

ACCION DE TUTELA-Inexistencia de temeridad como requisito de procedibilidad/TEMERIDAD-Requisitos constitucionales para determinar su configuración

La jurisprudencia de esta Corte ha sido reiterativa en señalar que el juez constitucional al momento de valorar si se encuentra frente a una situación como la descrita debe tener en cuenta tres requisitos determinantes: (i) identidad de partes; (ii) identidad de causa petendi; (iii) identidad de objeto; (iv) ausencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio de la acción, es decir, mala fe o abuso del derecho de acceso a la administración de justicia. Surgiendo como consecuencia en caso de que llegue a configurarse la temeridad, el rechazo o la decisión desfavorable de todas las solicitudes de tutela, teniendo el juez la posibilidad de imponer las sanciones a que haya lugar

ACCION DE TUTELA-Procedencia por no existir otro medio de defensa judicial

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

La procedencia específica de la acción de tutela en los concursos de méritos, principio podría afirmarse que los afectados por una decisión que acarree la vulneración de sus derechos fundamentales podrían valerse de las acciones señaladas en el Código Contencioso Administrativo, sin embargo, la Corte ha estimado que estas vías judiciales no son siempre idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados. 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 suma, 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 eficaz, con el que cuentan los concursantes para buscar la protección de sus derechos fundamentales involucrados.

## DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Mérito como criterio para acceder a la función pública

El concurso público es el mecanismo establecido por la Constitución para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, tenga en cuenta el mérito como el criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público, a fin de que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo.

## CONCURSO DE MERITOS-Nombramiento de quien obtuvo el primer puesto

Una vez surtidas las fases o etapas establecidas para la selección, el aspirante que obtiene el primer puesto adquiere el derecho a ocupar el cargo, correspondiendo en consecuencia al nominador proceder a nombrarlo. Ello partiendo de la base que la conformación de la lista obliga al nominador a seleccionar al mejor de los concursantes, pues como ya fue puesto de presente, ningún sentido podría tener el adelantar un proceso público para terminar beneficiando a otro distinto de aquel que ocupó el primer lugar. En esa medida, no se puede excluir a un aspirante sin mediar criterios objetivos, pues ello, conlleva a presumir un trato diferente y discriminatorio contra la persona afectada con la medida, en consecuencia, lo que corresponde es que se provean los cargos públicos con base en la posición y puntajes obtenidos por cada concursante, pues de lo contrario carecería de sentido montar todo un andamiaje operativo y administrativo, para acabar escogiendo a cualquier persona que hizo parte del proceso de selección.

CONCURSO DE MERITOS-Selección debe obedecer a un criterio objetivo, razones subjetivas de los nominadores no pueden prevalecer sobre los resultados obtenidos

## GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Naturaleza jurídica del cargo

ELECCION DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 establece concurso de méritos como medio idóneo para proveer dichos cargos

Los cargos de gerente de las ESE son de libre nombramiento y remoción, por lo que en principio, sus vacantes no tendrían por qué proveerse a través de un concurso público. No obstante, el legislador a través del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, estableció el concurso

de méritos como el medio idóneo para la el cubrimiento de dichos cargos. En esa medida, una vez se adopta como mecanismo para proveer los cargos el concurso de méritos, la administración debe respetar y acatar el cumplimiento de las características que le son propias.

ELECCION DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Ternas solo pueden ser conformadas por los concursantes que hayan obtenido los tres primeros puestos al interior del concurso de méritos

CONCURSO DE MERITOS Y ELABORACION DE TERNA PARA ELECCION DE GERENTE DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO-Caso en que se vulneraron derechos a la igualdad, debido proceso y al trabajo al ser excluidos de la terna los tres concursantes que obtuvieron la calificación más alta

En el presente asunto, resulta claro que tanto la Junta Directiva del Hospital Departamental, Valle del Cauca, como el Gobernador de dicho Departamento desconocieron los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo invocados por el actor, toda vez que el primero no conformó la lista de manera adecuada, dejando por fuera de la misma a los tres candidatos que ocuparon los primeros puestos; y el segundo a pesar de que debía hacer su designación conforme a la terna remitida, nombró a quien ocupó el noveno lugar dentro del concurso.

Referencia: expediente T-2.328.007, posteriormente acumulado al T-2.493.063.

Acción de tutela instaurada por César Augusto Soto Montes contra la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, Valle del Cauca. Posterior acción de tutela de César Augusto Soto Montes contra la Gobernación del Valle del Cauca.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., siete (7) de julio de dos mil diez (2010).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados JORGE IVAN PALACIO PALACIO, NILSON PINILLA PINILLA y JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB en

ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución, y el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados en el expediente T-2.328.007 por el Juzgado Laboral del Circuito de Sevilla, Valle del Cauca y la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga; y en el expediente T-2.493.063 por Juzgado Trece Civil del Circuito de Cali y la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

### I. Expediente T-2.328.007

#### 1. Antecedentes.

A través de escrito presentado el 17 de marzo de 2009, el señor César Augusto Soto Montes instauró acción de tutela contra la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, Valle del Cauca, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, a la igualdad, a la buena fe y al trabajo. Como sustento de su solicitud invoca los siguientes

#### 1.1. Hechos:

Indicó que el 10 de enero de 2009, la parte accionada convocó a los interesados a ocupar el cargo de gerente del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, Valle del Cauca, celebrando para tal fin un convenio interadministrativo con la Universidad de Antioquia -Facultad de Salud Pública-, con el objeto de adelantar el respectivo proceso de selección.

Lo anterior teniendo en cuenta que la normatividad aplicable al caso<sup>1</sup> establece que los gerentes de las empresas sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro años, por lo que la Junta Directiva respectiva debe conformar una terna, previo proceso de selección, de la cual el Gobernador en su calidad de nominador tendrá que designar al gerente.

Advirtió que dentro del concurso se fijaron las siguientes fechas para su desarrollo: (i)

entrega de documentos del 20 al 26 de enero de 2009; (ii) publicación de admitidos o no admitidos el 29 de ese mismo mes y año, (iii) pruebas y entrevistas el 31 de enero de 2009; y (iv) entrega de resultados provisionales el 4 de febrero de 2009.

Agregó que en la segunda semana de enero de 2009, la Junta Directiva del Hospital publicó un documento como “Aviso de Prensa Aclaratorio de la convocatoria hecha el 10 de enero”, donde se ampliaban los plazos establecidos así: (i) Inscripción de documentos hasta el 2 de febrero de 2009; (ii) publicación de admitidos y no admitidos 5 de febrero de 2009; (iii) pruebas y entrevistas 7 de febrero de 2009; (iv) notificación de resultados preliminares 11 de febrero de 2009; (v) reclamaciones del 12 al 18 de febrero de 2009; (vi) y notificación de resultados finales y entrega de hojas de vida a la ESE el 26 de febrero de 2009.

Señaló además que los valores porcentuales dados a cada etapa del proceso de selección fueron los siguientes: Estudio de hoja de vida 20%; prueba de conocimientos 40%; examen de aptitud 25%; y entrevista 15%.

Precisó que el cargo de gerente del citado Hospital reúne varias características de orden institucional, al tratarse de un empleo público de periodo fijo, por lo que debe ser electo mediante un concurso de méritos previo proceso de selección de los aspirantes al cargo, donde se deben adelantar pruebas tendientes a valorar los conocimientos, aptitudes, experiencia laboral, formación académica, iniciativa, buen juicio, capacidad en la toma de decisiones, entre otros, para determinar si el aspirante es idóneo para el desempeño del cargo.

Añadió que la Junta Directiva del Hospital, por ser un cuerpo directivo de carácter público, debe cumplir con los fines del Estado, correspondiéndole respetar y garantizar los principios de la función pública. En tal sentido arguyó que la selección del cargo convocado debió hacerse conforme a tales parámetros.

Expuso que se siguió el cronograma establecido para el desarrollo del concurso, presentándose 47 aspirantes de 16 disciplinas científicas diferentes, así como de distintas partes del país. De dicho grupo de aspirantes no fueron admitidos 7 por no reunir los requisitos establecidos en el Decreto 785 de 20052. Indicó que de los 40 profesionales admitidos para pruebas, exámenes y entrevistas sólo se presentaron 32.

Aseveró que de acuerdo a un segundo informe de resultados preliminares de las pruebas, exámenes y entrevistas practicadas, perdieron el examen 25 de los 32 profesionales que lo presentaron, habiendo aprobado tan sólo 7, al obtener un puntaje total superior al 70%.

Refirió que ocupó el primer puesto con una calificación de 81 puntos de 100 posibles. Posteriormente, se cumplió con el periodo de reclamaciones expidiéndose un informe de resultados finales el 26 de febrero de 2009, conforme al cual no cumplieron con las expectativas del concurso 15 de los 32 aspirantes, aprobando 17 profesionales. Aseguró que en este último informe continuó ocupando el primer puesto y mejoró su calificación, obteniendo 87 puntos.

Adujo que en aplicación de las reglas de la convocatoria, la intervención de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia sólo llegaba hasta la notificación de los resultados finales y la correspondiente entrega de las hojas de vida a la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla.

Mencionó que el 6 de marzo de 2009, recibió vía correo electrónico un comunicado del Hospital, donde se le informaba que la Junta Directiva, con base en su discrecionalidad, decidió dentro del proceso de conformación de la terna, realizar un conversatorio con cada uno de los 17 candidatos seleccionados, el cual se llevaría a cabo el 13 de marzo de dicho año. Situación que lo llevó a manifestar por escrito su inconformismo, pues en su entender la terna para la elección del gerente de la Empresa Social del Estado debía integrarse con los aspirantes que ocuparon los tres primeros puestos.

Señaló que la Junta Directiva del Hospital, amparándose en su discrecionalidad cambió las reglas del concurso que se publicaron y se fijaron desde el comienzo en el proceso de selección, al citar a un conversatorio del que nunca les hablaron, en el que se pretendía efectuar una especie de entrevista para recomponer la lista de elegibles y de esta manera proceder a integrar una terna con sus amigos, lo cual considera arbitrario y parcializado.

Aclaró que no está inmerso en inhabilidades, ni registra antecedentes de ninguna clase y si en algún momento fue investigado penalmente tal situación ya fue aclarada, lo cual infiere será usado por la Junta Directiva para desestimar su aspiración al citado cargo.

En consecuencia, invocó la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad, la buena fe y el trabajo, solicitando se ordenara a la Junta Directiva integrar la terna

de candidatos para ser enviada al Gobernador del Valle del Cauca, con los aspirantes que obtuvieron los tres primeros puestos, según los resultados finales enviados por la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia.

Como medida provisional solicitó se ordenara tanto a la citada Junta que se abstuviera de realizar el referido conversatorio, como también al Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, que se abstuviera de efectuar la designación y nombramiento del Gerente del Hospital, con base en la terna que enviara la Junta Directiva.

