

Sentencia T-169/11

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Concepto constitucional y desarrollo jurisprudencial

La actuación temeraria pretende evitar que los ciudadanos hagan un uso abusivo del derecho con la presentación de dos o más acciones dirigidas a la protección de derechos fundamentales basados en la misma situación fáctica, que además lesiona gravemente la prestación del servicio de la administración de justicia y cercena el derecho fundamental de otros ciudadanos para acceder a ésta, amén de verse afectado el principio de lealtad procesal frente a la contraparte y la seguridad jurídica. En tal sentido ha dicho esta Corporación que una actuación temeraria es “aquella que desconoce el principio de la buena fe, en tanto la persona asume una actitud indebida para satisfacer intereses individuales a toda costa y que expresa un abuso del derecho cuando deliberadamente y sin razón alguna se instaura nuevamente una acción de tutela”.

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Elementos para su configuración

La Corte ha sostenido que para la configuración de una actuación temeraria deben presentarse de forma concurrente los siguientes elementos: i) identidad de partes, ii) identidad de causa petendi, iii) identidad de objeto y que se haya presentado nuevamente la tutela, iv) sin motivo expresamente justificado. Caso en el cual procede rechazar o declarar la improcedencia de la acción e imponer las sanciones correspondientes. Empero este Tribunal Constitucional ha resaltado eventos en los que, pese a existir identidad de partes, identidad de pretensión e identidad de objeto, no se configura la actuación temeraria toda vez que la misma se funda 1) en las condiciones del actor que lo coloca en estado de ignorancia o de especial vulnerabilidad o indefensión en que actúa por miedo insuperable o la necesidad extrema de defender sus derechos, 2) en el asesoramiento equivocado de los profesionales del derecho, 3) en nuevos eventos que aparecen con posterioridad a la acción o que se omitieron en el trámite de la misma u otra situación que no se hubiere tomado como fundamento para decidir la tutela anterior que involucre la necesidad de protección de los derechos, y 4) en la presentación de una nueva acción ante la existencia de una sentencia de unificación de la Corte Constitucional. Es más, este Tribunal ha dejado sentado en su doctrina que como el ejercicio de la acción de tutela es un derecho fundamental, las restricciones que se apliquen al mismo con el objeto de proteger el adecuado funcionamiento

de la administración de justicia, deben estar orientadas por la refrendación de que el accionante ha desplegado una conducta de mala fe, o de tipo doloso en la interposición de las acciones de tutela, de lo contrario no habrá lugar a imponer sanción alguna por temeridad.

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Existencia de una sentencia de constitucionalidad posterior a la primera decisión de tutela en materia de designación de gerentes de las E.S.E.

Para el año 2009, en que el actor instauró la primera petición de tutela, la Corte no se había pronunciado en relación a la constitucionalidad del primer inciso del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, pues sólo lo había hecho respecto del inciso primero del párrafo transitorio de este artículo, a través de la Sentencia C-957 de 2007. Aún para el año 2009 se consideraba que en la designación de gerentes de las E.S.E, los nominadores, tenían un margen de discrecionalidad, no estando obligados a escoger de la terna a quien hubiese ocupado el primer lugar en el concurso de méritos, pese a que esta Corporación en fallos de tutela para dicha anualidad había convalidado providencias de jueces, que por vía de excepción de inconstitucionalidad inaplicaban el aparte final del inciso primero del artículo 28, por considerar que contrariaba el artículo 125 de la Norma Superior y que, por lo tanto, la autoridad nominadora sí estaba obligada a designar como Gerente a quien figurase con el mayor puntaje. Sólo hasta el diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010) la Corte Constitucional, mediante sentencia de constitucionalidad C-181 de 2010, se pronunció en relación a lo dispuesto en el aparte demandado (parcial). La Corte declaró su constitucionalidad bajo el entendido "... 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". Así las cosas, para esta Sala es evidente que la segunda tutela presentada por el accionante en el año 2010 difiere de la primera, como quiera que para el año 2009, la Corte no se había pronunciado sobre el derecho controvertido, expresando que tal derecho si se tiene, como lo decidió expresamente con respecto al aparte demandado del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 en la sentencia C-181 de 2010, que tiene efectos erga omnes, de la que se desprende sin duda, que el nominador

está obligado a nombrar a quien haya obtenido la mejor calificación en el respectivo concurso de méritos. Se trata entonces de una persona que considera que tiene un determinado derecho constitucional, que la administración y el juez de tutela le dijeron no tener y que posteriormente es reconocido por la Corte en una sentencia de control abstracto.

CONCURSO DE MERITOS-Principio de mérito garantiza que la función administrativa se desarrolle con fundamento en los principios constitucionales de igualdad, moralidad y eficacia

NOMBRAMIENTO DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Evolución jurisprudencial

GERENTE DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO-Nombramiento de quien ocupó el primer lugar en la terna

Referencia: expediente T-2857968

Acción de tutela instaurada por Jaime Alberto Niebles Pardo contra el Alcalde del Municipio del Palmar de Varela.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., once (11) de marzo de dos mil once (2011)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previas el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Promiscuo Municipal del Palmar de Varela -Atlántico- el 06 de julio de 2010 y, en segunda instancia, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad - Atlántico - el 23 de agosto

de 2010, dentro de la acción de tutela de la referencia.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio de auto del veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010), proferido por la Sala de Selección número diez (10).

I. ANTECEDENTES

El 22 de junio de 2010 el señor Jaime Alberto Niebles Pardo, a través de apoderado, instauró acción de tutela contra el Alcalde del Municipio del Palmar de Varela y contra el Gerente de la Empresa Social del Estado Centro de Salud del mismo Municipio, por considerar vulnerado su derecho constitucional a acceder a cargos públicos, en la que estima incurrieron los accionados, al no nombrarlo en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Centro de Salud del Municipio de Palmar de Varela, no obstante haber obtenido el primer puesto en el concurso de méritos, convocado por la Junta Directiva de dicho ente hospitalario, para efectos de proveer el citado empleo.

1. Hechos y pretensión expuestos por el actor.

1.1. Expone el apoderado del accionante, que éste ocupó el primer lugar en el concurso de méritos realizado por la Fundación Universitaria San Martín de Barranquilla, dentro del proceso de selección de Gerente de la Empresa Social del Estado, Centro de Salud del Municipio de Palmar de Varela, obteniendo el máximo puntaje, 76.1 puntos;¹ concurso realizado por solicitud de la E.S.E Centro de Salud de Palmar de Varela con el propósito de conformar terna,² sin embargo el Alcalde del Municipio de Palmar de Varela nombró y posesionó al señor Gredys Alfonso Hernández Romero,³ a pesar de que éste ocupó el tercer lugar con un puntaje de 73.92, como consta en oficio expedido por el claustro universitario.⁴

1.2. En razón de lo anterior el 27 de julio de 2009 el accionante, a través de apoderado judicial interpuso acción de tutela contra el Alcalde Municipal de Palmar de Varela, buscando la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso,⁵ que fue resuelta en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo de Barranquilla, amparando los derechos fundamentales invocados, ordenando nombrar como Gerente al señor Jaime Alberto Niebles Pardo,⁶ lo cual en efecto hizo la alcaldía⁷, pero nunca lo posesionó.

1.3. Los accionados impugnaron la decisión anterior,⁸ valga aclarar que se habla de los accionados, porque si bien la tutela sólo estaba dirigida contra el Alcalde de la localidad, el Juez de primera instancia por auto del 11 de agosto de 2009 ordenó notificarla al Gerente de la E.S.E. señor Gredys Alfonso Hernández Romero, y por auto del 14 de agosto de la misma anualidad ordenó vincular a la Fundación Universitaria San Martín y a las personas que habían clasificado en el concurso de méritos.

El Tribunal Administrativo de Barranquilla el 15 de octubre de 2009 resuelve la impugnación y revoca totalmente el fallo de primera instancia, esgrimiendo que el mecanismo de la tutela no era el medio para reclamar los derechos cuyo amparo se solicita, porque existía otro mecanismo judicial ordinario para ello, “como lo es la acción electoral”.⁹

1.4. Que la Corte Constitucional en la C-181 de 2010¹⁰ declaró la exequibilidad condicionada del artículo 28 del decreto 1122 de 2007, dejando sentado que en procesos de selección por concursos de méritos para designar Gerente de Empresas Sociales del Estado, el nominador debe nombrar de la terna que le sea remitida a la persona que haya obtenido el mayor puntaje.

1.5. El apoderado señala que esta decisión sostiene una tesis nueva, que hace que aunque en el pasado se haya propuesto otra acción de tutela sobre este caso, no hay temeridad, aunado que la presente acción difiere de la anterior porque está invocando el amparo de un derecho constitucional fundamental diverso, el derecho al acceso de funciones y cargos públicos.

1.6. Expone que su representado, a través de la acción ordinaria de nulidad y restablecimiento del derecho, no logrará la efectividad y garantía de su derecho constitucional fundamental a ser nombrado y posesionado en el cargo para el que concurso y obtuvo el primer lugar, porque el procedimiento jurisdiccional ordinario es prolongado en el tiempo y culminaría después de haberse vencido el periodo para el cual debió ser nombrado, y porque a lo sumo lo que se logra en dicho proceso es un resarcimiento económico, pero no el amparo efectivo de su derecho fundamental.

Esgrime que su apoderado, debe ser nombrado y posesionado por tres razones: primera, porque ocupó el primer puesto en el concurso de méritos; segunda, porque la Junta Directiva de la E.S.E lo incluyó en la terna que elaboró para el nombramiento de gerente y, tercera,

porque la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 28 de la ley 1122 de 2007, lo hizo bajo la premisa de que el nominador debe nombrar de la terna a quien haya alcanzado el mayor puntaje.

1.7. Pretende el actor: Primero, se le tutele el Derecho Constitucional Fundamental de Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos establecido en el numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política; segundo, se ordene al Alcalde del Municipio de Palmar de Varela revocar el nombramiento del doctor Gredys Alfonso Hernández Romero, y tercero, se nombre y posea al doctor Jaime Alberto Niebles Pardo en el cargo de Gerente de la E.S.E Centro de Salud del Municipio de Palmar de Varela.

