubrimiento local o regional. El segundo, de una persona que ocupó el primer puesto en la terna de un concurso para gerente de una ESE del Estado, pero no fue nombrada en el cargo.

[13] Los empleos públicos de carrera, así como su proceso de selección están regulados en la Ley 909 de 2004 "por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones". No obstante, la Constitución dispone explícitamente algunos cargos de carrera que deben ser proveídos a través del concurso de méritos, los de notarios (art. 131), los de la Registraduría Nacional del Estado Civil (art. 266), y los cargos de la planta global de la Fiscalía General de la Nación (art. 253), de la Procuraduría General de la Nación (art. 279) y la Defensoría del Pueblo (art. 283). Son también cargos de carrera lo de los jueces de la República, de conformidad con los artículos 228 y siguientes de la Constitución Política y los educadores al servicio del Estado, en los términos de los artículos 105 y siguientes de la Ley 115 de 1994 "por la cual se expide la Ley General de Educación."

[14] Corte Constitucional, sentencia C-387 de 1996 (MP. Hernando Herrera Vergara): en este fallo la Corte conoció de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 "por la cual se reorganiza el sistema nacional de salud y se dictan otras disposiciones" en el que se señala que algunos cargos de la administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. El actor sostuvo que los cargos dispuestos en la norma, por no corresponder a funciones de dirección, manejo o confianza ni son agentes políticos, debían ser cargos de carrera. Sostuvo la Corporación sobre la materia puesta a consideración "[s]i se tiene en cuenta que el artículo 125 de la Carta Fundamental consagró como causal exceptiva una potestad exclusiva del legislador para determinar cuáles empleos, que además de los previstos en la Constitución Política de 1991 se rigen por un sistema diferente al de la carrera administrativa, no hay duda que la norma acusada quebranta a juicio de la Corporación los ordenamientos superiores, pues ella en lugar de hacer la clasificación y determinación concreta de los empleos que por vía exceptiva deben determinarse como de libre nombramiento y remoción, lo que hace es realizar una regulación genérica para darle el carácter de tales a todos los del primer nivel jerárquico inmediatamente siguientes al cargo de Secretario de Salud o Director seccional o local del Sistema de Salud, así como los del primero y segundo nivel jerárquicos, representantes de entidades descentralizadas, y los que correspondan a funciones de formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría. Ver en el mismo sentido las sentencias SU-133 de 1998 y SU-086 de 1999 (MP. José Gregorio Hernández

Galindo).

[15] Corte Constitucional, sentencia C-181 de 2010 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[16] Corte Constitucional, sentencia C-588 de 2009 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza, SV. Nilson Pinilla Pinilla, Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto): en esa sentencia se decidía una acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2008. Los accionantes consideraron que el legislador reemplazó elementos definitorios de la Constitución, facultad reservada al constituyente primario. Se sostuvo en la demanda (i) que la norma proponía un "ingreso automático" a la carrera administrativa desconociendo que el mérito como elemento definitorio de la Constitución de 1991; (ii) que la provisión de cargos a través del "ingreso automático" desconocía el principio de igualdad, porque, según el texto del Acto Legislativo, podían acceder a través de dicho sistema, únicamente, los servidores públicos que estuvieran ocupando cargos de carrera en calidad de provisionales o de encargados; y (iii) que el ingreso a la carrera establecido en esos términos comportaba la suspensión de todos los concursos públicos que para ese momento se adelantaban [...]. Sostuvieron los actores que el legislador no modificó una norma constitucional conforme a su competencia, sino que sustituyó su contenido por uno que en su conjunto, contiene elementos esencialmente opuestos al principio del mérito. Como problema jurídico la Sala Plena consideró que debía establecer si la inscripción extraordinaria consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2008, como un derecho a favor de los servidores que provisionalmente o por encargo desempeñan cargos de carrera administrativa, sustituía o no la Constitución. Explicó que siendo el mérito el fundamento único de la carrera, a ésta sólo se puede acceder por concurso. El constituyente dispuso el concurso como un mecanismo para evaluar el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa. Sostuvo la Sala Plena que el concurso de méritos: "es así un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impide que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante." La Sala se pronunció declarando: [...] INEXEQUIBLE, en su totalidad, el Acto Legislativo No. 01 de 2008" Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política." SEGUNDO. Esta sentencia tiene efectos retroactivos y, por tal razón, se reanudan los trámites relacionados con los concursos públicos que hubieren sido suspendidos y carecen de valor y efecto todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa o los ingresos automáticos a la misma que, con fundamento en el Acto Legislativo No. 01 de 2008, se hayan realizado."