## 1. 2. Trámite Procesal.

Mediante auto del 17 de marzo de 2009, el Juzgado Laboral del Circuito de Sevilla, dispuso vincular a la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, negando a su vez la solicitud de la medida provisional impetrada. Dentro del plazo estipulado los entes accionados dieron respuesta en los términos que se exponen a continuación.

## 1.3. Respuesta de la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla.

Los miembros de la citada Junta, a través de escrito del 19 de marzo de 2009, señalaron que la normatividad aplicable al presente asunto es el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, reglamentado por el Decreto 800 de 2008 y la Resolución Núm. 165 de 2008, expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública. En tal sentido, indicaron que para la conformación de la terna de candidatos a gerente del Hospital se deben agotar dos pasos o procedimientos básicos.

El primero, corresponde a un concurso de méritos que debe ser adelantado por un ente universitario escogido por la Junta Directiva, al cual previa valoración de requisitos y aplicación de pruebas le corresponde entregar un listado de mínimo de cinco candidatos para conformar la terna de la cual el Gobernador elegirá el gerente. Al respecto expusieron que el proceso de meritocracia culminó con la entrega por parte de la Universidad a la Junta Directiva del Hospital de la aludida lista.

Explicaron que el conversatorio no se adelantó como continuación del concurso de méritos, pues éste culminó con la entrega de la lista de aquellos aspirantes que obtuvieron por lo menos 70 puntos en la sumatoria de las pruebas que realizó la Universidad de Antioquia.

Agregaron que la idea de dicha actividad era conocer a cada uno de los 17 candidatos, específicamente en lo relacionado con sus aspiraciones, visiones, planes y proyectos sobre el Hospital. Por lo tanto, argumentaron que lo mínimo a lo que estaba obligada la Junta es a tener conocimiento de aquellas personas que van a conformar la terna de candidatos.

Aclararon que el conversatorio se desarrolló de manera informal, sin mecánica previa establecida, sin otorgar puntaje o calificación. Por ello, no fue necesario el reconocimiento ni la supervisión de ninguna entidad oficial. Finalizaron su argumentación precisando que no se modificaron los resultados arrojados en el concurso y que a la fecha no se había conformado la terna que sería enviada al Gobernador.

#### 1.4. Intervención del apoderado judicial de la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla.

En escrito del 20 de marzo de 2009 expuso que conforme a las normas aplicables al caso, una vez adelantadas las pruebas por el ente universitario, el paso a seguir es la constitución de la terna, listado con el cual culmina el proceso meritocrático, correspondiendo en adelante a la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado, dentro de su margen de discrecionalidad conformar la terna de la cual el Gobernador designará el gerente del Hospital.

Agregó que en la convocatoria efectuada para cubrir el cargo de gerente del Hospital, no se estableció que la terna sería entregada por la Universidad, sino que quienes superaran la prueba podrían ser elegibles, como puede leerse tanto de la convocatoria inicial como del aviso aclaratorio, donde se consignó: “Quienes obtenga un puntaje igual o superior al 70% serán elegibles para conformar la terna requerida, que será puesta a consideración del gobernador por parte de la Junta Directiva del Hospital, para nombramiento del Gerente.”

Acogiendo los argumentos esbozados por la Junta Directiva, expuso que el objetivo del conversatorio no era recomponer la lista sino permitir a los miembros del cuerpo colegiado conocer a los 17 candidatos a terna, para que en el momento de tomar la decisión supieran qué planes, proyectos o visión tenía cada elegible.

Adujo que la Junta Directiva del Hospital siempre trató a los 17 aspirantes a terna como pares calificados, sin que se hayan hecho pronunciamientos públicos o privados descalificando a alguno de ellos.

En atención a lo expuesto, solicitó se negara la petición de tutela al no existir una vulneración de los derechos fundamentales del actor. Adicionalmente instó a que se vinculara a la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, pues dicha institución podría verse afectada con lo decidido en este proceso.

#### 1.5. Respuesta de la Gobernación del Valle del Cauca.

A través de la Secretaría Jurídica, en informe vía fax recibido por el juzgado de conocimiento el 24 de marzo de 2009, la Gobernación solicitó se declarara la improcedencia de la presente acción de tutela, al no haber desconocido ninguna norma constitucional.

Consideró que el actor hizo un prejuizgamiento, pues el escrito de tutela está soportado en hechos que aún no habían ocurrido, teniendo en cuenta que a la fecha la Junta Directiva del Hospital no había enviado la referida terna al Gobernador.

#### 1.6. Respuesta de la Universidad de Antioquia.

En atención a la vinculación hecha por el Juzgado de conocimiento el 25 de marzo de 2009, el Jefe del Centro de Extensión de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, expuso que el 25 de febrero de 2009, una vez cumplidas las etapas al interior del concurso de méritos, se envió a la Junta Directiva los resultados definitivos en estricto orden numérico de cédula, a fin de que la misma en desarrollo de su competencia, eligiera la terna, para lo cual se estableció la posibilidad de adelantar una “rápida entrevista semiestructurada”.

Añadió que la Junta, una vez se conoce los aspirantes que superen el 70% de las pruebas adelantadas por la Universidad es autónoma para seleccionar a tres (3) de ellos mediante cualquier mecanismo y así presentarlos ante la autoridad nominadora, que para el caso es el Gobernador del Valle del Cauca, quien a su vez es autónomo para seleccionar a cualquiera de ellos como gerente del Hospital sin sujetarse a ninguna de las condiciones preevaluadas por esa Alma Mater. En consecuencia, señala que cualquier aspirante que haya obtenido 70 o más puntos en el proceso meritocrático de selección es sujeto de nominación, con independencia del puntaje obtenido. Entonces, ante un volumen tal de aspirantes que superaron el concurso, como el presentado en los resultados, si la Junta establecía otros medios de escogencia, lo hacía a fin de elegir una terna adecuada. Por tanto, considera que

hacer una selección al azar, si bien resulta válido, llevaría a una conformación inadecuada de la terna.

#### 1.7. Intervención del Apoderado Judicial de la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla.

En desarrollo del trámite de tutela, el apoderado judicial de la Junta Directiva informó que el 20 de marzo de 2009, ese órgano a través de acuerdo Núm. 003 de 20093, procedió a conformar la terna de candidatos a la Gerencia del Hospital, correspondiendo en consecuencia al Gobernador elegir el gerente en propiedad, como quedó consignado en el Acta Núm. 083 de esa misma fecha.

### 2. Decisiones objeto de revisión.

#### 2.1. Primera Instancia.

El Juzgado Laboral del Circuito de Sevilla, mediante sentencia del 1 de abril de 2009, negó la solicitud de amparo al encontrar ajustada a derecho las actuaciones surtidas por la Junta Directiva, ya que conforme a la normatividad aplicable al asunto (el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, el Decreto 800 de 2008 y la Resolución Núm. 165 de 2008), una vez obtenido el listado de candidatos que superaron las etapas previas al concurso, se procedió a utilizar el mecanismo que consideraron más adecuado para adelantar la escogencia de la terna, procedimiento que en su concepto fue instituido oportunamente.

#### 2.2. Impugnación.

El actor impugnó dicho fallo, al considerar que en el concurso de méritos para la designación del cargo de gerente del Hospital se debió adelantar en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, el Decreto 800 de 2008 y los estándares establecidos en la Resolución Núm. 165 de 2008. Esto es debiendo la Junta Directiva planificar, prever, determinar, establecer y fijar todas las reglas y bases del concurso de méritos en cada una de sus fases, pruebas, exámenes, entre otros. Lo anterior, dado que en ningún momento de manera previa al inicio y desarrollo del concurso, se formuló que una vez entregada la lista por parte de la Universidad de Antioquia, la Junta continuaría el proceso con un conversatorio o una nueva entrevista a aquellos aspirantes que hubiesen obtenido

más de 70 puntos, máxime si se tiene en cuenta que en dicha actividad, no se establecieron criterios claros de evaluación que garantizaran la transparencia en el proceso de selección.

Adujo que la Junta Directiva en desarrollo del concurso decidió fijar nuevas reglas en la segunda etapa del proceso, las cuales eran completamente desconocidas para los aspirantes, situación que no fue tomada en cuenta por el juez de instancia. Advirtió que el motivo por el cual fue excluido de la terna obedeció a la distante relación que sostiene con la Junta, aspecto que se materializó al conocerse los resultados finales, pues su aspiración de ganar el concurso fue frustrada por ese órgano directivo.

Adicionalmente, expuso que la terna se escogió al antojo de la Junta, con base en sus particulares reglas, las que estima irregulares al no haber dado prelación a los tres primeros puntajes del concurso adelantado por la Universidad de Antioquia.

### 2.3. Segunda Instancia.

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, mediante sentencia del 26 de mayo de 2009, confirmó la decisión impugnada al considerar que la convocatoria al concurso para integrar la terna, no estableció que ésta debiera ser integrada por quienes hubiesen obtenido los tres mayores puntajes, como tampoco se podría inferir que debe ser elegido por el Gobernador quien tenga el mayor puntaje. Aclaró que conforme con la normatividad aplicable al caso, correspondía a la Junta Directiva integrar la terna mediante el mecanismo que considerara más adecuado, una vez recibida la lista por parte de la Universidad de Antioquia.

### 3. Pruebas aportadas en el trámite de la tutela ante los jueces de instancia.

En el trámite de la acción de tutela en comento obran las siguientes pruebas relevantes:

1. Copia de los documentos que sirvieron de soporte para la inscripción del señor César Augusto Soto Montes al concurso convocado por la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla (cuaderno 1 folios 12 a 23).

1. Copia de la convocatoria pública efectuada por la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla (cuaderno 1 folio 29).

1. Copia de la acreditación de la Universidad de Antioquia ante la Comisión Nacional del Servicio Civil (cuaderno 1 folios 30 a 32).

1. Copia del aviso de prensa aclaratorio a la primera convocatoria pública (cuaderno 1 folio 34).

1. Copia del recibo de correo certificado mediante el cual el señor César Augusto Soto Montes efectuó la inscripción en el concurso público (cuaderno 1 folio 36).

1. Copia de la relación de admitidos y no admitidos del concurso público, proferida por la Universidad de Antioquia (cuaderno 1 folio 38).

1. Copia del informe de resultados preliminares expedido por la Universidad de Antioquia (cuaderno 1 folio 40).

1. Copia del oficio remitido de la Universidad de Antioquia, en relación con la lista de resultados definitiva, aclarando quiénes y en qué áreas se hicieron reclamaciones por parte de los concursantes (folios 110 y 111).

1. Copia del informe de resultados finales emitido por la Universidad de Antioquia (cuaderno 1 folio 56).

1. Copia del oficio remitido por el Hospital Departamental Centenario de Sevilla, al señor César Augusto Soto Montes, el 6 de marzo de 2009, donde se le informa que dentro del proceso de conformación de la terna, la Junta Directiva del Hospital aprobó realizar un conversatorio con cada uno de los 17 candidatos seleccionados por la Universidad de Antioquia, que se encuentran en la categoría de elegibles (cuaderno 1 folio 58).

