

Sentencia T-235/12

ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Reiteración de jurisprudencia/ACCION DE TUTELA-Improcedencia por incumplimiento del requisito de inmediatez en nombramiento de Gerente de Empresa Social del Estado

De acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corte, la regla general es que la acción de tutela resulta improcedente cuando se interpone de manera extemporánea, esto es, después de haber transcurrido un lapso considerable desde la ocurrencia del hecho vulnerador, que da lugar a la solicitud de protección, siempre que no medien razones que frente a las circunstancias del caso concreto lo justifiquen.

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO PARTICULAR Y CONCRETO-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

La Corte reconoce que aunque la prioridad procedimental la tiene el medio de defensa judicial ordinario, la protección ius fundamental puede dispensarse por vía tutela si aquel mecanismo resulta insuficiente para evitar el perjuicio amenazante. Es allí donde la tutela actúa como mecanismo subsidiario, operante frente a los demás medios de defensa, cuando el perjuicio que se cierne sobre el derecho se antoja irremediable e inminente.

GERENTE DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO-Reglas para el nombramiento mediante concurso/GERENTE DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO-Artículo 28 de la ley 1122 de 2007, por medio del cual se desarrolla la provisión del cargo

NOMBRAMIENTO DE GERENTES DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Improcedencia de tutela de quien ocupó primer lugar en concurso al interponer la acción tres años después y no utilizar acciones para indagar sobre resultado para reclamar el derecho a ser nombrado

Ante la no comunicación de los resultados del concurso por parte de la Universidad, se presentó una total ausencia de acciones proclives a informarse acerca del resultado del concurso realizado por la Universidad del Tolima; en efecto, no se formuló solicitud, presentó derecho de petición, envió mensaje electrónico o realizó cualquier acción que deje presumir interés en determinar los puntajes obtenidos por quienes integraron la lista de cinco

personas que fue remitida a la Junta Directiva del Hospital, a efectos de realizar la escogencia del Gerente de la ESE.

Referencia: expediente T-3244811

Acción de tutela instaurada por Luis Ignacio Aparicio Ibarra contra los miembros de la Junta Directiva de la ESE Hospital María Inmaculada.

Magistrado ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

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

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

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Florencia - Caquetá y en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia - Caquetá.

I. ANTECEDENTES

El señor Aparicio Ibarra interpuso acción de tutela contra la Junta Administradora de la ESE María Inmaculada. Sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- En reunión extraordinaria el día 05 de febrero de 2008 la Junta Directiva de la ESE acordó que el proceso meritocrático (escogencia del Gerente de la ESE) sería llevado por la Universidad del Tolima -folio 13 y ss, cuaderno de pruebas n. 1-

2.- El informe final del proceso de selección público para la elección del Gerente contiene el detalle de las actividades realizadas, entre las que se cuentan: i) apertura de inscripciones al proceso el día 15 de febrero; ii) cierre de inscripciones 21 de febrero; iii) proceso de preselección de hojas de vida de 21 a 27 de febrero; iv) pruebas de aptitud y pruebas de conocimiento los días 4 y 7 de marzo respectivamente; v) el 13 de marzo se publica y se envía a la ESE la lista de las cinco personas que obtuvieron un puntaje igual o superior a 70 puntos; vi) lista que se convierte en definitiva el 25 de marzo, cuando también es enviada a la Junta Directiva de la ESE -folio 22 y 23, cuaderno de pruebas n. 1-.

3.- La lista de las cinco personas que obtuvieron un puntaje igual o superior a 70 puntos contenía la siguiente información:

Nombre	Cédula de Ciudadanía
Aparicio Ibarra Luis Ignacio	16.268.784
Cruz Acosta Alfonso	12.126.179
Galvis Quintero John Ernesto	12.128.002
Montero García Yanid Paola	52.148.941
Pachón Cruz Héctor	18.386.482

Información contenida en folio 75, cuaderno de pruebas n. 1.

4.- Esta fue la información que obtuvieron los miembros de la Junta Directiva sobre el resultado del conjunto de méritos. En otras palabras, los miembros de la Junta no conocieron los puntajes de quienes figuraban en la lista remitida por la Universidad - folio 40, 41 y 53, cuaderno original-.

5.- Para escoger quienes integrarían la terna, se presentaron dos listas de tres integrantes, y se procedió a votar por cada una. En dicha votación fue escogida como la terna que se presentaría al Gobernador, la conformada por Montero García Yanid Paola, Galvis Quintero John Ernesto y Pachón Crus Héctor -folio 54, cuaderno original-.

6.- El accionante afirma que la elaboración de “planchas” con tres nombres cada una y la

posterior votación “secreta” que se realizó por parte de los cinco miembros de la Junta Directiva –con el objetivo de escoger la plancha con tres nombres que se presentaría al Gobernador de Caquetá- constituyen un actuar ilegal y que vulneró sus derechos fundamentales, por cuanto ellos no estaban en posibilidad de organizar una terna de esta manera, menos cuando la misma excluía a quien habría obtenido el puntaje más alto –folios 3 y 4, cuaderno original-.

7.- Existe una comunicación de la Universidad del Tolima en la que, ante la solicitud de puntajes de los cinco integrantes de la lista por parte de la ESE, se da a entender que el proceso de selección debe hacerse sin conocer dichos puntajes –folio 56, cuaderno original-.

8.- Por medio de decreto 298 de 31 de marzo de 2008, se nombra a la señora Yanid Paola Montero García como Gerente de la ESE María –Inmaculada –folio 199 cuaderno de pruebas n. 2-.

9.- La señora Montero García se posesionó el día 7 de abril de 2008 -folio 200, cuaderno de pruebas n. 2-.

10.- En el año 2009, la señora Montero García solicitó a la Universidad del Tolima información sobre el puntaje del concurso público realizado por esa institución, con el objeto de elegir Gerente de la ESE Hospital María Inmaculada –folio xx-

11.- Al proceso se allegaron comunicaciones del Asesor Jurídico y del Director de la Unidad Académica de la Universidad del Tolima, en las que se manifiesta que, efectuada la revisión de archivos, no se encontró solicitud alguna por parte del señor Luis Ignacio Aparicio Ibarra –accionante en el proceso de tutela-, en la que se solicitara información sobre “asunto alguno que se esté tramitando ante dicha Facultad” –folios 75 y 76, cuaderno original-.

#### Solicitud de tutela

La tutela se dirige contra la decisión adoptada por la Junta Directiva de la ESE Hospital María Inmaculada y contra el Gobernador del Departamento del Caquetá, por cuanto los primeros elaboraron una terna que excluía al actor, no obstante haber obtenido el puntaje más alto en el concurso; y el segundo, por dar posesión como Gerente de dicha ESE a la persona que había obtenido el cuarto puntaje más alto en el proceso de selección, vulnerando los

derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo del accionante.

Respuesta de los Representantes de los Usuarios en la Junta Directiva de la ESE Hospital María Inmaculada

Manifestaron que el proceso se llevó a cabo siguiendo la normatividad vigente al momento de realizar la escogencia, pues en el año 2008 no existía la obligación de escoger al primero, sino “que se presentaba autonomía para escoger a una de las personas que hubiesen obtenido igual o más de 70 puntos (art. 6º Resolución 793 de 2003)” -folio 27, cuaderno original-.

Discrepan de que haya habido temeridad o mala fe en su actuar y recuerdan que los participantes en la convocatoria podían haber solicitado a la Universidad del Tolima los resultados del concurso, “y se evidencia que el señor LUIS IGNACIO APARICIO IBARRA, en ningún momento solicitó información al respecto” -folio 28, cuaderno original-.

Así mismo, indican que si alguno de los participantes tenía inconformidad con lo realizado por la Junta Directiva, dichas actuaciones podían ser demandadas por medio de acción de nulidad electoral.

Finalmente, solicitan que la acción de tutela sea declarada improcedente, en cuanto: i) no se respetó el principio de subsidiariedad -folio 30, cuaderno original-; ii) no se cumple con la exigencia de inmediatez -folio 32, cuaderno original-

Respuesta del señor Germán Medina Triviño, Gobernador del departamento de Caquetá

El señor Germán Medina Triviño responde a la tutela argumentando que:

i. La decisión de la Junta Directiva no fue ilegal. Para sustentar su afirmación expresa “[l]a mencionada junta no conocía los puntajes por tal motivo procedió de la lista de cinco elegible [a] estudiar todas y cada una de las hojas de vida para proponer planchas, fruto de tal acto transparente quedó una plancha donde no se encontraba el accionante, y de manera reiterativa se aclara que ni la Junta ni el Gobernador sabían el puntaje de cada uno de ellos” -folio 40, cuaderno original-.

ii. La señora Yanid Paola Montero García conocía los puntajes en virtud de un oficio que dirigió a la entidad encargada de adelantar el proceso de selección de elegibles, un año después de su nombramiento -folio 41, cuaderno original-.

