

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA ANTE LA EXISTENCIA DE MECANISMOS DE DEFENSA JUDICIAL PERTINENTES-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA A PESAR DE EXISTIR OTROS MECANISMOS DE DEFENSA JUDICIAL-Procedencia toda vez que los mecanismos ordinarios de defensa judicial con los que cuenta el accionante resultan ineficaces

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Definición

La Corte se ha referido el debido proceso administrativo como ‘(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal’(...)”.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Finalidad

El debido proceso administrativo conlleva el cumplimiento de unas condiciones previamente definidas impuestas a la administración. En cuanto a su teleología, tienen por finalidad proteger al individuo y a la colectividad de los ingentes peligros que supondría la arbitrariedad de las autoridades públicas de no ser reguladas, así como el aseguramiento del funcionamiento ordenado de la administración, y la validez de sus actuaciones. A más de ello, conforme con la jurisprudencia de esta Corte, conlleva la guarda del derecho a la seguridad jurídica. En efecto, con dicha garantía se busca ‘(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados’.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Dimensiones

Se vislumbran al menos dos dimensiones posibles en cuanto al debido proceso administrativo. Por una parte, la protección al individuo y a la colectividad frente al poder constituido y, por la otra, en estrecha relación con ello, el límite a tal poder dentro de lo que se supone constituye un pilar del Estado Social de Derecho: la regulación del Estado a través

de normas jurídicas. Esto último, se observa expresamente en las disposiciones de la Carta Política colombiana, que contemplan –según lo establecido en el artículo 6º- que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes, pero también “(...) por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Las obligaciones que se desprenden del acatamiento al debido proceso implican el respeto por las reglas establecidas no solo en la Constitución y en la Ley, sino en los Estatutos de la empresa

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MERITO-Criterio rector del acceso a la función pública

CONCURSO DE MERITOS EN LA ELECCION DE FUNCIONARIOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Legislador puede optar por crear un concurso para asignar estos cargos, pero debe observar todas las exigencias que la ley y la jurisprudencia ha señalado para este proceso

DEBIDO PROCESO EN CONCURSO DE MERITOS-Provisión de cargo de libre nombramiento y remoción

Es claro que el principio de mérito y con él la aplicación de los concursos públicos pueden tenerse también en cuenta para los cargos de libre nombramiento y remoción, caso en el cual deben respetarse determinados criterios. Entre ellos: el mérito, entendido como las calidades académicas, la experiencia y las competencias de las personas; la libre concurrencia, comprendida como la posibilidad con que deben contar todas las personas que acrediten los requisitos necesarios para participar en el proceso de selección de intervenir en él; la publicidad, que supone el conocimiento de las reglas bajo las cuales se desarrollará el concurso; la confiabilidad en la validez de los instrumentos utilizados para escoger a la persona y, finalmente, la eficacia del concurso para garantizar la adecuación de los candidatos al perfil requerido. Una vez sea terminado el concurso, en procura del respeto al principio de mérito, quien haya obtenido el mejor puntaje habrá de ser nombrado en la plaza respectiva o, de lo contrario, se le conculcarán sus derechos fundamentales.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Improcedencia al no tratarse de un verdadero concurso público en el que participó la accionante ya que no se cumplía con los criterios de un concurso de méritos

Referencia: Expediente T-3.380.463

Acción de Tutela instaurada por Martha Lucía Echeverry Salazar contra la Junta Directiva de la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P (Acuavalle) y el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca.

Magistrada Ponente:

Colaboró: Javier Francisco Arenas Ferro

Bogotá, D.C., julio seis (6) de dos mil doce (2012)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Primero de Familia de Santiago de Cali, el once (11) de noviembre de dos mil once (2011), y por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el once (11) de enero de dos mil doce (2012), en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

El veintiocho (28) de octubre de dos mil once (2011), Martha Lucía Echeverry Salazar instauró acción de tutela contra la Junta Directiva de la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca, al igual que contra el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca -Francisco José Lourido Muñoz-, por considerar que le estaban siendo conculcados sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso y desempeño de funciones y cargos públicos. La acción constitucional fue admitida por la autoridad judicial de primera instancia el treinta y uno (31) de octubre de dos mil once

(2011) (Cuad. 1, folio 64) y los hechos relatados por la actora en la demanda se resumen así:

1. Expuso que la Junta Directiva de la empresa Acuavalle aprobó, conforme con los estatutos, el once (11) de octubre de dos mil diez (2010), la selección del Gerente General, asunto que fue consignado en el acta No. 849.

2. Alegó que se presentó para evaluación ante la firma Talen Solutions S.A. y que, como quiera que el proceso de selección tenía que seguir lo establecido en los estatutos de la empresa, debía respetarse lo contemplado en el artículo 43 de los mismos, que consagraba que el Gerente “(...) será elegido por la Junta Directiva mediante el siguiente procedimiento: Los socios realizarán postulaciones así: Por la Gobernación hasta (5) candidatos, por la CVC hasta cinco (5) candidatos y por los alcaldes hasta dos (2) candidatos (...). Luego de la evaluación realizada por la Junta Directiva esta conformará una terna que enviará al señor Gobernador para que, con base en dicha terna, postule el candidato a Gerente de la empresa, el cual será elegido por la Junta Directiva (...)” (Subrayas del original) (Cuad. 1, folio 2 y 3).

3. Relató que ocupó el segundo lugar en dicho proceso, por lo que –junto a William Rodríguez Cabal y Germán Medina Scarpetta- hizo parte de la terna que la Junta Directiva remitió al Gobernador de Departamento de Valle, Francisco José Lourido Muñoz, “(...) para que éste efectuara el nombramiento del gerente (...)” (Cuad. 1, folio 3).

4. Adujo que, a pesar de lo anterior, otra persona -Óscar Libardo Campo Velasco- fue nombrada y posesionada como gerente. Lo anterior, a pesar de que había ocupado lugares secundarios en el procedimiento descrito. Por ello, se desconocían las disposiciones que regulan la materia, pues el referido señor, al no estar “(...) debidamente nominado para ocupar el cargo de Gerente (...) como lo disponen las normas estatutarias (...)” (Cuad. 1, folio 4), no podía ser seleccionado y preferido frente a aquellos que –como ella- si hacían parte de la terna legítimamente conformada.

5. En este sentido, enfatizó que el señor Óscar Libardo Campo Velasco fue “(...) nombrado en la sesión del día 7 de octubre del año [2011] contenida en el Acta No. 04 del 2011 y tomó posesión del cargo el día 10 de octubre (...)” (Cuad. 1, folios 4 y 5).

6. En cuanto a la procedencia de la acción de tutela, apuntó que a pesar de existir la vía de lo contencioso administrativo, acudir a tal jurisdicción haría nugatoria e inane la protección a sus derechos, en razón a la demora en la resolución de su caso.

7. Alegó que tratándose de Empresas Sociales del Estado E.S.E, “(...) el artículo 28 de la Ley 1122 ordena que los cargos de gerentes [sean] proveídos por medio de concurso público de méritos (...)” (Cuad. 1, folio 9), tal y como lo afirmó la Corte Constitucional en la sentencia T-738 de 2010. Adicionalmente, apuntó que con posterioridad, la referida Corporación, mediante sentencia C-181 de 2010, expuso que la posibilidad de la terna contrariaba el principio de la meritocracia, pues conllevaba la posibilidad de que el mejor aspirante no fuera seleccionado. Por lo mismo, el nominador del cargo debería designar a quién hubiera obtenido el puntaje más alto y, en caso de que este último no pudiera ser designado, debería escoger al segundo o, por defecto, al tercero. A su parecer, este precedente tenía que ser aplicado para proteger sus derechos, por lo que “(...) el nominador solo se encontraba con la facultad de nombrar a aquellos que se encontraban dentro de la plurimentada terna, debiendo nombrar al que ostentara el mayor puntaje y [,] en su defecto, [a] los demás integrantes de la terna en el evento [en] que el de mayor puntaje no pueda hacerlo por algún motivo” (Cuad. 1, folio 13).

2. Solicitud de tutela.

Con fundamento en los hechos relatados, la actora solicitó al juez constitucional que ordenara a la Junta Directiva de la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P (Acuavalle) y al Gobernador del Departamento del Valle del Cauca -para proteger sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso y desempeño de funciones y cargos públicos-, revocar el nombramiento del gerente y representante legal de la mentada empresa y, en consecuencia, nombrar a un nuevo gerente a partir de la terna de la que ella hacía parte, “(...) de acuerdo a lo señalado en el art. 43 de los estatutos de la entidad (...)” (cuad. 1, folio 14). En consecuencia, se debían dejar sin efecto todas las actuaciones adelantadas por el actual gerente, Óscar Libardo Campo Velasco

3. Intervención de las partes demandadas e interesadas.

3.1 Óscar Libardo Campo Velasco.

El Gerente de Acuavalle intervino dentro del término conferido por el juez de tutela para solicitar que las pretensiones de la actora fueran desestimadas.