1. Copia del memorial enviado por el señor César Augusto Soto Montes a la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, donde manifiesta su inconformismo respecto del citado conversatorio (cuaderno 1 folios 59 a 61).

1. Copia del oficio remisivo de la terna de candidatos a gerente enviada por la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla al Gobernador del Valle del Cauca, el 20 de marzo de 2009 (cuaderno 1 folio 188).

1. Copia del Acuerdo 003 del 20 de marzo de 2009, por medio del cual la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, conformó la terna de candidatos a gerente de esa institución (cuaderno 1 folios 189 y 190).

1. Copia del acta Núm. 083 de la sesión extraordinaria adelantada por la Junta Directiva del Hospital Departamental de Sevilla, el 20 de marzo de 2009, en donde se consignó la forma de selección de la terna a gerente del Hospital y el resultado de tales elecciones (cuaderno 1 folios 191 a 195).

## II. ACTUACIÓN DE LA SALA DE REVISIÓN.

En desarrollo del proceso de revisión del expediente T-2.328007, el 18 de enero de 2010, miembros de la Junta Directiva del Hospital, vía fax informaron a esta Sala de Revisión que la Gobernación del Valle del Cauca mediante Decreto 0703 del 17 de mayo de 2009, había

designado como gerente de la ESE a la señora María Victoria Hoyos Gutiérrez, quien se posesionó en el cargo el 19 mayo de 2009, adjuntando el acta de posesión respectiva.

Adicionalmente, pusieron de presente que el actor interpuso otra acción de tutela con fundamento en los mismos hechos, derechos, pretensiones y accionadas, asunto que fue conocido y fallado por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Cali y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, quienes declararon la improcedencia de la petición de amparo por existir temeridad. Por tal motivo, solicitaron a la Sala de Revisión que ordenara la remisión de copias íntegras de dicho expediente para que fuera incorporado al caso objeto de revisión.

Conforme a lo anterior, a través de Auto del 25 de enero de 2010, la Sala de Revisión decidió que el Magistrado Ponente del presente asunto, solicitara la selección del expediente respectivo, esto es, el identificado con el número T-2.493.063, el cual por medio de Auto del 19 de febrero de 2010, fue acumulado al T-2.328.007 por presentar unidad de materia.

### III. EXPEDIENTE T-2.493.063.

#### 1. Antecedentes.

En esta oportunidad el señor César Augusto Soto Montes, a través de escrito de tutela del 11 de agosto de 2009, invocó la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, a la igualdad, a la buena fe y al trabajo, presuntamente vulnerados por el Gobernador del Valle del Cauca. Sustenta su solicitud en los siguientes

#### 1.1. Hechos.

Expuso que la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, Valle del Cauca, el 10 de enero de 2009, convocó a los interesados a ocupar el cargo de gerente de la institución, para lo cual se valió de la Facultad Nacional de Salud Pública, para adelantar el proceso de acompañamiento y selección del gerente del establecimiento hospitalario.

Señaló que con la debida antelación se fijaron las bases bajo las cuales se desarrollaría el citado concurso, específicamente en lo relacionado con las fechas y porcentaje otorgado a cada etapa del mismo.

Explicó que una vez culminó el proceso de selección, la Universidad de Antioquia entregó los resultados finales, en donde 17 candidatos superaron el 70% exigido, ocupando la primera posición del concurso con un puntaje de 87 sobre 100.

Aseveró que el 6 de marzo de 2009, recibió un comunicado por parte de la Junta Directiva de la institución hospitalaria, donde se le informó que en atención a la discrecionalidad con que contaba ese cuerpo colegiado en este proceso, decidió realizar un conversatorio con cada uno de los 17 candidatos seleccionados por la Alma Mater, como elegibles para la conformación de la terna, actividad que se llevó a cabo el 13 de marzo de 2009 en las instalaciones del Hospital, a la cual se negó a asistir, explicando los motivos en misiva enviada el 9 de marzo de la misma anualidad, en la que advirtió que tal situación desconocía los principios de la función pública, en cuanto a la imparcialidad, a la transparencia y a la objetividad frente a los concursos de méritos y dicha situación se prestaba para que la Junta Directiva del Hospital recompusiera la lista obedeciendo a intereses particulares.

Afirmó que en reunión extraordinaria de la Junta Directiva, correspondiente al acta Núm. 80-2009 del 05 de marzo de 2009, se expusieron dos posiciones diametralmente opuestas.

Por una parte, se planteó la posibilidad de no tener en cuenta los puntajes obtenidos por los aspirantes, ya que en su criterio la entidad encargada de elegir la terna es la Junta Directiva y no la Universidad; y por la otra, basada en la necesidad de escoger a los tres primeros de la lista, obviando cualquier intervención política en el proceso de selección.

Señaló que según reunión extraordinaria, correspondiente al acta Núm. 083-2009, adelantada el 20 de marzo de 2009, se conformó la terna de manera irregular, con base en lo aprobado previamente y sin respetar las reglas del concurso. Esta terna fue conformada de la siguiente manera:

NOMBRE

PROFESIÓN

PUNTOS

Luis Alfonso Murcia Guarín

Médico Cirujano

76

María Victoria Hoyos Gutiérrez

Odontóloga

74

Oscar Salazar Duque

Contador Público

70

Indicó que tal posición conlleva una intención arbitraria de recomponer la lista de elegibles dejando de lado la evaluación técnica efectuada por la Universidad de Antioquia, manipulando así los resultados y eligiendo en este sentido a profesionales que ocuparon el 4°, 9° y 15° puesto, conforme a los resultados de las pruebas adelantadas por la institución universitaria. Al respecto aclaró que los tres primeros puestos debieron conformarse de la siguiente manera:

NOMBRE

PROFESIÓN

PUNTOS

César Augusto Soto Montes

Gerontólogo

87

Odontólogo

80

Francisco Chavier Ulloa Rodríguez

Arguyó que la Junta Directiva del Hospital, el 20 de marzo de 2009, profirió el Acuerdo Núm. 003 de 2009, mediante el cual protocolizó la terna que sería enviada al Gobernador del Valle del Cauca, para que procediera a nombrar al gerente titular del Hospital.

Mencionó que el Gobernador del Valle del Cauca, mediante Decreto Núm. 0703 del 15 de mayo de 2009, nombró como gerente titular del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, Valle del Cauca, a María Victoria Hoyos Gutiérrez, quien mediante Acta Núm. 2009 1072 del 19 de mayo de 2009, se posesionó en propiedad.

Consideró que a partir de este hecho, la Gobernación intervino de manera directa en el proceso de selección, desconociendo la finalidad inherente a la función administrativa, viciando con ello el proceso de selección y vulnerando los derechos fundamentales de las personas que participaron en calidad de aspirantes para conformar la terna de elegibles.

Finalmente, solicitó se valorara como un hecho cierto y como antecedente jurisprudencial aplicable al caso concreto, la sentencia T-329 de 2009, proferida por la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional.

En orden a lo anterior, solicitó se protegieran sus derechos fundamentales y en consecuencia se ordenara al Gobernador del Valle del Cauca que lo nombrara como gerente titular del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, respetando el estricto orden descendente reportado por la Universidad de Antioquia.

## 1.2. Trámite Procesal.

Mediante auto del 12 de agosto de 2009, el Juzgado Trece Civil del Circuito de Cali admitió la acción de tutela y ordenó vincular a la gerente y junta directiva del Hospital Departamental de Sevilla, Valle del Cauca; a la Facultad de Salud Pública de la Universidad de Antioquia; a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a las demás personas que participaron del concurso para la provisión del cargo por el cual se interpuso la presente acción.

## 1.3. Respuesta de la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla.

Por medio de apoderado judicial, los miembros de la citada Junta, en escrito recibido por el juzgado de primera instancia el 21 de agosto de 2009, indicaron que habían sido enfáticos en señalar que se estaba citando a un proceso de selección y conformación de la terna y no a la elección del gerente del Hospital.

Precisaron que a través de los avisos y publicaciones hechas por ese organismo, se estableció que quienes obtuvieran un puntaje superior al 70% serían elegibles para conformar la terna que a su vez sería enviada al gobernador del departamento.

Explicaron que el proceso estaba conformado por dos etapas atendiendo a lo establecido en el artículo 28 de ley 1122 de 20074, artículos 1 y 4 del Decreto 800 de 20085 y artículo 6 de la Resolución Núm. 165 de 2008 del Departamento Administrativo de la Función Pública6: (i) un proceso de meritocracia, que debía ser agotado por la Universidad escogida por la Junta Directiva para tal finalidad, dentro del cual se les debía entregar una lista de mínimo cinco candidatos para conformar la terna, que culmina con la entrega de resultados por parte de la Universidad a la Junta Directiva; y (ii) la conformación de la terna, la que se adelanta de acuerdo con el mecanismo que oportunamente establezca la Junta Directiva.

Expresaron que el documento aportado por el actor como Acta Núm. 80-2009, no corresponde a un documento de la Junta, sino por el contrario se trata de un escrito no oficial, sin firmas de aprobación y con correcciones a mano alzada.

Agregaron que conforme con lo aprobado en sesión del 5 de marzo de 2009, se solicitó a los órganos de control e investigación del Estado los antecedentes de cada uno de los diferentes candidatos a la terna, donde se logró establecer que el accionante había sido objeto de detención en el Centro Penitenciario y Carcelario de Sevilla por los presuntos punibles de peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento público y falsedad en documento privado.

Aseguraron que la terna se conformó con el consenso unánime de los miembros de la Junta, dejándose sentado en el acta 083 de 20097, que desde el 17 de marzo en el Juzgado Laboral del Circuito de Sevilla, se venía adelantando una acción de tutela interpuesta por César Augusto Soto Montes contra la Junta Directiva, asunto donde además se había vinculado a la Gobernación del Valle.

Afirmaron que los argumentos expuestos en esa oportunidad por el actor tienen los mismos fundamentos fácticos que envuelven a la acción de tutela que ahora contestan, advirtiendo que a pesar de que para ese entonces no se había conformado la terna, mediante oficio del 26 de marzo de 2009, se notificó al Juzgado que por Acuerdo Núm. 003 del 20 de marzo de 2009, la Junta Directiva había procedido a la elaboración de ella para la designación por parte del Gobernador.

Refirieron que en esa oportunidad la solicitud de amparo le fue negada al accionante mediante sentencia del 1 de abril de 2009 en primera instancia y confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 26 de mayo de 2009.

Adujeron que la reunión de la Junta Directiva del 5 de marzo de 2009, no corresponde a un hecho nuevo que cambie las circunstancias fácticas en las cuales se tramitó y falló la acción de tutela presentada en anterior oportunidad, pues fue un hecho que tuvo ocurrencia antes de la presentación de la tutela inicial y que conforme a lo manifestado ante el juez de primera instancia, ya era conocido por el señor Soto Montes.