Finaliza argumentando que en el presente caso se presenta falta de inmediatez, tanto así que impugna la elección de la Gerente de la ESE ahora que está a punto de terminar su período -folio 43, cuaderno original-.

Respuesta del Director del Instituto Departamental de Salud del Caquetá

En comunicación remitida al proceso de tutela el señor Luis Gonzalo Plata Serrano, en su calidad de Director del Instituto Departamental de salud del Caquetá, describió cómo se había desarrollado el proceso de selección -folios 71 y 72, cuaderno original- y finalizó manifestando que se trata de un proceso legal en que no existió “revocatoria, observaciones o recursos al proceso” -folio 73, cuaderno original-.

## II. ACTUACIONES PROCESALES

Primera instancia

En sentencia de abril 11 de 2011 la Jueza Tercera Penal del Circuito consideró que la acción presentada resultaba improcedente, por cuanto no se cumplía con el requisito de inmediatez. En este sentido manifestó:

“De conformidad con las pruebas que reposan en el expediente, en el presente caso, el Despacho encuentra que de acuerdo al principio de inmediatez la presunta vulneración de los derechos invocados no es actual, en la medida en que la designación de LA GERENTE DEL HOSPITAL MARÍA INMACULADA ocurre en el año 2008 y la tutela se presenta el 29 de marzo de 2011, es decir que han transcurrido más de dos años para que el accionante acudiera al Juez de Tutela, lo que no se acudió a este mecanismo dentro de un término razonable, ya que la tutela no puede entrar a reemplazar los procesos ordinarios y menos la desidia del demandante, quien no ejecutara actividad alguna tendiente a verificar cómo se dio el trámite del concurso de méritos, solamente invoca el procedimiento del artículo 86 de la Carta Política, una vez se le comunica por otro de los participantes en el concurso que había sacado el primer puntaje, sin mostrar qué actos cumplió con anterioridad al 15 de marzo del

presente año para verificar si se dio o no cumplimiento por la JUNTA DIRECTIVA DEL HOSPITAL MARÍA INMACULADA con las disposiciones legales para hacer el nombramiento” -folio 62, cuaderno original-

Con base en estas razones se declaró la tutela improcedente.

### Impugnación

En escrito de impugnación el accionante reiteró que en el presente caso no puede hablarse de falta de inmediatez, pues él se enteró de la situación que ahora expone el 15 de marzo de 2011, pues asumió que tanto la Universidad, como la Junta y el Gobernador actuaban de buena fe.

En este sentido manifiesta “el juzgado está completamente equivocado pues tal y como el suscrito lo afirmó BAJO LA GRAVEDAD DEL JURAMENTO sólo me enteré que había ocupado el primer lugar como consecuencia que el Dr. JOHN GALVIS me lo comentó a mediados del mes de marzo de ese año, por una acción de tutela que instauró contra el señor GOBERNADOR DEL CAQUETÁ y que correspondió al JUZGADO SEGUNDO PENAL ESPECIALIZADO de esta ciudad” -folio 85, cuaderno original-.

Por esta razón considera que en su caso se debe hacer una excepción al principio de inmediatez.

Afirma, además, que no puede ser obstáculo para la justicia la actitud de la Universidad al no remitir los puntajes obtenidos por los participantes al proceso de tutela; por el contrario, resulta prueba a favor del actor que ellos certifiquen que no se hizo ninguna petición por su parte respecto de los resultados del concurso, pues esto demuestra la buena fe del accionante en el actuar de los involucrados -folio 86, cuaderno original-.

Por estas razones considera debe ampararse su derecho vulnerado.

### Segunda Instancia

Una vez vinculada la Gerente de la ESE el Tribunal entró a proferir fallo.

Al respecto considera que los miembros de la Junta Directiva de la ESE, así como el

Gobernador del Caquetá, debieron conocer los puntajes de los participantes en la convocatoria y, en consecuencia, nombrar al que había obtenido el puntaje más alto. El no haber solicitado el puntaje de los participantes resulta una actitud negligente de los participantes en el proceso de elección -folio 26, cuaderno de segunda instancia-, que causa una vulneración al derecho del actor, la cual permanece en el tiempo “por lo que resulta aceptable la tardanza en la interposición de la tutela, toda vez que el período del gerente del citado centro de salud es de cuatro años, prolongándose el mismo hasta el 31 de marzo de 2012” -folio 36, cuaderno de segunda instancia-.

Por esta razón revocó la sentencia de primera instancia y ordenó que el actor fuera nombrado como Gerente de la ESE por el tiempo que faltare para cumplirse el período, que en este caso se extiende hasta el 31 de marzo de 2012 -folios 27 y 28, cuaderno de segunda instancia-.

## Pruebas

Entre las pruebas relevantes adjuntadas en el presente caso se cuentan:

- 1.- Acta de 05 de febrero de 2008 de la Junta directiva por las cuales se escoge para la realización del “proceso meritocrático” a la universidad del Tolima -folio13 y ss, cuaderno de pruebas n. 1-.
- 2.- Informe final de la Universidad del Tolima sobre el proceso realizado -folio 22 y ss, cuaderno de pruebas n. 1-.
- 3.- Comunicación de la Universidad del Tolima informando sobre las cinco personas que obtuvieron un puntaje mayor a 70 puntos -folio75 cuaderno de pruebas n. 1-.
- 4.- Acta de la Junta Directiva de la ESE de 25 de marzo de 2008 en la que se determina la terna que será presentada al Gobernador para la elección del Gerente de la ESE -folio53 y ss, cuaderno original-.
- 5.- Certificación de la Junta Directiva respecto de las personas que integrarían la terna para la elección del Gerente de la ESE por parte del Gobernador de Caquetá -folio 77, cuaderno de pruebas n. 1-.

6.- Respuesta de la Universidad del Tolima en que no informa sobre los puntajes de los participantes en el concurso -folio56 y ss, cuaderno original-.

7.- Decreto 298 de 31 de marzo de 2008 expedido por el Gobernador del Caquetá, por medio del cual se nombra como Gerente de la ESE Hospital María Inmaculada de Florencia a la señora Yanid Paola Montero -folios198 y 199, cuaderno de pruebas n. 2-.

8.- Acta de posesión como Gerente de la ESE Hospital María Inmaculada de Florencia de la señora Yanid Paola Montero, del día 7 de abril de 2008 -folio 200, cuaderno de pruebas n. 2-.

9.- Comunicación de 20 de octubre de 2009, de la Universidad del Tolima informando a la señora Yanid Paola Montero, por la cual se informa sobre el resultado final obtenido por los cinco participantes de lista de elegibles del concurso de méritos convocado por la Junta Directiva de la ESE María Inmaculada -folio 200, cuaderno de pruebas n. 3-.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

#### 1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### 2. Presentación del caso y problema jurídico

Corresponde a esta Sala proferir la sentencia de revisión de la tutela impetrada por el señor Aparicio Ibarra en contra de la Junta Directiva de la ESE hospital maría Inmaculada y el Gobernador del Departamento de Caquetá. La petición tiene como fundamento el nombramiento de la señora Yanid Paola Montero García como Gerente de la mencionada ESE, quien tenía el cuarto puntaje entre quienes participaron el concurso para proveer el cargo, lo que presuntamente vulneró los derechos de quien tenía el puntaje más alto, es decir el señor Aparicio Ibarra, accionante dentro del proceso de tutela.

Siendo esta la situación fáctica planteada ante la Corte, serán dos los problemas jurídicos a

resolver por parte de la Sala. El primero, que es común a todas las acciones de tutela y que en la presente situación tiene especial relevancia, es i) si para el caso en estudio se cumplen las causales de procedibilidad de la acción; de ser procedente la utilización de la acción de tutela, la Sala se enfrentaría a un segundo problema, consiste en determinar ii) si con el nombramiento de la persona que no obtuvo el primer puntaje en el concurso organizado por la ESE Hospital María Inmaculada para proveer el cargo de Gerente de dicha institución se vulneraron derechos fundamentales al señor Luis Ignacio Aparicio Ibarra , quien ocupó el primer lugar en dicho concurso y, por tanto, tenía el puntaje más alto entre quienes conformaron la lista de elegibles a partir de la cual fue elaborada la terna presentada al Gobernador para que realizara dicha elección.