2. Respuesta de los accionados.

2.1. El 25 de junio 2010 el doctor Gredys Alfonso Hernández Romero, a través de apoderado judicial, como Gerente de la E.S.E Centro de Salud del Municipio de Palmar de Varela dio respuesta al escrito de tutela¹¹, y de su exposición se resaltan los siguientes aspectos:

2.1.1. Que el Alcalde del Municipio de Palmar de Varela lo nombró como gerente a través del Decreto 029 de mayo 7 de 2009, cumpliendo los parámetros legales existentes y vigentes para esa época, hace mención primordialmente del artículo 192 de la Ley 100 de 1993, del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 y del artículo 1º del Decreto 800 de 2008, marco normativo que establece los parámetros para la escogencia de Gerente, señalando que en aplicación del mismo la Junta Directiva de la E.S.E adelantó, por intermedio de la Fundación Universitaria San Martín de Barranquilla el concurso abierto y público de méritos, y que en virtud del mismo y de la lista que remitió la Universidad, la Junta integró terna mediante el acuerdo No 06 del 5 de mayo de 2009, para que el Alcalde procediese a nombrar, integrada con los nombres del doctor Gredys Alfonso Hernández Romero, el doctor Jaime Alberto Niebles Pardo y la doctora Carmen Julia Rocha Insignares.

2.1.2. Afirma textualmente que el alcalde municipal de Palmar de Varela Rafael Ángel Fontalvo Fontalvo, “optó por elegir al Doctor GREDYS HERNANDEZ ROMERO, ...mediante acuerdo 029 del 7 de mayo de 2009, como Gerente de la Empresa Social del Estado Centro de salud del Municipio de Palmar de (sic) Varela, hasta el 31 de Diciembre de 2012”, aduciendo que por la naturaleza directiva y el periodo para el cual es nombrado, el cargo de Gerente de la E.S.E no es un empleo de carrera, ni de libre nombramiento y remoción, sino

de periodo fijo, y que en razón a ello no le son aplicables las normas, ni las consideraciones que en reiterada jurisprudencia ha señalado la Corte Constitucional, en relación a los concursos de méritos para cargos de carrera administrativa o judicial, y que como el Alcalde contaba con un margen de discrecionalidad, es factible que nombrase a uno de los que integraba la terna, sin que el nombramiento tuviese que recaer sobre la persona que había obtenido el más alto puntaje.

2.1.3. Admite que esta Corporación ha precisado que la discrecionalidad absoluta, entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad, sin embargo expresa que el proceder del señor Alcalde en su caso concreto no contraría ninguno de los principios que rigen la función Pública administrativa, porque “le asistía la discrecionalidad de escoger al gerente de la terna que la Junta enviara”, y que “debe quedar claro que las normas que regulan el ingreso al servicio público por concursos de méritos comprenden un marco jurídico diferente al que gobierna el nombramiento del Gerente de las Empresas Sociales del Estado”.

2.1.4. Dice que “...el marco normativo sobre la terna establece un procedimiento y unas directrices generales no para culminar con una lista de elegibles, sino para el establecimiento de un conjunto de tres (3) candidatos, los cuales posteriormente serán propuestos por la junta directiva de la E.S.E, para que de estos (sic) se escoja finalmente el Gerente, indistintamente que pudiere ser el primero, segundo o tercero, estas tres personas tienen las aptitudes y conocimiento para afrontar el cargo...” (negritas y subrayas del texto original).

2.1.5. Sostiene que la presente tutela es temeraria, porque “se trata de los mismos hechos y pretensiones de los que ya fueron debatidos en sede de tutela” y que generar nuevamente situaciones litigiosas en relación con este mismo tema, “sería actuar con desconocimiento de la prohibición establecida en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991”, y solicita se imponga sanción al abogado del accionante. Adicionalmente señala que la tutela decidida en favor de su apoderado en el año 2009, fue excluida de revisión por parte de la Corte Constitucional.

Que el alcalde motivó el acto de su nombramiento como Gerente conforme las normas que en ese momento se venían aplicando, en virtud de las cuales contaba con un margen de discrecionalidad para escoger a cualquiera de los incluidos en la terna, y por tratarse de un asunto posterior a lo decidido en la tutela de 2009,¹² y a la sentencia C-181 de 2010, no

tienen aplicación en el sub lite, como quiera que por regla general los efectos de los fallos de constitucionalidad no tienen efectos retroactivos.

Que si bien por vía de fallos de revisión de tutela, de tiempo atrás la Corte Constitucional -en casos similares al que nos ocupa- amparó, en casos aislados, el derecho a la igualdad y otros en el nombramiento de Gerentes de E.S.E, aplicando las reglas de concursos de méritos para cargos de libre nombramiento y remoción, carrera administrativa y rama judicial, dichos fallos sólo tienen efectos interpartes, y en cuanto a los efectos erga omnes de la Sentencia C-181 de 2001, señala que sólo lo son hacia el futuro, mas no aplicables al caso concreto por tratarse de una situación definida con antelación.

2.1.6. Afirma que el Decreto 029 del 7 de mayo de 2009, por el cual es nombrado gerente, es un acto administrativo de carácter particular y concreto, que reconoció un derecho en su favor, el cual conforme las normas del C.C.A no puede ser revocado unilateralmente por la administración, sin previo consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, y que, además, como dicho acto no es el resultado de un silencio administrativo de efectos positivos, ni fue proferido por medios ilegales o resultado de maniobras engañosas de su apoderado, al amparo de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de Corte Constitucional, bajo ninguna circunstancia puede ser revocado en sede administrativa, sino que cualquier cuestionamiento de su legalidad debe ser en sede jurisdiccional ordinaria.

Aduce que en el presente caso no existe un perjuicio irremediable, pues no concurren los requisitos que la Corte Constitucional ha delimitado para que se pueda predicar tal perjuicio, y además expone la improcedencia de la acción por desconocer los requisitos de inmediatez y subsidiariedad. Solicita que se deniegue la tutela porque no se encuentra vulnerado ningún derecho fundamental invocado y que se imponga sanción al accionante por temeridad.¹³

2.2. El 25 de junio de 2010, a través de apoderado judicial, el señor Rafael Ángel Fontalvo Fontalvo, Alcalde Municipal de Palmar de Varela da respuesta a la tutela,¹⁴ en la que expone:

2.2.1 Que “[e]l accionante ocupó el primer lugar en el proceso de selección, pero esto no obligaba al accionado a nombrarlo como gerente de la E.S.E. La terna se integró con los profesionales JAIME NIEBLES PARDO, CARMEN JULIA ROCHA INSIGNARES Y GREDYS HERNANDEZ ROMERO, escogiéndose al Doctor, GREDYS HERNANDEZ ROMERO, quien fue

nombrado mediante Decreto 029 del 7 de mayo de 2009”.

Indica que por la inconformidad del doctor Jaime Alberto Niebles Pardo con la decisión tomada, éste instauró acción de tutela en contra del Alcalde por presunta violación del derecho fundamental al debido proceso y a la igualdad, que falló en primera instancia el 20 de agosto de 2009 el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla concediendo el amparo, al inaplicar un aparte del art. 28 de la ley 1122 de 2007, al considerar que contrariaba el artículo 125 de la Constitución Política,¹⁵ ordenando al Alcalde revocar el decreto 029 del 7 de mayo de 2009 y nombrar como gerente de la E.S.E al doctor Jaime Alberto Niebles Pardo, por haber ocupado el primer lugar en el concurso de méritos.

2.2.2. Relata que en cumplimiento del fallo del 20 de agosto de 2009, expidió el Decreto No 053 del 27 de agosto de 2009¹⁶ revocando el decreto 029 del 7 de mayo y nombrando como Gerente de la E.S.E al accionante, notificado personalmente tanto al doctor Jaime Alberto Niebles Pardo como al doctor Gredys Alfonso Hernández Romero el 2 de septiembre de 2009, haciéndoles saber que contra el mismo procedía el recurso de reposición. Que como el doctor Gredys Alfonso Hernández Romero interpuso recurso de reposición, “[e]s elemental suponer, que no estando ejecutoriada la decisión tomada a través del decreto No 053 de 2009, no era posible posesionar al doctor JAIME PARDO NIEBLES (sic), luego el accionante sí fue nombrado, lo que sucedió fue que no alcanzó a posesionarse debido a la interposición de un recurso de reposición en contra de dicho acto administrativo...”, y además señala que no obstante el fallo del Tribunal Administrativo de Barranquilla del 15 de octubre de 2009, que revoca la decisión de primera instancia, “el señor Alcalde municipal, expidió el decreto No 082 del 27 de Octubre de 2009, por medio del cual resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del decreto No 053 de 2009, revocándose los artículos 1º y 2º del citado decreto y manteniéndose en firme la totalidad del decreto No 029 del 7 de mayo de 2009, a través del cual se nombró al doctor: GREDYS HERNANDEZ, gerente de la E.S.E”.

Manifiesta que el accionante y su apoderado pretenden revivir una situación que por vía de tutela fue fallada en primera instancia favorable al doctor Niebles Pardo y desfavorable en la segunda instancia, “ya que lo plasmado en los hechos de la presente tutela, son iguales a la interpuesta ante el juzgado 2º Administrativo”, conducta que debe ser asumida como temeraria, lo cual obliga a que le impongan sanciones, pues, dice, “estamos hablando de dos acciones idénticas, tras un fin común, como lo es el nombramiento del accionante”.

2.2.3. Que no existe un perjuicio irremediable por cuanto el accionante ha dejado transcurrir más de un año, por ende no existe un peligro inminente e impostergable, sumado el hecho que el actor no acudió a ejercer las acciones ordinarias que tiene a su alcance, las que son eficaces para la protección del derecho que considera vulnerado. Solicita declarar improcedente lo pretendido por el accionante, que se le sancione, así como a su apoderado, de acuerdo al Decreto 2351 de 1991.17

3. Sentencia de primera instancia

El 6 de julio de 2010 el Juzgado Promiscuo Municipal de Palmar de Varela dicta decisión, resolviendo no tutelar el derecho fundamental solicitado.