Afirmaron que la conformación de la terna realizada en reunión del 20 de marzo de 2009, fue oportunamente notificada por escrito al Juez Laboral del Circuito de Sevilla y si bien la primera acción de tutela no presentó la situación fáctica de la manera que ahora relata, atendiendo a que no se había nombrado al gerente del Hospital, este asunto fue materia de debate y no constituye un hecho nuevo que haga procedente la acción de tutela en esta oportunidad.

Argumentaron que el inciso segundo del artículo 37 del Decreto 2591 de 19918, establece una obligación a cargo del accionante de tutela, de declarar bajo la gravedad de juramento que no ha presentado otra acción de tutela respecto de los mismos hechos y derechos.

Sobre el particular indicaron que la acción de tutela interpuesta en el mes de marzo de 2009 ante el Juez Laboral del Circuito de Sevilla y la presentada ante el Juzgado Trece Civil de Cali, constituyen una actuación temeraria, atendiendo a que cumplen a cabalidad las exigencias jurisprudenciales en dicho sentido. Al respecto hacen referencia a: (i) identidad de accionante, requisito que se cumple a todas luces, pues las dos acciones se presentaron por el señor César Augusto Soto Montes; (ii) identidad del accionado, en este punto expusieron que si bien la primera acción de tutela fue interpuesta contra la Junta Directiva del Hospital

Departamental Centenario, también se vinculó a la Gobernación del Valle; (iii) identidad fáctica, toda vez que los hechos son los mismos y la variación radica en la forma de presentarlos; y (iv) ausencia de justificación suficiente para interponer una nueva acción, sobre lo cual manifestaron que en desarrollo de la primera acción de tutela se dieron los hechos que hoy se consideran nuevos.

Por otra parte, alegaron que guardan reserva frente a las calidades del accionante, dadas las investigaciones penales que se adelantaron en su contra. En orden a lo anterior, solicitaron se declarara la improcedencia de la acción por tratarse de una solicitud temeraria.

#### 1.4. Intervención del señor Edgar Augusto Ortega Salazar.

Alegó que la Junta Directiva actuando con base en una discrecionalidad ficticia, asumió la conformación de la referida terna improvisando y sesgando el mecanismo de escogencia al que denominaron conversatorio.

Cita la sentencia T-329 de 2009 donde la Corte Constitucional estudió un caso similar al que es hoy objeto de controversia, por lo que interpuso una acción de tutela en contra de la Junta Directiva del Hospital<sup>9</sup>, al considerar que el proceso de selección careció de objetividad y transparencia, una vez se obtuvo el listado de los 17 participantes que superaron el mínimo exigido tomando como base las pruebas técnicas y científicas aplicadas por la Universidad de Antioquia.

#### 1.5. Respuesta de la Gobernación del Valle del Cauca -Secretaría de Salud Departamental-.

El Secretario Departamental de Salud, en escrito allegado al juzgado de primera instancia el 24 de agosto de 2009, expuso que tanto la Junta Directiva del Hospital como el Gobernador del Valle del Cauca, obraron conforme a la ley en desarrollo del proceso meritocrático, respetando los principios de la función administrativa, como la buena fe, la celeridad, la economía, la eficiencia, entre otros.

Aclaró que se presenta un problema de interpretación por parte del actor respecto de la normatividad que regula este asunto, en especial lo concerniente al Decreto 800 de 2008, reglamentario del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, y a la Resolución Núm. 165 de 2008 emanada del Departamento Administrativo de la Función Pública, que establecen los

estándares mínimos del 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.

Agregó que el conversatorio se adelantó atendiendo la discrecionalidad con que cuenta la Junta Directiva para elegir la terna, una vez evacuadas las pruebas que debe adelantar la universidad seleccionada. Finalmente, asevera que con el nombramiento de la señora María Victoria Hoyos Gutiérrez como gerente, la Gobernación del Valle obró acorde con las exigencias legales.

#### 1.6. Respuesta de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Por medio de su asesora jurídica, la CNSC informó que no tiene injerencia alguna en el trámite constitucional que se estudia en esta oportunidad. No obstante, indicó que de conformidad con la normatividad que regula la materia, el nombramiento del gerente se hace de uno de los tres candidatos que conforman la terna, no necesariamente con quien ocupa el primer puesto. Así las cosas, la decisión sobre el nombramiento del empleado corresponde a la autoridad nominadora.

### 2. Decisiones objeto de revisión.

#### 2.1. Primera Instancia.

El Juzgado Trece Civil del Circuito de Santiago de Cali, mediante sentencia del 30 de agosto de 2009, declaró improcedente la solicitud de amparo al encontrar que el actor había interpuesto la presente acción de tutela fundado en situaciones iguales a las reclamadas en marzo pasado, ante el Juzgado Laboral del Circuito de Sevilla.

#### 2.2. Impugnación.

El actor impugnó el fallo de primera instancia al considerar que el juez de tutela no valoró de manera objetiva las consideraciones y pretensiones mencionadas en esta oportunidad, advirtiendo que la presente acción de tutela se basa en dos hechos concretos. Por una parte, se produjo un antecedente jurisprudencial con posterioridad al primer fallo de tutela, que obedece a la sentencia T-329 de 2009 y, por la otra, se está cuestionando un acto administrativo diferente, como es, el proferido por el Gobernador del Departamento del Valle

del Cauca, quien mediante Decreto Núm. 0703 del 15 de mayo de 2009, designó y nombró como gerente titular del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, Valle del Cauca, a la señora María Victoria Hoyos Gutiérrez.

En este orden de ideas, solicitó que se revocara la anterior decisión y en consecuencia se ampararan sus derechos fundamentales ordenándose al Gobernador del Valle del Cauca, que procediera a nombrarlo como gerente titular del Hospital de Sevilla, en atención al resultado final del concurso de méritos adelantado por la Universidad de Antioquia.

### 2.3. Segunda Instancia.

La Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante sentencia del 26 de octubre de 2009, resolvió confirmar la sentencia de instancia, al estimar que en el asunto bajo examen existía temeridad, pues los argumentos esgrimidos en esta oportunidad resultaban sustancialmente idénticos a los expuestos en el mes de marzo pasado ante el Juzgado Laboral del Circuito de Sevilla, además que el actor no argumentó nada a su favor para justificar la presentación de la nueva tutela.

### 3. Pruebas aportadas en el trámite de la tutela ante los jueces de instancia.

En el trámite de la presente acción de tutela obran las siguientes pruebas relevantes:

1. Copia de los documentos de identificación personal, soportes, registros académicos superiores, antecedentes judiciales, disciplinarios y fiscales del señor César Augusto Soto Montes (cuaderno de primera instancia folios 58 a 69).

1. Copia de la Ordenanza Núm. 106 del 07 de marzo de 2001, proferida por la Asamblea del Valle del Cauca por medio de la cual se crea el Hospital Departamental Centenario de Sevilla como Empresa Social del Estado del Orden Departamental (cuaderno de primera instancia folios 72 a 81).

1. Copia del Acuerdo Núm. 05 del 01 de junio de 2005, emitido por la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla Valle, a través del cual se modifican los estatutos de la ESE (cuaderno de primera instancia folios 83 a 87).

1. Copia de la convocatoria pública efectuada por la Junta Directiva del Hospital Departamental del Sevilla, para los interesados a ocupar el cargo de gerente de la institución (cuaderno de primera instancia folios 91 a 96).

1. Aviso de prensa aclaratorio a la primera convocatoria pública (cuaderno de primera instancia folio 98).

1. Relación de admitidos y no admitidos del concurso público adelantado por la Universidad de Antioquia (cuaderno de primera instancia folio 100).

1. Informe de resultados preliminares emitido por la Universidad de Antioquia (cuaderno de primera instancia folio 104).

1. Informe de resultados finales emitido por la Universidad de Antioquia (cuaderno de primera instancia folios 120 a 124).

1. Acta Núm. 083-2009 del 20 de marzo de 2009 (cuaderno de primera instancia folios 138 a 142).

1. Acuerdo Núm. 03 de 2009, por medio del cual la Junta Directiva conforma la terna de

candidatos a Gerente del Hospital (cuaderno de primera instancia folios 143 y 144).

1. Decreto Núm. 0703 del 15 de mayo de 2009, proferido por la Gobernación del Valle del Cauca, por el cual se hace el nombramiento en propiedad del cargo de gerente general en el Hospital Departamental Centenario de Sevilla a la señora María Victoria Hoyos Gutiérrez (cuaderno de primera instancia folios 147 y 148).

1. Acuerdo Núm. 02 de 2002, por medio del cual se adopta el reglamento de la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla (cuaderno de primera instancia folios 331 a 341).

1. Copia de la acción de tutela interpuesta por el señor Edgar Augusto Ortegón Salazar, en contra de la Junta Directiva del Hospital Departamental de Sevilla (cuaderno de primera instancia folios 401 a 428).

### III. ACTUACIÓN ADELANTADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Teniendo en cuenta la problemática expuesta se hizo indispensable: a la señora María Victoria Hoyos Gutiérrez a la presente acción de tutela, quien fuera designada gerente del Hospital, toda vez que podría verse afectada con la decisión adoptada en el presente asunto.

Aunado a lo anterior, se ordenó la práctica de unas pruebas que permitieran obtener los elementos de juicio necesarios para adoptar una decisión definitiva. En consecuencia, mediante Auto del 25 de enero de 2010, se resolvió i) Incorporar a este asunto la documentación allegada vía fax el 18 de enero de 2010, por parte de los miembros de la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla; y (ii) Ordenar a la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, que en el término de tres (03) días siguientes a la recepción del oficio que así lo indique, remita con destino al expediente de la referencia, copia de los estatutos del Hospital.

1. Intervención de la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, Valle

del Cauca.

1.1. En escrito allegado a esta Corporación el 21 de enero de 2010, los miembros de la Junta Directiva del Hospital de Sevilla, informaron que el señor César Augusto Soto Montes, había sido investigado penalmente por el Juzgado Penal del Circuito de Sevilla por los delitos de peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento público y en documento privado, en relación con hechos ocurridos entre los años de 1995 y 1997, durante su gestión como Secretario Municipal de Salud.

Agregaron que por dichas irregularidades fue condenado disciplinariamente por la Procuraduría General de la Nación y además, fue privado de la libertad entre el 16 de marzo de 2000 y el 18 de abril de 2001, siendo recluso en la Cárcel del Circuito de Sevilla.

En orden a lo anterior, indicaron que en reunión del 5 de marzo de 2009, se acordó pedir a los diferentes entes de control los antecedentes penales, disciplinarios y fiscales de los 17 candidatos a terna. En cumplimiento de esta solicitud, el 31 de marzo de 2009, la Fiscalía General de la Nación, -Dirección Nacional de Fiscalías-, informó que en contra del señor César Augusto Soto Montes se adelantó una investigación por peculado por apropiación, a cargo de la Fiscalía 6 Seccional de Buga.