Para resolver el problema jurídico la Corte hará consideraciones acerca del requisito de inmediatez en las acciones de tutela; las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos; las exigencias que surgen de la realización de concursos para el acceso a cargos públicos por parte las ESEs; y, finalmente, resolverá el caso en concreto.

3. El requisito de inmediatez en la presentación de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

La acción de tutela fue instituida por la Constitución de 1991, como un mecanismo judicial subsidiario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en ciertas circunstancias, en cuanto no tengan protección eficaz y oportuna en otra jurisdicción.

La Corte tiene establecido que si bien puede ejercerse en cualquier tiempo, ello no significa que el amparo proceda con completa independencia de la demora en la presentación de la petición<sup>1</sup>. Concretamente, ha sostenido esta Corporación que la tutela resulta improcedente cuando la demanda se interpone después de transcurrido un lapso irrazonablemente extenso, desde la fecha en que sucedieron los hechos o viene presentándose el hecho vulnerador que la parte accionante estima que afecta sus derechos fundamentales.

La jurisprudencia constitucional en reiteradas ocasiones se ha pronunciado respecto al término prudencial que debe existir entre el hecho considerado conculcador y la presentación de la acción de tutela. En este sentido, la sentencia SU-961 de diciembre 1° de

1999, hizo un análisis de la jurisprudencia hasta entonces existente, sintetizando:

“Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, 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, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.”

A esta consideración la Corte Constitucional ha añadido otras no menos importantes, como las relacionadas con la seguridad jurídica, que reclama la pronta resolución definitiva de las situaciones litigiosas y el interés de terceros, cuya situación podría verse injustamente afectada por el otorgamiento tardío de la protección constitucional al peticionario, cuando éste no la reclamó dentro de un término razonable.

Es por ello que, en la misma providencia citada, expresó también:

“Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción.”

En igual sentido se pronunció la Sala Octava de revisión en la sentencia T-1028 de 2010 al indicar:

“la exigencia de inmediatez responde a necesidades adicionales. En primer lugar, proteger derechos de terceros que pueden verse vulnerados por una tutela ejercida en un plazo irrazonable<sup>2</sup>, caso en el que “se rompe la congruencia entre el medio de protección y la finalidad que se busca: la protección integral y eficaz de los derechos fundamentales de las personas”<sup>3</sup>. En segundo lugar, impedir que el amparo “se convierta en factor de inseguridad [jurídica]”<sup>4</sup>. En tercer lugar, evitar “el uso de este mecanismo constitucional como herramienta supletiva de la propia negligencia” en la agencia de los derechos<sup>5</sup>”.

Ahora, corresponde al juez evaluar dentro de qué tiempo es razonable ejercer la acción de

tutela en cada caso concreto, esta corporación ha señalado que corresponde igualmente a aquél valorar las circunstancias por las cuales el solicitante pudiera haberse demorado para interponer la acción, de acuerdo con los hechos de que se trate. Así, de manera excepcional, la tutela ha procedido en algunos casos en los que ella se ha interpuesto tardíamente, cuando el servidor judicial encuentra justificada la demora<sup>6</sup>.

Lo anterior, conlleva necesariamente a la conclusión de que no existe una definición de antemano, con vocación general, de la razonabilidad y proporcionalidad para el tiempo de presentación de la acción de tutela contra providencias judiciales. De allí que sea deber del juez constitucional analizar, en cada caso particular, si la solicitud de amparo fue presentada dentro de un término que revista dichas características.

En este orden de ideas, surtido el análisis de los hechos del caso concreto, el juez constitucional puede llegar a la conclusión de que una acción de tutela, que en principio parecería carente de inmediatez por haber sido interpuesta después de un tiempo considerable desde la amenaza o vulneración del derecho fundamental, en realidad resulta procedente debido a las particulares circunstancias que rodean el asunto. Así, la jurisprudencia constitucional ha determinado algunos eventos –por supuesto no taxativos– en que esta situación se puede presentar<sup>7</sup>, tales eventos fueron reseñados en la sentencia T-1028 de 2010 de la siguiente manera:

(i) La existencia de razones válidas para la inactividad, como podría ser, por ejemplo<sup>8</sup>, la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas, entre otras.

(ii) Cuando a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece, es decir, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata.

(iii) Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, lo que constituye un trato preferente autorizado por el artículo 13 de la Constitución que ordena que “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Se reitera entonces que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corte, la regla general es que la acción de tutela resulta improcedente cuando se interpone de manera extemporánea, esto es, después de haber transcurrido un lapso considerable desde la ocurrencia del hecho vulnerador, que da lugar a la solicitud de protección, siempre que no medien razones que frente a las circunstancias del caso concreto lo justifiquen. Por ello, tratándose de un requisito de procedencia de este amparo, la Sala deberá evaluar su adecuado cumplimiento en la situación bajo estudio.

#### 4 La acción de tutela como mecanismo para controvertir actos administrativos

La acción de tutela instituida en el artículo 86 de la Constitución de 1991 tiene como característica esencial la de ser un mecanismo subsidiario, es decir, que funciona únicamente en aquellos casos en que no exista instrumento ordinario alguno con el que pueda impedir que continúe la vulneración o amenaza al derecho fundamental. Por esta razón la Corte ha manifestado de forma constante que, ante la existencia de mecanismos ordinarios previstos para la protección iusfundamental requerida en una determinada situación, la acción de tutela deviene improcedente. Es claro que la postura de la Corte obedece a la necesidad de respetar el conducto regular de las competencias jurisdiccionales, a efectos de conservar la estructura funcional de la rama judicial. Por esta vía, la Corte busca evitar la indebida intromisión del juez de tutela en las labores asignadas a los jueces por parte del legislador. En este sentido, la Corte ha reiterado

“(…) la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre

todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior)<sup>9</sup> y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios).<sup>10</sup>

Según lo dicho, es entendible que la Corte afirme que “la justicia constitucional no puede operar como un mecanismo de protección paralelo y totalmente ajeno a los medios de defensa judiciales de carácter ordinario, sino que, por el contrario, se debe procurar una coordinación entre éstos, con el fin de que no ocurran interferencias indebidas e invasiones de competencia no consentidas por el Constituyente. Es precisamente la adecuada aplicación del principio de subsidiariedad lo que logra la articulación de los órganos judiciales en la determinación del espacio jurisdiccional respectivo”<sup>11</sup>.

Sin embargo, y con el primordial objetivo de preservar la eficacia de la acción de tutela como mecanismo de protección jurídica de los derechos fundamentales, en numerosas ocasiones y de manera constante se ha manifestado por la jurisprudencia constitucional que es necesario realizar un análisis sustancial, y no simplemente formal, al evaluar la existencia de mecanismos ordinarios para la protección del derecho fundamental vulnerado o amenazado. En este sentido se ha insistido en que dicha evaluación no debe observar únicamente que el ordenamiento prevea la existencia de recursos o acciones para la solución por la vía jurídica de determinada situación, sino que en el contexto concreto dicha solución sea eficaz en la protección del derecho fundamental comprometido.

En este sentido se ha concluido

“Así, antes de resolver la improcedencia de la acción de tutela de una forma mecánica por la existencia de un procedimiento determinado, corresponde al juez constitucional dilucidar dos cuestiones: la primera, consiste en determinar si el medio judicial alternativo presenta la idoneidad y eficacia necesarias para la defensa de los derechos fundamentales. Si la respuesta a esa primera cuestión es positiva, debe abordarse la cuestión subsiguiente consistente en determinar si concurren los elementos del perjuicio irremediable, que conforme a la jurisprudencia legitiman el amparo transitorio.

“La idoneidad y eficacia del medio debe ser apreciada en concreto atendiendo las circunstancias específicas en que se encuentre el solicitante, la entidad de los derechos implicados y el grado de vulneración o amenaza de esos derechos fundamentales. Es por esto que el numeral primero del artículo 6º del decreto 2591 de 1991, declarado exequible mediante sentencia C-018 de 1993, estableció que ‘(...) [l]a existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.’<sup>12</sup>”<sup>13</sup>

En este sentido, ese desplazamiento de la acción de tutela por los medios ordinarios de defensa judicial, sólo se presenta cuando éstos resultan aptos, idóneos y eficaces para la protección del derecho fundamental violado o amenazado. Al respecto, la Corte ha sostenido que: ‘... ‘en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral’, en este caso, es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales...’<sup>14</sup>”<sup>15</sup>.