En primer lugar, estima que resulta tardío atender lo impetrado por el actor, aún a pesar de la existencia de la sentencia C-181 de 2010, por considerar que el acto administrativo a través del cual se nombró al señor Gredys Alfonso Hernández como gerente de la E.S.E se halla ejecutoriado, creó un derecho de carácter particular, que no puede ser revocado sin su expreso consentimiento y, que el actor contaba con medios jurisdiccionales ordinarios para atacar su legalidad. En segundo lugar, el Juzgado consideró que en su momento el artículo 28 del la Ley 1122 de 2007 permitía elegir discrecionalmente de terna presentada, a cualquiera de los postulados. En tercer lugar, juzga que en el caso concreto no existe un perjuicio irremediable, porque no se presentan los elementos señalados por la Corte Constitucional que permiten su configuración. En cuarto lugar, estima que no hay lugar a declarar temeridad en el proceder del accionante, al considerar que existieron situaciones nuevas, pero que en sí mismas no eran suficientes para ordenar la revocatoria del nombramiento del Dr. Gredys Alfonso Hernández.

4. Impugnación

La parte actora en su impugnación, en esencia, además de reiterar lo expuesto en su escrito de tutela, argumenta que cumple con el requisito de inmediatez, porque si bien el nombramiento de Gerente de la E.S.E ocurrió en mayo de 2009, lo cierto es que entre la fecha de presentación de la tutela y el nuevo hecho representado en la sentencia de constitucionalidad C-181de 2010 no transcurrieron más de tres (3) meses. Así mismo enfatiza la procedencia de la acción de tutela como mecanismo directo en los casos de concursos de méritos.

La sentencia igualmente es impugnada por el apoderado del señor Gredys Alfonso Hernández Romero, para insistir en la temeridad del proceder del accionante.

5. Sentencia de segunda instancia

Mediante sentencia del 23 de agosto de 2010 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad (Atlántico) confirma lo decidido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Palmar de Varela, porque (i) considera que el accionante debió demandar ante la jurisdicción contenciosa administrativa la nulidad del acto administrativo por el cual se nombró al señor Gredys Alfonso Hernández Romero; (ii) estima que la sentencia de constitucionalidad C-181 de 2010 no puede ser considerado como un hecho nuevo a los motivos que rodearon la presentación de la acción de tutela en el año 2009, porque independientemente de la mencionada sentencia el amparo solicitado podría darse si fuere el caso con la utilización de otros precedentes jurisprudenciales y con la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, como en su momento lo hizo el Juez segundo Administrativo de Barranquilla; (iii) aprecia que lo que persigue el actor en la presente tutela es lo mismo que en la acción intentada en el año 2009, y (iv) considera que no es dable entrar a estudiar de fondo, en el sentido de si se aplicó o no correctamente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, con sustento en jurisprudencias de constitucionalidad que para el momento en que se definió el tema en la tutela inicialmente interpuesta no se había proferido y finalmente aduce que en este asunto existe cosa juzgada constitucional, por cuanto la tutela inicialmente fallada, no fue escogida para revisión.

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la 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 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

A partir de los antecedentes planteados es claro que, antes de entrar al análisis de fondo relativo a una eventual vulneración al derecho fundamental cuyo amparo invoca el accionante, la Sala deberá establecer, como aspecto previo, si la acción constitucional

interpuesta en esta ocasión es procedente o no, por tratarse de una acción temeraria o por existir cosa juzgada constitucional, teniendo en cuenta que ya se había presentado una acción de tutela presuntamente con base en los mismos hechos, partes y objeto pero con posterioridad al fallo de tutela se profirió una sentencia de constitucionalidad en la cual se reconoce el derecho al amparo pretendido.

En el evento de decidir afirmativamente sobre la procedencia de la acción, la Sala deberá determinar si se produjo vulneración del derecho fundamental de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos del señor Jaime Alberto Niebles Pardo, como resultado de la decisión de la Alcaldía Municipal de Palmar de Varela -Atlántico-, de no nombrarlo en el cargo de Gerente de la E.S.E. Centro de Salud con camas del Municipio de Palmar de Varela, a pesar de haber obtenido el primer puesto en el concurso público de méritos convocado por la Junta Directiva para proveer el mencionado cargo.

Aspecto previo: examen sobre la configuración de temeridad, o cosa juzgada en el presente caso. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991,¹⁸ por el cual se reglamenta el ejercicio de la acción de tutela, establece que puede entenderse como actuación temeraria.

La anterior norma pretende evitar que los ciudadanos hagan un uso abusivo del derecho con la presentación de dos o más acciones dirigidas a la protección de derechos fundamentales basados en la misma situación fáctica, que además lesiona gravemente la prestación del servicio de la administración de justicia y cercena el derecho fundamental de otros ciudadanos para acceder a ésta, amen de verse afectado el principio de lealtad procesal frente a la contraparte y la seguridad jurídica.

En tal sentido ha dicho esta Corporación que una actuación temeraria es “aquella que desconoce el principio de la buena fe, en tanto la persona asume una actitud indebida para satisfacer intereses individuales a toda costa y que expresa un abuso del derecho cuando deliberadamente y sin razón alguna se instaura nuevamente una acción de tutela”.¹⁹

En reiterada doctrina, la Corte ha sostenido que para la configuración de una actuación temeraria deben presentarse de forma concurrente los siguientes elementos:²⁰ i) identidad de partes, ii) identidad de causa petendi, iii) identidad de objeto y que se haya presentado

nuevamente la tutela, iv) sin motivo expresamente justificado. Caso en el cual procede rechazar o declarar la improcedencia de la acción e imponer las sanciones correspondientes.

Empero este Tribunal Constitucional ha resaltado eventos en los que, pese a existir identidad de partes, identidad de pretensión e identidad de objeto, no se configura la actuación temeraria toda vez que la misma se funda 1) en las condiciones del actor que lo coloca en estado de ignorancia o de especial vulnerabilidad o indefensión en que actúa por miedo insuperable o la necesidad extrema de defender sus derechos, 2) en el asesoramiento equivocado de los profesionales del derecho, 3) en nuevos eventos que aparecen con posterioridad a la acción o que se omitieron en el trámite de la misma u otra situación que no se hubiere tomado como fundamento para decidir la tutela anterior que involucre la necesidad de protección de los derechos, y 4) en la presentación de una nueva acción ante la existencia de una sentencia de unificación de la Corte Constitucional.²¹

Es más, este Tribunal ha dejado sentado en su doctrina que como el ejercicio de la acción de tutela es un derecho fundamental, las restricciones que se apliquen al mismo con el objeto de proteger el adecuado funcionamiento de la administración de justicia, deben estar orientadas por la refrendación de que el accionante ha desplegado una conducta de mala fe,²² o de tipo doloso²³ en la interposición de las acciones de tutela, de lo contrario no habrá lugar a imponer sanción alguna por temeridad.

Esbozadas las anteriores anotaciones la Sala establecerá lo referente a la temeridad, que asevera la parte accionada se configura en el sub lite.

Valoración de la probable temeridad de la acción objeto de análisis.

En el año 2009 la solicitud de amparo del señor Jaime Alberto Niebles Pardo fue estudiada, en primera instancia, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla, que en fallo del 20 de agosto de 2009 concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados, inaplicando por vía de excepción de inconstitucionalidad la parte final del inciso primero del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007. Este fallo fue impugnado ante el Tribunal Administrativo de Barranquilla, que en providencia del 15 de octubre de 2009 revocó en su integridad la decisión del a quo. Una vez remitido el expediente a la Corte Constitucional fue excluido de Revisión,²⁴ lo que significa que el fallo citado hizo tránsito a cosa juzgada constitucional.

La situación descrita implicaría, en principio, descartar el estudio de fondo de la presente acción, sin embargo la Sala encuentra que existen diferencias entre la primera acción de tutela, no seleccionada para Revisión por la Corte, y la que nos ocupa.

Diferencias entre la primera y la segunda petición de tutela:

Para el año 2009, en que el actor instauró la primera petición de tutela y que se emitieron los fallos del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla y del Tribunal Administrativo de Barranquilla, la Corte no se había pronunciado en relación a la constitucionalidad del primer inciso del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, pues sólo lo había hecho respecto del inciso primero del párrafo transitorio de este artículo, a través de la Sentencia C-957 de 2007.²⁵

Aún para el año 2009 se consideraba que en la designación de gerentes de las E.S.E, los nominadores, tenían un margen de discrecionalidad, no estando obligados a escoger de la terna a quien hubiese ocupado el primer lugar en el concurso de méritos, pese a que esta Corporación en fallos de tutela para dicha anualidad había convalidado providencias de jueces, que por vía de excepción de inconstitucionalidad inaplicaban el aparte final del inciso primero del artículo 28, por considerar que contrariaba el artículo 125 de la Norma Superior y que, por lo tanto, la autoridad nominadora sí estaba obligada a designar como Gerente a quien figurase con el mayor puntaje.²⁶

En muchos casos, los nominadores, como ocurrió con el Alcalde del Municipio de Palmar de Varela, se excusaban de aplicar los fallos de tutela de la Corte Constitucional, sobre casos similares al que nos ocupa, aduciendo que los mismos tenían efecto inter partes y que el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, les permitía nombrar a cualquiera de los ternados, así fuese a quien no ocupó el primer lugar en el concurso de méritos.

Sólo hasta el diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010) la Corte Constitucional, mediante sentencia de constitucionalidad C-181 de 2010,²⁷ se pronunció en relación a lo dispuesto en el aparte demandado (parcial) del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, que en su tenor literal dice: "...la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente" (resaltado

fuera de texto). La Corte declaró su constitucionalidad bajo el entendido "... 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".

Así las cosas, para esta Sala es evidente que la segunda tutela presentada por el accionante en el año 2010 difiere de la primera, como quiera que para el año 2009, la Corte no se había pronunciado sobre el derecho controvertido, expresando que tal derecho si se tiene, como lo decidió expresamente con respecto al aparte demandado del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 en la sentencia C-181 de 2010, que tiene efectos erga omnes, de la que se desprende sin duda, que el nominador está obligado a nombrar a quien haya obtenido la mejor calificación en el respectivo concurso de méritos.