Manifiestan que la situación descrita fue un hecho determinante para no incluirlo en la terna que fue enviada a Gobernador del Valle para la elección del gerente de la ESE, lo que se adecua perfectamente a lo estipulado en la sentencia T-329 de 200910.

Por otra parte, expusieron que al conversatorio adelantado por esa entidad asistieron 14 de los 17 candidatos que aprobaron el concurso que coordinó la Universidad de Antioquia, advirtiendo que los tres aspirantes que no se presentaron fueron: Francisco Chavier Ulloa, al no habersele podido informar sobre la realización del evento; Gerardo Antonio Navia, quien se excusó; y César Augusto Soto Montes, quien decidió unilateralmente no asistir.

La posición del actor frente al desarrollo del conversatorio fue considerada por la Junta Directiva del Hospital como un anuncio de rebeldía y desconocimiento respecto de la dignidad y autoridad de que está investida, así como su interés en administrar el Hospital desconociendo su organización jerárquica.

De otro lado reiteraron los argumentos expuestos en anterior oportunidad respecto a la temeridad que envuelve la solicitud de amparo.

1.2. Mediante escrito recibido vía fax el 12 de febrero de 2010, la Junta Directiva, indicó que desde el 20 de mayo de 2009, funge como gerente del Hospital la señora María Victoria Hoyos Gutiérrez, resaltando que cuando inició su gestión existía un déficit de ochocientos millones de pesos (\$800.000.000) y deudas por pagar por valor de mil setenta y tres millones noventa y ocho mil trescientos ochenta y seis pesos (\$1.073.098.386), al cierre de la vigencia 2008; y durante los 7 meses que lleva ejerciendo su cargo entregó un ejercicio fiscal positivo dando un superávit financiero de trescientos treinta y siete millones setecientos noventa y tres mil ciento veinte pesos (\$337.793.120) y cuentas por pagar por sólo sesenta y siete millones ciento once mil cuatrocientos noventa pesos (\$67.111.490), además amplió la oferta de servicios de especialistas en otorrinolaringología y oftalmología.

Añadieron que en el tiempo que ha estado vinculada como gerente, se ha logrado un gran fortalecimiento administrativo, distinto a lo que ocurriría si por una orden de esta Corporación se posesionara el accionante, quien desde varios meses atrás ha anunciado que “La Corte ya dio la orden y la semana próxima me tiene que posesionar en la Gerencia del Hospital’ (...) anunciando desde ya la hecatombe que significaría para la institución y para esta población su posible arribo a la Gerencia.” Aseguraron que el antiguo Hospital San José de Sevilla, por malas administraciones tuvo que ser cerrado en el año 1998, durante casi 6 meses.

En orden a lo anterior, solicita se niegue la solicitud de amparo para la protección de los derechos de la actual gerente y de los habitantes de Sevilla, Valle del Cauca.

2. Intervención de la actual gerente del Hospital Departamental Centenario de Sevilla.

En respuesta allegada el 12 de febrero de 2010, la señora María Victoria Hoyos Gutiérrez indicó que cuando decidió participar en el proceso de meritocracia citado por la Junta Directiva del Hospital de Sevilla, sabía que dicho concurso terminaría con la selección de una terna por parte del cuerpo directivo del hospital, para que posteriormente el Gobernador eligiera al gerente de la ESE.

Mencionó que en el procedimiento adelantado entre la Universidad de Antioquia y la Junta

Directiva del Hospital, no existía señal que llevara a equívocos, relacionados con el procedimiento de selección, donde se especificó que entre el listado de los participantes que obtuvieran más de 70 puntos se elegiría la lista de candidatos, por lo que no puede el actor pretender ser nombrado como gerente por haber obtenido el mayor puntaje dentro de las pruebas efectuadas por la Universidad.

Arguyó que el proceso de selección se agotó en debida forma y su designación se cumplió respetando el debido proceso de todos y cada uno de los aspirantes que participaron en la selección.

Consideró que creer que la invitación a participar en el proceso de selección del gerente del Hospital, llevaba implícita la condición de escoger a quien obtuviera el primer puesto en el concurso, era una convicción soportada en la mala fe, que contrariaría todo deber constitucional.

Afirmó que la Junta Directiva tiene una prevención respecto del señor Soto Montes debido a los inconvenientes que tuvo cuando se desempeñó como Secretario de Salud de ese municipio, situación que le acarreó la existencia de antecedentes penales y fiscales, lo que permitiría prever que el ejercicio de su administración sería un fracaso. Por ello, entiende que acceder a la solicitud hecha por el accionante sería poner en riesgo el interés general en materia de salud de las personas que habitan en Sevilla, frente al interés particular del actor.

Adujo que con el cambio de gerente pondría en peligro la continuidad de las políticas institucionales en salud, las cuales se han venido ejecutando a partir de la presentación del Plan de Gestión Institucional, el cual fue aprobado por la Junta Directiva del Hospital.

Indicó que tutelar los derechos del accionante, implicaría la vulneración de sus derechos fundamentales a la buena fe, al trabajo, al debido proceso y a un trato digno, más aún si se tienen en cuenta las condiciones morales y los antecedentes del accionante.

Por último, refirió que el actor incurrió en temeridad, al presentar dos tutelas por los mismos hechos, las que además fueron negadas en las respectivas instancias judiciales.

3. Intervención del presidente de la Junta de Acción Comunal del Barrio Las Ferias de Sevilla,

Valle del Cauca.

En escrito remitido vía fax al Despacho del Magistrado Ponente, el 28 de mayo de 2010, el presidente de la Junta de Acción Comunal de Sevilla, en nombre de la comunidad sevillana, puso de presente que el Alcalde Municipal de esa localidad, señor Gerardo Gómez Diez, en su calidad de miembro activo de la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario, no ha permitido que el señor César Augusto Soto Montes se posesione como gerente de la institución, por ser una persona que ha efectuado un control administrativo sobre las diversas actuaciones del alcalde, ya sea asesorando a algunos concejales o presentando denuncias ante la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría Departamental del Valle del Cauca, en atención de la expedición de diversos actos administrativos que tacha de corruptos.

Como sustento de lo expuesto, relaciona trece (13) denuncias penales en contra de la Alcaldía Municipal de Sevilla, las que además están radicadas en la Procuraduría General de la Nación, la Procuraduría Provincial de Armenia y la Procuraduría Regional de Quindío.

Agrega que la Contraloría Departamental del Valle del Cauca ya se ha pronunciado en varios informes finales donde han existido hallazgos penales y disciplinarios, en atención a las denuncias interpuestas por el señor César Augusto Soto Montes, el concejal Jesús Alberto Galvis Vargas y el abogado Iván Darío Díaz.

En orden a lo anterior, solicita se dé aplicación a las sentencias T-329 de 2009 y C-181 de 2010, proferidas por esta Corporación, a fin de salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia, que deben observar los servidores públicos, procediendo a nombrar como gerente del Hospital a la persona que ocupó el primer puesto en el concurso.

4. Pruebas recaudadas en sede de Revisión.

En desarrollo del trámite de revisión se recaudaron las siguientes pruebas relevantes:

1. Copia integral del expediente de tutela Núm. T-2493063 (anexo 1).

1. Copia del Decreto Núm. 0703 del 15 de mayo de 2009, a través del cual el Gobernador del Valle del Cauca, hace el nombramiento en propiedad de la señora María Victoria Hoyos Gutiérrez, como gerente del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, para un periodo de cuatro años a partir de su posesión (folios 36 y 37 cuaderno de revisión).

1. Copia del Acta de posesión Núm. 2009-1072 del 19 de mayo de 2009, de la señora María Victoria Hoyos Gutiérrez como gerente del Hospital Departamental Centenario de Sevilla (folio 38 cuaderno de revisión).

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora María Victoria Hoyos Gutiérrez (folio 39 cuaderno de revisión).

1. Copia del Acta Núm. 082-2009, de la reunión extraordinaria adelantada por la Junta Directiva del Hospital de Sevilla el 5 de marzo de 2009, donde se decidió adelantar el conversatorio con los 17 aspirantes al cargo de gerente del Hospital; se solicitan antecedentes de los aspirantes a los entes de control; y se crea una comisión para verificar antecedentes (folios 71 a 76 cuaderno de revisión).

1. Copia del oficio Núm. 08196, remitido por la Dirección Nacional de Fiscalías, donde remitió la información relacionada con las anotaciones existentes en contra de los 17 candidatos a la terna de gerente del Hospital de Sevilla (folios 77 y 78 cuaderno de revisión).

1. Copia del Acuerdo Núm. 01 de 2002, por medio del cual se adoptan los estatutos de la Empresa Social del Estado Hospital Departamental Centenario de Sevilla (folios 119 a 125 cuaderno de revisión).

#### IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

## 1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para decidir el presente asunto, 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. Planteamiento del problema jurídico.

Atendiendo a que la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, Valle del Cauca, integró la terna para proveer el cargo de gerente de la institución, con los aspirantes que ocuparon el 4º, 9º y 15º puesto, dentro del concurso de méritos adelantado para tal fin y a su vez, el Gobernador del Valle del Cauca nombró como gerente a la concursante que ocupó el 9º lugar; le corresponde a la Corte establecer si las autoridades referidas vulneraron los derechos fundamentales del actor, quien ocupó el primer puesto en desarrollo del concurso.

Esto es, la Sala debe abordar a partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la presente acción, si tanto la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, Valle del Cauca, como el Gobernador de dicho Departamento, vulneraron los derechos fundamentales del señor César Augusto Soto Montes, quien a pesar de obtener el primer puesto, no fue incluido en la terna dentro del proceso de selección y designación del gerente de la ESE, donde finalmente se eligió a la señora María Victoria Hoyos Gutiérrez, quien ocupó el 9º lugar.

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

De ser procedente la acción, la Sala procederá a estudiar (i) el mérito como criterio para acceder a la función pública. Respeto al debido proceso administrativo; (ii) fundamentos constitucionales y legales relacionados con la elección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado del orden departamental; y (iii) análisis del caso concreto.

## 3. Primer asunto previo de procedibilidad: inexistencia de temeridad.

3.1. La acción de tutela se creó como un instrumento extraordinario, preferente, breve y sumario, que pretende la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de todas las personas.

Ahora bien, para el buen funcionamiento de este medio de defensa judicial, es necesario que los actores tenga una participación transparente, con el objetivo primordial de garantizar la recta decisión de los jueces. En esta 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 correspondientes.

En esa medida, en lo referente a la acción de tutela el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, hizo referencia a la actuación temeraria, a fin de evitar el abuso de esta acción constitucional, así como el hecho de alcanzar una relación honesta y transparente entre la administración y los administrados. En tal medida 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, la jurisprudencia de esta Corte ha sido reiterativa en señalar que el juez constitucional al momento de valorar si se encuentra frente a una situación como la descrita debe tener en cuenta tres requisitos determinantes: (i) identidad de partes; (ii) identidad de causa petendi; (iii) identidad de objeto; (iv) ausencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio de la acción, es decir, mala fe o abuso del derecho de acceso a la administración de justicia. Surgiendo como consecuencia en caso de que llegue a configurarse la temeridad, el rechazo o la decisión desfavorable de todas las solicitudes de tutela, teniendo el juez la posibilidad de imponer las sanciones a que haya lugar<sup>11</sup>.