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

“En consecuencia, no todo perjuicio puede ser considerado como irremediable, sino solo aquel que por sus características de inminencia y gravedad, requiera de medidas de protección urgentes e impostergables. Con todo, esta previsión del artículo 86 de la Carta debe ser analizada en forma sistemática, pues no puede olvidarse que existen ciertas personas que por sus condiciones particulares, físicas, mentales o económicas, requieren especial protección del Estado, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los niños, las mujeres embarazadas, los menesterosos o las personas de la tercera edad”<sup>16</sup>.

En esta línea discursiva, resalta la Sala que la jurisprudencia constitucional se ha manifestado sobre de la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos en desarrollo de procesos tendentes a la provisión de cargos públicos. En estos casos se han establecido reglas específicas para determinar la procedencia de la tutela en aplicación de los parámetros generales antes mencionados. En este sentido se consagró en la sentencia T-215 de 2006 “[e]n efecto, si en dichas actuaciones administrativas no se observa el procedimiento legalmente previsto, y si ello repercute en la afectación del derecho al debido proceso de los interesados en la decisión administrativa, la acción de tutela se erige como un medio de defensa judicial adecuado, pero solamente si no existe otro mecanismo de defensa judicial que sirva para garantizar tales derechos, o si existiéndolo no se revela como un mecanismo de defensa eficaz en el caso concreto, o se cierne la amenaza inminente de un perjuicio irremediable sobre esta clase de derechos”.

Y sobre la específica idoneidad y eficacia de la acción de nulidad en estos casos se manifestó recientemente

“Ahora bien, en gracia de discusión, si se admitiese que contra el acto de publicación de resultados de las pruebas es admitida por esa jurisdicción la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, difícilmente podría alegarse la eficacia del medio judicial para lograr la protección de los derechos fundamentales, puesto que la prolongada espera para la culminación de un proceso contencioso administrativo, que aún cuando no siempre tal circunstancia desvirtúa un medio de defensa judicial aplicable, en los casos bajo revisión es relevante puesto que no les garantiza a los peticionarios el acceso inmediato al derecho fundamental de rango constitucional a acceder a cargos públicos por vía de un concurso de

mérito, dado que con probabilidad a su terminación, ya los derechos en disputa se hayan extinguido teniendo en cuenta que parte del debate de fondo sobre esos actos, radica precisamente en la naturaleza de trámite o no de esos actos.”<sup>17</sup>

Este planteamiento resulta acorde con una estable jurisprudencia constitucional que fue ratificada desde el año 1998 por la Sala Plena de la Corte Constitucional, cuando en la sentencia SU-133 de 1998 se consagró

“La Corte estima que la satisfacción plena de los aludidos derechos no puede diferirse indefinidamente, hasta que culmine el proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado. Se descarta entonces en este caso la alternativa de otro medio de defensa judicial como mecanismo de preservación de los derechos en juego, que son de rango constitucional, de aplicación inmediata (art. 85 C.P.) y que no pueden depender de un debate dado exclusivamente en el plano de la validez legal de una elección, sin relacionarlo con los postulados y normas de la Carta Política.”

Por lo tanto, la existencia de recursos administrativos o acciones judiciales para controvertir un acto de la administración no inhibe automáticamente el uso de la acción de tutela, pues en estos casos deberá evaluarse si la protección adecuada -es decir, aquella acorde con criterios de justicia material- del derecho fundamental se logra por vía de los mecanismos ordinarios previstos por el ordenamiento para dicho propósito. De llegarse a la conclusión contraria, la utilización de la acción de tutela para ese específico caso no constituiría una suplantación del medio ordinario, ni la acción del juez de tutela una usurpación de la competencia del juez ordinario. Por el contrario, se trataría de una concreción de parámetros de justicia material en la protección de derechos fundamentales al lograr que la misma tenga un carácter eficaz y expedito, necesidad axial en un Estado que propugne por una aplicación real de los derechos fundamentales.

Con base en los anteriores argumentos la Sala analizará si en el presente caso resulta procedente la acción de tutela interpuesta por el señor Aparicio Ibarra. Sin embargo, antes de entrar en el análisis del caso concreto se harán unas breves reflexiones sobre la interpretación que, de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución, deba hacerse de las reglas que rigen los procesos de selección que se surten para proveer el cargo de Gerente de una empresa social del Estado.

## 5. Reglas existentes para la provisión de los cargos de gerente de una Empresa Social del Estado

La provisión del cargo de gerente de una de las empresas sociales del Estado es desarrollada actualmente por el artículo 28 de la ley 1122 de 2007, cuerpo normativo que reformó distintos apartes de la ley 100 de 1993, entre otros la regulación del mencionado tema.

El primer inciso del artículo en cuestión consagra

ARTÍCULO 28. 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.

Este precepto fue objeto del examen de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, que en sentencia C-181 de 2010 declaró condicionalmente exequible el aparte que señala la conformación de la terna y la escogencia del gerente de los integrantes de la misma. En desarrollo de este aspecto se manifestó

“En otras palabras, si el legislador –y lo mismo podría aplicarse a la administración- decide someter a concurso la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción, debe sujetarse a las reglas propias del concurso fijadas por la ley y la jurisprudencia de esta Corporación. En este sentido es preciso recordar que la libertad de configuración del legislador no sólo está sometida a las limitaciones expresas que impone la propia Constitución, sino también a las restricciones que se desprenden de los derechos fundamentales y los principios constitucionales.”<sup>18</sup>

En este sentido, siempre que se realiza un concurso para la provisión de un cargo deben seguirse determinadas reglas que han sido fijadas desde el inicio de la jurisprudencia constitucional y que responden a los principios de transparencia, buena fe y acceso por mérito a los cargos de la administración, los cuales fueron recogidos en la decisión antes mencionada. En este sentido manifestó la Corte en aquella ocasión

“Algunas de las reglas del concurso que han sido fijadas por la jurisprudencia constitucional son las siguientes:19

En coherencia con lo manifestado sobre los concursos para proveer cargos de la administración, la decisión C-181 de 2010 manifestó respecto de los cargos del gerente de las ESE

“La jurisprudencia constitucional ha indicado que el legislador tiene libertad para definir cuáles cargos son de libre nombramiento y remoción; sin embargo, su decisión debe ser guiada por dos criterios: (i) Los cargos de libre nombramiento y remoción deben estar orientados al cumplimiento de funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional -criterio funcional-; y (ii) debe tratarse de empleos en los cuales sea necesaria la confianza en los servidores públicos que tienen a su cargo esa clase de responsabilidades -criterio subjetivo de confianza-.22 Estos criterios fueron plasmados en el artículo 5 de la Ley 443 de 1998 “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”, y en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

Los literales a) y b) del numeral segundo de esta última norma indican que son cargos de libre nombramiento y remoción en la administración descentralizada a nivel nacional y territorial, los cargos de gerente. De conformidad con esta norma y dada la naturaleza de las funciones que desempeñan los gerentes de las empresas sociales del estado, es claro que la naturaleza de estos empleos es de libre nombramiento y remoción.

Por regla general, los nominadores de los cargos de libre nombramiento y remoción gozan de discrecionalidad para proveer las vacantes. No obstante, el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración y en concordancia con el artículo 2 de la Ley 909 de 2004, resolvió en la Ley 1122 de 2007 (i) someter la provisión de los cargos de gerentes de las empresas sociales del estado al sistema de concurso, y (ii) asignarles un periodo institucional de cuatro años.”23

De manera que

“El sometimiento de la provisión de estos cargos al sistema de concurso de méritos y la

institucionalización de su periodo tienen dos consecuencias principales. En primer lugar, el concurso que se lleve a cabo debe respetar las reglas que han sido fijadas por la Constitución y la jurisprudencia de esta Corporación, como se expuso en consideraciones previas; en segundo lugar, la institucionalización del periodo implica que los gerentes designados no pueden ser removidos antes de la finalización del periodo, salvo que se presenten situaciones extraordinarias.”<sup>24</sup>

Con base en esta argumentación se concluyó respecto de la constitucionalidad del artículo 28 de la ley 1122 de 2007

“Además de que para la conformación de la terna no existe un criterio de excelencia establecido, la figura misma de la terna como opera en la actualidad desconoce el derecho fundamental del concursante mejor calificado a ser nombrado en el respectivo cargo. Como se indicó en apartes previos, esta Corporación de manera reiterada ha señalado, con fundamento en los artículos 13, 29 y 125 superiores, que a quien demuestra mayores méritos y obtiene la mejor calificación en un concurso le asiste un derecho fundamental a acceder al cargo por el cual concursó.

