

Sentencia T-509/11

TEMERIDAD-Requisitos constitucionales para determinar su configuración/JUEZ DE TUTELA-Examen detallado del proceso para determinar identidad de partes, hechos y pretensiones

Esta corporación en reiterada jurisprudencia ha sido enfática en señalar que el juez constitucional al momento de valorar si se encuentra frente a una situación de temeridad, debe tener en cuenta varios aspectos determinantes: (i) la identidad de las partes; (ii) la identidad de la causa petendi; (iii) la identidad del objeto y (iv) la ausencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio de la acción. De manera que, de configurarse la temeridad, el juez tendrá la facultad de rechazar la acción o dar una decisión desfavorable a todas las solicitudes de tutela teniendo la posibilidad de imponer las sanciones correspondientes. Sin embargo, le corresponde al Juez de tutela a fin de brindar una protección de los derechos fundamentales, verificar los aludidos presupuestos, siempre partiendo de la disposición constitucional que supone presumir la buena fe en las actuaciones de los particulares, atendiendo a las peculiaridades del caso.

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional por inexistencia de otro medio de defensa judicial/CONTROVERSIAS EN CONCURSO DE MERITOS-Procedencia excepcional por tutela cuando los medios de defensa judicial son ineficaces

La acción de tutela constituye un mecanismo de protección de derechos de naturaleza residual y subsidiaria. Por ello su ejercicio se da cuando no existe otro medio de defensa judicial o cuando, a pesar de existir, no resulta idóneo y eficaz. Por tal razón, se hace imperante acudir a la tutela ya sea de manera transitoria o definitiva para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Respecto de la procedencia específica de la acción de tutela en los concursos de méritos es claro, en principio, que quienes se vean afectados por una decisión de este tipo podrían valerse de las acciones señaladas en el Código Contencioso Administrativo para lograr la restauración de sus derechos. Sin embargo, la Corte ha estimado que estas vías judiciales no son siempre idóneas y eficaces para reponer dicha vulneración. Es así como la jurisprudencia reiterada de este Tribunal Constitucional ha señalado que en estos casos las acciones contencioso administrativas no alcanzan una protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas que habiendo adelantado los trámites necesarios para su vinculación a través de un sistema de

selección de méritos, ven truncada su posibilidad de acceder al cargo por aspectos ajenos a la esencia del concurso.

CONCURSO DE MERITOS-Criterio para acceder a la función pública y los fundamentos constitucionales y legales relacionados con la elección de Gerentes de las Empresas Sociales del Estado

El concurso público se constituye en la herramienta de garantía por excelencia para que el mérito de los aspirantes que pretenden acceder a un cargo de la función pública, predomine ante cualquier otra determinación. Este concurso despliega un proceso en el cual se evalúan las calidades de cada uno de los candidatos bajo condiciones de igualdad, de manera tal, que se excluyan nombramientos “arbitrarios o clientelistas o, en general, fundados en intereses particulares distintos de los auténticos intereses públicos.” El concurso público es un procedimiento mediante el cual se certifica que la selección de los aspirantes para ocupar cargos públicos se funde en la “evaluación y en la determinación de la capacidad e idoneidad de éstos para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo”, de tal manera que “se impide la arbitrariedad del nominador” y de este modo se imposibilita el hecho de que “en lugar del mérito, se favorezca criterios subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante.” La Corte Constitucional ha señalado que si bien con el concurso de méritos se busca la objetividad en la selección de los ciudadanos para ser nombrados en cargos públicos, para que éstos puedan acceder a la función pública en igualdad de condiciones, en estos procesos, además, se deben analizar y evaluar todos los factores que exhiba un candidato para ocupar un cargo de la administración, por lo que en virtud de ello serán tenidos en cuenta factores en los que no es posible la objetividad “pues aparece un elemento subjetivo que, en ciertas ocasiones podría determinar la selección, como sería, por ejemplo, el análisis de las condiciones morales del aspirante, su capacidad para relacionarse con el público, su comportamiento social, etc.”. Sin embargo, así exista un elemento subjetivo en la evaluación, la finalidad del concurso es “desterrar la arbitrariedad”.

CONCURSO DE MERITOS PARA ELECCION DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Normatividad aplicable/CONCURSO DE MERITOS PARA ELECCION DE GERENTES DE

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Etapas

NOMBRAMIENTO DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Evolución jurisprudencial

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Improcedencia de protección por cuanto existe una persona con mejor derecho por haber ganado concurso de méritos para Gerente de Empresa Social del Estado

Es necesario que esta Sala se pronuncie frente a un hecho en particular acaecido durante el trámite surtido en sede de revisión. El pasado 31 de mayo del año en curso se allegó a este despacho un oficio remitido por el representante legal de la alcaldía de Majagual informando que la señora, inicialmente designada como gerente, se encuentra en estado de embarazo. Ante dicha situación, teniendo claro que la mencionada señora ocupó el tercer lugar en el concurso de méritos, se hace énfasis en esta ocasión en que en tales circunstancias no hay lugar a la protección de una estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada, por cuanto existe otra persona con mejor derecho. En consecuencia, la señora no podrá ser reintegrada al cargo de gerente. Sin embargo, esta Corporación en aras de la protección que se debe a estos sujetos de especial trato constitucional, considera necesario ordenar a la alcaldía de Majagual (Sucre), que en el evento en que no lo hubiere hecho, realice de inmediato la correspondiente afiliación a la seguridad social en salud y pague las cotizaciones correspondientes al tiempo que perdure el embarazo, y le cubra la licencia por maternidad, con todos sus efectos, de acuerdo con la ley vigente a la fecha de esta sentencia. Lo anterior con ocasión a la protección especial de que goza el que está por nacer (artículo 43 superior) y por cuanto a pesar de que se realice el nombramiento a que tiene derecho la accionante, dicha situación no es óbice para que no se propenda por su protección.

Referencia: expediente T-2983517

Acción de tutela interpuesta por la señora María Lourdes Rada Castro contra el Municipio de Majagual (Sucre) y la señora Margarita María Baloco Navarro.

Magistrado Ponente:

JORGE IVAN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil once (2011).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, y en los artículos 33 y concordantes del Decreto 2591 de 1991, profieren la siguiente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sucre (Sucre), que a su vez confirma el del Juzgado Promiscuo Municipal de Majagual del mismo departamento, en la acción de tutela instaurada por la señora María Lourdes Rada Castro contra el Municipio de Majagual (Sucre) y la señora Margarita María Baloco Navarro.

I. ANTECEDENTES.

La señora María Lourdes Rada Castro interpone acción de tutela, el día 20 de septiembre de 2010, en contra del Municipio de Majagual (Sucre) y la señora Margarita María Baloco Navarro, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, igualdad y confianza legítima.

1. Hechos.

Para fundamentar su solicitud de tutela la accionante relata los siguientes hechos:

1.1. Manifiesta que la junta directiva de la ESE Centro de Salud de Majagual, del Municipio de Majagual (Sucre), realizó una convocatoria dirigida a las personas que estuvieran interesadas en participar en el concurso de méritos que tenía por objeto conformar la terna para designar el gerente en dicha entidad.

1.2. Menciona que se designó a la Universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD- Corozal para llevar a cabo el proceso de inscripción de los aspirantes, la revisión de las hojas de vida, la elaboración de la lista de admitidos, la realización de las pruebas, las entrevistas y los exámenes escritos.

1.3. Aduce que en virtud de la convocatoria publicada, se inscribió para participar en dicho proceso para el cual con posterioridad fue admitida.

1. Expresa que el día 11 de mayo de 2009 la Universidad Nacional Abierta y a Distancia -UNAD- Corozal publicó los resultados del proceso obteniéndose los siguientes resultados:

* Primer lugar, con un puntaje de 77.25 sobre 100, la señora María Lourdes Rada Castro (actual accionante en la presente acción).