Para sustentar su posición, hizo referencia a que los miembros de la Junta actual son diferentes de aquellos que adelantaron el proceso al que se refiere la actora, pues la presente Junta fue elegida mediante “(...) acta No. 87 del 26 de agosto del 2011 (...)” (Cuad. 1 folio 74). A continuación, reseñó que antes de su elección, la empresa se encontraba en dificultades administrativas, pues quien era el gerente había renunciado el veinte (20) de octubre de dos mil diez (2010) y el primer suplente fue suspendido por la Procuraduría General de la Nación el treinta (30) de junio de dos mil once (2011), quedando sólo el segundo suplente al mando de la Sociedad. Por ello, resultaba urgente la selección de un nuevo gerente.

En cuanto al procedimiento mencionado por la demandante, indicó que culminó con la no postulación por parte del Gobernador del Departamento, ya que existieron irregularidades en el mismo. Esto, en parte, dado que no se previó que la terna resultante tuviera calificación o priorización alguna. En este sentido, enfatizó que en las mismas pruebas allegadas por la actora no se evidencia ponderación alguna de las competencias de los aspirantes, sólo “(...) se observan las conceptualizaciones de las mismas, sin ponderación numérica de ninguna clase” (Cuad. 1, folio 75). Adicionalmente, comentó que la gobernación desestimó la primera terna presentada, ya que carecía de “(...) legitimidad, en razón a que el procedimiento no contó con candidatos por parte de la Gobernación del Valle del Cauca, pues expresamente fueron reiterados del proceso (...) Es decir, el procedimiento no cumplía con lo previsto en los Estatutos de la Sociedad (...)” (Cuad. 1, folio 76).

Enfatizó que era necesario que en el procedimiento -conforme con el literal “j” del artículo 40 de los estatutos- se hubiese determinado el perfil, la experiencia y los conocimientos empresariales de las personas que quisieran aspirar para gerente, sin embargo, tal asunto no fue definido, con lo que se configuró otra irregularidad en el proceso en el que participó la actora.

Así las cosas, el gerente encargado -quien era el segundo suplente- citó a una nueva reunión de la Junta Directiva para reiniciar el procedimiento de elección, dado que el anterior se encontraba viciado. Asunto que, por unanimidad, acogió la referida Junta, “(...) apoyándose

en una firma idónea de evaluación y selección de profesionales, con un cronograma claramente definido (...)” (Cuad. 1, folio 77). Con respecto al perfil, a la práctica profesional, a los conocimientos y a la experiencia de los aspirantes, señaló que fueron definidos “(...) en sesión del 13 de septiembre de 2011 mediante Acuerdo de Junta Directiva 01 (...)” (Cuad. 1, folio 77).

En consonancia con lo anterior, refirió que su elección se dio a partir de un nuevo proceso, que se llevó a cabo con total apego a los estatutos de la empresa. Por ello, mediante el mentado acuerdo del trece (13) de septiembre de 2011 se determinaron los requisitos para ejercer el cargo, estableciendo los perfiles y la experiencia requerida. Asunto que, como ya se dijo, la anterior Junta no había establecido. En consecuencia, a través de la firma Top Managment, se conformó una nueva terna de la que hacían parte Óscar Libardo Campo Velasco, Humberto Swan Barona y Hernán Buchelly Ordóñez, y que fue remitida al Gobernador el treinta (30) de septiembre de dos mil once (2011). Este último, lo postuló a él el siete (7) de octubre del mismo año, en cumplimiento de las facultades establecidas en el artículo 43 de los estatutos de la empresa, y fue aprobado su nombramiento por unanimidad de los miembros de la Junta Directiva.

En consecuencia, alegó que no se le conculcaron los derechos referidos a la actora, pues el proceso al que ella alude era otro, que no llenaba todos los requisitos estatutarios y que, por lo mismo, se encontraba viciado.

3.2 Gobernación del Valle del Cauca.

Obrando dentro del término conferido por la autoridad judicial de primera instancia, la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, a través de su Secretaría Jurídica, intervino en el presente proceso para oponerse a las pretensiones de la demandante.

Reiteró que el proceso al que alude la actora fue adelantado por la anterior Junta Directiva de Acuavalle. En este sentido, señaló que el actual gobernador no pudo hacer parte de aquella, pues “(...) el anterior mandatario, Dr. Juan Carlos Abadía quien a pesar de haber sido destituido e inhabilitado por la Procuraduría General de la Nación para ejercer cargos públicos se mantuvo en la Junta (...). Lo anterior sucedió debido a que en esa época los miembros de la Junta se nombraban a título personal y no institucional como está establecido actualmente” (Cuad. 1, folio 166). Por ello, en múltiples ocasiones el Dr. Lourido solicitó que

se removiera al antiguo Gobernador de la Junta, así como a un delegado suyo. Sin embargo, tal actuación fue dilatada por la anterior Junta y solo fue posible designar a los nuevos miembros tras la Asamblea General de Accionistas celebrada el veintiséis (26) de agosto de dos mil once (2011).

Señaló que, precisamente, la falta de legitimidad de la anterior Junta hizo que frente al primer proceso de selección, el Gobernador lo diera por finiquitado sin postulación, dado que “(...) no brindaba garantías a la Gobernación del Valle y porque además no se estaban cumpliendo los requisitos establecidos en los estatutos (...), [dado que] no se había expedido un acuerdo a través del cual se establecieran los requisitos respecto al perfil y la experiencia requerida para ejercer el cargo de Gerente General” (Cuad. 1, folio 167). Empero, la anterior Junta, a pesar de ello, envió una terna al Gobernador el veinticinco (25) de octubre de dos mil diez (2010). En este sentido, enfatizó que desconocían “(...) totalmente los criterios o fundamentos utilizados por la anterior Junta para definir la conformación de dicha terna” (Cuad. 1, folio 167).

Por ello, conforme a la facultad otorgada en el artículo 43 de los estatutos, se decidió no postular a ninguno de los candidatos de aquella terna. Adicionalmente, esta última no tenía calificación o priorización alguna que generara derechos adquiridos a quien la conformara, ni existía orden de elegibilidad alguno. También echó de menos que la firma Talent Solutions hubiese ponderado las competencias de los candidatos que se postularon en aquel momento para el cargo de Gerente y de los que hizo parte la demandante. De hecho, señaló que en el primer proceso, conforme con los medios probatorios aportados por la propia demandante, “(...) no fueron tenidos en cuenta el cumplimiento de requisitos relacionados con el perfil y experiencia que debía tener el candidato a Gerente de Acuavalle (...)” (Cuad. 1, folio 172).

En este orden de ideas, adujo que tras un nuevo proceso –que contó con el apoyo de la firma Top Management-, donde si se garantizó el cumplimiento de los estatutos de la empresa, entre ellos la expedición de un Acuerdo que definiera los requisitos de perfil, profesionales, de conocimiento y de experiencia de los candidatos (comprendidos en el Acuerdo 01 del 13 de septiembre de dos mil once (2011)), se eligió al actual gerente de la empresa, Óscar Libardo Campo Velasco.

Finalmente, expuso que la Gobernación de Valle es el accionista mayoritario de la empresa

en comento y miembro de la Junta Directiva. Igualmente, señaló que la terminación del primer proceso obedeció a las facultades discrecionales que los estatutos le confieren y se adoptó en procura de proteger el debido proceso, que se verifica con el cumplimiento de los actos establecidos en la ley, los reglamentos y los estatutos.

3.3 Junta Directiva de Acuavalle.

Miembros de la Junta Directiva de la empresa en comento intervinieron dentro del término conferido por el juez constitucional para ejercer su derecho de defensa y oponerse a las pretensiones de la accionante.

Para sustentar tal oposición reiteraron muchos de los argumentos alegados por el actual Gerente de Acuavalle, así como por el Gobernador, razón por la cual esta Sala se abstendrá de reproducirlos nuevamente (Cuad. 1, folio 199 a 209). A pesar de lo anterior, resulta oportuno mencionar que adujeron que el nombramiento del actual gerente se debió a un nuevo proceso ante las múltiples irregularidades cometidas en aquél del que hizo parte la actora y que, de hecho, culminó con la no postulación de ninguno de los candidatos en ese entonces presentados por la anterior Junta Directiva. Por ello, se trata de dos procesos de elección distintos, el primero, finiquitado con la decisión de no postulación de ninguno de los candidatos presentados al Gobernador. El segundo, terminado con la elección de Óscar Libardo Campo Velasco.

A más de lo anterior, también resulta pertinente indicar que reiteró la ausencia de un Acuerdo de la Junta Directiva en el primer proceso que estableciera los requisitos para el ejercicio del cargo de Gerente de Acuavalle, así como la experiencia y el perfil requerido. Incumpliendo así, en ese momento, elementos exigidos en el literal “j” del artículo 40 de los estatutos.