“En el mismo sentido, en concordancia con la jurisprudencia constitucional, la Sala estima que la decisión de no nombrar a la persona que obtiene el primer lugar en el concurso de méritos conlleva la vulneración de sus derechos a la igualdad y al debido proceso, pues al tiempo que supone un trato discriminatorio que no se funda en razones objetivas de calificación, significa la aplicación de las reglas del concurso sobre bases desconocidas para el concursante, quien prevalido de la confianza legítima de ser nombrado bajo la condición de obtener el primer puntaje, puede ser despojado del derecho por motivos ajenos a las reglas de la contienda.

“De acuerdo con lo anterior, a juicio de la Corporación, 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, desconoce el principio constitucional del mérito como criterio rector del acceso a la función pública, los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de quienes obtienen el primer lugar en los respectivos concurso, así como el principio de la buena fe.

Sin embargo, habida cuenta de que la configuración semántica de la expresión demandada

puede ser interpretada de una manera distinta a la adoptada en sus decretos reglamentarios y acorde a la Constitución, la Corte proferirá una sentencia interpretativa y declarará la exequibilidad de la expresión bajo el entendido de que (i) la terna a la que se refiere el inciso primero del artículo 28 de la Ley 1122 de 2001 deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones, (ii) el nominador de cada empresa social del estado deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje, y (iii) 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.”<sup>25</sup>

No obstante, ser este el precedente más fuerte con que se cuenta para la resolución de estos casos, resulta pertinente recordar que en decisiones de tutela anteriores a la sentencia de constitucionalidad referida se habían utilizado las reglas derivadas de la Constitución para excepcionar la aplicación de la última parte del primer inciso del artículo 28 de la ley 1122 de 2007. En este sentido se manifestó en la sentencia T-329 de 2009 “[d]e acuerdo con lo anterior, a juicio de esta Sala, la disposición “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual”, contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 impide que se garanticen los derechos fundamentales de quien ocupa el primer lugar en la lista. Por tanto, la misma considera que la utilización de la terna en el proceso de elección del gerente de la ESE no protege los derechos fundamentales derivados del concurso de méritos, lo que conduce a que la norma legal deba inaplicarse” -negrilla ausente en texto original-.

Los argumentos expuestos guían a concluir que las reglas jurisprudenciales expuestas en este apartado son plenamente aplicables al caso que ahora resuelve la Sala y, por tanto, serían absolutamente pertinentes al momento de definir la solución concreta en caso de que se supere el análisis de procedibilidad.

Pasa la Sala a resolver el caso ante ella planteado.

La solución del caso concreto exige de la Sala un estudio sobre la procedibilidad de la acción de tutela y, de superarse este examen, deberá evaluarse la posible vulneración de los derechos fundamentales del accionante, el señor Luis Ignacio Aparicio Ibarra.

Recuerda la Sala que en esta ocasión se estudia la posible vulneración de derechos fundamentales en el nombramiento del Gerente de la ESE Hospital María Inmaculada. La

acusación tiene como fundamento que el actor, señor Aparicio Ibarra, ocupó el primer lugar en el concurso de méritos realizado por la Universidad del Tolima durante los meses de febrero y marzo de 2008, por medio del cual se elaboró la lista de los que integrarían la terna de la que debería escogerse el nuevo gerente de la ESE por parte del Gobernador del Departamento del Caquetá; no obstante esta situación, el actor no fue nombrado en el cargo a proveerse y, por el contrario, fue escogida para dicha posición la señora Yanid Paola Montero García, quien tomó posesión del cargo el día 7 de abril de 2008 -folio 200, cuaderno de pruebas n. 2-.

En el mes de marzo de 2011, exactamente el día 29, el señor Aparicio Ibarra interpone acción de tutela por considerar que este hecho desconoce sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo. Argumenta el actor que fue por vía de otro de los participantes en el concurso que se enteró que había ocupado el primer lugar en el mismo, razón por la cual interpuso la acción tres años después de haberse proferido el decreto de nombramiento de la Gerente de la ESE -folio 3 cuaderno de 1ª instancia-.

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Florencia Caquetá declaró improcedente la acción interpuesta por considerar que no se cumplía con el requisito de inmediatez, ya que la tutela no se había interpuesto en un término razonable -folio 62, cuaderno de primera instancia-.

El actor impugnó dicha decisión argumentando que el tiempo que tomó para interponer la acción que ahora estudiada debido a que “sólo me enteré que había ocupado el primer lugar como consecuencia que el Dr. JHON GALVIS me lo comentó a mediados del mes de marzo de este año, por una acción de tutela que instauró contra el señor GOBERNADOR DEL CAQUETÁ” -folio 85, cuaderno de primera instancia-.

La decisión de primera instancia fue revocada al considerar que se presentó afectación al derecho del actor, señor Aparicio Ibarra, y que, no obstante haber transcurrido casi tres años desde la posesión de la otrora gerente de la ESE, la “vulneración permanece en el tiempo, por lo que resulta aceptable la tardanza en la interposición de la tutela, toda vez que el período del gerente del citado centro de salud es de cuatro años, prolongándose el mismo hasta el 31 de marzo de 2012,” -folio 27, cuaderno de segunda instancia-

Siendo esta la situación que se presenta a evaluación de la Sala, pasa a realizarse el análisis de procedibilidad de la acción y, si el mismo se supera, se pronunciará sobre el problema

jurídico, que en la presente ocasión consiste en si el nombramiento de quien no ocupa el primer lugar en un concurso de méritos realizado para constituir una terna de la cual debe escogerse el Gerente de una ESE, vulnera el derecho de quién ocupó dicho primer lugar en el concurso?

Examen de procedibilidad: requisito de inmediatez

Como se ha expresado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la interposición de la acción de tutela debe hacerse en acuerdo con la exigencia de la inmediatez, esto es, en un término que resulte razonable de acuerdo con las circunstancias precisas de cada situación.

En el presente caso, observa la Sala que no se cumple con el requisito de haber interpuesto la acción en un tiempo razonable o de tener una causa que así lo justifique.

En efecto, el señor Aparicio Ibarra interpuso la acción de tutela tres años después de que se presentó el hecho que, eventualmente, se constituiría como vulnerador de su derecho. Claramente, tres años es un tiempo de espera que resulta excesivo para controvertir un acto administrativo que genera un perjuicio que resulta grave para el actor, en cuanto afecta sus derechos fundamentales, parámetro de lo cual puede ser el tiempo que tardan en interponerse las tutelas en casos análogos al que ahora se decide<sup>26</sup>.

Ahora, sostiene el actor que interpuso la demanda tan pronto se enteró de dicha situación, lo cual no ocurrió hasta tanto no fue informado por otro de los participantes en el concurso de que había sido el ganador del mismo, esto es el 15 de marzo de 2011. Esta situación, lejos de abonar a la legitimidad del tiempo transcurrido, demuestra que el señor Aparicio Ibarra no realizó gestión alguna para indagar acerca de la posible vulneración del derecho y que, por el contrario, fue por mera casualidad el enterarse de la posible vulneración de que fue objeto.

Esta conclusión se sustenta en que, ante la no comunicación de los resultados del concurso por parte de la Universidad, se presentó una total ausencia de acciones proclives a informarse acerca del resultado del concurso realizado por la Universidad del Tolima; en efecto, no se formuló solicitud, presentó derecho de petición, envió mensaje electrónico o realizó cualquier acción que deje presumir interés en determinar los puntajes obtenidos por quienes integraron la lista de cinco personas que fue remitida a la Junta Directiva del Hospital, a efectos de realizar la escogencia del Gerente de la ESE.

Aunque lo dicho basta para demostrar la actitud reticente del actor a adoptar mecanismos que permitieran conocer sobre el resultado del concurso, debe agregarse que en el presente caso no hay necesidad de presumir la utilidad que dichas acciones hubiesen tenido al propósito de conocer los resultados del concurso, pues, precisamente, fue este el medio que sirvió para que la señora Montero García -cuarta en el concurso y quien fue nombrada Gerente de la ESE- se informara acerca de los puntajes obtenidos por quienes participaron en el mismo. E incluso, el desconocimiento de estos resultados no fue óbice para que otro de los participantes, el señor Galvis, interpusiera acción de tutela al creer que sus derechos habían sido afectados -folio 3 del cuaderno original-.