* Segundo lugar, con un puntaje de 75.87 sobre 100, la señora Clarena Milena Palencia.

* Tercer lugar, con un puntaje de 75.12, la señora Margarita María Baloco Navarro (gerente designada por el nominador).

1. Precisa que con posterioridad, el alcalde de Majagual (Sucre), en calidad de presidente de la junta directiva de la ESE Centro de Salud de Majagual, mediante Decreto 036 del 21 de mayo de 2009, nombró como gerente de la mencionada entidad a la señora Margarita María Baloco Navarro, quien ocupó el tercer puesto en el concurso de méritos y no a ella que era quien había obtenido el mejor puntaje.

1. El día 22 de mayo de 2009, la señora Margarita María Baloco Navarro se posesiona como gerente de la ESE Centro de Salud de Majagual y frente a dicha situación, la petente interpone acción de tutela ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Sincelejo, quien mediante sentencia proferida el 27 de noviembre de 2009 concede el amparo solicitado.

1.8. Finalmente, con base en lo preceptuado en la Sentencia C-181 del diecisiete (17) de

marzo de dos mil diez (2010), promueve la presente acción de tutela¹ al considerar que ha sido víctima de una decisión arbitraria e ilegal por parte del alcalde de Majagual y solicita la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, igualdad y confianza legítima, y por tanto se deje sin efecto el nombramiento de la actual gerente de la ESE Centro de Salud de Majagual, para que en su lugar se le nombre a ella en razón a que fue quien obtuvo el mayor puntaje en el concurso y por ende es quien tiene el derecho.

2. Contestaciones a la demanda.

2.1. Respuesta emitida por la señora Margarita María Baloco Navarro

En respuesta a la demanda de tutela la señora Baloco Navarro expresó las siguientes consideraciones:

Señaló que es cierto que la accionante obtuvo un mayor puntaje que ella en la evaluación efectuada por la Universidad Nacional a Distancia UNAD de Corozal; sin embargo, precisa que no tenía conocimiento de los puntajes obtenidos, debido a que solo le fueron informados durante el trámite de la primera acción de tutela interpuesta por la señora María Lourdes Rada Castro.

Manifestó que este asunto ya había sido debatido en otra acción de tutela que fue resuelta desfavorablemente para la accionante; y por tanto se configura como cosa juzgada y temeridad, al coincidir en los hechos y las pretensiones y al haberse presentado por segunda vez sin ninguna justificación aparente.

Expuso que la petente no puede pretender abrir otra vez la discusión sobre el mismo asunto, decidido en una acción de tutela anterior y mucho menos fundamentar su solicitud alegando un fundamento jurídico que no operaba para la fecha en que sucedieron los hechos.

Finalmente solicitó la improcedencia de la presente acción de tutela.

2.2. Municipio de Majagual (Sucre).

Esta entidad, mediante su representante legal, adujo que optó por proveer el cargo de gerente de la ESE Centro de Salud de Majagual con la señora María Baloco Navarro

fundamentándose en la lista allegada por parte de la UNAD de Corozal, que fue publicada sin los respectivos puntajes, ya que no tuvo conocimiento de los mismos hasta el día 27 de octubre de 2009, cuando en la anterior acción de tutela interpuesta por la accionante dichos resultados le fueron allegados.

Del mismo modo solicita la improcedencia de la acción, fundamentando su petición en la existencia de cosa juzgada y temeridad de la parte accionante.

3. Decisión Judicial Objeto de Revisión

3.1. Primera Instancia

El Juzgado Promiscuo Municipal de Majagual (Sucre), en proveído del cuatro (4) de octubre de 2010, concede el amparo solicitado y ordena que se revoque el decreto municipal número 036 del 21 de mayo de 2009, por medio del cual se designó a la señora María Margarita Balocco Navarro como gerente de la ESE Centro de Salud de Majagual y en consecuencia se designe como nueva gerente a la señora María Lourdes Rada Castro, con base en dos argumentos: (i) la aparición de la Sentencia C-181 de 2010 que constituye un hecho nuevo que descarta la temeridad y falta de inmediatez de la accionante; y (ii) en razón a que es imperativo para todo operador judicial atender lo dispuesto en una sentencia con efecto erga omnes.

Impugnación

Luego de notificada la decisión por el juez de instancia, esta providencia fue impugnada por el municipio de Majagual y la actual gerente de la ESE Centro Médico de Majagual, la señora Margarita María Baloco Navarro.

Tanto la Alcaldía de Majagual como la señora Margarita María Baloco Navarro, expresaron su inconformidad con el fallo y solicitaron que se revoque la Sentencia de primera instancia, argumentando el “indebido otorgamiento de efectos retroactivos” a la sentencia C-181 de 2010 y el desconocimiento de conducta temeraria de la accionante².

3.2. Segunda instancia

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Sucre (Sucre), en Sentencia del 2 de diciembre de 2010,

confirma el fallo del a quo bajo similar argumentación y adicionalmente resalta el precedente aplicado en otros pronunciamientos de la Corte Constitucional en casos similares y anteriores a la declaratoria de exequibilidad condicionada de la Sentencia C-181 de 2010.

4. Pruebas relevantes que obran dentro del expediente.

A continuación se relacionarán las pruebas más relevantes del proceso:

* Lista de elegibles aspirantes a la gerencia de la ESE Centro de Salud Majagual (Sucre), de conformidad con el Decreto 800 de 2008, con fecha del 11 de mayo de 2009, firmada por el Director de la UNAD de Corozal Dr. Rubén del Cristo Martínez Suárez, en el que aparecen los nombres de los concursantes y sus números de cédula³.

* Respuesta emitida el 27 de octubre de 2009 por la Universidad Nacional a Distancia UNAD de Corozal a un derecho de petición elevado por la accionante, en el cual se le comunica el puntaje obtenido por cada participante del concurso para proveer el cargo de gerente de la ESE Centro de Salud de Majagual ⁴.

* Decreto núm. 036 del 21 de mayo 2009, mediante el cual el alcalde del municipio de Majagual Sucre, señor Carlos Cesar Cabarcas Mejía, nombra a la señora Margarita María Baloco Navarro como gerente de la ESE Centro de Salud de Majagual.⁵

* Copia del acta de posesión de la señora Margarita María Baloco Navarro como gerente de la ESE Centro de Salud de Majagual⁶.

* Copia del fallo de tutela de segunda instancia proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo (Sucre), en la primera acción de amparo interpuesta por la accionante, cuya protección solicitada fue negada.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Asuntos Previos:

Previo a resolver la controversia suscitada en el presente caso, la Sala debe establecer si la solicitud de amparo cumple con los requisitos de procedencia en cuanto a: (i) la posible temeridad de la accionante por la presentación de una segunda acción de tutela y (ii) la existencia de otro mecanismo de defensa judicial.

2.1. Ausencia de temeridad ante la falta de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio de la acción 7

2.1.1. La acción de tutela fue creada como instrumento extraordinario, preferente, breve y sumario para lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas. En consecuencia, para garantizar el buen funcionamiento de este medio de defensa, es necesario que los actores tengan una participación transparente que se materialice en la recta decisión de los jueces. En esa medida, las autoridades correspondientes han previsto para cada escenario procesal los actos que contrarían la adecuada administración de justicia y a su vez han dispuesto los correctivos pertinentes.

El Decreto 2591 de 1991, en el artículo 38, hace referencia a la actuación temeraria en la acción de tutela, con el fin de evitar su abuso y así alcanzar una relación honesta y transparente entre la administración y los administrados. La aludida norma señala que se configura la temeridad cuando “sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”, por lo cual corresponde al juez de tutela rechazarla o decidir desfavorablemente

todas las solicitudes.