Finalmente, apuntaron que acceder a las pretensiones de la actora acarrearía una vulneración del derecho fundamental al debido proceso del actual gerente, dado que “(...) el trámite se realizó para [su] elección (...) [cumplió] con el lleno de todos los requisitos exigidos estatutariamente de acuerdo al artículo 43 de [los estatutos]”. Además, “(...) acceder a esta petición es violatorio de la Ley, por que (sic) como se ha reiterado el proceso donde ella intervino fue culminado con la no postulación de ningún candidato a gerente de la sociedad, propuesto por la Junta Directiva” (Cuad. 1, folio 207 a 208).

4. Pruebas relevantes aportadas al proceso.

a. Copia de los Estatutos de la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P a 2010. En el artículo 1º se establece que la aludida entidad es “(...) una empresa de servicios públicos domiciliarios oficial constituida como sociedad anónima, por acciones, entre entidades públicas (...), su régimen es el señalado por la Ley 142 de 1994 y, de manera subsidiaria por la Ley 489 de 1998 (...)” (Cuad. 1, folio 20). El artículo 19 establece que son órganos de Dirección y Administración: la Asamblea General de Accionistas, la Junta Directiva y la Gerencia. En cuanto a la Junta, el artículo 37 establece que “(...) Los candidatos a ocupar puestos en la Junta Directiva deberán acreditar experiencia en el manejo de empresas privadas y/o estatales y ostentar título profesional que los capacite para el ejercicio de sus cargos, con excepción de los alcaldes que tendrán derecho propio (...)”. Igualmente, el segundo párrafo del mencionado artículo 37 establece que “(...) Salvo expresa disposición legal en contrario, a petición de los accionistas que representen, los miembros de la Junta, serán removibles en cualquier tiempo, y sin que sea necesario expresar el motivo (...)” (Cuad. 1, folio 30). Por su parte, entre las funciones de la Junta, el literal “j” del artículo 40 consagra que determinará “(...) mediante el respectivo Acuerdo los requisitos que se exigirán para el ejercicio del cargo de gerente de la sociedad, que, en todo caso, deberán aludir al perfil y prácticas profesionales, conocimientos empresariales y experiencia (...)” (Cuad. 1, folio 32). Así mismo, entre las funciones, el literal “k” del mismo artículo consagra que elegirá al Gerente de la sociedad y a sus dos suplentes. En relación con el gerente, el artículo 43 define el siguiente procedimiento: “Los socios realizarán las postulaciones así: Por la Gobernación hasta cinco (5) candidatos, por la CVC hasta cinco (5) candidatos, y por los alcaldes hasta dos (2) candidatos. La Junta Directiva podrá contar con una entidad especializada para que la asesore en la evaluación de los candidatos. Luego de la evaluación realizada por la Junta Directiva esta conformará una terna que enviará al señor Gobernador para que, con base en dicha terna, postule el candidato a Gerente de la empresa, el cual será elegido por la Junta Directiva” (Cuad. 1, folio 34). Por último, el artículo 70 define al Gerente como un servidor público de libre nombramiento y remoción (Cuad. 1, folio 18 a 41).

a. Certificado de existencia y representación de la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P., en el que consta que se trata de “(...) una empresa oficial de servicios públicos domiciliarios, constituida como sociedad anónima, por acciones, entre entidades públicas (...). Dada su naturaleza, el ámbito de su servicio y la intención de sus socios, su régimen es el señalado por la Ley 142 de 1994 y, de manera subsidiaria, por la Ley 489 de 1998 y las normas que las complementen, sustituyan o adicionen”. Igualmente, se reguló, en relación con la Junta Directiva y su elección, que “(...) los accionistas se reunirán previamente a la elección para convenir una lista de candidatos que represente los intereses de todos los accionistas de la sociedad (...)” (Cuad. 1, folio 43 a 46).

a. Acta de posesión No. 01948, con fecha diez (10) de octubre de dos mil once (2011), en donde consta que Óscar Libardo Campo Velasco tomó posesión como Gerente de la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P. y que fue nombrado mediante Acta de la Junta Directiva No. 04-2011, expedida el siete (7) de octubre de dos mil once (2011) (Cuad. 1, folio 42).

a. Copia de oficio remitido por el Gobernador del Valle del Cauca a la Junta Directiva de Acuavalle, con fecha quince (15) de octubre de dos mil diez (2010), en donde se informa que “(...) ha decidido remover los miembros de la Junta de esa entidad (...)”, de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 37 de los Estatutos Sociales. Entre las personas cuya remoción se informa aparece “Juan Carlos Abadía Campo” (Cuad. 1, folio 134 a 135).

a. Copia de oficio remitido por el Gobernador del Departamento del Valle, Francisco José Lourido Muñoz, al primer suplente del Gerente -Iván Alberto Valderrama Campaz-, con fecha veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010). En él se indica que “(...) las hojas de vida presentadas por el Gobierno Departamental para dar curso al procedimiento para la elección

del Gerente de la entidad, deben ser consideradas solo cuando sea elegida la nueva Junta Directiva[,] donde esté (sic) legítimamente representados los intereses de la Gobernación del Valle del Cauca (...)"'. Igualmente, se manifiesta que no acepta decisión alguna de la Junta si en ella participan "(...) personas que han sido expresamente removidas por [la] administración y que en consecuencia no pueden tomar decisiones legítimas ni en derecho" (cuad. 1, folio 136).

a. Carta del Gobernador del Valle a los miembros de la Junta Directiva de Acuavalle, con fecha siete (7) de septiembre de dos mil once (2011), en la que señala que a pesar de haber solicitado la remoción de los miembros de aquel cuerpo el quince (15) de octubre de dos mil diez (2010), tal actuación solo "(...) fue posible hasta el mes de agosto de 2011 (...)" (Cuad. 1, folio 137). Por ello, la "(...) terna que [le] fue enviada mediante oficio del 25 de octubre de 2010 por al secretaría de dicha junta directiva, para que procediera a postular el candidato a gerente (...) carece de legitimidad, en razón a que el procedimiento no contó con candidatos por parte del la Gobernación del Valle del Cauca, pues expresamente fueron retirados del proceso (...). Es decir, el procedimiento no cumplía con lo previsto en los Estatutos de la sociedad" (Cuad. 1, folio 138). En consecuencia, mediante tal carta, les informó que decidió "(...) no postular a ninguno de los presentados en la terna enviada en octubre 25 de 2010 (...) y es entonces prioritario que la nueva Junta Directiva proceda a iniciar el procedimiento de elección de Gerente de la entidad, de conformidad con lo establecido en los estatutos sociales, respetando cabalmente lo indicado en el artículo 43" (Cuad. 1, folio 138). (Cuad. 1, folio 137 a 138).

a. Copia del acuerdo No. 01-2011 de la Junta Directiva de Acuavalle, con fecha trece (13) de septiembre de dos mil once (2011), "Por medio del cual se determinan los requisitos para el ejercicio del cargo de gerente de Acuavalle" (Cuad. 1, folio 137 a 141).

a. Copia del acuerdo No. 03-2011 de la Junta Directiva de Acuavalle, con fecha dieciséis (16) de septiembre de dos mil once (2011), "Por el cual se define, conforme a los estatutos

vigentes, el procedimiento para la elección del gerente de la sociedad”, en el cual, como etapas de evaluación se fijan las siguientes: “(...) revisión de las hojas de vida (...); revisión de los antecedentes disciplinarios, fiscales, y judiciales (...); Práctica de las pruebas de conocimiento y aptitudes, y realización de entrevistas (...); Determinación del grupo de candidatos elegibles (...)” (Cuad. 1, folio 143 a 146).

a. Oficio de la Junta Directiva de Acuavalle, con fecha treinta (30) de septiembre de dos mil once (2011), dirigido al Gobernador del Valle del Cauca –Francisco José Lourido Muñoz- donde se le presenta la terna conformada por Hernán Bucheli Ordóñez, Óscar Libardo Campo Velasco y Humberto Swann Barona, para que postule al candidato a Gerente (Cuad. 1, folio 142).

a. Carta de postulación de Gerente de Acuavalle, con fecha siete (7) de octubre de dos mil once (2011), expedida por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, en la cual le informa a la Junta Directiva de la empresa en comento que “[ha] tomado la decisión de postular para el cargo de Gerente de Acuavalle al doctor Óscar Libardo Campo Velasco” (Cuad. 1, folio 149).

a. Acta Número 859 de la Junta Directiva de Acuavalle, con fecha siete (7) de octubre de dos mil once (2011), en la que se indica que la elección de Óscar Libardo Campo Velasco como Gerente de la empresa fue por unanimidad (Cuad. 1, folio 157 a 165).

a. Declaración rendida por Martha Lucía Echeverry Salazar ante el Juzgado Primero de Familia, el ocho (8) de noviembre de dos mil once (2011). En ella, la actora indica que la prueba que presentó se basaba en “(...) conocimientos de Ley de Servicios Públicos, Psicológicos, Técnicos, efectuadas por técnicos en la materia”. Adicionalmente, señaló que su terna no fue acogida por “(...) un interés netamente politiquero y anarquista [del] señor Gobernador del Valle del Cauca y sus asesores[, que] procedieron a acondicionar las

circunstancias para no cumplir con la Ley, los Estatutos y con el debido proceso (...)" . A más de ello, relató que tuvo conocimiento de que la designación de Oscar Libardo Campo obedeció a un nuevo proceso, pero que "(...) se enteró por los medios de comunicación que se había nombrado Gerente por que (sic) la Gobernación del Valle había obviado ese proceso en el cual había sido designada legítimamente para participar en el tránsito de méritos (...)". A su parecer, el nuevo proceso se realizó sin que se "(...) se hubiera deseche legalmente [el anterior] surtiéndose otro mecanismo al arbitrio de la Junta Directiva y el señor Gobernador, de lo que nunca [fue] notificada, ni nuevamente convocada[,] si es que existía algún vicio que condujera a la ilegitimidad o a una nulidad del proceso (...) "(Cuad. 1, folio 241 a 242).

a. Escrito de Germán Medina Scarpetta y William Rodríguez en el que informan que tienen conocimiento de la acción instaurada por la actora y que dan por subsanada cualquier nulidad (Cuad. 2, folio 20).