Se trata entonces de una persona que considera que tiene un determinado derecho constitucional, que la administración y el juez de tutela le dijeron no tener y que posteriormente es reconocido por la Corte en una sentencia de control abstracto.

- Diferencia en cuanto a las partes.

La primera petición de tutela fue dirigida sólo contra el Alcalde del Municipio de Palmar de Varela,²⁸ y quien dispuso la vinculación a dicho proceso de la Fundación Universitaria San Martín y de todas las personas que clasificaron con un puntaje superior a 70 puntos en el concurso de méritos, fue el Juzgado segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla;²⁹ entre tanto, en la presente acción la petición está dirigida contra el Alcalde del Municipio de Palmar de Varela y contra el Gerente de la E.S.E Centro de Salud del Municipio de Palmar de Varela,³⁰ así las cosas infiere esta Sala que no existe identidad de partes entre ambas acciones.

- Diferencia en cuanto a derechos fundamentales

Es cierto que, tanto en la primera solicitud de tutela como en la presente, el accionante busca un igual propósito, que se revoque el nombramiento hecho al señor Gredys Alfonso Hernández como Gerente de la ESE y, en su lugar, se le designe, esgrimiendo fundamentos fácticos, sin embargo en la primera solicitud el actor invocó el amparo del derecho a la igualdad y al debido proceso,³¹ entre tanto en la actual petición de tutela el actor solicita el amparo del derecho a acceder a funciones y cargos públicos de que trata el numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política,³² construyendo diferentes argumentos.

Considera la Sala, a partir de lo expuesto, que entre la primera acción y la segunda existen diferencias relevantes, por la existencia de una situación nueva representada en una Sentencia de Constitucionalidad, que en sí misma justifica la petición de la presente acción, sumado a ello la diferencia de partes y de derechos fundamentales invocados, razón suficiente para iniciar el análisis de fondo.

Entra la Sala, entonces, a determinar si en el caso bajo estudio, se presenta una vulneración al derecho fundamental de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos del señor Jaime Alberto Niebles Pardo, como resultado de la decisión de la Alcaldía Municipal de Palmar de Varela -Atlántico-, de no nombrarlo en el cargo de Gerente de la E.S.E. Centro de Salud con camas del Municipio de Palmar de Varela, a pesar de haber obtenido el primer puesto en el concurso público de méritos convocado para proveer el mencionado cargo.

Para ello, para dilucidar la anterior cuestión se reiterará la jurisprudencia en lo que toca a (i) la procedencia de la acción de tutela como mecanismo directo en asuntos en que se controvierten concursos de méritos; (ii) el mérito como principio constitucional y criterio orientador para el acceso a cargos en la Función Pública, y la facultad de configuración del legislador para sujetar a concurso de méritos la elección y/o nombramiento de cargos de libre nombramiento y remoción; (iii) Selección y nombramiento de Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Evolución Jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación al tema, y (iv) el caso en particular y su solución.

1. Requisito de procedibilidad. Procedencia de la acción de tutela como mecanismo directo en asuntos en que se controvierten concursos de méritos. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Política de 1991 consagró en el artículo 86 la acción de tutela, como mecanismo de protección inmediata, para la salvaguarda y eficacia de los derechos

fundamentales de las personas, cuando éstos se ven amenazados o infringidos por la acción u omisión de alguna autoridad pública o de particulares en los casos establecidos en la ley.³³ Este mecanismo de protección fue reglamentado mediante el Decreto 2591 de 1991, en el cual se indican los requisitos sobre su procedencia, que, a su vez, han sido fijados por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, siendo uno de ellos el requisito de subsidiariedad.

Es así como en el citado decreto se instituyó, como causal de improcedencia de la acción, la existencia de otros medios de defensa judicial, salvo que la tutela se emplee como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por ello únicamente puede impetrarse cuando no exista otro medio de defensa judicial o, que existiendo, éste no sea eficaz para la protección de los derechos que se aspiran salvaguardar para evitar un perjuicio irremediable, circunstancia que deberá ser analizada y valorada por el juez, dependiendo de los supuestos fácticos en cada caso.

Igualmente la Corte, frente al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, ha señalado que, en casos de actos administrativos, antes de acudir a este mecanismo de protección constitucional se deben agotar las vías ordinarias ante la jurisdicción contenciosa administrativa, salvo que el juez evidencie que tales mecanismos no proporcionan una eficaz y pronta protección a los derechos que se pretenden proteger. Sin embargo, en el caso de los concursos de méritos, se ha establecido que las acciones ordinarias, como lo pueden ser la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o la acción electoral, retardan la obtención de los fines que se persiguen,³⁴ razón por la cual el amparo constitucional es el mecanismo idóneo y eficaz, para la protección inmediata de los derechos fundamentales del concursante, que a pesar de haber logrado en razón de sus méritos el primer lugar, no es nombrado en el respectivo cargo público.

En la sentencia T-720 de 2008,³⁵ la Corte Constitucional reiteró su posición frente a esos asuntos, de la siguiente manera:

“La no inclusión de una persona en la lista de elegibles o la figuración de ésta en un lugar que no corresponde, según las consideraciones precedentes, puede implicar la violación de derechos fundamentales, entre otros, a la igualdad, al debido proceso y al trabajo.

La acción contenciosa administrativa mencionada, en caso de prosperar, tendría como

resultado la anulación del acto administrativo en referencia, esto es la lista de elegibles e igualmente el restablecimiento de derecho.

Sin embargo, cabría preguntarse, en qué consistiría dicho restablecimiento?

Hipotéticamente podría pensarse que el restablecimiento del derecho lesionado se lograría de dos maneras: 1) reconociendo al afectado el pago de una presunta indemnización. 2) Emitiendo la orden a la administración para que rehaga la lista de elegibles e incluya a quien resultó favorecido con la acción dentro de dicha lista en el lugar que corresponda, según el puntaje real obtenido.

En cuanto al pago de la indemnización, estima la Sala que existen dificultades jurídicas y prácticas para tasarlas, pues los perjuicios morales difícilmente podrían reconocerse, por no darse los supuestos jurídicos y fácticos que para ello se requiere; en cuanto a los perjuicios materiales, realmente no existirían unos parámetros ciertos con base en los cuales pudieran ser no sólo reconocidos, sino liquidados, pues cabría preguntarse, ¿en qué forma se evaluaría el perjuicio consistente en no ser incluido en una lista de elegibles, o en ser ubicado en ésta en un lugar que no corresponda al puntaje obtenido por el interesado?, si se tiene en cuenta que la colocación en dicha lista es apenas un acto preparatorio del nombramiento y, por lo tanto, tan sólo crea una expectativa para ser designado en el empleo.

Además, el reconocimiento de la indemnización, no puede actuar como un equivalente o compensación de la violación del derecho fundamental, pues lo que el ordenamiento constitucional postula es su vigencia, goce y efectividad en cabeza de su titular; dicho de otra manera, la indemnización que se reconocería no sería idónea para obtener la protección del derecho fundamental que ha sido conculcado por la actuación de la administración.

La orden a la administración para que reelabore la lista de elegibles, con la inclusión en ella del demandante en el proceso contencioso administrativo, carece de objeto y de un efecto práctico, porque dicha lista tiene como finalidad hacer posible la oportuna provisión del cargo o de los cargos correspondientes y para la época en que se dictaría la sentencia, ya la administración habría realizado los nombramientos y las personas designadas han adquirido la estabilidad en el cargo que da su escalafonamiento en la carrera administrativa, estabilidad que no se puede desconocer porque su nombramiento se realizó en forma legítima y con base en un acto que era válido -la lista de elegibles- para la época en que se

hizo la designación, y obviamente el escalafonamiento en carrera luego de superado el período de prueba también es legítimo. Es decir, que el resultado del proceso contencioso administrativo no tiene por qué afectar las situaciones jurídicas válidas que quedaron consolidadas, con fundamento en el concurso, en favor de quienes fueron incluidos en la lista de elegibles y fueron designados para los respectivos cargos. Por consiguiente, quien triunfó en el proceso contencioso administrativo no obtiene con su acción el resultado deseado, cual es el de ser nombrado en el cargo correspondiente. Ello es así, porque el restablecimiento del derecho, a juicio de la Sala, no puede ser ordenado en el sentido de que se nombre al citado en el empleo al cual aspira pues semejante obligación no se le puede imponer a la administración, ya que para ser nombrado, previamente debe estar incluido en la lista de elegibles.

Es más, la orden de reelaborar la lista no tiene un sustento jurídico serio, pues a la administración se le conminaría a que modifique un acto administrativo que ya se encuentra extinguido por el agotamiento de su contenido, lo cual, además, como se dijo antes no tiene un efecto práctico.

La provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa. Por lo tanto, la oportuna provisión de los empleos, con arreglo al cumplimiento estricto de las reglas del concurso y el reconocimiento efectivo de las calidades y el mérito de los concursantes asegura el buen servicio administrativo y demanda, cuando se presenten controversias entre la administración y los participantes en el concurso, de decisiones rápidas que garanticen en forma oportuna la efectividad de sus derechos, más aún cuando se trata de amparar los que tienen el carácter de fundamentales”.

En la sentencia T-329 de 2009,³⁶ se sostuvo:

“La Corte Constitucional ha dicho en numerosas ocasiones que, en principio, la acción de tutela es improcedente para controvertir asuntos de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

No obstante, las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y reparación directa, que serían las vías ordinarias para discutir este tipo de conflictos, no son siempre eficaces para garantizar la protección de los derechos fundamentales de quienes habiéndose sometido a un concurso de méritos, no son elegidos a pesar de haber ocupado los primeros puestos.

Esto porque el término de duración de los procesos contenciosos suele ser tan amplio que usualmente sobrepasa el término de los cargos para cuya provisión se organiza el concurso, así como los términos de vigencia de las listas de elegibles. En esas condiciones, quien no es nombrado en el cargo, a pesar de haber ocupado el primer puesto del concurso, tiene pocas probabilidades de ver concretado su derecho”.

De acuerdo con el citado antecedente, este Tribunal constitucional ha entendido que la tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que ocupan el primer puesto en un concurso de méritos y no obtienen el nombramiento que se reclama.