Al respecto, esta corporación en reiterada jurisprudencia ha sido enfática en señalar que el juez constitucional al momento de valorar si se encuentra frente a una situación como la descrita, debe tener en cuenta varios aspectos determinantes: (i) la identidad de las partes; (ii) la identidad de la causa petendi; (iii) la identidad del objeto y (iv) la ausencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio de la acción⁸.

De manera que, de configurarse la temeridad, el juez tendrá la facultad de rechazar la acción o dar una decisión desfavorable a todas las solicitudes de tutela teniendo la posibilidad de imponer las sanciones correspondientes⁹.

Sin embargo, le corresponde al Juez de tutela a fin de brindar una protección de los derechos fundamentales, verificar los aludidos presupuestos, siempre partiendo de la disposición constitucional que supone presumir la buena fe en las actuaciones de los particulares, atendiendo a las peculiaridades del caso.

2.1.2. Concatenado a lo anterior, la Corte ha analizado algunos casos en los que no se configura la temeridad a pesar de existir identidad de partes, de causa y de objeto. Conforme con esa posición, en la Sentencia T-1104 de 2008, se indicó:

“Se ha sostenido que la declaratoria de improcedencia de la tutela por temeridad debe analizarse desde una perspectiva distinta a la meramente procedimental, cuando el ejercicio simultáneo o repetido de la acción de tutela se funda en: (i) la condición del actor que lo coloca en estado de ignorancia¹⁰ o indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho y no por mala fe¹¹; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho¹²; (iii) en la consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante¹³; y por último (iv) se puede resaltar la posibilidad de interponer una nueva acción de amparo cuando la Corte Constitucional profiere una sentencia de unificación, cuyos efectos hace explícitamente extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones, incluso si con anterioridad a dicha sentencia presentaron acción de tutela por los mismos hechos y con la misma

pretensión.14”

Asimismo, estas situaciones obligan al juez constitucional a elaborar una valoración flexible respecto de la condición temeraria de la tutela, teniendo en cuenta que adoptar una posición estrictamente procedimental en el sentido de verificar la existencia de unos requisitos sin establecer las particularidades del caso, puede resultar lesivo de cara a alcanzar el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales. Al respecto en la Sentencia T-1034 de 200515 se sostuvo lo siguiente:

“A pesar de que los hechos expuestos en ambas tutelas son similares, existen motivos justificados para la presentación de la nueva acción de tutela (...) fue con posterioridad que la Corte Constitucional profirió las sentencias de tutela sobre casos similares en los cuales existieron múltiples reliquidaciones de los créditos y sentó su jurisprudencia sobre el respeto al acto propio y la violación de los derechos al debido proceso y a la buena fe de los usuarios del sistema financiero”.

En igual sentido la Sentencia T-009 de 200016, dispuso:

“Podría afirmarse que, en el presente caso, los actores interpusieron una segunda acción de tutela a raíz de las mismas circunstancias fácticas (...) Sin embargo, en la segunda acción presentada, los trabajadores despedidos alegan la vulneración de su derecho a la igualdad y solicitan la aplicación al caso de una doctrina constitucional que sólo fue formulada por la Corte una vez decididas las acciones primariamente presentadas. Se trata entonces de una segunda acción que, sin embargo, se funda en un hecho nuevo: la consagración de una doctrina constitucional que reconoce (1) la aplicación inmediata del derecho al debido proceso en los procedimientos de despido en virtud de la declaratoria de ilegalidad de un cese de actividades y (2) la procedencia de la tutela a fin de hacer exigible el mencionado derecho. En las condiciones anotadas, parece claro que los actores, en ejercicio de su derecho a la igualdad, consideraron que la doctrina sentada por la Corte Constitucional, para resolver un caso cuyos hechos son idénticos y concomitantes a los hechos que originaron su solicitud de amparo, les era aplicable”.

2.1.3. Ahora bien, frente a este caso en particular la Sala observa al analizar las solicitudes elevadas por la señora María Lourdes Rada Castro, que es procedente la presente acción de tutela en razón a que, la petente consideraba que al proferirse la Sentencia C-181 del

diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010) se constituía ésta como un hecho nuevo que la habilitaba para la interposición de una segunda acción tutela; de tal actuación se deduce que la apreciación de la señora Rada Castro es razonable y se presenta en este caso como prueba de la existencia de un argumento válido que permite la promoción de la actual acción de amparo, sin que su actuación pueda calificarse como temeraria.

Lo anterior con fundamento en que la actuación de la accionante se presentó de manera transparente ante la administración de justicia, por cuanto se puso presente su buena fe cuando informó y allegó los documentos pertinentes a la anterior solicitud de amparo.

En ese orden de ideas y frente a la existencia de un argumento válido que permite convalidar la duplicidad en el ejercicio de la acción, la Corte ha entendido que no se configura la temeridad a pesar de la identidad de partes y pretensiones, ya que existe una circunstancia que determina un cambio frente a la situación examinada con anterioridad y es precisamente ese cambio el que hace que no se trate de la misma acción¹⁸.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que no existe temeridad o cosa juzgada en el presente asunto.

2.2. Procedencia de la acción de tutela por inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial eficaz e idóneo

La acción de tutela constituye un mecanismo de protección de derechos de naturaleza residual y subsidiaria. Por ello su ejercicio se da cuando no existe otro medio de defensa judicial o cuando, a pesar de existir, no resulta idóneo y eficaz. Por tal razón, se hace imperante acudir a la tutela ya sea de manera transitoria o definitiva para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Ahora bien, respecto de la procedencia específica de la acción de tutela en los concursos de méritos es claro, en principio, que quienes se vean afectados por una decisión de este tipo podrían valerse de las acciones señaladas en el Código Contencioso Administrativo para lograr la restauración de sus derechos. Sin embargo, la Corte ha estimado que estas vías judiciales no son siempre idóneas y eficaces para reponer dicha vulneración. Es así como la jurisprudencia reiterada de este Tribunal Constitucional ha señalado que en estos casos las acciones contencioso administrativas no alcanzan una protección efectiva de los derechos

fundamentales de las personas que habiendo adelantado los trámites necesarios para su vinculación a través de un sistema de selección de méritos, ven truncada su posibilidad de acceder al cargo por aspectos ajenos a la esencia del concurso.

En tal medida, se ha dicho que una eventual compensación económica, la reelaboración de la lista y la orden tardía de nombrar a quien tiene el derecho, en realidad no es suficiente para resarcir el quebrantamiento ocasionado por la ilegalidad en la actuación de la administración. En este sentido esta Corporación, en la Sentencia T-388 de 1998, expresó:

En reiterada jurisprudencia y acogiendo el mandato contenido en el artículo 6 del decreto 2591 de 1991, esta Corporación ha determinado que las acciones contencioso administrativas no consiguen en igual grado que la tutela, el amparo jurisdiccional de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de vinculación de servidores públicos, cuando ello se hace por concurso de méritos, pues muchas veces el agotamiento de dichas acciones implica la prolongación en el tiempo de su vulneración y no consiguen la protección del derecho a la igualdad concretamente, ya que, en la práctica, ellas tan solo consiguen una compensación económica del daño causado, la reelaboración de la lista de elegibles (cuando inconstitucionalmente se ha excluido a un aspirante o se le ha incluido en un puesto inferior al que merece) y, muchas veces, la orden tardía de nombrar a quien verdaderamente tiene el derecho de ocupar el cargo, pero sin que realmente pueda restablecerse el derecho a permanecer en él durante todo el tiempo que dura el proceso contencioso administrativo y con lo cual se ve seriamente comprometido el derecho, también fundamental, a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, en la modalidad de “acceder al desempeño de funciones y cargos público”.