Entonces, 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 particularidades del caso. De este modo, la Corte ha enunciado 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 ignorancia<sup>12</sup> 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 fe<sup>13</sup>; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho<sup>14</sup>; (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 demandante<sup>15</sup>; 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.<sup>16</sup>”

Así las cosas, estas situaciones obligan a hacer 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.

En ese orden de ideas, procede la Sala a analizar las solicitudes de amparo elevadas por el señor César Augusto Soto Montes, para determinar si en este caso se presentan los elementos constitutivos de la temeridad y si a pesar de presentarse, existen nuevos hechos o falta de consideración de hechos relevantes que permitan el estudio de fondo de la solicitud de amparo.

Para ello, se tendrá como metodología la realización de un cuadro comparativo a efectos de facilitar el análisis:

#### 4.2.1. Situación fáctica de las tutelas sometidas a examen.

T-2.328.007.

T-2.493.063.

El 17 de marzo de 2009, el actor instauró acción de tutela contra la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, Valle del Cauca, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, a la igualdad, a la buena fe y al trabajo. En desarrollo de esta acción de tutela se vinculó a la Gobernación del Valle del Cauca.

A través de escrito de tutela del 11 de agosto de 2009, invocó la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, a la igualdad, a la buena fe y al trabajo, presuntamente vulnerados por el Gobernador del Valle del Cauca.

#### Hechos

Como fundamento de su solicitud hizo énfasis en que la referida Junta Directiva, el 10 de enero de 2009, convocó a los interesados a ocupar el cargo de Gerente de dicha institución, para lo cual, la Universidad de Antioquia –Facultad de Salud Pública- adelantaría el proceso de selección, teniendo en cuenta la normatividad aplicable en estos casos.

De acuerdo con el informe de resultados finales aprobaron el concurso 17 profesionales, ocupó el primer puesto con 87 puntos de 100 posibles.

Al respecto advirtió que la Junta Directiva, amparándose en su discrecionalidad cambió las reglas del concurso al citar a un conversatorio, para recomponer la lista de elegibles, desconociendo que la terna debía conformarse con los aspirantes que ocuparon los tres primeros puestos.

En esta oportunidad, reiteró los hechos expuestos en la anterior acción de tutela y adicionalmente indicó que según reunión extraordinaria, correspondiente al acta Núm. 083-2009, adelantada el 20 de marzo de 2009, se conformó la terna de manera irregular, con

profesionales que ocuparon el 4°, 9° y 15° puesto conforme con los resultados de las pruebas adelantadas por la institución universitaria. Siendo remitida a la Gobernación del Valle del Cauca mediante Acuerdo Núm. 003 de 2009.

Advirtió que el Gobernador del Valle del Cauca, mediante Decreto Núm. 0703 del 15 de mayo de 2009, designo y nombró como gerente titular del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, Valle, a María Victoria Hoyos Gutiérrez, quien mediante Acta Núm. 2009 1072 del 19 de mayo de 2009, se posesionó en propiedad.

Al respecto indicó que la Gobernación intervino de manera directa en el proceso, rompiendo la finalidad inherente a la función pública y a la función administrativa pública, viciando el proceso de selección, vulnerando los derechos fundamentales de las personas que participaron en calidad de aspirantes para conformar la terna de elegibles.

Por otra parte, adujo que se presentó un antecedente jurisprudencial con posterioridad al primer fallo de tutela, que obedece a la sentencia T-329 de 2009.

#### Pretensiones

En consecuencia, solicitó se ordenara a la Junta Directiva integrar la terna de candidatos para ser enviada al Gobernador del Valle del Cauca, con los aspirantes que hubieran obtenido los tres mejores puntajes, conforme a los resultados finales enviados por la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia. Como medida provisional solicitó, ordenar a la Junta Directiva del Hospital se abstuviera de adelantar el conversatorio por medio del cual pretendía recomponer la lista y además que el Gobernador del Valle del Cauca, se abstuviera de efectuar la designación y nombramiento del Gerente del Hospital, con base en la terna que enviara la Junta Directiva. Lo anterior atendiendo a que no se había conformado la terna que posteriormente sería enviada al Gobernador.

En este punto se debe aclarar que, en desarrollo del trámite de tutela el apoderado judicial de la Junta Directiva del Hospital informó que el 20 de marzo de 2009, ese órgano a través de acuerdo Núm. 003 de 2009 procedió a conformar la terna de candidatos a la gerencia con los candidatos que ocuparon el 4º, 9º y 15º puesto dentro del concurso.

En orden a lo expuesto solicitó ordenar al Gobernador del Valle del Cauca que lo nombrara como gerente titular del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, respetando el estricto orden descendente reportado por la Universidad

Decisiones de los jueces de instancia

El Juzgado Laboral del Circuito de Sevilla, mediante sentencia del 1º de abril de 2009, negó la solicitud de amparo al encontrar ajustada a derecho las actuaciones surtidas por la Junta Directiva.

Por su parte, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Distrito Judicial de Buga, en sentencia del 26 de mayo de 2009, confirmó la decisión impugnada al considerar que la convocatoria al concurso para integrar la terna, no estableció que ésta debiera ser integrada por quienes hubiesen obtenido los tres mayores puntajes, como tampoco se podría inferir que debe ser elegido por el Gobernador quien tenga el mayor puntaje.

El Juzgado Trece Civil del Circuito de Santiago de Cali, en su calidad de juez de primera instancia, declaró improcedente la solicitud de amparo al encontrar que el actor se había basado en situaciones iguales y específicamente sobre el mismo fondo que se reclamó en marzo ante el Juzgado Laboral del Circuito de Sevilla.

La Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en segunda instancia, resolvió confirmar la sentencia impugnada, al estimar que en el asunto bajo examen existía temeridad, pues los argumentos esgrimidos en esta oportunidad resultaban sustancialmente idénticos a los expuestos ante el Juzgado Laboral del Circuito de Sevilla y en su concepto el actor no argumentó nada a su favor para justificar la presentación de la nueva tutela.

## Conclusión:

De lo expuesto se aprecia que en la primera oportunidad el actor pretendía que la terna fuese conformada con los tres primeros puntajes del concurso de méritos y con base en ella el Gobernador del Valle hiciera el respectivo nombramiento. En la segunda oportunidad, su solicitud está encaminada a que se retrotraigan los efectos de las actuaciones tanto de la Junta Directiva del Hospital, como de la Gobernación del Valle del Cauca.

4.2.3. En ese orden de ideas y a efectos de evacuar el presente aspecto, en relación con la procedencia de la tutela en caso de presentarse la figura de la temeridad, la Sala procederá a verificar si en el asunto bajo examen se presenta la figura de la triple identidad.

### \* Identidad de partes.

Este requisito se cumple en principio a cabalidad, teniendo en cuenta que en los asuntos referidos, el actor es el señor César Augusto Soto Montes y a pesar de que en la primera oportunidad la dirigió exclusivamente contra la Junta Directiva del Hospital y la segunda acción de tutela la enfiló contra la Gobernación del Valle del Cauca, ésta fue vinculada dentro del trámite de la primera acción de tutela.

### \* Identidad fáctica.

Estima la Sala que no se configura la identidad fáctica en los casos estudiados, pues como se demostró, en el primer escrito se hace especial énfasis en la amenaza a los derechos fundamentales del actor, toda vez que buscaba evitar la conformación irregular de la terna que posteriormente sería enviada al Gobernador; ello se hace evidente, en la medida que solicitó como medida provisional que la Junta Directiva del Hospital se abstuviera de adelantar el conversatorio que en su concepto encontraba irregular y previendo tal situación pidió que el Gobernador se abstuviera de hacer nombramiento alguno si la citada terna no estaba conformada con los aspirantes que ocuparon los tres primeros puestos.

Aspecto que se consumó con posterioridad y fue alegado por el actor en la nueva demanda

de tutela, poniendo de presente que la terna ya se había conformado con personas que no habían ocupado los tres primeros puestos dentro del concurso y además se había elegido a la actual gerente de la entidad hospitalaria. En ese orden de ideas, las acciones de tutela estudiadas giran en torno a momentos distintos, pues se dieron en fases distintas de la designación y bajo una inicial amenaza y otra es la posterior consumación de la vulneración de los derechos del actor.

Además, cabe mencionar que si bien la conformación de la terna y el nombramiento de la gerente se dieron antes del fallo de segunda instancia (en la primera acción de tutela), no fue objeto de debate por parte de los operadores judiciales.

Por otra parte, es importante hacer énfasis en la configuración de un hecho nuevo alegado por el actor en relación con la sentencia T-329 de 2009, en el que la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional resolvió un caso con identidad fáctica al objeto de examen<sup>17</sup>, estableciendo que quien obtiene el primer puesto en un concurso de méritos está en su legítimo derecho a ser nombrado en el cargo por demostrar tener las mejores aptitudes objetivas, en esa medida, dio paso a la excepción de inconstitucionalidad respecto de la decisión contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, específicamente en lo referente a la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de cual”, por ser contraria a lo establecido en el artículo 125 de la Constitución y por la jurisprudencia constitucional en la materia “pues insta 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”. Este hecho varía sustancialmente la situación anterior pues lo habilita para alegar una pretendida vulneración al derecho a la igualdad.

Sobre el particular la jurisprudencia constitucional ha considerado que un hecho nuevo puede consistir en una sentencia posterior de la Corte Constitucional en la que para casos similares se acepte una determinada interpretación del ordenamiento jurídico, pues ello habilita a los demandantes para introducir una cuestión referida a la violación del derecho a la igualdad que no era posible plantear con anterioridad.

Así se sostuvo en la sentencia T-1034 de 2005<sup>18</sup> en la que esta Corporación dijo que “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, en la sentencia T-009 de 200019, dispuso que “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”.

En ese orden de ideas y frente a la noción de hecho nuevo, la Corte ha entendido que no se configura la temeridad a pesar de la identidad de partes y pretensiones, pues existe una circunstancia que determina un cambio frente a la situación planteada analizada con anterioridad y es precisamente este cambio el que hace que no se trate de la misma acción, lo que excluye la presencia de la temeridad. todo, no se puede concluir que existe temeridad o cosa juzgada en el presente asunto.

\* Identidad de pretensiones.