Conforme a lo anterior, en el caso concreto sale a flote una controversia relacionada con la presunta vulneración del derecho fundamental de acceder a funciones y cargos públicos de una persona que, como el señor Jaime Alberto Niebles Pardo, no obstante haber participado en el concurso de méritos y haber obtenido el más alto puntaje en dicho concurso, no fue nombrado en el cargo gerente de la E.S.E Centro de salud del Municipio de Palmar de Varela. Por lo tanto, esta Sala estima que la acción de tutela es procedente como mecanismo definitivo y directo de protección, razón por la cual se pronunciará de fondo sobre el problema jurídico planteado.

2. El mérito como principio constitucional y criterio orientador para el acceso a cargos en la Función Pública, y la facultad de configuración del legislador para sujetar a concurso de méritos la elección y/o nombramiento de cargos de libre nombramiento y remoción. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 125 de la Constitución elevó a rango constitucional el mérito como principio rector del acceso a la función pública.

La introducción de este principio constitucional, como lo ha señalado esta Corporación en su jurisprudencia,³⁷ persigue tres propósitos sobresalientes.

Primero, asegura el cumplimiento de los fines estatales de manera eficiente y eficaz, en conformidad con el artículo 209 de la Norma Superior, ya que la prestación del servicio público por personas calificadas redundará en la eficacia y eficiencia en su prestación, además de que el mérito como criterio único de selección equipara de neutralidad la función pública, conjura la reproducción de prácticas clientelistas y la saca de las oscilaciones partidistas.³⁸

Segundo, el mérito como criterio rector del acceso a la función pública garantiza varios derechos fundamentales de los ciudadanos, como quiera que viabiliza 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 que, 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.

Tercero, la selección con fundamento en el mérito promueve la igualdad de trato y de oportunidades, porque, de una parte, permite que cualquier persona calificada para el cargo pueda participar en el respectivo concurso y, de otra, relega la concesión de tratos diferenciados injustificados. Así las cosas, este cometido se concreta, verbigracia, en la exigencia de llevar a cabo procesos de selección basados exclusivamente en criterios objetivos.³⁹

De ahí que esta Corporación ha precisado que los concursos públicos, como manifestación de este principio, tienen la finalidad de determinar la idoneidad, la capacidad y la potencialidad de los aspirantes a ocupar un cargo desde el punto de vista de la categoría del empleo y las necesidades del servicio, de tal suerte que el acceso al cargo de quien obtiene la mejor calificación, es un derecho fundamental que en reiteradas oportunidades el Tribunal Constitucional ha tutelado.

Ahora bien, conforme lo ordena el artículo 125 de la Norma Fundamental la regla general es que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y que su provisión se hará a través de concurso de méritos, pero, a su vez, informa la norma que este sistema no es procedente en tratándose de cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Cuando el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, decide sujetar a los principios del concurso la provisión de cargos, se impone el deber de sujetarse a las reglas propias del concurso, como sucede en el caso del cargo de gerentes de Empresas Sociales

del Estado.⁴⁰

Es más, la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional tiene establecido que el nominador sólo puede excusarse de nombrar a quien haya resultado ganador del respectivo concurso, exponiendo argumentos sustentados en razones concretas y objetivas de los que se evidencie la real causa del por qué estima que el aspirante con mayor puntaje no cumple con las exigencias del cargo, aspectos que deberá plasmar en acto administrativo, asegurando de esta manera al aspirante el derecho al debido proceso, que implica su legítimo derecho a la defensa y a controvertir el proceder de la administración.⁴¹

3. Selección y nombramiento de Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Evolución Jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación al tema. Reiteración de jurisprudencia.

En la sentencia T-502 de 2010,⁴² al resolver un caso similar, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte:

“Como se mencionó en el capítulo anterior, la Constitución Política de 1991 en el artículo 125, estableció que la regla general para acceder a la función pública es a través del mérito y que los empleos en los órganos y las entidades del Estado son de carrera. Sin embargo, el mismo artículo señaló que, en el evento en que la Constitución no prevea la forma de nombramiento de un funcionario, ésta le otorga esa facultad al legislador.

En razón de ello, el constituyente dejó, en manos del legislador, la potestad de determinar la naturaleza jurídica de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, pues ella no se ocupó de este tema específico.

Fue así como el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política, profirió el Decreto 139 de 1996, el cual se encargó de establecer los requisitos y funciones de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado y Directores de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del sector público y, además, se adicionó el Decreto número 1335 de 1990.

El artículo 2 de este decreto estableció que “[l]os Gerentes de las Empresas Sociales del Estado y los Directores de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Públicas a que hace referencia este Decreto, son empleados públicos de período fijo, nombrados por el Jefe

de la Entidad Territorial respectiva, para un período mínimo de tres (3) años, prorrogables, de terna que presente la junta directiva del Organismo o Entidad, de acuerdo con lo dispuesto sobre el particular por la Ley 10 de 1990, para ejercer funciones de dirección, planeación, evaluación y control en la administración y gestión de una Institución Prestadora de Servicios de Salud, de naturaleza jurídica pública y de las Empresas Sociales del Estado”.

Dicha nominación se encuentra en cabeza de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado, quien conforma una terna y el jefe de la entidad territorial, con base en ella, efectúa el respectivo nombramiento.

Posteriormente, el legislador expidió la Ley 1122 de 2007, la cual se encargó de introducir algunas modificaciones al sistema General de Seguridad Social en Salud. Mediante esta ley se modificó lo dispuesto en el Decreto 139 de 1996, incluyendo para la designación el sistema del mérito.⁴³

Posteriormente, el Presidente de la República, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expidió el Decreto 800 de 2008, mediante el cual se reglamentó lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

Luego, estableció que las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado conformarán la terna de candidatos de que trata el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, para la designación del Gerente o Director de dichas entidades, con las personas que sean escogidas mediante concurso de méritos público y abierto. Así mismo, la realización del concurso de méritos se hará a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas.

Señaló que el objetivo del concurso de méritos es el de evaluar los conocimientos y las aptitudes de los aspirantes y, a su vez, determinar si el aspirante es idóneo para el desempeño del cargo. Dicho proceso deberá ser adelantado bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad.

Una vez concluido el proceso, la junta directiva de la entidad respectiva, conformará la terna, de la lista que envíe la entidad encargada de adelantar el concurso, la cual, deberá estar integrada mínimo con cinco aspirantes.

(...)

Con anterioridad a la expedición de la Ley 1122 de 2007, esta Corporación se había pronunciado sobre la designación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, mediante la sentencia T-484 de 2004.⁴⁴ En esa oportunidad, quien actuó como demandante, interpuso acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo, por parte de la Gobernación del Huila, toda vez que, aún cuando ocupó el primer lugar en el concurso de méritos, realizado para proveer dicho cargo, no fue nombrado.

En esa ocasión, la Corte señaló que se estaba en presencia de un cargo de libre nombramiento y remoción y que, de acuerdo con la normatividad vigente, no se exigía la realización de un concurso de méritos, pues por regla general, para estos eventos, la administración discrecionalmente nombraba a la persona que debía ocupar el cargo. Sin embargo, señaló que la administración, para designar esta vacante, podía realizar un concurso de méritos, sin verse obligada a nombrar al aspirante que hubiera ocupado el primer lugar en el concurso.

La Sala Octava de Revisión, sostuvo: “lo anterior implica que quienes tienen como función la dirección de las instituciones públicas, son nombrados discrecionalmente por la administración. Si se da el caso de que la administración decide realizar un proceso de selección por méritos para proveer éstos cargos, en virtud del derecho al debido proceso administrativo y al principio de buena fe, este concurso vincula a la administración, pero dentro del marco que por ella haya sido establecido. En efecto, aún para aquellos casos en los cuales la administración abre un concurso para proveer un cargo de libre nombramiento y remoción, la Corte ha considerado que debe elegirse a quien demostró que tenía mayores méritos, pues de lo contrario traicionaría la confianza legítima del concursante mejor opcionado. Sin embargo, la Corte ha precisado que es necesario demostrar que la política de la administración, consistía en nombrar a quien obtuviera el mayor puntaje en el concurso”.^{45.46}

De acuerdo con lo anterior, la decisión de no conceder el amparo a los derechos del accionante se fundamentó, en que no se evidenciaba por parte de la Gobernación del Huila una afectación a los derechos invocados, toda vez que “los concursos de méritos vinculan al nominador para nombrar al primero de la lista, en aquellos casos en los cuales se busca proveer un cargo de carrera administrativa. En los restantes casos, el nominador goza de un

amplio margen de discrecionalidad para nombrar los restantes empleos de la administración, y su vinculación a éstos, en virtud de los principios de buena fe y debido proceso administrativo, abarca a los parámetros por ella establecidos, tal como ha sido señalado”.⁴⁷

En consecuencia, “en el caso sub examine, la Sala observa que el proceso diseñado por el Acuerdo No. 012 de 2003, estableció un proceso para conformar una terna de aspirantes al cargo de Gerente de la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo, y no para elegir al Gerente. En este punto, la Sala considera que al accionante no le fueron conculcados sus derechos, por cuanto el puntaje que obtuvo le dio derecho a conformar la terna, sin que en ningún momento se le desconociera ésta situación. Una vez surtido ese procedimiento, la legislación⁴⁸ señala el jefe de la respectiva entidad territorial, en este caso el Gobernador del Huila, nombrará de esa terna al Gerente de la Empresa Social del Estado, sin que pueda entenderse que el resultado del proceso de conformación de la terna vincule la decisión del Gobernador, y limite el poder discrecional que la legislación le ha conferido”.⁴⁹

En síntesis, la Sentencia T-484 de 2004, fue concebida bajo el ordenamiento de la Ley 100 de 1993,⁵⁰ la cual no preveía la realización de un concurso de méritos, por el contrario, sólo establecía la discrecionalidad como criterio predominante para la designación del cargo de Gerente de las Empresas Sociales del Estado.

En dicha Sentencia se estableció que “en el caso concreto la aplicación de la ley no respeta los derechos fundamentales involucrados en el concurso de méritos, por lo que la norma que ordena la conformación de la terna resulta abiertamente inconstitucional. Es deber del juez constitucional ordenar la inaplicación del mismo en la elección de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado y aplicar los lineamientos constitucionales que rigen los mencionados concursos de méritos.