De igual modo, la Sentencia T-095 de 2002 recogió la línea jurisprudencial sobre este asunto e indicó que quien ocupa el primer puesto dentro de un concurso elaborado para proveer un cargo, no puede ser sometido a un trámite dispendioso como lo sería el ordinario, porque con ello se prolongaría en el tiempo la violación del derecho fundamental. En consecuencia, esta situación es suficiente para determinar que es la tutela el mecanismo idóneo para reclamar la protección de esos derechos. La mencionada providencia citando a su vez lo preceptuado en la SU-133 de 1998 expresó lo siguiente:

“Así las cosas, esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.

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.”

En atención a lo expuesto, queda claro que en este tipo de asuntos las acciones contencioso administrativas no consiguen en igual grado que la tutela la protección efectiva de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, ya que en la mayoría de los casos el agotamiento de dichas acciones implica la prolongación en el tiempo de su vulneración y no consiguen la protección del derecho, “ya que, en la práctica, ellas tan solo consiguen una compensación económica del daño causado¹⁹, la reelaboración de la lista de elegibles (cuando inconstitucionalmente se ha excluido a un aspirante o se le ha incluido en un puesto inferior al que merece) y, muchas veces, la orden tardía de nombrar a quien verdaderamente tiene el derecho de ocupar el cargo, pero sin que realmente pueda restablecerse el derecho a permanecer en él durante todo el tiempo que dura el proceso contencioso administrativo.”²⁰

De manera que si bien la jurisprudencia constitucional ha señalado que existe otro mecanismo de defensa judicial para satisfacer las pretensiones de quien considera que no fue nombrado en un cargo, a pesar de haber obtenido el primer puesto en un concurso, también ha precisado que este medio de defensa judicial no es eficaz para proteger los derechos fundamentales involucrados. De ahí que la acción de tutela se constituye en el medio judicial idóneo, con el que cuentan los concursantes para buscar la protección de sus

derechos fundamentales involucrados. En consecuencia, esta Sala analizará de fondo el presente asunto.

3. Problema jurídico

Atendiendo a que el alcalde municipal de Majagual (Sucre) integró la terna para proveer el cargo de gerente de la institución con los aspirantes que ocuparon el 1º, 2º y 3º puesto dentro del concurso de méritos adelantado para tal fin y, a su vez, nombró como gerente a la concursante que ocupó el 3er lugar, le corresponde a la Corte establecer si la autoridad encargada de proveer el cargo de gerente de la ESE municipal vulneró los derechos fundamentales al trabajo, acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, igualdad y confianza legítima de la accionante, quien a pesar de haber obtenido el primer puesto en el concurso no fue elegida finalmente para ocupar dicho cargo.

En razón a que previamente se determinó la procedencia del presente asunto, la Sala estudiará el mérito como criterio para acceder a la función pública y los fundamentos constitucionales y legales relacionados con la elección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado, para posteriormente presentar algunos casos similares al analizado y finalmente abordar el análisis del caso concreto.

4. El mérito como criterio para acceder a la función pública y los fundamentos constitucionales y legales relacionados con la elección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado

4.1. La Carta de 1991 señala que la función pública debe ser desarrollada de acuerdo con los principios constitucionales de mérito, igualdad, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.²¹

Del mismo modo, establece que el principio constitucional del mérito es uno de los pilares del Estado Social de Derecho, en razón a que de él depende el desarrollo del principio democrático y del interés general. Por tanto, es a través del concurso público que se materializa y evita “que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa”.²²

Asimismo, el concurso público se constituye en la herramienta de garantía por excelencia

para que el mérito de los aspirantes que pretenden acceder a un cargo de la función pública, predomine ante cualquier otra determinación. Este concurso despliega un proceso en el cual se evalúan las calidades de cada uno de los candidatos bajo condiciones de igualdad, de manera tal, que se excluyan nombramientos “arbitrarios o clientelistas o, en general, fundados en intereses particulares distintos de los auténticos intereses públicos.”²³

El concurso público es entonces un procedimiento mediante el cual se certifica que la selección de los aspirantes para ocupar cargos públicos se funde en la “evaluación y en la determinación de la capacidad e idoneidad de éstos para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo”, de tal manera que “se impide la arbitrariedad del nominador” y de este modo se imposibilita el hecho de que “en lugar del mérito, se favorezca criterios subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante.”²⁴

La Corte Constitucional ha señalado que si bien con el concurso de méritos se busca la objetividad en la selección de los ciudadanos para ser nombrados en cargos públicos, para que éstos puedan acceder a la función pública en igualdad de condiciones, en estos procesos, además, se deben analizar y evaluar todos los factores que exhiba un candidato para ocupar un cargo de la administración, por lo que en virtud de ello serán tenidos en cuenta factores en los que no es posible la objetividad “pues aparece un elemento subjetivo que, en ciertas ocasiones podría determinar la selección, como sería, por ejemplo, el análisis de las condiciones morales del aspirante, su capacidad para relacionarse con el público, su comportamiento social, etc.”²⁵. Sin embargo, así exista un elemento subjetivo en la evaluación, la finalidad del concurso es “desterrar la arbitrariedad”.²⁶

4.2. Ahora bien, respecto a la normatividad aplicable a la elección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado, se observa que se encuentra regulado por diversas leyes, decretos, resoluciones e incluso por los estatutos de la respectiva entidad. Sin embargo, en esta oportunidad se hará mención sobre la normatividad que en general marca las pautas generales a tener en cuenta en cada etapa de dicho proceso.

4.2.1. Inicialmente, la Ley 10 de 1990 “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud

y se dictan otras disposiciones”²⁷, indicaba que los gerentes de las ESE en el país, al ser directivos de una entidad descentralizada, eran empleados públicos de libre nombramiento y remoción.

Sin embargo, a partir de la expedición de la Ley 1122 de 2007, “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, se cambia tal designación y se regula el respectivo proceso de selección de los gerentes de las ESE. En la Sentencia C-181 de 2010 la Corte declaró la exequibilidad condicionada del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007²⁸, bajo el entendido de que (i) la terna a la que se refiere el inciso primero del artículo 28 de la ley en mención, 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 tercero²⁹.

Tal decisión se tomó de acuerdo a los siguientes argumentos:

1. Si el legislador o la administración deciden someter a concurso la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción, la Constitución le impone al nominador de dicho cargo, el deber de sujetarse a las reglas propias del concurso y el mérito, fijadas por la ley y la jurisprudencia de esta Corporación³⁰.

1. La conformación de la lista de aspirantes depende directa y objetivamente del puntaje obtenido por los concursantes, por lo cual sólo el mérito del participante determina su inclusión en la terna. Por el contrario, de seguirse interpretando acomodadamente como siempre se había hecho y sin el condicionamiento de que quien debe ocupar el cargo es quien haya obtenido el mayor puntaje, se excluiría el verdadero sentido del mérito y se omitiría todo criterio de excelencia, dando lugar a la violación de las reglas generales que rigen los concursos, desconociendo manifiestamente el principio constitucional del mérito como criterio rector del acceso a la función pública.

1. 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, ya que al tiempo que supone un trato discriminatorio que no se funda en razones objetivas de calificación, se aplican reglas al concurso sobre bases desconocidas para el participante, quien prevalido de la confianza legítima de ser nombrado bajo la condición de haber obtenido el mejor puntaje, puede ser despojado del derecho por motivos ajenos a las reglas iniciales de la convocatoria.

4.2.2. Adicionalmente se tiene el Decreto 800 de 2008, “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 del 200731”, expedido por el Presidente de la República, que regula todo lo relacionado con el trámite de selección de los gerentes de la ESE y la Resolución núm. 165 de 2008, “Por la cual se establecen los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos públicos abiertos para la conformación de las ternas de las cuales se designarán los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial”, expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, estableciendo las siguientes etapas:

ETAPAS

DESCRIPCIÓN

PRIMERA ETAPA

La Junta directiva de la ESE del nivel territorial, deberá conformar la terna de candidatos para la designación del Gerente o Director de dicha entidad, para lo cual deberá escoger mediante concurso de méritos público y abierto, a quien obtenga el mayor puntaje.