Estos dos elementos confirmarían que el ahora actor de tutela tuvo la oportunidad de indagar y, en consecuencia, informarse sobre los resultados del concurso, no obstante la actitud reticente a publicitar los mismos en que pudiera haber incurrido la Universidad del Tolima. Por lo tanto, la espera de tres años para interponer la acción de tutela no puede justificarse en el hecho de una imposibilidad de conocer los resultados del concurso; por el contrario, que se haya enterado a partir de la gestión por otro realizada no comprueba cosa distinta que una actitud negligente por parte del señor Luis Ignacio Aparicio Ibarra en la indagación que pudiera ayudar a reparar una eventual vulneración de su derecho suyo.

El anterior análisis es acorde con el precedente que sobre inmediatez ha realizado en casos análogos esta Sala de Revisión, en los que este punto ha resultado objeto de juicioso y detallado análisis. En este sentido, aunque con un resultado diverso, el principio de decisión ahora expuesto fue empleado en la sentencia T-687 de 2010, en la que se había interpuesto acción de tutela tres (3) meses y 27 días después de la posesión como Gerente de una ESE de quien no había ocupado el tercer lugar en el concurso. Al respecto se consagró:

“En efecto, respecto del principio de inmediatez ha de decir la Corte que la acción de tutela se ajusta a los parámetros establecidos por la jurisprudencia, pues la misma fue interpuesta tres (3) meses y veintisiete (27) días después de que se hubiese proferido el acto administrativo que presuntamente desconoce los derechos fundamentales de la accionante, el cual se aprecia como un término razonable para la presentación de la acción de tutela, teniendo en cuenta que los argumentos jurídicos que la sustentan deben ser objeto de preparación por parte de quien la interpone y que se hizo necesario requerir información a entidades públicas sobre las actuaciones administrativas indispensables para estructurar la

acción de tutela -folio 69-.”

Se observa que en el caso referido se hace un análisis que valora no solamente el tiempo que se tarda en interponer la acción, sino el interés del titular de los derechos presuntamente vulnerados en conocer los resultados del concurso y su diligencia con el objetivo de recolectar la información que permita demostrar una eventual vulneración. En conclusión, en el caso referido se valora la inmediatez a partir de que se haya tenido oportunidad de conocer los hechos que constituyen la vulneración, siempre y cuando se demuestre una actitud diligente al respecto de las indagaciones a que haya lugar.

En el mismo sentido, en sentencia T-547 de 2011 se concluyó “el señor Alirio Barrios Bravo,(...) acudió a la solicitud de amparo un año y cinco meses después, pretendiendo el cargo de gerente de la ESE Centro 1 de Piendamó, al que habría tenido derecho por ocupar el segundo lugar, pero no aparece justificación alguna para que no hubiere accionado a tiempo, ni para que hubiere desistido de la petición, que posteriormente buscó replantear mediante una nueva tutela, en circunstancias que ahora sí podrían generar un quebrantamiento contra esos mismos derechos, además de la confianza legítima de quien fue designado y ha venido desempeñando la función, que debe ser ejecutada con estabilidad, en la medida en que ello facilite la adecuada dirección de la ESE respectiva, adicionalmente en beneficio del servicio de salud de la comunidad correspondiente” -negrilla ausente en texto original-.

Por las razones antes expuestas y los precedentes ahora citados, concluye la Sala que en los casos como el ahora analizados debe comprobarse que la acción se haya interpuesto en un tiempo razonable -requisito de la inmediatez-; y que, su exigencia al caso en estudio obliga a declarar improcedente la acción de tutela objeto de revisión.

En contra de esta conclusión podrían presentarse dos argumentos: i) el primero, el adoptado por el Tribunal de Florencia, consistente en que la vulneración, en cuanto se mantiene, es actual y, por consiguiente, debería entrarse a fallar de fondo la presente acción; ii) el segundo, que existe un hecho nuevo, como es la sentencia C-181 de 2010 a partir de la cual quedó establecido con total claridad que es el primero en el concurso el que debe nombrarse Gerente de la ESE, y que el mismo justificaría la tardanza del actor.

La Sala no comparte ninguna de estas razones. Pasa a explicarse esta postura.

Son estas las razones que impiden a la Sala compartir la apreciación del Tribunal respecto de la constancia y actualidad de la vulneración.

El segundo argumento tampoco se presenta como una justificación válida para excepcionar el cumplimiento del principio de inmediatez. Aunque el actor no lo manifiesta, en virtud del principio pro actione, podría entenderse que la decisión contenida en la sentencia C-181 de 2010, tomada el 17 de marzo, se constituye en un hecho nuevo que legitimaría la interposición de acciones de tutela en casos como el que ahora nos ocupa en los meses subsiguientes a su adopción. Sin embargo, como salta a la vista, la tutela que ahora se resuelve fue interpuesta cuando había transcurrido más de un año desde el momento en que se adoptó la decisión de constitucionalidad antes mencionada; esta situación excluye cualquier interpretación que, en pos de un sentido garantista, quiera excepcionar la exigencia de inmediatez en el caso ahora analizado. Ad abundantiam, debe decirse que, como se mencionó en las consideraciones relevantes al caso, desde el año 2009, con la sentencia T-329, se había inaplicado –en virtud de la figura de la excepción de inconstitucionalidad– el artículo 28 de la ley 1122 de 2008, entendiéndose que debería nombrarse como Gerente de una ESE a aquél que ocupase el primer lugar en el concurso de méritos realizado; así, se comprueba que la posibilidad de controvertir actos de nombramiento como el que ahora es objeto de controversia había sido abierta por parte de la jurisprudencia constitucional desde antes de la decisión C-181 de 2010, lo que adiciona a la conclusión sobre la actitud pasiva e indiferente del actor respecto al resultado del proceso para escoger al Gerente del Hospital María Inmaculada.

Por el contrario, permitir en casos como el que nos ocupa que se controvertan actos proferidos hace tres años por medio de acción de tutela, desdibuja completamente el carácter de la acción como i) mecanismo subsidiario; ii) que se emplea, no obstante la existencia de mecanismos ordinarios, en casos en que se necesita una respuesta pronta –en cuanto eficaz– del aparato judicial; y, iii) cuya finalidad no es reemplazar las acciones previstas por el aparato ordinario de justicia, ni, mucho menos, servir como mecanismo para controvertir situaciones ya hace tiempo consolidadas.

Finalmente, resulta pertinente resaltar que de la posición ahora sostenida por la Sala no debe extraerse que el nombramiento de quienes no han ocupado el primer lugar en un concurso para proveer un cargo público es una acción ajustada a la Constitución. Siempre que sea esa

la situación que se presente, se estará ante un hecho que desconoce la igualdad y el criterio del mérito en la provisión de cargos de la administración, elementos fundantes del parámetro de selección objetiva que debe acompañar estos procesos y que resulta un principio esencial de la Constitución, según lo ha manifestado la Sala Plena de esta Corte<sup>27</sup>. En este sentido, y sin que esto signifique un pronunciamiento de fondo sobre el asunto que ahora se despacha, resulta censurable que en el proceso de selección del Gerente de la ESE Hospital María Inmaculada la Junta Directiva no haya empleado un parámetro objetivo, algo que, a su vez, repercutió en la transparencia de dicho proceso.

Hecha la anterior aclaración, la Sala concluye que la tutela presentada por el señor Luís Ignacio Aparicio Ibarra debe declararse improcedente, en razón a no cumplir con la exigencia de inmediatez en la interposición de la acción constitucional.

En virtud de las anteriores consideraciones, esta Sala de Revisión

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia – Caquetá.

Segundo.- CONFIRMAR, por las razones ahora expuestas, la sentencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Florencia – Caquetá.

Tercero.- ORDENAR que en el término de cuarenta y ocho horas (48), contadas a partir de la notificación de la presente providencia, se dé posesión a la señora Yanid Paola Montero García en el cargo de Gerente de la ESE Hospital María Inmaculada hasta que finalice el período por el cual fue nombrada, es decir, 31 de marzo de 2012.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA T-235/12

NOMBRAMIENTO DE GERENTES DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Vulneración de quien ocupó el primer puesto y no fue nombrado permanece en el tiempo mientras transcurre el periodo para el cual participó, desvirtuando el requisito de inmediatez (Aclaración de voto)

No comparto la providencia frente al argumento que expresa que la vulneración al derecho a ocupar y ejercer cargos públicos se presenta en un único momento, que se identifica con la posesión en el empleo de quien no obtuvo el puntaje más alto en el proceso de selección de gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Al igual disiento de la tercera orden adoptada en el fallo que ordenó el reintegro de la señora en el cargo de gerente. A mi juicio la vulneración al derecho a ejercer funciones y cargos públicos de un participante que ocupó el primer lugar en un concurso de méritos para ser gerente de una ESE y no fue nombrado en el cargo permanece en el tiempo mientras transcurre el periodo institucional del proceso de selección en que participó.