En el presente asunto, esta Sala inaplicará la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual”, del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, por ser contraria a lo establecido por la Constitución en el artículo 125 y por la jurisprudencia constitucional en la materia, pues instaura un concurso de méritos sobre la base del favorecimiento a los mejores puestos, pero al mismo tiempo permite la configuración de ternas que, por su indeterminación, inutilizan el mérito como criterio objetivo de

selección”.51

La sentencia T-329 de 2009, fue reiterada por la sentencia T-715 de 2009,52 en la que en un caso similar, se tuteló los derechos del accionante, al considerar que, “a idéntica conclusión arriba esta Sala de Revisión, pero en el sentido de que en el presente asunto se efectuó una interpretación abiertamente inconstitucional de la citada disposición normativa, pues si bien es cierto que mediante la implementación del concurso de méritos, la entidad accionada perseguía la designación de uno de los aspirantes que obtuviese la mejor calificación, también lo es, que procedió de manera discrecional a escoger al Gerente de la E.S.E. Hospital Local María La Baja, sin tener en cuenta para ello el mérito como el criterio determinante para el ingreso a este cargo. Lo anterior, no solamente atenta contra los principios que gobiernan el concurso público de méritos, establecido por la Ley 1122 de 2007 para el nombramiento de Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, como son, a saber: la igualdad, la moralidad, la objetividad, la transparencia y la imparcialidad,53 sino que, también, contra los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo del actor, quien, no obstante haber obtenido el primer puesto en el concurso público de méritos convocado por la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Local de María La Baja, no fue designado en el cargo de Gerente de dicha entidad hospitalaria.”

Posteriormente, la Corte Constitucional, el 17 de marzo de 2010, profirió el fallo de que da cuenta el comunicado No. 15 respecto de una demanda de inconstitucionalidad contra 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” contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

La Sentencia C-181 de 2010,54 decidió declarar exequible de manera condicionada, la citada expresión bajo 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”.

En virtud del control en abstracto, realizado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-181 de 2010,⁵⁵ los pronunciamientos de tutela, que se profieran con posterioridad a ésta, deben adecuarse a lo establecido en la providencia constitucional, teniendo en cuenta que, la excepción de inconstitucionalidad pierde eficacia al existir un pronunciamiento que declare la exequibilidad o, más aún, la inexecuibilidad de una norma.⁵⁶

En consecuencia de lo anterior y teniendo en cuenta el artículo 243 de la Constitución, las sentencias proferidas por esta Corporación en ejercicio del control jurisdiccional, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Por lo tanto, la declaratoria de exequibilidad o inexecuibilidad de una norma jurídica, hace que ésta sea definitiva en el ordenamiento o que, por el contrario, salga de éste, sin la posibilidad de volver a recurrir a ella.⁵⁷

En conclusión, esta Corporación, bajo el control abstracto de constitucionalidad, se pronunció sobre la expresión contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente”, y declaró su exequibilidad, bajo el entendido de que el principio del mérito, contenido en la norma, debe ser respetado y, por tanto, el nominador deberá nombrar al aspirante que haya obtenido el primer lugar en el concurso público convocado para proveer el cargo de Gerente de una Empresa Social del Estado”.

Teniendo en consideración las anteriores citas jurisprudenciales, la Sala de Revisión analizará a continuación las circunstancias particulares del caso, fijando su solución.

4. El caso concreto y solución.

La Sala considera, que en el caso bajo examen debe precisarse lo relacionado con el requisito de inmediatez, el cual estima la parte accionada no se cumple.

Empero, esta Corte ha reseñado en su jurisprudencia situaciones en las que resulta aceptable la tardanza en la interposición de la tutela, como por ejemplo, (i) cuando se demuestra que la vulneración del derecho fundamental es permanente en el tiempo, y pese a que el hecho que por vez primera la origina es muy pretérito respecto de la presentación de la acción, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es

actual; o (ii) cuando se explica y justifica la dilación en la interposición de la acción, por la ocurrencia de un hecho nuevo.

En el caso que nos ocupa, analizado el contexto de todo lo sucedido, para esta Sala es claro que la tutela instaurada por el señor Jaime Alberto Niebles Pardo fue interpuesta dentro de un término razonable, cumpliendo con el requisito de inmediatez, porque si bien el hecho generador del agravio a su derecho ocurrió en mayo 7 de 2009 con el nombramiento de la persona que ocupó el tercer lugar en el concurso de méritos, también lo es que la vulneración de su derecho a ejercer funciones y cargos públicos permanece en el tiempo, en la medida que el periodo del gerente de la ESE Centro de Salud del Municipio de Palmar de Varela, para el cual debió haber sido nombrado, se extiende hasta el 31 de marzo del año 2012, además de la existencia de una circunstancia nueva representada en la sentencia de constitucionalidad C-181, proferida el 17 de marzo de 2010, y la nueva tutela la interpuso el accionante el 22 de junio de 2010, es decir, que transcurrieron escasos tres meses entre la sentencia de constitucionalidad y la formulación de la presente acción.

4.2. Expuestos los acontecimientos fácticos y señalado el marco legal y jurisprudencial aplicables al caso, en principio, la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Centro de Salud con camas del Municipio de Palmar de Varela (Atlántico), actuando al tenor de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 y decretos reglamentarias, realizó por intermedio de la Fundación Universitaria San Martín de Barranquilla, convocatoria de concurso de méritos para proveer el cargo de Gerente.

Resultado de la anterior labor la Universidad envió oficio fechado 24 de abril de 2009 a la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Centro de Salud con camas del Municipio de Palmar de Varela, en el cual relaciona seis nombres, que corresponden a las personas que habían obtenido puntaje igual o superior a 70 puntos, así:59

ASPIRANTE

DOCUMENTO DE IDENTIDAD

PUNTAJE

HERNANDEZ ROMERO GREDYS ALFONSO

72.306.652

73.92

HOYOS FRANCO ANSELMO JOSE

8.631.184

70.56

LLANOS LARA LUIS EDUARDO

5.077.695

75.7

NIEBLES PARDO JAIME ALBERTO

8.706.774

76.1

PERTUZ CHARRIS BETTY LUZ

22.673.263

70.1

ROCHA INSIGNARES CARMEN JULIA

32.664.268

72.3

La Junta Directiva mediante el acuerdo 06 del 5 de mayo de 2009 elaboró terna, integrada por: HERNANDEZ ROMERO GREDYS ALFONSO CC No 72.306.652, NIEBLES PARDO JAIME ALBERTO CC No 8.709.774 y ROCHA INSIGNARES CARMEN JULIA CC No 32.664.268.60

La terna así conformada fue remitida a la alcaldía Municipal de Palmar de Varela, y el Alcalde,

que tiene la función de nombrar al Gerente de la Empresa Social Del Estado Centro de Salud con camas del Municipio de Palmar de Varela, mediante el decreto 029 del 7 de mayo de 2009 procedió a designar como gerente hasta el 31 de marzo de 2012 al señor GREDYS ALFONSO HERNÁNDEZ ROMERO, quien había alcanzado en el concurso el tercer puesto, y no al señor JAIME ALBERTO NIEBLES PARDO, que contaba con el mejor puntaje.

Los accionados en el presente trámite, en sus pronunciamientos al escrito de tutela exponen que al Alcalde le asistía un margen de discrecionalidad en el nombramiento, pretextando que del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 y sus normas reglamentarias, no se desprendía la obligación de escoger a quien figurase con el mayor puntaje en la terna, y que le era legítimo nombrar a cualquiera de los ternados; omitiendo jurisprudencia reiterada de esta Corporación, conforme la cual cuando el nominador decide nombrar persona diversa a aquella que obtuvo el mejor puntaje en un concurso de méritos, debe plasmar los motivos objetivos que muestren el por qué no merece ser nombrado en el cargo quien obtuvo mayor puntaje, lo que nunca hizo el señor Alcalde del Municipio de Palmar de Varela en el decreto 029 del 7 de mayo de 2009.

Adicional a lo anterior, los accionados pretendieron justificar la conducta asumida por el Alcalde Municipal, argumentando que los fallos de tutela de la Corte Constitucional del año 2009, en los cuales se tutelaron derechos por situaciones similares a las del accionante, sólo tenían efectos interpartes y que, por ello, no eran vinculantes, ni de obligatorio acatamiento.

El derecho fundamental cuyo amparo impetra el actor, a la fecha continúa siendo infringido, su vulneración perdura en el tiempo, porque el periodo para el cual debió ser nombrado gerente aún no ha fenecido, y, en este orden de ideas, el perjuicio es actual, por lo tanto las medidas para su protección deben ser asumidas sin lugar a ser postergadas, como de hecho se procede a hacerlo en la presente decisión.

Esta Sala, en razón a lo expuesto en la parte general de esta sentencia y en coherencia con lo decidido en el fallo de control abstracto de constitucionalidad C-181 de 2010, en el cual se declaró la exequibilidad condicionada de 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”, bajo el entendido “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”, considera que el Alcalde de Palmar de Varela vulneró el derecho fundamental del actor de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, pues con su actuación desconoció el principio constitucional del mérito, al haber nombrado al participante que ocupó el tercer lugar en la lista de elegibles, para el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Centro de Salud con camas del Municipio de Palmar de Varela, y no al concursante que obtuvo el primer puesto en dicho proceso, es decir, al señor JAIME ALBERTO PARDO NIEBLES.

La Corte Constitucional, en fallos de tutela posteriores a la sentencia de constitucionalidad C-181 de 2010 y con fundamento en ella, ha decidido casos iguales al presente⁶¹ otorgando el amparo.

En razón de lo precedente esta Sala revocará en su integridad la sentencia del seis (06) de julio de dos mil diez (2010) del Juzgado Promiscuo Municipal de Palmar de Varela (Atlántico), y la sentencia del veintitrés (23) de agosto de dos mil diez (2010) del Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad (Atlántico), y en su lugar se tutela el derecho fundamental del señor JAIME ALBERTO NIEBLES PARDO de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

Como el periodo para el cual son nombrados los gerentes de las Empresas Sociales del Estado es institucional, no personal, se ordenará que el señor JAIME ALBERTO NIEBLES PARDO sea nombrado como gerente de la Empresa Social Del Estado Centro de Salud con camas del Municipio de Palmar de Varela, por el tiempo que faltare para cumplirse el periodo, que en el caso que nos ocupa se extiende hasta el 31 de marzo de 2012.