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN.

1. Primera instancia.

El juzgado Primero de Familia de Santiago de Cali, mediante sentencia del once (11) de noviembre de dos mil once (2011), resolvió denegar el amparo solicitado en contra de la Junta Directiva de Acuavalle y del Gobernador del Departamento del Valle del Cauca.

Para sustentar su decisión, la autoridad judicial de primera instancia consideró que la acción de tutela, como mecanismos residual y subsidiario, no resultaba procedente en este caso tratándose de un acto administrativo en desarrollo, dado que se cuestionaba el procedimiento adelantado para designar al Gerente de la empresa en comento. Adicionalmente, no observaba el acaecimiento de un perjuicio irremediable, pues la actora solo tenía una expectativa de elección.

A continuación, señaló la existencia de irregularidades en el procedimiento en el que intervino la gestora del amparo, entre ellas el uso de un sistema que "(...) no arrojó un resultado numérico y no era posible [de] deducirlo, porque no se conocía la forma de hacer la ponderación entre los diferentes indicadores" (Cuad. 1, folio 255). Además, tras analizar los

medios probatorios obrantes en el expediente, apuntó que la Junta Directiva que la había incluido en la terna remitida al Gobernador no era competente para hacerlo, pues “(...) quienes figuraban como sus delegados no podían seguir siéndolo, ya que entre ellos figuraba el Gobernador destituido y a quién a él remplazó” (Cuad. 1, folio 256). Igualmente, mencionó que el literal “j” del artículo 40 de los estatutos de la empresa establecían la necesidad de un acuerdo que fijara los requisitos que se exigirían “(...) para el ejercicio del cargo[,] situación que omitió la anterior Junta Directiva y que[,] por ende[,] conlleva una situación anómala (...)” (Cuad. 1, folio 257).

Así, las entidades accionadas intentaron restablecer el debido curso del proceso al integrar una nueva junta y al desarrollar, conforme a los Estatutos, la elección del actual Gerente. De hecho, señaló que descartar la terna obedeció a “(...) las atribuciones conferidas al señor Gobernador por la Ley los estatutos de la Sociedad (...)”. Por lo demás, enfatizó que las providencias citadas por la actora no resultaban aplicables a este caso, ya que en ellas se “(...) privilegia al aspirante que ocupó el primer lugar (...)” (Cuad. 1, folio 256), y ella ocupó el segundo puesto.

2. Apelación.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la actora elevó el recurso de alzada, que sustentó aduciendo que hubo una mala interpretación de la autoridad judicial de los procedimientos existentes para escoger al Gerente de la empresa plurimencionada. A continuación reiteró los hechos alegados en la acción de tutela instaurada, así como los argumentos jurídicos de que se sirvió para sustentar la demanda. Para concluir que cuestiona el actuar de los demandados en razón a que dejaron “(...) a un lado e inconcluso un concurso de selección fijamente establecido, amputando el debido proceso y vulnerando los derechos fundamentales [por ella] citados” (Cuad. 1, folio 276) y que conformaron una nueva Junta con el objeto de seleccionar a Oscar Libardo Ocampo.

Por su parte, este último también elevó un nuevo escrito frente al recurso de apelación instaurado por la actora. En él planteó que la gestora del amparo no cumplía con los requisitos que se encuentran detallados en el manual de funciones existente en la empresa, dado que se requería un “(...) profesional en administración de empresas, ingeniería industrial, sanitaria, civil, mecánica, eléctrica. Requisito que no cumplía la accionante como

profesional del derecho. [Igualmente, se exigía como] experiencia: cinco años en cargos de alta gerencia. Requisito que no cumplía la accionante al no acreditar haber desempeñado cargos de alta gerencia (...)” (Cuad. 2, folio 17).

3. Segunda Instancia.

Conoció de la causa en segunda instancia la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali, que mediante sentencia del veintitrés (23) de enero de dos mil doce (2012) resolvió confirmar la providencia adoptada en primera instancia.

Tras realizar un recuento de los hechos alegados y de los medios probatorios obrantes en el expediente, enfatizó que no “(...) obra en autos para el primer proceso el acuerdo a través del cual se establecen los requisitos, el perfil y la experiencia de los candidatos a gerente (...)” (Cuad. 2, folio 47). Igualmente, mencionó que días antes de la comunicación de la Junta Directiva en la que indicaba cómo había quedado consolidada la terna de la que hacía parte la actora, el Gobernador del Departamento les había informado “(...) su decisión de remover los miembros de esa entidad, que los nuevos serían elegidos en la asamblea del 26 de octubre siguiente, y que se abstuvieran de tomar decisiones sobre la elección del gerente (...)” (Cuad. 2, folio 47). Con ello, de paso, se recalcaba sobre la ilegitimidad de la terna conformada en el primer proceso en el cual participó la demandante, en donde no hicieron parte representantes del Gobernador en la Junta Directiva de la empresa, dado que expresamente se había señalado que debían ser retirados del proceso como consecuencia de la destitución del anterior Gobernador.

Por ello, en un plano “(...) eminentemente legal[,] discutible resulta la validez de la conformación de una terna sin un acuerdo previo de la junta directiva que señalara los requisitos y procedimientos a seguir para la elección del gerente, y la conducta del gobernador Lourido al desconocer la legitimidad de la misma por no estar debidamente representado (...)” (Cuad. 2, folio 48). Así, a su juicio, era legítimo acudir a una nueva elección que saneara las deficiencias procesales mencionadas.

Además, indicó que en este caso la acción de tutela difícilmente podría proceder, pues la demandante cuestionaba un acto administrativo en desarrollo tendiente a proveer cargos públicos y para lo cual contaba con los medios ordinarios de defensa judicial. Sin embargo, reiteró, “(...) la integración de la terna en la que fue incluida la accionante no se ajusta

plenamente a los estatutos (...)” (Cuad. 2, folio 49).

Cabe indicar que se presentó un salvamento de voto. El magistrado disidente alegó que la ausencia de un acuerdo que determinara los perfiles de los aspirantes al puesto de Gerente no podía perjudicar a la actora, pues era un asunto ajeno a la voluntad de los participantes. Adicionalmente, cuestionó que no le hubieran informado la decisión de no postular a ninguna de las personas que conformaban la primera terna. A más de ello, enfatizó que no existe un fundamento legal para dar por terminado tales procesos de selección con una “(...) no postulación, o porque está carezca de legitimidad, cualquier cosa que ello signifique esa vaga expresión, como tampoco existía posibilidad para el gobernador o para los alcaldes o para los demás accionistas de la sociedad de ‘retirarlos candidatos’ que ellos mismos presentaron y mucho menos cuando ya habían sido evaluados (...)” (Cuad. 2, folio 55). Por lo mismo, en caso de que se encontraran irregularidades, las entidades accionadas debieron haber demandado su propio acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Así, el Magistrado disidente expuso que el segundo proceso de selección era irregular y vulneraba los derechos fundamentales de la actora.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección número Dos, mediante Auto del veintiocho (28) de febrero de dos mil doce (2012), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos materia de acción de tutela, 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 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Problema jurídico y esquema de resolución.

De los hechos narrados y probados en el proceso, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la Junta Directiva de Acuavalle y el Gobernador del Departamento del Valle del

Cauca conculcaron los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso y desempeño de funciones y cargos públicos de la actora, al haber terminado el primer proceso de selección mediante la no postulación de ningún candidato y haber iniciado uno nuevo que culminó con la designación de Oscar Libardo Campo Velasco como gerente de la empresa.

Para resolver el anterior cuestionamiento, la Sala reiterará la jurisprudencia de esta Corporación en torno a (i) la procedencia de la acción de tutela para este asunto (ii) el debido proceso administrativo y (iii) el principio de mérito como fundamento del acceso a la función pública. Posteriormente, (iv) abordará el asunto bajo estudio. Cabe indicar que, conforme con el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, aquellas decisiones de revisión que no revoquen o modifiquen los fallos podrán ser brevemente justificadas. Por ello, la presente providencia se proferirá bajo tales parámetros.