NOMBRAMIENTO DE GERENTES DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO-Improcedencia de reintegrar a quien fue nombrada sin haber ocupado el primer lugar en concurso (Aclaración de voto)

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Octava de Revisión, me permito aclarar el voto en el asunto de la referencia.

1. En la sentencia T-235 de 2012 la Sala Octava de Revisión estudió el caso de una persona que participó en el proceso meritocrático de selección del gerente de la ESE María Inmaculada de Florencia Caquetá adelantado por la Universidad del Tolima. Culminada la fase inicial del procedimiento, el petente obtuvo el puntaje más alto de calificación entre los participantes, por lo que se encontró dentro de la lista de elegibles de candidatos que fue utilizada por la junta directiva de la ESE para elaborar la terna que sería enviada al gobernador del departamento de Caquetá. No obstante, en la terna escogida no se encontraba el solicitante, en razón a que la junta directiva repartió en dos listas a los 5 puntajes más altos del concurso para elegir de ellas el mencionado trío al que no pertenecía el tutelante. En el mes de marzo de 2008, se nombró a la señora Yanid Paola Montero García como Gerente de la ESE María Inmaculada quien se posesionó el 7 de abril de la misma anualidad.

El petente promovió la acción de tutela el 28 de marzo de 2011, afirmando que solo hasta el día 15 del mismo mes y año se enteró por otro participante que había obtenido el primer lugar en el concurso. Subrayó que no realizó ninguna petición de información del orden de los puntajes obtenidos en el proceso de selección, porque creyó que la Universidad, la junta de la ESE y el Gobernador actuaban de buena fe.

2 La sentencia concluyó que el actor no cumplió con el requisito de inmediatez en la medida que interpuso la acción de tutela 3 años después de que se presentó el hecho vulnerador de sus derechos fundamentales, el acto administrativo de la posesión del cargo de gerente de la ESE de la señora Montero García. Incluso comparó el término referido con el presentado en casos similares en los que la Corte tuvo conocimiento<sup>28</sup>. A partir de este contraste, la Sala determinó que en el asunto sub-judice existió una evidente desproporción frente a los demás procesos ya que en éstos los interesados promovieron el amparo en un término inferior a los 6 meses, mientras que el actor demoró 3 años en hacer uso de la tutela.

Además, adujo que el hecho de que el peticionario solo se enterara hasta el 15 de marzo de 2011 por otro participante que ocupó el primer lugar en el concurso, demuestra su

inactividad para indagar por la vulneración a sus derechos fundamentales. Es más, la Sala estimó que el desconocimiento del orden de los puntajes del proceso de selección no fue un obstáculo para que otro de los participantes impugnara el nombramiento de la señora Montero García a través de acción de tutela. Por lo tanto, el peticionario tuvo la oportunidad de investigar e informarse sobre los resultados del concurso, a pesar de la actitud reticente de la Universidad del Tolima de proporcionar dichos datos.

Adicionalmente para reforzar su argumentación, esta Corte señaló que:

i) la afectación a los derechos fundamentales del solicitante se produjo en un único momento, esto es, hace 3 años cuando se nombró como gerente a otra participante que no ocupó el primer lugar del concurso, lo cual no puede confundirse con la cadena de consecuencias que se derivan de su ocurrencia. De hecho, no se trata de una afectación directa a alguna prestación periódica. Al mismo tiempo, los hechos derivados de la misma ya constituyeron como situaciones consolidadas, dado que las acciones ordinarias contra el acto de nombramiento caducaron hace más de 2 años.

ii) la sentencia C-181 de 201029 –expedida el 17 de marzo- no constituye un hecho nuevo que legitimara la interposición de la actual acción de tutela, porque la posición contenida en ese fallo ya había sido planteada en la providencia T-329 de 200930. Al igual que trascurrió más de un año entre la mencionada sentencia de constitucionalidad y la utilización del amparo por parte del actor.

En la parte resolutive, el fallo ordenó revocar la sentencia proferida en segunda instancia, y a su vez confirmar la providencia emitida por el a-quo que negó la protección a los derechos del actor. Por eso, dispuso que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, se dé posesión a la señora Yanid Paola Montero García en el cargo de gerente de la ESE Hospital María Inmaculada hasta que finalice el período institucional para el cual fue nombrada, es decir, el 31 de marzo de 2012.

3. No comparto la providencia frente al argumento que expresa que la vulneración al derecho a ocupar y ejercer cargos públicos se presenta en un único momento, que se identifica con la posesión en el empleo de quien no obtuvo el puntaje más alto en el proceso de selección de gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Al igual disiento de la tercera orden adoptada en el fallo que ordenó el reintegro de la señora Montero García en el cargo de gerente.

A mi juicio la vulneración al derecho a ejercer funciones y cargos públicos de un participante que ocupó el primer lugar en un concurso de méritos para ser gerente de una ESE y no fue nombrado en el cargo permanece en el tiempo mientras transcurre el periodo institucional del proceso de selección en que participó. Lo expuesto se sustenta en que el núcleo esencial del derecho afectado comprende el desempeño y ejercicio del cargo, de modo que éste no se agota con la elección al empleo, pues el “ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público”<sup>31</sup>. Por tanto, la infracción de la garantía no puede configurarse en el único momento de la posesión del empleo de quien no tuvo el primer puesto en el concurso. Esta posición se propuso en la sentencia T- 169 de 201132.

Sin embargo, el suscrito Magistrado no desconoce que para evaluar el requisito de inmediatez en estos casos, además del criterio de la afectación al derecho debe tenerse en cuenta la inactividad del actor para presentar el amparo, comoquiera que promover una demanda de tutela al finalizar el periodo institucional busca una pretensión más indemnizatoria que protectora de derechos fundamentales, petición que es competencia del juez contencioso administrativo. Por lo tanto, la valoración del principio de inmediatez en los asuntos como el estudiado en la sentencia T-235 de 2012 implica un análisis de las circunstancias específicas de cada causa y de las reglas jurisprudenciales establecidas por esta corporación en materia del requisito referido.

De otro lado, la orden de reintegrar a la señora Montero García en el cargo de gerente de la ESE demandada es una directriz que no tiene un sustento expreso en la sentencia, ya que dicha disposición significó la protección de los derechos fundamentales de una interesada en el proceso. Lo anterior en razón de que dicha orden entraña una decisión de fondo olvidando que el proyecto revoca el amparo por la inobservancia del requisito de inmediatez, esto es, una causal de improcedencia formal. De ahí que no es adecuado decidir un tema de fondo cuando la providencia determinó no estudiar dicho ámbito.

Lo que en realidad ocurrió es que el fallo del cual me aparto paso por alto que el fenómeno jurídico que operó en el caso sub-examine fue la extinción del acto administrativo que nombró al actor en el cargo de la ESE accionada por decaimiento<sup>33</sup>. Esta situación jurídica se configuró dado que el fundamento de derecho -la sentencia de segunda instancia del proceso de tutela- que sirvió de base para que el peticionario fuese nombrado y posesionado en el empleo de gerente de la ESE María Inmaculada dejó de existir, porque la Sala revocó la decisión del ad-quem, y con ello eliminó un presupuesto de derecho requerido para la existencia de ese acto jurídico, así como para la ejecutoriedad del mismo. Vale aclarar que el decaimiento del acto administrativo no requiere de la declaratoria del juez constitucional para que tenga efectos. Entonces, al extraer del mundo jurídico esa providencia surgió de nuevo a la vida el acto administrativo que había nombrado y posesionado a la señora Montero García, de modo que no era necesario pronunciarse al respecto.

5. Finalmente, advierto que aunque suscribo la presente decisión, ello lo hago únicamente en razón de que la Corte concluyó que la presente acción de tutela era improcedente por no cumplir con el requisito de inmediatez, después de un análisis de las circunstancias específicas del caso que no se limitó a establecer la afectación actual o no de los derechos del solicitante.

Atendiendo a estas razones, me veo obligado a aclarar el voto en la presente providencia.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA T-235/12

Referencia: expediente T-3244811

Acción de tutela instaurada por Luis Ignacio Aparicio Ibarra contra los miembros de la Junta

Directiva de la ESE Hospital María Inmaculada.

Magistrado Ponente:

Humberto Antonio Sierra Porto

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, hago explícitas las razones por las que he decidido aclarar el voto en la sentencia T-235 de 2012.