Para el cumplimiento de esta decisión el Alcalde del Municipio de Palmar de Varela, deberá proferir el respectivo acto administrativo dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, y procederá a darle posesión al accionante sin dilación alguna, una vez acredite los requisitos de ley para posesionarse.

III. DECISION

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.- REVOCAR la sentencia de segunda instancias proferida por Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad (Atlántico), el veintitrés (23) de agosto de dos mil diez (2010), que confirmó la providencia expedida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Palmar de Varela (Atlántico), el seis (06) de julio de dos mil diez (2010), y en su lugar amparar el derecho fundamental al acceso y desempeño de funciones y cargos públicos del señor JAIME ALBERTO NIEBLES PARDO, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Segundo.- ORDENAR al Alcalde del Municipio de Palmar de Varela (Atlántico), que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo proceda a nombrar, como Gerente de la Empresa Social Del Estado Centro de Salud con camas del Municipio de Palmar de Varela, al señor JAIME ALBERTO NIEBLES PARDO, identificado con la C.C No 8.706.774 de Barranquilla, para el periodo restante, es decir, hasta el 31 de marzo de 2012, con sustento en las consideraciones hechas en el presente proveído y proceder a darle posesión sin dilación alguna, una vez acredite los requisitos de ley para posesionarse.

Tercero.- Por Secretaría General de la Corte Constitucional, COMUNICAR esta decisión al señor Defensor del Pueblo Delegado para Municipio del Palmar de Varela, con el fin de que, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ejerza la vigilancia sobre el cumplimiento de lo ordenado en los numerales anteriores y lo informe a la Corte Constitucional.

Cuarto.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Con salvamento de voto

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

A LA SENTENCIA T-169/11

Referencia: Sentencia de T-169/11 de la Sala Primera de Revisión – Exp.

T-2857968-, M.P. María Victoria Calle Correa.

Accionante – Accionado: Jaime Alberto Niebles Pardo contra el Alcalde del Municipio del Palmar de Varela.

Magistrado disidente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

Salvo mi voto frente a esta sentencia de tutela aprobada por la Sala Primera de Revisión, con base en los fundamentos y razones que a continuación expongo:

1. Concreción de la afectación de los derechos fundamentales en el presente caso.

En la sentencia de la que me aparto se expone que la designación del gerente de la E.S.E. ‘Centro de Salud del Municipio de Palmar de Varela’ –que supuestamente habría desconocido

el principio del mérito- se hizo a través del Decreto 029 de mayo 7 de 2009, por medio del cual se designó en el cargo al doctor Gredys Alfonso Hernández Romero. El nombramiento del gerente se dio en virtud de la normativa aplicable al procedimiento de selección de los gerentes de las E.S.E. -incluyendo lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007-, cuya conclusión es un acto administrativo, con el cual se consolida la situación jurídica referida a quien debía ocupar el cargo de gerente de la entidad.

Por lo anterior, el momento en el que se concretaría la vulneración alegada sería precisamente el momento de expedición del acto en el que se nombra al gerente de la E.S.E., y no otro. No se comparte, por tanto, el argumento según el cual la supuesta vulneración de los derechos del actor se prolonga en el tiempo, puesto que los argumentos esgrimidos por el accionante se refieren al mecanismo de elección, y no a circunstancias relacionadas con el ejercicio del cargo, de modo que no puede hablarse de un perjuicio actual, sino, si acaso, uno que habría ocurrido el 7 de mayo de 2009, con la expedición del mencionado decreto.

2. Los efectos de las sentencias de control abstracto de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional ha establecido de manera reiterada que, por regla general⁶², los efectos de las sentencias se generan a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte toma la respectiva decisión⁶³. Al respecto ha dicho la jurisprudencia de la Corte⁶⁴:

“[e]sta Corporación ha dicho que la Constitución Política no regula expresamente los efectos de los fallos de constitucionalidad. Por el contrario, es el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia -quien en su lugar- establece como regla general la producción de efectos hacia el futuro, permitiendo la adopción de decisiones con efectos temporales retroactivos o diferidos, siempre y cuando resulten indispensables para defender la supremacía e integridad de los mandatos previstos en el Texto Superior⁶⁵. La citada disposición establece que:

“Artículo 45. Reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

3. El fallo atacado.

Con base en los anteriores puntos de partida, es forzoso concluir que no había lugar a la tutela de los derechos invocados por el actor en tanto, como se mencionó anteriormente, el hecho que generó la supuesta vulneración se habría concretado con la expedición del Decreto 029 de mayo 7 de 2009.

Esto es así porque para el momento en que se expidió el acto administrativo con el cual se consolidó una situación jurídica -la elección del gerente de la E.S.E 'Centro de Salud del Municipio de Palmar de Varela'-, las normas legales vigentes autorizaban una interpretación según la cual se podría elegir a cualquiera de los miembros de la terna para ocupar el puesto de gerente. Debe recordarse la evolución jurisprudencial reseñada en la sentencia de la que me aparto, en la que es evidente que el Decreto 029 de 2009 es anterior tanto a la sentencia de constitucionalidad, mediante la cual la Corte expulsó del ordenamiento una interpretación posible de parte del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 que permitía hacer precisamente lo realizado por el municipio de Palmar de Varela (sentencia C-181 del 17 de marzo de 201066), como de la sentencia de tutela en la que se varió la interpretación de las normas fijada en la sentencia T-484 de 2004 (sentencia T-329 del 14 de mayo de 2009). Es así como, para el momento de la expedición del acto administrativo, no había habido pronunciamiento judicial o modificación normativa en el que se señalara que la interpretación según la cual el nominador podría escoger a cualquiera de la terna para ejercer el cargo, afectaría derechos fundamentales, o contrariaría uno de los principios que orientan nuestra Constitución. Debe concluirse entonces que la decisión administrativa estuvo revestida de legalidad, y por la misma razón, no puede derivarse de ella la afectación a los derechos del actor pues el nombramiento de su contendor como gerente obedeció a una interpretación de las normas que, cuando fue aplicada, era plenamente válida.

Teniendo en cuenta lo anterior, el hecho de que se hubiera nombrado a otro integrante de la terna y no al actor, no implica la vulneración de derechos fundamentales, puesto que las decisiones de constitucionalidad tienen efectos a futuro y sólo tienen la potencialidad de modificar situaciones que no se hubieren consolidado, escenario que no es predicable del caso en estudio, puesto que la designación del gerente de la E.S.E. Centro de Salud del Municipio de Palmar de Varela quedó perfeccionada el 7 de mayo de 2009. Interpretar el caso en el sentido por el que optó la sentencia de la que me aparto, equivale a reconocer a la sentencia C-181 de 2010 efectos retroactivos, opción que desconocería la voluntad de la Corte pues tal consecuencia no fue prevista en dicho fallo.

4. Conclusión.

En este caso no se encuentra que se haya presentado una vulneración a los derechos del actor, pues la elección de un miembro de la terna diferente a él se concretó mediante acto administrativo que en su momento se ajustaba a la normatividad vigente. Es cierto que posteriormente la facultad utilizada por el nominador fue condicionada, exigiéndose a partir de la sentencia 181 de 2010, que sea designado el candidato con el mayor puntaje, para ocupar el cargo de gerente de la E.S.E., pero tal circunstancia no puede proyectarse a situaciones jurídicas consolidadas, so pretexto de que la vulneración continúa, cuando no es así.

Cordialmente,

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

1 A folio 15 del cuaderno principal, obra oficio del 24 de abril de 2009 suscrito por el Decano de la Facultad de Medicina de la Fundación Universitaria San Martín de Barranquilla, dirigido a la Junta Directiva de la E.S.E Centro de salud Palmar de Varela, en el cual relaciona el listado definitivo de aspirantes que obtuvieron un puntaje superior a 70 puntos, y en dicho listado aparece el accionante con el mayor puntaje de 76.1, siguiendo en su orden Luis Eduardo Llanos Lara con 75.7, Gredys Alfonso Hernández Romero con 73.92, Carmen Julia Rocha Insignares con 72.3, Anselmo José Hoyos Franco con 70.56 y Betty Luz Pertuz Charris con 70.1 (En adelante los folios a que se haga referencia pertenecerán a este cuaderno, a menos que se diga expresamente lo contrario).

2 A folio 13 y 14 obra acuerdo No 006 del 5 de mayo de 2009 de la Junta Directiva de la E.S.E Centro de salud Palmar de Varela, por medio de la cual se integró terna para la designación de Gerente en propiedad, constituida con los nombres de Gredys Alfonso Hernández Romero, Jaime Alberto Niebles Pardo y Carmen Julia Rocha Insignares.

3 Del folio 138 al 140, aparece el decreto 029 del 7 de mayo de 2009 expedido por la alcaldía municipal de Palmar de Varela, mediante el cual se nombra al señor Gredys Alfonso

Hernández Romero como Gerente de la E.S.E Centro de Salud de Palmar de Varela. Dentro de sus considerandos no se evidencia ninguna razón o justificación del por qué no se nombra como Gerente a la persona que había ocupado el primer lugar en el concurso de méritos, sino a quien ocupó el tercer puesto conforme los puntajes reportados por la Universidad. A Folio 153 figura acta de posesión del 8 de mayo de 2009.

4 Ver pie de página 1.

5 Del folio 155 a 166 obra acción de tutela presentada por el actor el 27 de julio de 2009 contra al Alcalde de Palmar de Varela, ante el Juez administrativo del Circuito de Barranquilla (Reparto), solicitando amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.

6 De folio 93 a 119 aparece sentencia de tutela del 20 de agosto de 2009 del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla, mediante la cual se concede el amparo constitucional, se ordena al Alcalde de Palmar de Varela revocar el decreto 029 del 7 de mayo de 2009 y en consecuencia, que en el término máximo de 48 horas, nombrase al señor Jaime Alberto Niebles Pardo, como Gerente. (Este fallo también aparece del folio 40 a 66 del mismo cuaderno).