2.1 Procedencia de la acción de tutela para este caso. Reiteración de Jurisprudencia.

2.1.1 El inciso tercero del artículo 86 de la Constitución establece los parámetros generales de viabilidad procesal de la acción de tutela en los siguientes términos: “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo cuando aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Por su parte, en el mismo sentido, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, contempló que la misma no procederá “Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)”. Sin embargo, a continuación se especificó que “La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante” (subrayas fuera del original).

2.1.2 Así pues, en este caso, podría pensarse que en razón a que se está cuestionando un acto administrativo de una empresa oficial de servicios públicos, la gestora del amparo debería acudir a la vía de lo contencioso administrativo para controvertir la actuación que a su parecer conculca sus derechos fundamentales. Sin embargo, conforme con las sentencias T-738 de 2010 y T-329 de 2009 “(...) las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y reparación directa, que serían las vías ordinarias para discutir este tipo de conflictos, no son

siempre eficaces para garantizar la protección de los derechos fundamentales de quienes habiéndose sometido a un concurso de méritos, no son elegidos a pesar de haber ocupado los primeros puestos. // Esto porque el término de duración de los procesos contenciosos suele ser tan amplio que usualmente sobrepasa el término de los cargos para cuya provisión se organiza el concurso, así como los términos de vigencia de las listas de elegibles. En esas condiciones, quien no es nombrado en el cargo, a pesar de haber ocupado el primer puesto del concurso, tiene pocas probabilidades de ver concretado su derecho”.

2.1.3 Siendo esto así, para este caso, la Sala estima que la acción de tutela resulta procesalmente viable, dado que la anterior regla -reiterada en la jurisprudencia de esta Corporación- es plenamente aplicable, pues los mecanismos ordinarios de defensa judicial no resultan claramente eficaces según las circunstancias de la presente cuestión.

En este sentido, cabe indicar que el cargo por el cual aspiraba la gestora del amparo está definido como de libre nombramiento y remoción, tal y como se evidencia en el artículo 70 de los estatutos de la empresa (Cuad. 1, folio 41); que -además- conforme con el artículo 43 de los mismos, puede “(...) ser removido en cualquier momento” (Cuad. 1, folio 34). Por ende, es claro que de no estudiarse de fondo el asunto objeto de estudio, la demora propia de los procesos administrativos podría conllevar a que -de tener razón- las pretensiones de la actora nunca pudieran ser satisfechas.

2.2 El debido proceso administrativo. Reiteración de Jurisprudencia.

2.2.1 El artículo 29 de la Constitución establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones, ya sean ellas judiciales o administrativas. Tratándose del Estado, lo anterior supone -entre otras cosas- que los servidores públicos cumplan², al desplegar sus funciones, las reglas definidas en el ordenamiento jurídico. En su jurisprudencia³, esta Corporación se ha referido a este tema indicando que se trata del acatamiento de ciertos parámetros impuestos por normas jurídicas que delimitan el desarrollo de los comportamientos que pueden adelantar los servidores públicos para el cumplimiento de un fin determinado.

En efecto, en la sentencia C-980 de 2010⁴ este Tribunal indicó que “(...) Dentro de ese marco conceptual, la Corte se ha referido el debido proceso administrativo como ‘(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el

cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal’5(...).”.

2.2.2 Queda claro entonces, de manera somera, que el debido proceso administrativo conlleva el cumplimiento de unas condiciones previamente definidas impuestas a la administración. En cuanto a su teleología, tienen por finalidad proteger al individuo y a la colectividad de los ingentes peligros que supondría la arbitrariedad de las autoridades públicas de no ser reguladas, así como el aseguramiento del funcionamiento ordenado de la administración, y la validez de sus actuaciones. A más de ello, conforme con la jurisprudencia de esta Corte, conlleva la guarda del derecho a la seguridad jurídica. En efecto, en la providencia previamente aludida, se precisó que “(...) con dicha garantía se busca ‘(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados’6”.

Así las cosas, cabe aclarar que se vislumbran al menos dos dimensiones posibles en cuanto al debido proceso administrativo. Por una parte, la protección al individuo y a la colectividad frente al poder constituido y, por la otra, en estrecha relación con ello, el límite a tal poder dentro de lo que se supone constituye un pilar del Estado Social de Derecho: la regulación del Estado a través de normas jurídicas. Esto último, se observa expresamente en las disposiciones de la Carta Política colombiana, que contemplan –según lo establecido en el artículo 6º- que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes, pero también “(...) por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Esto conlleva entonces deberes para los servidores públicos, que –según se expuso en la sentencia C-980 de 2010- pueden resumirse en que “(...) se encuentran obligadas a actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción’7”.

2.2.3 En consecuencia, en relación con la vulneración del debido proceso administrativo que se desprende del incumplimiento de la obligación, es claro que se presenta cuando las disposiciones que sujetan la función administrativa, que ha de desarrollarse “(...) con

fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)”⁸, son desconocidas. Al respecto, esta Corporación señaló en la sentencia C-980 de 2010, reiterando su jurisprudencia, que “(...) el debido proceso administrativo se entiende vulnerado, cuando las autoridades públicas no siguen los actos y procedimientos establecidos en la ley y los reglamentos, y, por esa vía, desconocen las garantías reconocidas a los administrados⁹”.

2.2.4 Ahora bien, tratándose de Empresas de Servicios Públicos, es claro que las disposiciones que han de cumplirse, además de comprender la Constitución, las Leyes y los reglamentos a que haya lugar, incluyen los Estatutos de las mismas.

Lo anterior dado que, conforme con los artículos 68 y 84 de la Ley 489 de 1998, “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional (...)”, dichas empresas hace parte de las entidades descentralizadas del orden nacional. En efecto, según el artículo 68 hacen parte de tal orden “(...) las empresas oficiales de servicio público (...) [y se sujetan] a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos (...)”. Régimen que, tal y como fue dispuesto en el párrafo primero “(...) es aplicable a las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial”¹⁰. Por su parte, el artículo 84 de la misma ley consagra que “(...) Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y las entidades públicas que tienen por objeto la prestación de los mismos se sujetarán a la Ley 142 de 1994, a lo previsto en la presente ley en los aspectos no regulados por aquélla y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen”.

Lo anterior ha de entenderse en relación con lo consagrado en la Ley 142 de 1994, “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, que contempla elementos que han de estar incluidos en los estatutos de tales empresas¹¹. Para este caso, vale la pena mencionar, entre ellos, el artículo 19.16, que establece que “La composición de las juntas directivas de las empresas que presten servicios públicos domiciliarios se regirá únicamente por la ley y sus estatutos en los cuales se establecerá que en ellas exista representación directamente proporcional a la propiedad accionaria”. Esto implica entonces que tales órganos directivos deben, por mandato de la ley, cumplir las reglas establecidas en sus estatutos para cualquier actuación que decidan

desplegar o, de lo contrario, desconocerán el debido proceso administrativo.

2.2.5 En suma, el debido proceso administrativo supone el cumplimiento por parte de la administración de ciertos parámetros normativos previamente definidos al momento de desplegar su accionar. Esto, tiene por finalidad la protección de las personas frente a los ingentes peligros que acarrearía la arbitrariedad del poder público, a la vez que brinda validez a las actuaciones de la administración y propugna por garantizar la seguridad jurídica. Por lo mismo, en respeto al debido proceso aludido, la administración debe actuar conforme con los parámetros previamente establecidos, que en el caso de las empresas prestadoras de servicios públicos implica el respeto a las reglas definidas en sus estatutos. Finalmente, un comportamiento diferente, esto es, por fuera de tales linderos, conlleva al un ineludible desconocimiento del mismo.

2.3 El principio de mérito como fundamento del acceso a la función pública. Reiteración de jurisprudencia.

2.3.1 El artículo 125 de la Carta Política colombiana consagró que “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...)”. Por lo mismo, puede afirmarse, tal como lo ha hecho esta Corporación en su jurisprudencia¹², que la regla general para el ingreso es la carrera administrativa, que está ligada estrechamente al mérito y a las competencias de las personas, teniendo a su vez, una relación ineludible con la figura de los concursos públicos. Asunto este que se confirma en el segundo inciso del mismo artículo, que estableció que “los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público”.

Entonces, es pertinente enfatizar que el artículo 125 estableció como elemento que por antonomasia define a la carrera, tanto en relación con el ingreso como con los posibles ascensos a que haya lugar, al mérito y a las calidades de los aspirantes¹³ y que, de manera concordante, se ha referido esta Corporación a ambos aspectos en su jurisprudencia¹⁴. Así, en la sentencia C-181 de 2010¹⁵, esta Corte expuso que “(...) El artículo 125 de la Constitución elevó a rango constitucional el mérito como principio rector del acceso a la función pública, y consagró la regla general del sistema de carrera como su principal

manifestación (...)"