Finalmente, se destaca que las dos acciones están enfocadas a que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, trabajo e igualdad y en tal medida se respete el estricto orden en que se ubicaron los aspirantes que participaron en el concurso de méritos adelantado por la Universidad de Antioquia para proveer el cargo de gerente del

Hospital Departamental Centenario de Sevilla; no obstante, en cada acción de tutela la pretensión era diferente atendiendo la situación fáctica que rodeaba cada solicitud de amparo, es así como en la primera oportunidad se demandaba la conformación de la terna con los tres primeros puntajes por la Junta Directiva del Hospital, para de esta manera evitar que el Gobernador procediera a efectuar un nombramiento con aspirantes que si bien superaron el concurso no encabezaban la lista correspondiente. En la segunda acción de tutela, la violación alegada se había materializado, toda vez que, ya se había efectuado el nombramiento de la hoy gerente del Hospital, en tal medida lo pretendido atiende a revocar tal decisión.

5. Segundo asunto previo de procedibilidad: Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial.

Es criterio reiterado por la Corte Constitucional que 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 a pesar de existir éste, no resulta idóneo o eficaz o se debe acudir a la tutela de manera transitoria para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Ahora bien, de cara a la procedencia específica de la acción de tutela en los concursos de méritos, principio podría afirmarse que los afectados por una decisión que acarree la vulneración de sus derechos fundamentales podrían valerse de las acciones señaladas en el Código Contencioso Administrativo, sin embargo, la Corte ha estimado que estas vías judiciales no son siempre idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados. 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 no conlleva al restablecimiento del derecho. En este sentido en la sentencia T-388 de 1998 se dijo:

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”.

En relación con las personas que invocan la protección de sus derechos fundamentales al haber ocupado el primer puesto en un concurso de méritos y no ser nombrados, esta Corporación en la sentencia T-095 de 2002, recogió las líneas jurisprudenciales sobre este asunto indicando que la satisfacción de los derechos vulnerados al dejar de nombrarse a quien ocupó el primer puesto dentro de un concurso elaborado para proveer un cargo, no pueden someterse a un trámite dispendioso y demorado como es el ordinario, pues con ello se está prolongando en el tiempo la violación del derecho fundamental, por lo que se descarta la alternativa de otro medio de defensa. Al respecto se indicó lo siguiente:

“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 orden 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 de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, pues 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 causado<sup>20</sup>, 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<sup>21</sup>.”<sup>22</sup>

Entonces, en procura de proteger los derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad y al debido proceso, la acción de tutela resulta procedente a pesar de la existencia de otros medios de defensa judiciales. Así lo reiteró el pleno de este Tribunal Constitucional en la sentencia SU-913 de 2009, donde señaló:

“la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede ‘desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto’<sup>23</sup>, en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos<sup>24</sup>.”

En suma, 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 eficaz, 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.

6. Emérito como criterio para acceder a la función pública. Respeto al debido proceso administrativo.

6.1. El artículo 125 de la Constitución Política consagra 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. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.” De la norma citada se extrae que al interior del Estado existen diversos tipos de empleos y formas de vinculación, como ocurre con los cargos de carrera administrativa que se proveen a través del mérito. No obstante existen excepciones a esa premisa como lo estableció la Ley 909 de 2004, en su artículo 2, donde se establece que el mérito también puede ser usado para proveer los cargos de libre nombramiento y remoción.

En orden a lo expuesto, se destaca el concurso público como una de las formas de acceder a los cargos de la administración, constituyéndose el mérito en un principio a través del cual se accede a la función pública, por ello, se acude a este sistema a fin de garantizar el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de las personas que demuestren mejores capacidades para desempeñar un cargo, criterio que debe ser tenido en cuenta al momento de hacer la designación de un cargo en todos los órganos y entidades del Estado. Al respecto la sentencia SU-086 de 1999 indicó:

“La Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla (art. 125 C.P.), tal criterio no podría tomarse

como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es, para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales.”

Así, el concurso público es el mecanismo establecido por la Constitución para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, tenga en cuenta el mérito como el criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público, a fin de que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo. En relación con este punto en la sentencia SU-133 de 1998, se explicó que: “La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado”.

En ese orden de ideas, en desarrollo de los artículos 125 y 209 de la Constitución, el Legislador cuenta con la autonomía necesaria para determinar los requisitos y condiciones del aspirante, sin entrar en contradicción con las normas constitucionales<sup>25</sup>. En cuanto a los diversos tipos de vinculación que se pueden dar al interior de los órganos estatales, esta Corporación ha establecido que tal circunstancia no conlleva a que se deje de lado los méritos para acceder y permanecer en determinado cargo, con independencia de su tipo de vinculación, por cuanto se busca alcanzar los fines del Estado a través del mejor desempeño de sus servidores. Sobre el particular se sentó la siguiente posición:

“Existen diversas modalidades de empleos en los órganos y las entidades del Estado. Unos son de carrera, otros de libre nombramiento y remoción, y otros son nombrados por concurso público. Independientemente de los efectos jurídicos de cada forma de vinculación al Estado, todos los empleos públicos tienen como objetivo común el mejor desempeño de sus funciones para la consecución de los fines del Estado. El ingreso y ascenso en los cargos de carrera se realiza por el sistema de méritos y cualidades de los aspirantes; igualmente, la permanencia o desvinculación de una persona de libre nombramiento y remoción obedece a razones de buen servicio, eficiencia o confianza, sin que la discrecionalidad de la administración se torne en arbitraria; finalmente, en cuanto a los concursos públicos como

sistema para acceder a un cargo, serán los méritos personales los que determinen quien es el más opcionado para ejercer las funciones públicas.”<sup>26</sup>

Ahora bien, una vez adelantado un concurso público se deben respetar los resultados obtenidos dentro del mismo, a fin de garantizar la idoneidad del aspirante. En esta medida, en la sentencia C-040 de 1995, esta Corporación consideró que “sea cual fuere el método o sistema elegido, éste debe contener criterios específicos y concretos para efectuar una selección en la que aparezcan como valores dominantes la capacidad profesional o técnica del aspirante, sus calidades personales y su idoneidad moral, acordes con las funciones del empleo y las necesidades del servicio público”. Concluyó que surtido el concurso y conformada la lista de elegibles atendiendo a su resultado “el nombramiento siempre tendrá que recaer en quien haya obtenido el mayor número de puntos”. En este sentido, en la sentencia de unificación 089 de 1999, indicó:

“los resultados del concurso son determinantes para los fines del nombramiento; que, por supuesto, la calificación obtenida dentro de aquél obliga al nominador, quien no podrá desatenderla para dar un trato inmerecido -a favor o en contra- a quienes han participado en el proceso de selección; y que, correlativamente, esos resultados generan derechos en cabeza de los concursantes que obtienen los más altos puntajes.”

Es claro entonces que una vez surtidas las fases o etapas establecidas para la selección, el aspirante que obtiene el primer puesto adquiere el derecho a ocupar el cargo, correspondiendo en consecuencia al nominador proceder a nombrarlo. Ello partiendo de la base que la conformación de la lista obliga al nominador a seleccionar al mejor de los concursantes, pues como ya fue puesto de presente, ningún sentido podría tener el adelantar un proceso público para terminar beneficiando a otro distinto de aquel que ocupó el primer lugar<sup>27</sup>.

6.2. No obstante, para la Corte es claro que si bien la regla general es designar a la persona que ocupó el primer puesto, excepcionalmente se pueden presentar diversas circunstancias que lo impidan y en esos casos, le corresponde al nominador continuar el orden estricto contenido en la lista de elegibles. En relación con las inhabilidades e incompatibilidades en la sentencia SU-1140 de 2000, se consignó que éstas constituyen un motivo válido para la no designación. Sobre el particular se señaló:

“La Corte ha reiterado, en innumerables decisiones que el acceso a la función pública y el ascenso dentro de ésta, debe darse, por regla general, a través de un concurso de méritos en virtud del cual pueda seleccionarse al mejor candidato<sup>28</sup>. Adicionalmente, ha establecido que quien ocupe el primer puesto en el concurso debe ser vinculado al cargo para el cual concursó<sup>29</sup>. En consecuencia, para la designación de una persona en un determinado cargo judicial basta con que dicha persona reúna las calidades exigidas por la ley y ocupe el primer puesto del listado nacional de elegibles, siempre que no concurra ninguna causal de inhabilidad ni incompatibilidad para el ejercicio del cargo. De verificarse alguna de las mencionadas causales, deberá nombrarse a quien ocupe el segundo lugar en el concurso.” (Subrayas fuera del texto original).

Al respecto es conveniente traer a colación la normatividad que regula lo concerniente a las inhabilidades o incompatibilidades de los servidores públicos. En esa medida, el artículo 122 de la Constitución expresamente se indica que “Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser (...) designados como servidores públicos, (...) quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.// Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.”

Adicionalmente la Ley 734 de 2002, de manera general desarrolla el tema de inhabilidades e incompatibilidades; así, en su Título IV consagra los derechos, deberes, prohibiciones, incompatibilidades, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses de los servidores públicos; donde el artículo 36 hace énfasis en la incorporación de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades, advirtiendo que “[s]e entienden incorporadas a este código las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses señalados en la Constitución y en la ley.” Lo que a su vez tienen aplicación en todos los niveles de la organización estatal conforme lo señala el artículo 41 *Ibíd*em 30.

Por su parte los artículos 37 y 38 *eiusdem*<sup>31</sup> hacen referencia a las inhabilidades en que puede incurrir un servidor público, ya sea por una sanción disciplinaria, fiscal o condena

penal. En este punto se aclara que el registro de antecedentes corresponde a providencias debidamente ejecutoriadas, en tal medida, el hecho de abrirse una simple investigación no puede ser considerada como una causal de inhabilidad para ocupar un cargo. En cuanto a las incompatibilidades y el conflicto de intereses se desarrolla en los artículos 39 y 40 de la misma obra<sup>32</sup>.

6.3. En esa medida, no se puede excluir a un aspirante sin mediar criterios objetivos, pues ello, conlleva a presumir un trato diferente y discriminatorio contra la persona afectada con la medida, en consecuencia, lo que corresponde es que se provean los cargos públicos con base en la posición y puntajes obtenidos por cada concursante, pues de lo contrario carecería de sentido montar todo un andamiaje operativo y administrativo, para acabar escogiendo a cualquier persona que hizo parte del proceso de selección. Sobre el particular la sentencia T-521 de 2006 indicó:

“Por supuesto, por regla general, en estos procesos de calificación, clasificación y selección no pueden hacer parte, por expresa prohibición constitucional, variables como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión o la opinión política o filosófica (artículo 13 C.P.). Así, el derecho de cada aspirante y el deber del Estado para que se provea un cargo público, dependerá necesaria y ordenadamente de la posición que cada competidor obtenga de las fases eliminatoria y clasificatoria, o de las etapas de selección y clasificación.

Si ello no fuera así, ningún fundamento tendría el esfuerzo logístico y presupuestal que implica el impulso de una convocatoria de este tipo con todas sus etapas y, mejor aún, la invitación abierta que se efectúa a toda la ciudadanía o a un determinado tipo de profesionales.”