7 De folio 141a 144 está el decreto No 053 del 27 de agosto de 2009, por medio del cual, en cumplimiento de lo ordenado por el Juez constitucional de primera instancia, Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla, la alcaldía revoca el decreto 029 del 7 de mayo de 2009 mediante el cual se había designado como Gerente al señor Gredys Alfonso Hernández Romero y en su lugar se nombra al señor Jaime Alberto Niebles Pardo.

8 Así se desprende de la página 7 y 10 del fallo del 20 de agosto de 2009 del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla, folios 93 a 119.

9 La decisión del Tribunal Administrativo de Barranquilla obra del folio 120 a 137 (Así mismo aparece del folio 67 a 83).

10 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

11 Del folio 20 al 38 obra la respuesta del señor Gredys Alfonso Hernández Romero como Gerente de la E.S.E Centro de salud del Municipio de Palmar de Varela.

12 Hace alusión a la sentencia T-329 del 14 de mayo de 2009 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), en la que la Corte al resolver un caso similar al que nos ocupa, tuteló los derechos invocados por quien había ocupado el primer puesto en concurso para gerente de Empresa Social del Estado.

13 Solicitó como prueba se practicase inspección judicial a la acción de tutela radicación 2009-0189-00 que cursó en el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla, para que se verificase que a ella fue vinculado el doctor Gredys Alfonso Hernández y que se trató de los mismos hechos y pretensiones. Adjuntó como prueba copia del fallo del 20 de agosto de 2009 y del 15 de octubre de 2009 del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla y del Tribunal Administrativo respectivamente, así mismo anexó copia de certificación del 23 de febrero de 2010 de la Secretaría General de la Corte Constitucional donde consta que la tutela no fue escogida para revisión.

14 Esta respuesta obra del folio 85 a 89 del cuaderno uno.

15 La decisión del Juzgado Segundo Administrativo de Barranquilla obra del folio 93 a 119 del cuaderno uno, y a folio 118 aparece el artículo tercero de la parte resolutive del fallo que dispone conceder “el amparo solicitado mediante la inaplicación de la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual”, consignada en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 por ser contraria al artículo 125 de la Constitución Política, al desconocer la interpretación que por vía jurisprudencial le ha dado la Corte Constitucional al tema de los concursos de méritos, cuya tesis ha sido que quien obtenga el primer puesto es el llamado a ocupar el cargo”

16 Este decreto aparece del folio 141 al 144 del cuaderno uno.

17 Dentro de las pruebas que anexa el apoderado del Alcalde se halla copia del acta de su posesión (folio 90 y 91); copia del decreto No 053 del 27 de octubre de 2009 (folio 141 a 144); copia del decreto No 082 del 27 de octubre de 2009 (folio 145 a 151), y copia de acta de posesión No 90 del 8 de mayo de 2009 del doctor Gredys Alfonso Hernández como gerente de la E.S.E

18 “Actuación temeraria. Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o

tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.

El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio a las sanciones a que haya lugar.”

19 Sentencia T-1215 de 2003 (M.P Clara Inés Vargas Hernández).

20 Sentencia T-184 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil): “(i) La identidad de partes, es decir, que las acciones de tutela se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición de persona natural, o de persona jurídica, directamente o a través de apoderado. (ii) La identidad de causa petendi, o lo que es lo mismo, que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa. (iii) La identidad de objeto, esto es, que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental. (iv) Por último, a pesar de concurrir en un caso en concreto los tres (3) citados elementos que conducirían a rechazar la solicitud de tutela, el juez constitucional tiene la obligación dentro del mismo proceso tutelar, de excluir la existencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio del derecho de acción. Esta ha sido la posición reiterada y uniforme de esta Corporación, a partir de la interpretación de la parte inicial del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, conforme al cual: “Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”.

21 Ver Sentencias T-433 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-184, T-301 y T-362 de 2007 (MP Jaime Araújo Rentería), entre otras.

23 Ver Sentencia T-089 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

24 A folio 84 obra certificación de la Secretaría General de la Corte Constitucional fechada el 23 de febrero de 2010 en la cual se dice que por auto del 9 de diciembre de 2009 el expediente T-2486577 fue excluido de revisión.

25 MP. Jaime Córdoba Triviño (Salvamento de voto de los magistrados Jaime Araújo Rentería y Humberto Antonio Sierra Porto).

26 Entre otras, las sentencias T-329 del 14 de mayo de 2009 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-715 del 10 de octubre de 2009 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

27 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Decisión unánime.

28 Ver folio 155. En este folio figura la primera pagina del escrito de la primera tutela que presentó el actor, en la que textualmente se lee: "...en forma respetuosa acudo ante su despacho para presentar una acción de tutela en contra del Alcalde municipal de Palmar de Varela (Atlántico)..."

29 Página 7 y 10 de la Sentencia del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla (folio 46 y 48). En dichas páginas respectivamente se dice: "Posteriormente, por auto de fecha 11 de agosto de 2009 se ordenó notificar por el medio más expedito al señor Gerente de la ESE Centro de salud de Palmar de Varela,... Luego por auto del catorce (14) de agosto de la presente anualidad se ordenó vincular a la FUNDACIÓN UINIVERSITARIA SAN MARTIN y a los señores LUIS EDUARDO LLANOS LARA, ANSELMO JOSÉ HOYOS FRANCO, BETTY LUZ PERTUZ CHARRIS y CARMEN JULIA ROCHA INSIGNARES,..."

30 Ver parte superior folio 1.

31 Ver folio 155 y 166.

32 Folio 1 y 10.

33 Artículo 1 y 42 del Decreto 2591 de 1991.

34 Ver Sentencia de Sala Plena SU-133 de 1998 (MP. José Gregorio Hernández Galindo). Posición acogida y reiterada en diversas decisiones, entre las que se encuentran las Sentencias T-388 y T-390 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz), SU-086 de 1999 (MP José Gregorio Hernández Galindo), SU-961 de 1999 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), T-095 de 2002 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-720 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-329 de 2009 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-715 de 2009 y T-502 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

35 Jaime Córdoba Triviño.

36 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

37 Ver Sentencia C-901 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo), con aclaración de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería. En esta sentencia la Corte declaró inexecutable los artículos 1, 4, 7, 8 y 9 del proyecto de ley 117 de 2007 Senado - 171 Cámara, dirigido a reformar varios artículos de la Ley 909 de 2004 y que permitía la inscripción en carrera de funcionarios que ocuparan cargos de carrera en provisionalidad, sin necesidad de superar concurso público alguno. Estimó la Corte, que los artículos objetados por el Presidente otorgaban un trato diferencial favorable e injustificado a los funcionarios que se desempeñan en cargos de carrera en provisionalidad.

Así mismo se puede consultar la Sentencia C-588 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), con salvamentos de voto de los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto. En esta Sentencia se declara inexecutable el acto legislativo No 1 de 2008, por medio del cual se pretendía adicionar el artículo 125 superior.

38 Ver al respecto, entre otras, las sentencias C-387 de 1996 (MP Hernando Herrera Vergara), y la C-315 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño). En ambas con decisión unánime.

39 En relación al tema se puede consultar la Sentencia SU-086 de 1999 (MP José Gregorio Hernández Galindo).

40 "Artículo 28 ley 1122 de 2007. De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.

41 Ver al respecto la sentencia C-1173 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa, con salvamento de voto de los magistrados Jaime Araújo Rentería y Humberto Antonio Sierra

Porto), y la sentencia C-211 de 2007 (MP. Álvaro Tafur Galvis, con salvamento parcial de voto del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto).

42 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

43 El artículo 28 de esta Ley 1122 de 2007, establece: “Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento, o previo concurso de méritos.

En caso de vacancia absoluta del Gerente deberá adelantarse el mismo proceso de selección y el período del Gerente seleccionado culminará al vencimiento del período institucional. Cuando la vacancia se produzca a menos de doce meses de terminar el respectivo periodo, el Presidente de la República o el jefe de la administración Territorial a la que pertenece la ESE, designará Gerente. (Líneas del texto original)

(...)

44 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

45 Sentencia T - 422 de 1992 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

46 Sentencia T-484 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

47 Ibídem.

48 Como ha sido señalado, las normas que rigen la elección del Gerente de las Empresas Sociales del Estado están contenidas, entre otras, en la Ley 100 de 1993, artículos 192 y 194.

49 *Ibíd.*

50 “Artículo 192. Dirección de los hospitales públicos. Los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud conforme a lo dispuesto en la Ley 60 de 1993 y a la reglamentación que al efecto expida el Gobierno Nacional de terna que le presente la junta directiva, constituida según las disposiciones de la Ley 10 de 1990 por períodos mínimos de 3 años prorrogables. Sólo podrán ser removidos cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa (definidas mediante reglamento del Gobierno Nacional).” Nota: Esta norma fue declarada exequible, salvo lo que se halla entre paréntesis, mediante sentencia C- 665 de 2000 MP José Gregorio Hernández Galindo.

51 Sentencia T-329 de 2009 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

52 Sentencia T-715 de 2009 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

54 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

55 *Ibidem*

56 Sentencia T-485 de 2009 (MP Jorge Iván Palacio Palacio)

57 Sentencia T-485 de 2009 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio)

58 Así por ejemplo en la Sentencia SU-961 de 1999 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), esta Corte dijo que “la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado

59 Ver folio 15.

60 Ver folio 13 y 14.

61 Ver sentencia T-502 del 17 de junio de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

62 Existe la posibilidad de excepciones a este principio, como por ejemplo, cuando se difieren los efectos del fallo, o se establece su aplicación retroactiva.

63 Sentencia T-832 de 2003: “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexecuibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”.

64 Sentencia C-973 de 2004.

65 Es pertinente señalar que existen algunos salvamentos de voto en torno a la competencia de la Corte Constitucional de diferir los efectos de sus sentencias. Véase, por ejemplo, el fallo C-737 de 2001, en donde la Corte declaró inexecutable la Ley 619 de 2000 referente al reconocimiento, liquidación y uso de las regalías.

66 Por medio de la sentencia C-181 de 2010 se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 28 (parcial) de la Ley 1122 de 2007, en el sentido “[...] 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”