2.3.2 Como ya fue indicado, la función administrativa "(...) está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)”¹⁶; siendo entonces el mérito un vector para que tales elementos se materialicen en procura del bienestar de la colectividad. Por lo mismo, en la sentencia C-181 de 2010, esta Corte indicó que "(...) este principio constitucional persigue tres propósitos principales: En primer lugar, asegura el cumplimiento de los fines estatales de manera eficiente y eficaz, en concordancia con el artículo 209 superior. La prestación del servicio público por personas calificadas redundará en eficacia y eficiencia en su prestación.¹⁷ De otro lado, el mérito como criterio único de selección dota de imparcialidad la función pública, impide la reproducción de prácticas clientelistas y sustrae la función pública de los vaivenes partidistas.¹⁸

“En segundo lugar, el mérito como criterio rector del acceso a la función pública garantiza varios derechos fundamentales de los ciudadanos: Permite la materialización del derecho de las personas a elegir y ser elegido, así como el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. También asegura el derecho al debido proceso, pues demanda el establecimiento de reglas y criterios de selección objetivos que sean conocidos de antemano por los aspirantes al cargo. La garantía del debido proceso, a su vez, se relaciona directamente con el respeto de la buena fe y la confianza legítima en el cumplimiento de las reglas del proceso de selección. Adicionalmente, este principio protege el derecho al trabajo, ya que si el mérito es el criterio determinante de la promoción y la permanencia en el empleo, únicamente la falta de mérito puede ser causal de remoción. En este sentido se debe recordar que los servidores públicos como trabajadores son titulares de derechos subjetivos, como el derecho a la estabilidad y a la promoción en el empleo.¹⁹

“En tercer lugar, la selección con fundamento en el mérito promueve la igualdad de trato y de oportunidades, pues, de un lado, permite que cualquier persona calificada para el cargo pueda participar en el respectivo concurso y, de otro, proscribire la concesión de tratos diferenciados injustificados. Este propósito se materializa, por ejemplo, en la exigencia de llevar a cabo procesos de selección basados exclusivamente en criterios objetivos. En este sentido, la Corte ha indicado que las razones subjetivas de los nominadores -por ejemplo de índole moral- no pueden prevalecer sobre los resultados de los concursos de selección.²⁰

También ha rechazado los motivos secretos y reservados para descalificar a un candidato.²¹ Ha reiterado que la pertenencia a un partido político como criterio de selección fue prohibida por el propio constituyente en el artículo 125 superior. Por último, ha entendido que el uso de criterios raciales, étnicos, de género, económicos, ideológicos, religiosos o de índole regional para la selección del personal del Estado constituye una forma de discriminación.²²

2.3.3 Siendo esto así, la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines del Estado, a través de personas cualificadas, dotadas de imparcialidad al momento de ejercer la función pública; así como la guarda del derecho de acceso a los cargos públicos, al debido proceso, y la garantía a la igualdad de trato y oportunidades se logra a través de los concursos, que buscan determinar la idoneidad, capacidad y potencialidad de las personas que actuaran como servidores públicos o que pretenden ascender en el sistema de carrera administrativa.

2.3.4 Ahora bien, a pesar de que lo anterior aplica para la carrera administrativa y que los cargos de libre nombramiento y remoción son precisamente una excepción a ella, la ley y la jurisprudencia han determinado que nada obsta para que el principio del mérito sea aplicado a estos últimos.

En efecto, el artículo 2º 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”- contempló, en el numeral segundo de dicho artículo, que “(...) El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley” (subrayas fuera del original).

Por su parte, en la sentencia C-181 de 2010, esta Corporación expuso que “(...) a pesar de existir un sistema de vinculación general -la carrera- al que se accede a través de concurso, el artículo 125 de la Constitución Política y la Ley 909 de 2004 abrieron la posibilidad de que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, sujete a los principios del concurso la provisión de cargos de libre nombramiento y remoción. En estos casos, si su decisión es someter la provisión de uno de estos empleos al concurso, es su deber ajustarse al principio

fundamental que rige estos procedimientos, este es, el respeto del mérito mediante el favorecimiento del concursante que obtenga el mejor puntaje en las respectivas evaluaciones”.

2.3.5 En este orden de ideas, en un concurso abierto para seleccionar a las personas que ocuparán cargos de libre nombramiento y remoción deben respetarse ciertos criterios, como aquellos comprendidos en el artículo 28 de la Ley 909 de 2004:

“a) Mérito. Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos;

b) Libre concurrencia e igualdad en el ingreso. Todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias podrán participar en los concursos sin discriminación de ninguna índole;

c) Publicidad. Se entiende por esta la difusión efectiva de las convocatorias en condiciones que permitan ser conocidas por la totalidad de los candidatos potenciales;

e) Especialización de los órganos técnicos encargados de ejecutar los procesos de selección;

f) Garantía de imparcialidad de los órganos encargados de gestionar y llevar a cabo los procedimientos de selección y, en especial, de cada uno de los miembros responsables de ejecutarlos;

g) Confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos públicos de carrera;

h) Eficacia en los procesos de selección para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil del empleo;

i) Eficiencia en los procesos de selección, sin perjuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que han de rodear al proceso de selección”.

2.3.6 Por lo demás, una vez efectuado tal concurso para proveer un cargo de libre

nombramiento y remoción, que, como en el presente caso, suponía la conformación de una terna, surge el derecho de la persona que haya ocupado el primer puesto a ser nombrado en tal plaza, manteniendo los otros dos la expectativa de ser nombrados en caso de que aquél no pueda ser posesionado. Regla esta que ha sido reiterada por esta Corporación, así, por ejemplo, en la sentencia T-738 de 2010²³ se afirmó que “(...) Sólo puede nombrarse a un miembro diferente de la terna a aquel que obtuvo el mayor puntaje, cuando este no pueda ejercer el cargo, por ejemplo, por incapacidad física o si se descubriera un impedimento jurídico, caso en el cual es obligación del nominador justificar claramente el motivo para abstenerse de designar al candidato con mayor puntaje”.

2.3.7 En suma, el mérito y las calidades de la persona son elementos que por antonomasia definen la carrera administrativa, que es -a su vez- la regla general de vinculación al Estado. Este sistema de carrera es su principal manifestación, al igual que la elaboración de concursos públicos para dicho ingreso y los ascensos que sean posibles. Ambos elementos resultan igualmente fundamentales para el bienestar de la colectividad, pues el principio de mérito -materializado a través de los concursos- tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado de manera eficiente y eficaz a través de personas idóneas y calificadas para ejercer la función administrativa, que sean imparciales al momento de actuar, evitando así prácticas clientelistas. Igualmente, la exigibilidad de este principio busca garantizar a todos el acceso a los cargos públicos, además del debido proceso, pues permite conocer los criterios de selección para ingresar como servidor público al Estado. Del mismo modo, defiende también la igualdad de trato y oportunidades para las personas, pues selecciona a partir de parámetros objetivos que determinen su idoneidad para el perfil del cargo que ocupará como servidor público.

Finalmente, es claro que el principio de mérito y con él la aplicación de los concursos públicos pueden tenerse también en cuenta para los cargos de libre nombramiento y remoción, caso en el cual deben respetarse determinados criterios. Entre ellos: el mérito, entendido como las calidades académicas, la experiencia y las competencias de las personas; la libre concurrencia, comprendida como la posibilidad con que deben contar todas las personas que acrediten los requisitos necesarios para participar en el proceso de selección de intervenir en él; la publicidad, que supone el conocimiento de las reglas bajo las cuales se desarrollará el concurso; la confiabilidad en la validez de los instrumentos utilizados para escoger a la persona y, finalmente, la eficacia del concurso para garantizar la

adecuación de los candidatos al perfil requerido. Una vez sea terminado el concurso, en procura del respeto al principio de mérito, quien haya obtenido el mejor puntaje habrá de ser nombrado en la plaza respectiva o, de lo contrario, se le conculcarán sus derechos fundamentales.

3. Caso concreto.

3.1 De los elementos probatorios obrantes en el expediente, así como de los hechos alegados por las partes, puede enfatizarse que en octubre de dos mil diez (2010) se inició por la entonces Junta Directiva de la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. ESP -Acuavalle- un procedimiento para elegir a un nuevo Gerente de la empresa.

En él participó la señora Martha Lucía Echeverry, quien ocupó el segundo puesto en la terna configurada. Sin embargo, no se determinó en un Acuerdo previo, conforme con lo establecido en el artículo 40 -literal “j”- de los estatutos, el perfil de los candidatos que podían participar. Con ello, se desconoció por parte de la Junta Directiva el debido proceso administrativo, que -como fue indicado anteriormente- supone el acatamiento a unos parámetros que han de materializarse en cualquier actuación.

Para este caso, tales parámetros eran la expedición del Acuerdo que definiera qué calidades debía tener la persona según el perfil del cargo ofertado, asunto que -como se expondrá más adelante- se relaciona con la ausencia del principio de mérito para la presente cuestión. En efecto, como fue indicado en las consideraciones generales de esta providencia, tratándose de empresas de servicios públicos, las obligaciones que se desprenden del acatamiento al referido debido proceso implican el respeto por las reglas establecidas no solo en la Constitución y en la Ley, sino en los Estatutos de la empresa.

La Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P., tal y como fue dispuesto en el artículo 1º de sus estatutos, es “(...) una empresa de servicios públicos domiciliarios oficial (...)” (Cuad. 1, folio 20). Por su parte, el mencionado literal “j” del artículo 40 estableció que se requiere un acuerdo que defina qué “(...) requisitos (...) se exigirán para el ejercicio del cargo de gerente de la sociedad (...) [que deberán aludir] al perfil y prácticas profesionales, conocimientos empresariales y experiencia [de la persona] (...)” (Cuad. 1, folio 32). Por ende, en respeto al debido proceso, era menester que la referida Junta hubiese dispuesto en un acuerdo los mentados elementos para iniciar el concurso de

selección del futuro gerente, que, conforme con el artículo 70 de los mismos estatutos es un cargo de libre nombramiento y remoción (Cuad. 1, folio 41), omisión que desconoció el debido proceso administrativo.

3.2 Ahora bien, a pesar de lo anterior, la actora consideró que el procedimiento por ella seguido hacía parte de un concurso de méritos. Sin embargo, tal aseveración resulta errada. Como se expuso anteriormente, un concurso, así sea para elegir a un funcionario de libre nombramiento y remoción, debe cumplir con ciertos criterios. Entre ellos se hallaba el mérito por expresa disposición de los estatutos, que supone el establecimiento de las calidades académicas, de la experiencia y de las competencias requeridas para ejercer el cargo. Igualmente, se encuentra la confiabilidad en que los instrumentos utilizados resulten válidos para determinarlos, así como que sean eficaces para garantizar la adecuación de los candidatos al perfil requerido en la plaza ofertada.

Pues bien, de los elementos aportados por la propia actora, no es posible inferir el cumplimiento de ninguno de los mentados criterios –mérito, confiabilidad y eficacia- ya que los documentos obrantes en el expediente son una descripción propia de las virtudes que considera la persona tiene para ejercer el cargo, aspecto que no brinda ninguna luz para establecer las cualidades de los participantes en cuanto a calidades académicas, experiencia y competencias concretas se refiere.

En efecto, la misma empresa Talent Solutions expone que son perfiles de personalidad y competencias, pero utiliza descriptores genéricos como “cuidadoso al definir”, “sentido de compromiso hacia la calidad y exactitud”, “disposición por adquirir conocimientos en diferentes áreas o campos”, “dificultades para asimilar nuevas informaciones y procedimientos de tipo matemático”, “disfrute de trabajo colectivo”, “aceptación de desafíos” o “aceptación de desafíos como una oportunidad de beneficio colectivo” (cuad. 1 folio 47 a 61). Lo anterior, si bien podría resultar favorable, no encuentra una relación directa con el objeto de la empresa, que supone, entre otras actividades, “(...) el estudio, diseño, planeación, construcción y prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado (...)” (Cuad. 1, folio 43, respaldo). Por ende, el procedimiento iniciado por la demandante no puede considerarse como desarrollo del principio de mérito y, por lo mismo, no es siquiera cercano a un concurso público ni puede desprenderse de él las garantías de aquél, como sería el derecho del mejor participante a ser escogido y nombrado tras finalizar el proceso de

selección. Así, sobre lo único que podría reflexionarse de manera adicional sería la existencia de unas meras expectativas en cabeza de la gestora del amparo, que en todo caso surgirían de un procedimiento espurio.

3.3 Ahora bien, la anterior no es la única situación que se observa a partir de los medios probatorios obrantes en el expediente. Así, ante la destitución del entonces Gobernador Abadía Campo, el nuevo Gobernador solicitó, como mayor accionista de la empresa, que se removieran las personas que representaban a la Gobernación en la Junta Directiva en ese momento. Asunto que pidió expresamente el quince (15) de octubre de dos mil diez (2010) (Cuad. 1, folio 134 a 135), con fundamento en el artículo 37 de los estatutos que rezan así: “(...) a petición de los accionistas que representen, los miembros de la Junta, serán removibles en cualquier tiempo, y sin que sea necesario expresar el motivo (...)” (Cuad. 1, folio 30).

Cabe precisar que entre los miembros de la Junta que se retiraban se encontraba el antiguo Gobernador “Juan Carlos Abadía Campo” (Cuad. 1, folio 134 a 135). Por ello, era claro que podían surgir tensiones entre el actual Gobernador y aquel destituido, que, adicionalmente, podía no representar los intereses del ente territorial -asunto que se exige de los miembros de la Junta, que deben ser seleccionados para representar los intereses de todos los accionistas (Cuad. 1, folio 43 a 46)- y que, de hecho, fue informado mediante oficio por el actual Gobernador el veintiuno (21) de octubre de ese año al entonces Suplente del Gerente de la empresa (cuad. 1, folio 136).

Igualmente, ese mismo día, el Gobernador solicitó que no se tuvieran en consideración las hojas de vida presentadas, hasta tanto fuera “(...) elegida la nueva Junta Directiva[,] donde esté (sic) legítimamente representados los intereses de la Gobernación del Valle del Cauca (...)” (cuad. 1, folio 136). Sin embargo, el veinticinco (25) del mismo mes y año, le fue enviada por parte de la Junta Directiva cuya legitimidad se cuestionaba y de la que había sido retirado el señor Abadía Campo, la terna de la que hacía parte la gestora del amparo (Cuad. 1, folio 136).

3.4 Ante tal proceder, el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca decidió, el siete (7) de septiembre de dos mil once (2011), dar por terminado tal procedimiento de elección mediante la no postulación de ninguno de los candidatos que conformaban aquella terna

(Cuad. 1, folio 138). Cabe recordar que, como se indicó en las consideraciones generales de esta providencia, el debido proceso administrativo supone el respeto por unos parámetros previamente establecidos, como lo era que los miembros de la Junta representaran los intereses de la Gobernación como accionista de la empresa. Este punto fue expresamente expuesto por el Gobernador del Departamento, quien adujo que la “(...) terna que [le] fue enviada mediante oficio del 25 de octubre de 2010 por la secretaría de dicha junta directiva, para que procediera a postular el candidato a gerente (...) carece de legitimidad, en razón a que el procedimiento no contó con candidatos por parte del la Gobernación del Valle del Cauca, pues expresamente fueron retirados del proceso (...). Es decir, el procedimiento no cumplía con lo previsto en los Estatutos de la sociedad” (Cuad. 1, folio 138). Por ello, la terminación del primer procedimiento mediante la no postulación, antes que una vulneración al debido proceso administrativo, conllevó una manera de reparar el incumplimiento de lo demandado por los estatutos de la empresa que se desplegó conforme a lo contemplado en el artículo 43 de los mismos.

Así, es claro que si existía un procedimiento espurio, el Gobernador no sólo estaba facultado para evitar que personas que no habían demostrado los méritos necesarios ocuparan el cargo de gerente, sino que era necesario que ejerciera sus competencias -establecidas en los estatutos de la empresa- para dar por terminado el procedimiento mediante la no postulación de ninguno de los miembros de la terna y solicitara que se iniciara un nuevo concurso que sí cumpliera a cabalidad con el debido proceso administrativo.

3.5 A continuación, y a juicio de esta Sala, en procura de respetar el principio de mérito, el Gobernador solicitó se volvieran a iniciar los pasos para escoger a quién debía ser el Gerente de la empresa (Cuad. 1, folio 137 y 138). Así, seis (6) días después, el trece (13) de septiembre de dos mil once (2011), la Junta expidió el acuerdo No. 01-2011, que definió los requisitos para el Gerente de Acuavalle (Cuad. 1, folio 137 a 141). Adicionalmente, el dieciséis (16) del mismo mes y año, se fijó el procedimiento para seleccionarlo, que entre sus criterios comprendía la “(...) revisión de las hojas de vida (...); revisión de los antecedentes disciplinarios, fiscales, y judiciales (...); Práctica de las pruebas de conocimiento y aptitudes, y realización de entrevistas (...); [y] Determinación del grupo de candidatos elegibles (...)” (Cuad. 1, folio 143 a 146). De ellos puede predicarse que sí se materializan como ejemplos de los criterios que deben cumplir los concursos de méritos, conforme con las consideraciones generales de esta providencia, en el sentido de permitir observar las

calidades académicas, la experiencia y las competencias de los aspirantes, brindando confiabilidad en la validez de los instrumentos utilizados y eficacia que garantice la adecuación de los candidatos al perfil requerido para la plaza ofertada.

3.6 A continuación, el treinta (30) de septiembre de dos mil once (2011), la Junta Directiva conformó una nueva terna que remitió al Gobernador del Departamento y donde se encontraba el señor Óscar Libardo Campo Velasco, (Cuad. 1, folio 142) que fue postulado por aquel (Cuad. 1, folio 42) y, finalmente, elegido como Gerente de la empresa por unanimidad (Cuad. 1, folio 157 a 165). Todos estos pasos, a juicio de esta Sala, tenían por finalidad corregir los errores del primer procedimiento adelantado en orden a ponerlo a tono con las disposiciones que regulan la materia y, de hecho, cumplieron con los requisitos establecidos en los estatutos de la empresa, satisfaciendo el debido proceso administrativo.