SEGUNDA ETAPA

EL CONCURSO:

En esta etapa se deberá desarrollar de la siguiente manera:

* La Junta Directiva de la ESE del nivel territorial, determinará los parámetros necesarios para

la realización del concurso de mérito.

* Una vez determinados dichos parámetros, se deberá adelantar el respectivo concurso a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o estas asociadas con entidades especializadas en procesos de selección de personal para cargos de alta gerencia, que se encuentren debidamente acreditados por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

* Asesoría y evaluación de los procesos. El Departamento Administrativo de la Función Pública prestará a las entidades que lo requieran asesoría para la planeación y desarrollo del proceso de selección del gerente de la ESE.

Con el propósito de que el Departamento Administrativo de la Función Pública pueda llevar estadísticas, realizar evaluaciones y sondeos sobre los procesos referentes a la elección de las empresas sociales del Estado deberán enviar en forma oportuna la información que esta entidad les solicite.

* La Universidad o Institución de educación superior deberá ser escogida bajo criterios de selección objetiva, demostrar competencia técnica, capacidad logística y contar con profesionales con conocimientos específicos en seguridad social en salud y experiencia en el sector salud de mínimo 3 años

Una vez seleccionada la entidad que realizará el proceso, la Junta Directiva de la respectiva empresa invitará a los aspirantes interesados en participar en el mismo, a través de prensa escrita de amplia circulación nacional o regional. Igualmente, la invitación deberá publicarse en el lugar de acceso al público de las Secretarías o Direcciones Seccionales de Salud del nivel departamental y municipal correspondientes y en la empresa social del Estado para la cual se realiza el proceso.

* La invitación se deberá informar a la comunidad mediante avisos radiales en una emisora de cubrimiento local o regional y estos deberán efectuarse por lo menos durante tres días con una periodicidad mínima de tres veces al día en horarios de alta audiencia. Las Juntas también podrán utilizar otros medios de comunicación masiva tales como folletos, correo electrónico o páginas electrónicas de la Entidad e igualmente podrán publicarse en las páginas web del Ministerio de la Protección Social y del Departamento Administrativo de la

Función Pública.

* La invitación deberá ser publicada como mínimo con diez (10) días hábiles de antelación a la fecha de iniciación de las inscripciones y como mínimo deberá contener la siguiente información: Nombre de la empresa social del Estado, nivel de complejidad, dirección y teléfono, fecha de la invitación funciones y requisitos del cargo, asignación básica del empleo, fecha, horario y lugar de inscripción de candidatos, fecha y lugar de publicación de admitidos y no admitidos al proceso, pruebas a aplicar y valor de cada una de ellas dentro del proceso, lugar, fecha y hora de realización de las pruebas, fecha y lugar de publicación de lista de aspirantes que superaron las pruebas y término para efectuar reclamaciones.

* Inscripción: El término para las inscripciones no deberá ser inferior a cinco (5) días hábiles y se realizará en el Formulario único de Inscripción, que se encuentra disponible en las páginas Web del Ministerio de la Protección Social, del Departamento Administrativo de la Función Pública, de las Secretarías y Direcciones Territoriales de Salud y de la respectiva Empresa Social del Estado. Al Formulario Único de Inscripción deberá anexarse los documentos que acrediten la formación académica y la experiencia laboral relacionada de los aspirantes y las certificaciones de experiencia deberán contener, como mínimo, los siguientes datos: nombre o razón social de la entidad o empresa, tiempo de servicio, relación de funciones desempeñadas.

* Las inscripciones podrán realizarse personalmente o por correo certificado, el cual deberá ingresar a la institución que llevará a cabo las inscripciones, dentro del plazo fijado para estas.

* El concurso de méritos público y abierto deberán aplicarse pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos y las aptitudes, que permitan determinar que el aspirante es idóneo para el desempeño del cargo.

* Dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de cierre de las inscripciones deberá publicarse la lista de los aspirantes admitidos al proceso por acreditar los requisitos, así como la de los no admitidos.

* El concurso de méritos en todas sus fases y pruebas deberá ser adelantado por la entidad contratada para el efecto.

* Valoración de las pruebas. Las pruebas se valorarán en una escala de 0 a 100 puntos, cuyos resultados se ponderarán de acuerdo con el peso que se le haya asignado a cada prueba dentro del proceso. La lista de candidatos para entregar a la Junta Directiva se elaborará en orden alfabético con quienes hayan obtenido un puntaje ponderado igual o superior a setenta (70) puntos, la cual deberá ser informada en medios de comunicación masiva.

* La Junta Directiva conformará la terna de la lista que envíe la entidad encargada de adelantar el proceso de selección, la cual deberá estar integrada mínimo con cinco aspirantes y presentada en orden alfabético y con los respectivos puntajes para así elegir al que saque el mayor.³².

TERCERA ETAPA

Seguimiento y control. Una vez concluido el proceso, la empresa social del Estado deberá elaborar un informe sobre la ejecución del mismo en sus distintas etapas, en el cual se precisará, entre otros aspectos relevantes, los mecanismos y criterios utilizados para seleccionar la Universidad o Institución de educación superior que adelantó el proceso, las características de las pruebas aplicadas, las reclamaciones formuladas en las distintas etapas y la forma en que estas fueron resueltas. Dicho informe permanecerá bajo custodia del Gerente de la respectiva empresa social del Estado para efecto de su ulterior verificación o revisión por parte de la Superintendencia Nacional de Salud y demás autoridades competentes.

En consecuencia, son estas las etapas que se deben agotar en todo proceso de selección de personal que se postule en concursos de elección para ocupar el cargo de gerente en una ESE del orden departamental o municipal.

5. Evolución jurisprudencial y actual posición de la Corte Constitucional en casos con situaciones fácticas concernientes al nombramiento por concurso de méritos del cargo de gerente de ESE del orden departamental o municipal

5.1. Con anterioridad a la expedición de la Ley 1122 de 2007, esta Corporación, mediante la

Sentencia T-484 de 2004, ya se había pronunciado sobre la designación de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado. En dicha ocasión el 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, a pesar de haber ocupado el primer lugar en el concurso de méritos realizado para proveer dicho cargo, no fue nombrado.

En esa oportunidad la Corte señaló que se estaba en presencia de un cargo de libre nombramiento y remoción y, por tanto, de acuerdo con la normatividad vigente, no se exigía la realización de un concurso de méritos. Lo anterior en razón a que, por regla general, para estos eventos la administración discrecionalmente nombraba a la persona que debía ocupar el cargo. Sin embargo, se mencionó que la administración podía designar esa vacante mediante un concurso de méritos, sin verse obligada a nombrar al aspirante que hubiese ocupado el primer lugar del concurso. En ese entonces, en la providencia se expuso lo siguiente:

“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 estos 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 concurso³³.”

Por ende, la decisión tomada en ese entonces por esta Corporación encaminada a no conceder el amparo a los derechos del accionante, se fundó en que no se logró evidenciar que la Gobernación del Huila hubiese generado una afectación a los derechos invocados, en razón a la naturaleza del cargo³⁴.

5.2. Con la modificación que incluyó el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 la perspectiva cambió sustancialmente. La Corte profirió la Sentencia T-329 de 2009³⁵, en la cual se

inaplicó por inconstitucional 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, por considerar que se estaban vulnerando los derechos fundamentales derivados del concurso público de méritos, ya que al establecerse un sistema dual en el nombramiento de los Gerentes de las E.S.E.³⁶, se evidenciaba el elemento discrecional, que excluía el mérito de los aspirantes, desdibujando en gran medida la naturaleza de dicho concurso. En esa ocasión se manifestó lo siguiente:

“[E]n 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.”³⁷

Finalmente, como en esta ocasión se analizaron dos casos con presupuestos fácticos idénticos en los que se solicitaba el nombramiento de las personas que habían obtenido el mayor puntaje en los respectivos concursos; se concedió dicha protección al confirmar en ambas situaciones las decisiones de instancia.