[17] El Acto Legislativo 01 de 2008 "por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política" establecía en su artículo 1º: adiciónese un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución, así: "Párrafo transitorio. Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a

ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción. Mientras se cumpla este procedimiento, se suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente párrafo. La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá desarrollar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente acto legislativo, instrumentos de calificación del servicio que midan de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa. Quedan exceptuados de estas normas los procesos de selección que se surtan en desarrollo de lo previsto por el artículo 131 de la Constitución Política y los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política, carrera docente y carrera diplomática consular."

[18] En la sentencia C-563 de 2000 (MP. Fabio Morón Díaz) la Sala Plena estudió la constitucionalidad del artículo 4° de la Ley 448 de 1998 "por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones". El accionante de la demanda sostenía que el legislador, al crear un sistema específico de carrera, es decir, aquellos cargos que para su provisión no se guían por las normas generales de carrera, lo que había hecho era crear un sistema alterno al dispuesto en artículo 125 de la Constitución. Que la Constitución faculta al Congreso para exceptuar de la carrera algunos cargos públicos, pero no para crear categorías a las ya por ella establecidas. La Corporación sostuvo al respecto que "[n]o se trata entonces de exceptuar a esas entidades del régimen de carrera, sino de diseñar un sistema especial para cada una de ellas, dada su singularidad y especificidad; los regímenes especiales o sistemas específicos como los denominó en legislador en la norma impugnada, son carreras administrativas reguladas por normas propias, que atienden, de una parte la singularidad y especificidad de las funciones que a cada una de ellas corresponde y de otra los principios generales que orientan la carrera administrativa general contenidos en la ley general que rige la materia."

[19] Corte Constitucional, sentencia C-387 de 1996 (MP. Hernando Herrera Vergara).

[20] Ver por ejemplo las sentencias T-329 de 2009 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, AV. Nilson Pinilla Pinilla), T-715 de 2009 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-502 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-556 de 2010 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), T-606 de 2010 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-687 de 2010 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), T-738 de 2010 (MP. Mauricio González Cuervo), T-169 de 2011 (MP. María Victoria Calle Correa), T-509 de 2011 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), T-547 de 2011 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-235 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), entre otras.

[21] Corte Constitucional, sentencia C-181 de 2010 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub): el actor de la demanda señaló que el apartado "la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente" vulneraba el artículo 125 porque en la fase final de selección se designa a discreción de una terna. En la parte resolutive de la sentencia, la Sala Plena de la Corporación declaró "exequible la expresión "la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente" del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, en el entendido de que la terna a la que se refiere deberá ser conformada por los

concurantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el respectivo concurso de méritos; de que el nominador de cada empresa social del estado deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje; y de que el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero."

[22] Corte Constitucional, sentencia T-1009 de 2010 (MP. María Victoria Calle Correa): Se trató de la acción de tutela presentada contra la Gobernación del Cesar y el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA). Explicó el actor que participó en un concurso de méritos para designar al Gerente Seccional del ICA del Cesar. Que superó todas las fases del concurso con el puntaje más alto, y fue seleccionado para integrar la terna que sería enviada al Gobernador para la elección del aspirante, no obstante, fue designada en el cargo la persona que ocupó el puntaje más bajo dentro de las que conformaban la terna. A juicio del actor, las entidades accionadas vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a cargos públicos, al desconocer el precedente de la Corte Constitucional relativo a que en los concursos de méritos se debe designar en el cargo a la persona que haya obtenido el puntaje más alto.

[23] Corte Constitucional, sentencia C-295 de 1995 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

[24] Regidos en materia de sus contratos de trabajo por las disposiciones de la Ley 6 de 1945 y su Decreto Reglamentario 2127 de 1945.

[25] Folios 1 a 19.

[26] Folios 20 a 22.

[27] Afirmación del actor, folios 1 a 19.

[28] El artículo 1° del Decreto 1848 de 1969 "por el cual se reglamenta el decreto 3135 de 1968" dispone que son empleados oficiales "[l]as personas naturales que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta. Y dispone que su vinculación a la administración pública se hace a través de "una relación legal y reglamentaria o por un contrato de trabajo," regido este último por la Ley 6° de 1945 y las normas aplicables del Código Sustantivo del Trabajo. En el caso de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado todos sus funcionarios son trabajadores oficiales, por excepción, empleados públicos.

[29] Ley 489 de 1998 "por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones," artículo 88: Dirección y administración de las empresas. La dirección y administración de las empresas industriales y comerciales del Estado estará a cargo de una Junta Directiva y de un Gerente o Presidente.

[30] Artículo 155 de la Ley 1551 de 2007 "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010", artículo 155: "(...) adicionalmente créase una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, denominada Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios

económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, de acuerdo con lo que establezca la ley que los desarrolle (...)."



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