3.7 Así las cosas, para la Sala el procedimiento en que participó la actora no correspondió a un verdadero concurso público y, por lo mismo, no podía desprenderse de él -ante la ostensible cantidad de irregularidades- los derechos derivados del principio de mérito. Por el contrario, las entidades demandadas, al haberlo dado por terminado mediante la no postulación de ninguna de las personas que conformaban esa terna, antes que transgredir sus derechos, propugnaron por defender el debido proceso administrativo delimitado por los estatutos de la empresa. Al haber iniciado un nuevo procedimiento, los yerros cometidos fueron subsanados, mediante la elaboración de un acuerdo y la determinación del procedimiento para seleccionar los candidatos de la terna, de la que finalmente fue escogido y nombrado como gerente el señor Óscar Libardo Campo Velasco. Por ello, a juicio de esta Sala, al haber denegado el amparo solicitado por Martha Lucía Echeverry, a pesar de haber cuestionado erradamente la procedencia de la acción de tutela para este asunto, los jueces constitucionales cuyas providencias se revisan mediante esta sentencia acertaron en su raciocinio. Por ello, la Sala confirmará tales decisiones.

IV DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR, por las razones anteriormente expuestas, la sentencia proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el veintitrés (23) de enero de dos mil doce (2012), que confirmó la decisión adoptada por el Juzgado Primero de Familia de Santiago de Cali, el once (11) de noviembre de dos mil once (2011), que a su vez DENEGÓ el amparo solicitado por Martha Lucía Echeverry contra la Junta Directiva de la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P. y el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, Francisco José Lourido Muñoz.

Segundo.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO

Magistrada

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

AL FALLO DE TUTELA T-511/12

Referencia: Expediente T-3.380.463. Acción de Tutela instaurada por Martha Lucía Echeverry

Salazar contra la Junta Directiva de la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P (Acuavalle) y el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca.

Magistrada ponente:

La constitución y la ley establecen con claridad la regulación que debe regir el debido proceso administrativo, el cual, previene de cualquier arbitrariedad en la que podrían incurrir las autoridades públicas, garantizando el Estado, de esta forma, la seguridad jurídica y la defensa de los individuos y la colectividad.

A mi juicio, el mérito es el soporte del mandato constitucional que establece la carrera administrativa y es claro que, del mismo modo, desempeña un papel determinante en la materialización del derecho fundamental a acceder a los cargos públicos. El concurso signado por el mérito se encamina a seleccionar aquellas personas cuya evaluación evidencia su capacidad e idoneidad para el desempeño de la labor respectiva, sin embargo, la ley podría establecer algunas excepciones a esta regla general, dependiendo la naturaleza jurídica de la entidad y las diferentes formas de vinculación laboral.

Es así como el artículo 27.6 de la Ley 142 de 1994 establece que los miembros de las juntas directivas de las empresas oficiales de los servicios públicos domiciliarios serán escogidos por el Presidente, el gobernador o el alcalde, según se trate de empresas nacionales, departamentales o municipales de servicios públicos domiciliarios y, el artículo 19.16, señala que en la ley y en los estatutos de la entidad, se establecerá que en ellas exista representación directamente proporcional a la propiedad accionaria.

Según lo establecido en el artículo 5o del Decreto 3135 de 1968, aplicable de conformidad con el artículo 41 de la Ley 142 de 1994, el gerente de las empresas de servicios públicos oficiales es un servidor de libre nombramiento y remoción, y la forma de elección se debe ceñir a la ley y a los estatutos de la Empresa.

Por lo que bajo ese entendimiento, considero que, el amparo solicitado, en realidad no se ameritaba, por cuanto, la administración cumplió con los parámetros del debido proceso administrativo los cuales fueron previamente definidos al momento de desplegar su accionar en uso de sus facultades legales, corrigiendo los yerros en los que había incurrido inicialmente la junta directiva.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

1 El texto del mentado artículo es el siguiente: “Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas. // La revisión se concederá en el efecto devolutivo pero la Corte podrá aplicar lo dispuesto en el artículo 7º de este decreto”.

2 El inciso primero del artículo 123 de la Constitución dispone que “son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (...)”.

3 Al respecto, pueden consultarse--entre otras- las sentencias T-957 de 2011, T-796 de 2006, T-522 de 1992 y T-442 de 1992.

4 En esta sentencia, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de apartes del artículo 22 de la Ley 1383 de 2010, “Por la cual se reforma la Ley 769 de 2002 – Código Nacional de Tránsito, y se dictan otras disposiciones”. Los actores cuestionaban el envío, tratándose del servicio de transporte, por correo del comparendo al dueño del vehículo, a la empresa afiliada y a la Superintendencia de Puertos y Transporte. Asimismo, cuestionaban la posibilidad de que se contara con medios técnicos y el envío del comparendo al dueño del vehículo, quien debería responder. Esto, en razón a que se vulneraba el debido proceso por la suposición de que se daría una efectiva comunicación con el envío por correo. Para los demandantes no se garantizaba el derecho de contradicción del propietario del vehículo y de la empresa. Igualmente, alegaban que se imponía un régimen de responsabilidad objetiva, pues se hacía responsable al propietario del pago de la infracción independientemente de su conducta. La Corte, para declarar la exequibilidad del aparte demandando, reiteró su jurisprudencia en torno al derecho al debido proceso, a las competencias del legislador para regular tal derecho, al derecho al debido proceso administrativo, al principio de publicidad de

las actuaciones administrativas y a la idoneidad de las notificaciones por correo de tales actos.

5 Sentencia T-796 de 2006.

6 Sentencia ibídem

7 Sentencia T-653 de 2006.

8 Artículo 209 C.P.

9 Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-467 de 1995, T-061 de 2002 y T-178 de 2010.

10 El artículo 68 de la Ley 489 de 1998 dispone: “Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.// Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos. // Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley. // PARAGRAFO 1o. De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial. // PARAGRAFO 2o. Los organismos o entidades del Sector Descentralizado que tengan como objetivo desarrollar actividades científicas y tecnológicas, se sujetarán a la Legislación de Ciencia y Tecnología y su organización será determinada por el Gobierno Nacional. //

PARAGRAFO 3o. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica a las corporaciones civiles sin ánimo de lucro de derecho privado, vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente, creadas por la Ley 99 de 1993". Sobre esta disposición se ha pronunciado la Corte Constitucional en las sentencias C-736 de 2007, C-727 de 2000 y C-702 de 1999.

11 Sobre la naturaleza jurídica de las Empresas de Servicios Públicos puede consultarse la sentencia C-736 de 2007. Igualmente, sobre la tipología que contempla la Ley 142 de 1992, relativa a la propiedad accionaria que diferencia entre Empresa de Servicios Públicos Oficial, Empresa de Servicios Públicos Mixta y Empresa de Servicios Públicos Privada, pueden revisarse los artículos 14.5 y siguientes de tal normatividad.

12 Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-294 de 2011, SU 446 de 2011, T-738 de 2010, C-181 de 2010, T-329 de 2009 y C-356 de 1994.

13 El inciso 3º del mentado artículo establece: "El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes".

15 En esta providencia, la Corte analizó la constitucionalidad de un aparte demandado del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, que regula la configuración de una terna y la escogencia de un miembro de ella para ser el gerente de Empresas Sociales del Estado. Los actores aducían que, conforme con el principio de mérito, tras un concurso, independientemente de que se tratase de un cargo de libre nombramiento y remoción, debía escogerse para ser gerente a la persona que hubiese obtenido el mejor puntaje. Sin embargo, la disposición permitía seleccionar a cualquiera de las personas incluidas en la terna, violando así -a su parecer- lo establecido en el artículo 125 de la Carta. La Corte, tras analizar como problema jurídico si efectivamente se desconocía el principio de mérito al permitir una escogencia discrecional de la terna, concluyó que era necesario proferir una sentencia integradora, según la cual de la terna ha de escogerse al concursante con mejor puntaje, permaneciendo los otros dos como posibles elegibles en caso de que aquel no pueda asumir el cargo.

16 Art. 209. C.P.

17 Ver sentencia C-356 de agosto de 1994.

18 Ver al respecto las sentencias C-387 de 1996; C-315 de 2007, y C-588 de 2009.

19 Ver al respecto las sentencias C-041 de 1995; C-1381 de 2000; y C-588 de 2009.

20 Ver sentencia SU-086 de 1999.

21 Ver sentencia SU-086 de 1999.

22 Ver sentencia SU-086 de 1999.

23 En este caso, la Corte se refirió a un asunto en el cual, tras un concurso de méritos para proveer el cargo de gerente de una Empresa Social del Estado, no se había nombrado a quién había obtenido el primer lugar. Para la Sala, no resultaba admisible que el Alcalde del ente territorial –quien debía nominar- hubiese designado a otra persona, vulnerando así el principio de mérito. Por ello, se concedió el amparo y se ordenó nombrar como gerente a la persona que obtuvo el primer puesto en el concurso.