La Sentencia T-329 de 2009 fue reiterada, entre otras, por la Sentencia T-715 de 2009, en la que se analizó un caso similar al contenido tanto en la sentencia en mención como en el caso objeto de revisión, en el que la Junta Directiva de la E.S.E. elaboró una terna con los 3 mejores puntajes del concurso de méritos, y sin embargo el nominador³⁸ procedió a designar discrecionalmente al que ocupó el tercer lugar de dicha terna, desconociéndole al accionante el hecho de haber obtenido el puntaje más alto del concurso público de

méritos.³⁹ En esa oportunidad esta Corporación resolvió:

“PRIMERO: INAPLICAR por inconstitucional, para el caso concreto, la interpretación que del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 hizo el Municipio de María La Baja -Bolívar-, a partir de la cual se comprendía que el nominador, esto es, el Alcalde de dicho municipio, se encontraba facultado para escoger, de manera discrecional, a quien habría de ocupar el cargo de gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Local de María La Baja. Allí, lo que debe entenderse es que el nominador debe escoger a quien ocupe el primer puesto, de conformidad con los lineamientos constitucionales que rigen los concursos públicos de méritos.

SEGUNDO: CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, el fallo proferido el seis de marzo de dos mil nueve por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Turbaco -Bolívar-, en el que se concedió la protección tutelar de los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad de Gelberto Comaz Bazza, y se le ordenó a la Alcaldía Municipal de María La Baja -Bolívar-, realizar su nombramiento y posesión en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Local de María La Baja.”

5.3. Posteriormente, como ya se analizó en el acápite anterior, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-181 de 2010, decidió declarar exequible de manera condicionada 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 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”.

5.4. A partir de entonces la Corte Constitucional ha proferido providencias en casos similares donde ampara el derecho del concursante que a pesar de haber obtenido el mejor puntaje en el proceso de selección no es nombrado por el presidente de la Junta Directiva de la respectiva ESE.

5.4.1. La Sentencia T-606 de 2010 trató un caso en el que el accionante, a pesar de haber obtenido el mayor puntaje en el concurso, no fue nombrado en el cargo de gerente de la ESE

estando ya vigente el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007. Sobre el particular se expresó:

“En consecuencia, esta Sala estima que, la Junta Directiva de la E.S.E. Red Salud de Armenia al haber conformado la terna con los participantes que obtuvieron los mejores puntajes en la prueba de conocimiento y de aptitud, desconoció la integralidad del concurso de méritos, pues sólo tuvo en cuenta uno de varios componentes que se requieren para ocupar el cargo de Gerente de la E.S.E. mencionada.

Así mismo, la designación efectuada por la Alcaldesa del Municipio de Armenia, para proveer el cargo de Gerente de la E.S.E. Red Salud, desconoció el principio del mérito como criterio dominante para la elección de dicho cargo, toda vez que atendió a diferentes reglas que permiten entrever, en todo caso, la discrecionalidad del nominador. En el asunto subjudice, fue quien demostró mayor experiencia profesional en dicha entidad.

Refuerza lo anterior, el reciente pronunciamiento de esta Corporación en la Sentencia C-181 de 2010, en la cual se declaró la exequibilidad condicionada de la expresión contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007”.

En consecuencia, se concedió la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso en materia administrativa, al trabajo y el principio de confianza legítima y buena fe del señor Rubén Darío Londoño Londoño y se ordenó al nominador de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia realizar su nombramiento por haber ocupado el primer puesto en el concurso de méritos para el cargo de Gerente de la E.S.E.

5.4.2. En el mismo sentido se destaca la Sentencia T-687 de 2010, en la que se analizó un caso similar, pero que tuvo lugar con anterioridad al proferimiento de exequibilidad condicionada. En esa ocasión se expresó lo siguiente:

“Para la Sala resulta evidente que el nombramiento del la señora Cardozo Quintero va en contra de reiteradas reglas que se deducen de los principios constitucionales que gobiernan la realización de concursos para el acceso a cargos públicos.

En efecto, al escoger el tercer puntaje de los que conformaban la terna el Alcalde de Saladoblanco desconoció los principios de mérito como parámetro de acceso a la

administración pública y el de buena fe de la accionante, en cuanto ésta obtuvo el puntaje más alto. Dichos principios han sido reiterados desde el inicio de la jurisprudencia constitucional pues, lejos de ser algo accesorio fruto de una reforma tangencial de la Constitución, constituyen uno de los elementos esenciales de la Carta Política que, en pos de garantizar los principios de eficiencia, eficacia y transparencia de la administración pública, estableció el sistema de carrera administrativa, elemento fundacional del orden constitucional colombiano.

Debe anotarse que, aunque las reglas jurisprudenciales que condujeron a este resultado son anteriores al momento en que tuvieron ocurrencia las situaciones del caso en concreto, podría argumentarse que los efectos de la declaratoria de constitucionalidad condicionada de la sentencia C-181 de 2010 se presentan desde el momento en que tuvo lugar la decisión, por lo cual no cobijaría a las situaciones que, como la que se estudia, tuvieron lugar antes de la plurimencionada sentencia de constitucionalidad.

Ante este posible argumento la Sala recuerda dos cosas

i. En primer lugar, todas las reglas jurisprudenciales sobre derechos derivados de la participación en concursos para proveer cargos públicos son anteriores a los hechos que motivan la presente acción de tutela; y

ii. En segundo lugar, para el momento en que fue nombrada la señora Cardozo Quintero ya se había proferido la decisión T-329 de 14 de mayo de 2009, en la cual se resuelve un caso análogo al ahora estudiado por la Corte y se llega a idéntica conclusión⁴⁰. Se reitera que, con base en esta regla jurisprudencial en el caso resuelto por la sentencia T-329 de 2009 se decidió que la “[s]ala inaplicar[ía] 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”⁴¹.

Son estas las razones que sustentan la determinación de la Sala en el sentido de considerar que en casos como el ahora estudiado debe elegirse al puntaje más alto de la terna, razón por la que revocará la sentencia de segunda instancia y en su lugar se confirmará, por las razones ahora expuestas, la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Oporapa.”

De manera que no se basa como en el anterior caso en la declaratoria de constitucionalidad condicionada de la Sentencia C-181 de 2010, sino en la inaplicación por inconstitucionalidad argumentada en la Sentencia T-329 de 2009, en razón a que dicho concurso finalizó en julio de 2009.

Así, lo que se deduce de las diferentes posiciones adoptadas por esta Corporación, es que siempre se propende por el amparo de los derechos fundamentales al trabajo, acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, igualdad y confianza legítima de las personas que por mérito deben ocupar el cargo de gerente de una ESE del orden departamental o municipal, que fueron legitimados al haber obtenido el puntaje superior dentro de un concurso ejecutado bajo los lineamientos normativos de la materia.

6. Análisis del caso concreto.

6.1. En esta ocasión la señora María Lourdes Rada Castro interpone acción de tutela contra la alcaldía municipal de Majagual (Sucre) y contra la señora Margarita María Baloco Navarro, en calidad de gerente de la ESE nombrada, por considerar que se le han conculcado sus derechos fundamentales al no haber sido designada en el cargo de gerente de la ESE Centro de salud de Majagual, a pesar de haber obtenido el mayor puntaje en el concurso realizado por la Universidad Nacional a Distancia UNAD- Corozal.