En dicho fallo se resolvió la acción de tutela promovida por una persona que participó en un proceso de selección pública para acceder al cargo de Gerente de una ESE, y fue incluido en el listado de los cinco participantes con más alto puntaje, para seleccionar a quien habría de ocupar el cargo, pero en dicha lista no se precisó el puntaje obtenido en el concurso, por cada una de las personas que conformaban dicha lista.

Ante la ausencia de este dato fundamental, la Universidad del Tolima encargada de adelantar dicho concurso, propuso la elaboración de dos “planchas”, siendo escogida para remisión a la junta, una terna en la que no se incluyó el nombre del accionante. Así, la Junta Directiva de la ESE María Inmaculada mediante decreto 298 de marzo 31 de 2008 nombró a una de las personas que conformaban dicha terna, quien se posesionó el 7 de abril de 2008.

La acción fue negada en primera instancia por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Florencia quien la consideró improcedente por no cumplir el requisito de inmediatez, pues entre el momento de la designación del gerente de la referida ESE ocurrido el 31 de marzo de 2008 y la interposición de la acción de tutela, marzo 29 de 2011, transcurrieron más de dos años, tiempo durante el cual el accionante no adelantó ningún trámite tendiente a controvertir el nombramiento.

Impugnada la decisión, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Florencia revocó la decisión y en su lugar amparó los derechos del señor Aparicio Ibarra, argumentando que tanto la Junta Directiva de la ESE María Inmaculada, como el Gobernador debieron conocer los puntajes obtenidos por los integrantes de la anotada lista, y haber procedido en consecuencia a nombrar al accionante quien había obtenido el primer puesto. Explica el Tribunal que el no contarse con dicha información, generó efectos permanentes en el tiempo, vulnerado así los

derechos del accionante y justificando la tardanza de este en la interposición de la acción de tutela, más aún cuando el periodo del cargo para el cual el actor concurso vencía tan solo hasta el 31 de marzo de 2012.

La Sala de Revisión, a su vez, revocó la decisión de segunda instancia y en su lugar confirmó la de primera que había negado el amparo constitucional solicitado. Explicó la Corte que no era entendible que el accionante no hubiese adelantó ninguna actuación tendiente a conocer los resultados exactos del proceso de selección en el cual participó o que hubiese acudido con anterioridad a la acción de tutela, máxime cuando por esta vía judicial fue que otro de los participantes se enteró de los puntajes obtenidos. De igual forma, se indicó que no puede afirmarse que la vulneración de los derechos del accionante sean constantes en el tiempo, pues la misma ocurrió en un solo momento, para esa fecha hacia tres años, con el acto administrativo de nombramiento de la señora Montero García como gerente de la anotada ESE.

Como último argumento se indicó que si bien existía un hecho nuevo como lo fue la expedición de la sentencia C-181 de 2010,<sup>34</sup> que declaró exequible condicionalmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, legitimaba la interposición de acciones de tutela en casos de nombramientos de gerentes de las ESE cuando no se nombra al participante con el más alto puntaje, e incluso la Sala Sexta de Revisión inaplicó el referido artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 en la sentencia T-329 de 2009,<sup>35</sup> por considerar que dicha norma no protegía los derechos fundamentales derivados del concurso de méritos en el que se había participado.

En el marco de los hechos y consideraciones anotados, mi aclaración de voto se concreta a señalar que no comparto la afirmación que se hiciera al indicarse que la vulneración del derecho a ocupar y ejercer cargos públicos, se había agotado en un único momento, siendo éste el del nombramiento de la persona que se designó como gerente de la Junta Directiva de la ESE María Inmaculada de Florencia.

En mi concepto, la persona que ha participado en un proceso de selección para acceder a un cargo público y obtenido el más alto puntaje, y pese a ello no haya sido nombrada para ocupar el empleo, verá afectado su derecho fundamental a ocupar y ejercer cargos públicos durante todo el tiempo que dure el periodo institucional establecido para el cargo al que aspiró, ya que su derecho fundamental no se extingue con el acto de nombramiento, sino

que se extiende, hasta el agotamiento del periodo institucional durante el cual dicho derecho es exigible.

Así las cosas, si bien comparto el hecho de que la inactividad del actor por espacio de cerca de tres años para indagar sobre los resultados puntuales del concurso en que participó, justificó la negativa de esta acción de tutela por no cumplir con el requisito de inmediatez, ello no puede confundirse con la posibilidad de reclamar la protección de un derecho fundamental a ocupar y ejercer cargos públicos durante todo el periodo institucional que corresponde al empleo para el cual se concursó, toda vez que cuando los cargos tienen periodos fijos, como en este caso, y se cuenta con un derecho a ser designado en dicho cargo, la vulneración se torna constante, en los términos de la jurisprudencia pacífica de esta Corte, hasta la terminación del periodo institucional, siempre que la acción de tutela en la que se reclama el amparo, sea interpuesta en forma oportuna.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

1 Cfr. Sentencia C-543 de octubre 1° de 1992, mediante la cual se declaró inexecutable el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991.

2 En este sentido las sentencias T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-654 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1084 de 2006, T-1009 de 2006, T-792 de 2007, T-594 de 2008 entre otras.

3 Sentencia SU-961 de 1999.

4 Ibídem. En el mismo sentido, sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-692 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-825 de 2007, T-299 de 2009, T-691 de 2009 y T-883 de 2009, entre otras.

5 Sentencia T-594 de 2008. En el mismo sentido sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006,

T-692 de 2006, T-1009 de 2006, T-299 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, entre otras.

6 Cfr. T-1167 de noviembre 17 de 2005 y T-206 de marzo 16 de 2006 entre otras.

7 En este sentido las sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-468 de 2006, T-654 de 2006, T-692 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-593 de 2007, T-696 de 2007, T-792 de 2007, T-243 de 2008, T-594 de 2008, T-189 de 2009, T-265 de 2009, T-299 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-328 de 2010, entre otras.

8 Sentencias T-1009 de 2006 y T-299 de 2009.

9 Cfr. Sentencia T-249 de 2002

10 Sentencia T-514 de 2003, reiterado, entre otras muchas, en sentencia T-046 de 2009.

11 Sentencia T-575 de 1997.

12 El artículo 6º del decreto 2591 de 1991 establece: CAUSALES DE IMPROCEDENCIA. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. (...)

13 Sentencia T-904 de 2007

15 Sentencia T-351 de 2003.

16 Sentencia T-1316 de 2001.

17 Sentencia T-945 de 2009.

18 Sentencia C-181 de 2010

19 Ver al respecto las sentencia T-329 de 2009.

20 Ver, entre otras, las sentencias C- 040 del 9 de febrero de 1995; SU-136 del 2 de abril de

1998; SU-086 del 17 de febrero de 1999; C-588 del 27 de agosto de 2009; y T-329 del 14 de mayo de 2009.

21 Sentencia C-181 de 2010.

22 Ver sentencias C-387 del 22 de agosto de 1996; C-1177 del 8 de noviembre de 2001; y C-161 del 25 de febrero de 2003.

23 Sentencia C-181 de 2010.

24 Sentencia C-181 de 2010.

25 Sentencia C-181 de 2009

26 Al respecto, sentencias T-606 de 2010 -cuatro meses-; T-687 de 2010 -tres meses-; T-556 de 2010 -dos meses-; T- 1109 de 2010 -dos meses-; T-509 de 2011 -seis meses después de lo que es considerado como “un hecho nuevo”; T-547 de 2011 -en donde un término de un año y cinco meses se considera excesivo-.

27 Sentencia C-588 de 2009.

28 Al respecto, citó las sentencias T-606 de 2010 -4 meses-; T-687 de 2010 -3 meses-; T-556 de 2010 - 2 meses-; T-1109 de 2010 -2 meses-; T-509 de 2011 -6 meses después de lo considerado como un hecho nuevo-; T-547 de 2011 - en donde un término de un año y cinco meses se considera excesivo.

29MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

30Ibídem.

31 Sentencia SU-339 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

32M.P. María Victoria Calle Correa.

33Sentencia C-069 de 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subseccion B, CP: Ruth Stella Correa Palacio, 10 de Marzo de 2011 Radicación Número:

11001-03-26-000-1997-13857-00(13857)

34 La sentencia C-181 de 2010 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), resolvió que el artículo 28 era EXEQUIBLE condicionándose la norma a: “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente” del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, en el entendido de que la terna a la que se refiere deberá ser conformada por los 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.

35 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.