Los demandados fundamentaron su defensa en la improcedencia del amparo por temeridad, en razón a que la accionante ya había interpuesto otra acción con los mismos hechos. Sin embargo, tanto el Juzgado Promiscuo Municipal de Majagual (Sucre), como el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sucre en el mismo departamento, desvirtúan tal posición con base en: (i) la existencia de un hecho nuevo al proferirse la Sentencia C-181 de 2010 y; (ii) el precedente jurisprudencial adoptado en sede de tutela a partir de la expedición de la Ley 1122 de 2007, lo cual se materializó en el amparo y concomitante nombramiento de la petente como gerente de la ESE Centro de Salud de Majagual por asistirle el derecho.

6.2. En primer lugar, en este caso en concreto, tal y como se expresó en los asuntos previos, es procedente la acción de tutela como mecanismo idóneo de protección de derechos fundamentales en materias como la analizada.

Igualmente, al aplicarse el precedente jurisprudencial, se evidencia que el presente asunto se encuadra dentro del contexto de inaplicación por inconstitucionalidad, utilizada inicialmente en la Sentencia T-329 de 2009, y citada en posteriores pronunciamientos de iguales presupuestos fácticos, reafirmándose igualmente con lo preceptuado en la C-181 de 2010, cuyos efectos son de cosa juzgada constitucional y erga omnes.

Así las cosas, a continuación se entrará a definir las particularidades que se dieron en sede de revisión del caso:

6.3. En el presente asunto resulta claro que:

(i). Tanto la Junta Directiva de la ESE Centro de Salud de Majagual, como el alcalde de dicho municipio, desconocieron los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo invocados por la actora, toda vez que el primero, a pesar de que debía hacer su designación conforme a la terna remitida, nombró a quien ocupó el tercer lugar dentro del concurso.

(ii). De acuerdo a los lineamientos constitucionales expuestos, la señora María Lourdes Castro Rada debió ser nombrada como gerente de la ESE Centro de Salud de Majagual, al haber obtenido el mayor puntaje dentro del concurso adelantado⁴².

6.4. De acuerdo con lo anterior, esta Sala encuentra ajustada a derecho la decisión proferida por el juez de primera instancia⁴³, que a su vez fue confirmada por el juez de segunda instancia⁴⁴ y que ahora es objeto de revisión. Por tanto, se confirmará la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2010 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sucre (Sucre).

6.5. No obstante lo anterior, es necesario que esta Sala se pronuncie frente a un hecho en particular acaecido durante el trámite surtido en sede de revisión. El pasado 31 de mayo del año en curso se allegó a este despacho un oficio remitido por el representante legal de la alcaldía de Majagual informando que la señora Margarita María Baloco Navarro, inicialmente designada como gerente, se encuentra en estado de embarazo⁴⁵.

Ante dicha situación, teniendo claro que la señora Baloco Navarro ocupó el tercer lugar en el

concurso de méritos, se hace énfasis en esta ocasión en que en tales circunstancias no hay lugar a la protección de una estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada, por cuanto existe otra persona con mejor derecho. En consecuencia, la señora Margarita María Balocco Navarro, no podrá ser reintegrada al cargo de gerente.

Sin embargo, esta Corporación en aras de la protección que se debe a estos sujetos de especial trato constitucional, considera necesario ordenar a la alcaldía de Majagual (Sucre), que en el evento en que no lo hubiere hecho, realice de inmediato la correspondiente afiliación a la seguridad social en salud y pague las cotizaciones correspondientes al tiempo que perdure el embarazo de la señora Margarita María Balocco, y le cubra la licencia por maternidad, con todos sus efectos, de acuerdo con la ley vigente a la fecha de esta sentencia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la Sentencia proferida el 2 de diciembre de 2010 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sucre (Sucre), que a su vez confirmó la dictada el 5 de octubre de 2010 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Majagual, dentro de la acción de tutela iniciada por María Lourdes Rada Castro, contra el Municipio de Majagual y la señora Margarita María Baloco Navarro.

SEGUNDO. ORDENAR al Alcalde municipal de Majagual (Sucre) que, si no lo hubiere hecho, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo realice las correspondientes cotizaciones a seguridad social en salud de la señora Margarita María Baloco Navarro, durante el tiempo que perdure su embarazo y le cubra la licencia por maternidad a plenitud, de acuerdo con la ley vigente a la fecha de esta sentencia.

LÍBRESE por Secretaría General las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 La señora María Lourdes Rada Castro interpone acción de tutela el día 20 de septiembre de 2010.

2 Los escritos allegados por los impugnantes tenían similar contenido. Ver folios del 69 al 112 del cuaderno de primera instancia.

4 Folio 6 del cuaderno de primera instancia.

5 Folio 27 y 28 del cuaderno de primera instancia.

6 Folio 29 del cuaderno de primera instancia.

7 Confróntese este acápite con el fundamento 3.1 de la Sentencia T-556 de 2010 que analizó un caso con situaciones fácticas similares proferida por esta misma Sala y en el mismo sentido.

8 Es decir, mala fe o abuso del derecho de acceso a la administración de justicia.

9 Sobre los requisitos de triple identidad y ausencia de argumento válido este Tribunal Constitucional, en la Sentencia de Unificación 713 de 2006 sostuvo: “8. Para deducir que una misma demanda de tutela se ha interpuesto varias veces, con infracción de la prohibición prevista en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, es indispensable acreditar: // (i) La

identidad de partes, es decir, que ambas acciones de tutela se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición persona de natural, ya sea obrando a nombre propio o a través de apoderado judicial, o por la misma persona jurídica a través de cualquiera de sus representantes legales. // (ii) La identidad de causa petendi, o lo que es lo mismo, que el ejercicio simultáneo o sucesivo de la acción 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 el amparo de un mismo derecho fundamental. // (iv) Por último, y como se dijo anteriormente, a pesar de concurrir en un caso en concreto los tres (3) primeros elementos que conducirían a rechazar la solicitud de tutela, el juez constitucional tiene la obligación a través del desarrollo de un incidente 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 del tenor literal 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’”.

10 Sentencia T-184 de 2005.

11 Sentencias T-145 de 1995, T-308 de 1995, T-091 de 1996, T-001 de 1997, T-1215 de 2003, T-721 de 2003, T-184 de 2005.

12 Sentencia T-721 de 2003.

13 Sentencias T-149 de 1995, T-566 de 2001, T-458 de 2003, T-919 de 2003 y T-707 2003.

14 Sentencia SU-388 de 2005.

15 En este caso una ciudadana interpuso dos acciones de tutela, una en el año 2001 la cual fue negada en ambas instancias y otra en el 2005, debido a que una entidad financiera modificó en su perjuicio la reliquidación de su crédito UPAC con el argumento de que se habían detectado errores en la misma.

16 En esta oportunidad varios trabajadores amparados por el fuero sindical interpusieron dos

acciones de tutela, una en 1998, la cual fue considerada improcedente en ambas instancias y otra en 1999, debido a que fueron despedidos a raíz de un cese de actividades declarado ilegal, pudieron acudir previamente a la justicia laboral.

17 La Sentencia T-329 proferida el catorce (14) de mayo de dos mil nueve (2009). Se dice que fue concomitante por cuanto la sentencia de segunda instancia que negó a la petente la protección de sus derechos se surtió durante el mismo año y no tuvo en cuenta dicha posición, que luego se examinará en detalle.

18 Véase la Sentencia T-556 de 2010 en la que se trató por esta misma Sala un caso similar.

19 Sentencias SU-133 y SU-136 de 1998.

20 Sentencia T-388 de 2009

21 Ley 909 de 2004, artículo 2.

22 Corte Constitucional, Sentencia C-588 del 2009.

23 Corte Constitucional, Sentencia T-315 de 1998.

24 Corte Constitucional, Sentencia C-588 del 2009.

25 Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2009.

26 Corte Constitucional, Sentencias C-040 de 1995 y C-588 del 2009.

27 "ARTICULO 26. Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. Son empleos de libre nombramiento y remoción:

1. En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987.

2. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:

3. Los de Secretario de Salud o Director Seccional o Local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente, siguiente;

b) Los de director, representante legal de entidad descentralizada, y los del primero y segundo nivel jerárquicos, inmediatamente, siguientes;

c) Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría. (negritas agregadas).

28 “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.”

29 Sentencia C-181 de 2010 RESUELVE: “Declarar EXEQUIBLE la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente” del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, en el entendido de que la terna a la que se refiere deberá ser conformada por los 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.”

30 En particular, es obligación del legislador o de la administración garantizar el derecho fundamental de quien demuestra mayores méritos a acceder al cargo por el cual concursa.

31 “ARTÍCULO 1º. Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial 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, adelantado de conformidad

con lo establecido en el presente decreto.

ARTÍCULO 2º. Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial determinarán los parámetros necesarios para la realización del concurso de méritos público y abierto de que trata el artículo anterior, el cual deberá adelantarse por la respectiva entidad, a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o estas asociadas con entidades especializadas en procesos de selección de personal para cargos de alta gerencia, que se encuentren debidamente acreditadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

La Universidad o Institución de educación superior deberá ser escogida bajo criterios de selección objetiva, demostrar competencia técnica, capacidad logística y contar con profesionales con conocimientos específicos en seguridad social en salud.

PARÁGRAFO 1º. Las Juntas Directivas, cuando lo consideren necesario, podrán autorizar al Gerente o Director para que suscriba convenios con otras Empresas Sociales del Estado o con la respectiva Dirección Territorial de Salud, para adelantar los concursos de méritos públicos y abiertos a través de universidades o instituciones de educación superior o estas asociadas con entidades especializadas en procesos de selección.

PARÁGRAFO 2º. El concurso de méritos en todas sus fases y pruebas deberá ser adelantado por la entidad contratada para el efecto.

ARTÍCULO 3º. En el concurso de méritos público y abierto deberán aplicarse pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos y las aptitudes, que permitan determinar que el aspirante es idóneo para el desempeño del cargo.

ARTÍCULO 4º. La Junta Directiva conformará la terna de la lista que envíe la entidad encargada de adelantar el proceso de selección, la cual deberá estar integrada mínimo con cinco aspirantes y presentada en orden alfabético. Si culminado el concurso de méritos no es posible conformar el listado con el mínimo requerido, deberán adelantarse tantos concursos como sea necesario.

ARTÍCULO 5º. El concurso de mérito público y abierto que se adelante en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1122 de 2007 y el presente decreto, se efectuará bajo los principios de

igualdad, moralidad, eficacia, objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad y bajo los estándares mínimos que establezca el Departamento Administrativo de la Función Pública, quien prestará la asesoría que sea necesaria. (negritas y subrayados agregados).

ARTÍCULO 6º. El proceso público abierto para la conformación de la lista de aspirantes a las ternas no implica el cambio de la naturaleza jurídica del cargo a proveer.

ARTÍCULO 7º. Las ternas para la designación de Gerentes o Directores de Empresas Sociales del Estado de nivel territorial que, a la fecha de publicación del presente decreto no se hayan conformado, se integrarán de acuerdo con lo señalado en el presente decreto. Los concursos de méritos que, en el momento de la entrada en vigencia de este decreto se encuentren en trámite, continuarán aplicando el procedimiento vigente a la fecha de la convocatoria.

ARTÍCULO 8º. Los organismos de inspección, vigilancia y control, dentro del ámbito de sus competencias, verificarán el cumplimiento de las disposiciones del presente decreto.

ARTÍCULO 9º. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto 3344 de 2003 y demás disposiciones que le sean contrarias”.

32 Esto de acuerdo al nuevo pronunciamiento de la Corte en la Sentencia C 181 de 2011.

33 Corte Constitucional, Sentencia T-422 de 1992.

34 Al respecto, en la Sentencia en mención se expresó lo siguiente: “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 legislación 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.”. La Sentencia T-484 de 2004, fue concebida bajo el ordenamiento de la Ley 100 de 1993, la cual no preveía la realización de un concurso

de méritos, por el contrario, sólo establecía la discrecionalidad como criterio dominante para la designación del cargo de Gerente de las Empresas Sociales del Estado.

35 En donde decidió un caso similar al resuelto por la Sentencia T-484 de 2004 antes mencionada.

37 Corte Constitucional, Sentencia T-329 del 14 de 2009.

38 Es decir el alcalde municipal.

39 La Sentencia T-715 de 2009, consideró lo siguiente: “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 imparcialidad³⁹, 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.”

40 En efecto, la sentencia T-329 de 2009 ya había sido enfática al ratificar la aplicación de dichos parámetros al proceso de provisión de los cargos de gerente de las Empresas Sociales del Estado, concluyendo que en dichos procesos, no sólo debe elaborarse la terna con los tres puntajes más altos de los que tomaron parte en el concurso, sino que como gerente deberá escogerse a la persona con el puntaje más alto de aquellos que integran la terna, so pena de desconocer los principios constitucionales que se concretan en dicha forma de provisión de los cargos públicos. Al respecto resulta pertinente recordar que en la jurisprudencia se señaló “La Sala considera que implementar el sistema de concurso para la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción implica la protección del mérito

como factor objetivo de selección, por lo que el mismo debe ser garantizado en todas las etapas del proceso, de manera que el nominador se vea obligado a proveer el cargo con quien encabeza lista. En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional reconoce que la decisión de no nombrar a la persona que obtiene el primer puesto en el concurso de méritos conlleva la vulneración de los derechos a la igualdad⁴⁰ (Art. 13 C.P.) y al debido proceso (art. 29 C.P), 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 condición de que obtenga el primer puntaje, puede ser despojado del mismo por motivos ajenos a las reglas de la contienda.”

41 Sentencia T-329 de 2009.

42 En este punto se destaca que conforme al informe remitido por la Universidad Nacional a Distancia UNAD de Corozal, los tres primeros puntajes dentro del concurso público se dieron así: 1) María Lourdes Rada Castro con 77.25 puntos; 2) Clarena Milena Palencia Choperena con 75.87 puntos; 3) Margarita María Baloco Navarro con 75.12 puntos.

43 El Juzgado Promiscuo Municipal de Majagual (Sucre), en proveído del cuatro (4) de octubre de 2010, concede el amparo solicitado y ordena que se revoque el decreto municipal número 036 del 21 de mayo de 2009, por medio del cual se designó a la señora Maria Margarita Balocco Navarro como gerente de la ESE Centro de Salud de Majagual y en consecuencia se designe como nueva gerente a la señora Maria Lourdes Rada Castro, con base en dos argumentos: (i) la aparición de la Sentencia C-181 de 2010 que constituye un hecho nuevo que descarta la temeridad y falta de inmediatez de la accionante; y (ii) en razón a que es imperativo para todo operador judicial atender lo dispuesto en una sentencia con efecto erga omnes.

44 El Juzgado Promiscuo del Circuito de Sucre (Sucre), en Sentencia del 2 de diciembre de 2010, confirma el fallo del a quo bajo similar argumentación y adicionalmente resalta el precedente aplicado en otros pronunciamientos de la Corte Constitucional en casos similares y anteriores a la declaratoria de exequibilidad condicionada de la Sentencia C-181 de 2010.

45 Además del oficio que informa el estado de gravidez de la señora Margarita María Baloco Navarro, se adjunta una prueba de embarazo con resultado positivo, del laboratorio clínico

del Centro de Salud de Majagual. Folio 28 del cuaderno de revisión.

46 Tras haber obtenido el mayor puntaje durante el concurso de méritos realizado por la UNAD de Corozal.