“Por eso, la Corte Constitucional afirma que las corporaciones nominadoras gozan de un margen razonable en la selección, una vez elaborada -con base en los resultados del concurso- la lista de elegibles o candidatos. Tal margen lo tienen, no para nombrar o elegir de manera caprichosa o arbitraria, desconociendo el concurso o ignorando el orden de las calificaciones obtenidas, sino para excluir motivadamente y con apoyo en argumentos específicos y expuestos, a quien no ofrezca garantías de idoneidad para ejercer la función a la que aspira.

Tales razones -se insiste- deben ser objetivas, sólidas y explícitas y han de ser de tal

magnitud que, de modo evidente, desaconsejen la designación del candidato por resultar claro que sus antecedentes penales, disciplinarios o de comportamiento laboral o profesional, pese a los resultados del concurso, lo muestran como indigno de obtener, conservar o recuperar la investidura judicial, o acusen, fuera de toda duda, que antes incumplió sus deberes y funciones o que desempeñó un cargo sin el decoro y la respetabilidad debidos. (...)”<sup>33</sup>

Finalmente en reciente pronunciamiento<sup>34</sup> la Corte advirtió que la administración puede separarse de los resultados del concurso cuando exista una causal suficientemente poderosa que le impida nombrar al aspirante que ocupó el primer lugar en la lista, sin que tal situación envuelva circunstancias de tipo subjetivo. En esta ocasión se señaló:

“De acuerdo con lo anterior, una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, el aspirante que obtiene el primer puesto adquiere el derecho a ocupar el cargo. La conformación de la lista obliga al nominador a seleccionar al mejor de los concursantes, pues como lo explicó esta Corporación en la jurisprudencia citada, ningún sentido tendría adelantar una competencia para favorecer a otro que no sea el primero.

Con todo, la jurisprudencia ha dicho que la Administración puede separarse de tal decisión cuando exista una causa suficientemente poderosa que impida honrar el primer lugar de la lista. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el ganador del concurso presenta antecedentes penales, disciplinarios o de tipo profesional que, al contrastarlos con los resultados de los concursos, evidencien su falta de idoneidad para ocupar el cargo. En todo caso, no podrán alegarse razones de tipo subjetivo, moral, religiosa, raza y política para sustraerse de la obligación de nombrar al primero de la lista.”

Atendiendo a lo expuesto, la selección a través del concurso de méritos debe obedecer a un criterio objetivo, en tal medida, las razones subjetivas de los nominadores no pueden prevalecer sobre los resultados obtenidos, lo que constituye una evidente transgresión de los derechos fundamentales de las personas que creyendo haber alcanzado su vinculación con la administración, a través de este sistema, ven truncadas sus expectativas debido a la subjetividad con que pudiera verse envuelta la designación respectiva. Sin embargo y como se explicó excepcionalmente las instituciones pueden apartarse de los resultados del proceso de selección el cual opera a partir de argumentos específicos y expuestos, relacionados con la

falta de idoneidad del aspirante al cargo a proveer o por alguna circunstancia de orden legal<sup>35</sup>. Se reitera que la exclusión debe ser motivada, exponiendo los argumentos que obligan a dejar de lado a un concursante por circunstancias objetivas y de peso, a fin de que pueda ejercer su derecho de contradicción y defensa, pudiendo en consecuencia acudir a las instancias judiciales correspondientes. En estos casos lo correspondiente es proceder a nombrar al segundo en la lista, atendiendo a su estricto orden.

En ese orden de ideas, desconocer los lineamientos expuestos conlleva al desconocimiento de los derechos fundamentales de los aspirantes a ocupar un cargo y en especial el debido proceso administrativo, el cual conforme a lo señalado en el artículo 29 de la Constitución Política, " se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas". Lo que lo convierte en un derecho fundamental de aplicación inmediata (C.P. art. 85), el cual pretende regular el ejercicio de las potestades de la Administración que puedan llegar a comprometer derechos de los administrados<sup>36</sup>

En consecuencia tanto las autoridades judiciales como las administrativas, dentro de sus actuaciones deben propender por el respeto del "conjunto complejo de circunstancias de la administración que le impone la ley para su ordenado funcionamiento, para la seguridad jurídica de los administrados y para la validez de sus propias actuaciones, ya que su inobservancia puede producir sanciones legales de distinto género. Se trata del cumplimiento de la secuencia de los actos de la autoridad administrativa, relacionados entre sí de manera directa o indirecta, y que tienden a un fin, todo de acuerdo con disposición que de ellos realice la ley"<sup>37</sup>.

Una de las principales garantías del debido proceso es, precisamente, permitir a cada persona dentro de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, el derecho "de ser oíd[a], de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga" <sup>38</sup>.

Particularmente, en cuanto se refiere al debido proceso administrativo<sup>39</sup>, la jurisprudencia ha resaltado que esta prerrogativa es, sin lugar a dudas, de connotación fundamental, pues busca que cualquier actuación administrativa se someta a las normas y a la jurisprudencia que regula la aplicación de los principios constitucionales.

Atendiendo a tales presupuestos en desarrollo de los concursos públicos, se deben respetar las garantías procesales a fin de hacer efectivos los principios propios de la función pública, dentro de los que se destacan la buena fe, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

7. Fundamentos constitucionales y legales relacionados con la elección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado del orden departamental.

En este punto se aclara que los cargos de gerente de las Empresas Sociales del Estado, no son de aquellos denominados de carrera, ya que su naturaleza jurídica corresponde a los de libre nombramiento y remoción<sup>40</sup> y a pesar de que artículo 125 de la Constitución exceptúa expresamente de dicha categoría a los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, no es menos cierto que el legislador adoptó como mecanismo para proveer estos cargos el concurso de méritos. Es así como el artículo 2 de la Ley 909 de 2004 estableció:

“1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

2. 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.”

Sobre este aspecto, en la sentencia T-329 de 2009 se indicó que conforme con el artículo 125 de la Constitución, la administración puede sujetarse a los principios del concurso para proveer cargos de libre nombramiento y remoción. Por lo que el legislador cuenta con la facultad de someter a tales reglas cargos que por su naturaleza en principio no lo requieren, pero una vez adoptada tal medida le corresponde respetar y acatar las características propias del mérito. En este sentido se indicó:

“Así las cosas, este Tribunal Constitucional ha señalado en varios fallos que a pesar de existir un sistema de vinculación general que es la carrera, al que se accede a través de concurso, el artículo 125 de la Constitución Política abrió la posibilidad de que la administración se

sujete a los principios del concurso cuando desee proveer cargos de libre nombramiento y remoción, respetando siempre los lineamientos de respeto al mérito. La Corte lo reconoció en la Sentencia C-532 de 2006 cuando señaló: “En consecuencia, de acuerdo con los artículos 125 y 130 de la Constitución Política, las únicas excepciones al régimen general de carrera administrativa serán las derivadas de los sistemas especiales previstos en la Constitución<sup>41</sup> y de los específicos que expresamente determine el legislador, los cuales, en todo caso, solo serán constitucionales en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general.”<sup>42</sup>

En este sentido, el legislador tiene la facultad de implementar el sistema de selección que considere apropiado para la provisión de los empleos del Estado. No obstante, si su elección es someter la provisión al concurso, es su deber ajustarse al principio fundamental que rige los concursos, que no es otro que el reconocimiento del mérito, mediante el favorecimiento del concursante que obtenga el mejor puntaje en las evaluaciones.”

Conforme con tal planteamiento, el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007<sup>43</sup> establece que “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 (subraya la Sala).

En orden a lo anterior, se expidió el Decreto 800 de 2008 “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007” el que específicamente señala:

“Artículo 4. 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 5. 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.”

Finalmente, 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”, en su artículo 6 establece:

“Artículo 6. 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.

De la lista a que se refiere el inciso anterior, la Junta Directiva, mediante el mecanismo que ella determine, conformará la terna para la designación del Gerente o Director de la respectiva empresa social del Estado.”

Se concluye que los cargos de gerente de las ESE son de libre nombramiento y remoción, por lo que en principio, sus vacantes no tendrían por qué proveerse a través de un concurso público. No obstante, el legislador a través del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, estableció el concurso de méritos como el medio idóneo para la el cubrimiento de dichos cargos. En esa medida, una vez se adopta como mecanismo para proveer los cargos el concurso de méritos, la administración debe respetar y acatar el cumplimiento de las características que le son propias.

Por ello, cuando se abre la posibilidad de que un cargo de libre nombramiento y remoción, se provea mediante un concurso, se debe elegir a quien demostró mayores méritos, pues de lo contrario la administración estaría burlando la confianza legítima depositada por parte de los asociados que decidieron participar bajo la convicción que dicho procedimiento se adelantaría con base en el respeto del mérito.

El desconocimiento del estricto orden que arrojan las pruebas de selección y clasificación vulnera los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo de aquellas personas que habiendo ocupado el primer puesto ven afectada su aspiración a la vinculación con la función pública, por intereses de orden subjetivo, pues por motivos ajenos a las reglas del concurso, se designa en estos cargos a una persona que si bien puede reunir las calidades para desempeñarlo, no es la más idónea atendiendo a unas reglas claras y objetivas, fijadas con anterioridad.

Conforme al desarrollo normativo citado, la Corte en la sentencia T-329 de 2009, aplicó la excepción de inconstitucionalidad respecto del aparte relativo a la conformación de la terna, consagrado en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2009, sobre la cual se edifica el aludido proceso de selección y nombramiento, como argumento central se expuso que la citada norma incluye un elemento de discrecionalidad que rompe con la filosofía del concurso, atendiendo a que resulta contradictorio el hecho de adelantar un proceso de selección basado en el mérito, para posteriormente conformar una terna de manera discrecional, lo que acarrea la posibilidad de que los aspirantes a ocupar el cargo no sean los mejores sino los seleccionados a discreción de la Junta Directiva correspondiente y el nominador, lo que resulta abiertamente inconstitucional y consecuentemente vulnera los derechos fundamentales de los participantes. Sobre este asunto se expuso:

“En efecto, el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 establece en su parte inicial la implementación de los concursos de méritos, pero resuelve incluir en el segmento final un elemento de discrecionalidad que rompe con la filosofía del concurso. La disposición señala que: “Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos” ‘(...) 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.’

Es notorio que la citada norma acude al concurso de méritos para garantizar el nombramiento del aspirante más capacitado, del que ha obtenido mejor puntaje, por lo que resulta contradictorio que, además, prevea un sistema de terna destinado a escoger a un concursante distinto.

(...)

A juicio de esta Sala, el sistema de terna implica la posibilidad de que los aspirantes a ocupar el cargo no sean los mejores, sino los seleccionados a discreción por la Junta Directiva y el nominador. Además de que para la selección de la terna no existe un criterio legal establecido, es preciso indicar que la figura misma de la terna desconoce la obligación que surge de nombrar al concursante mejor calificado.

(...)

De acuerdo con lo anterior, a juicio de esta Sala, la disposición 'la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual', contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 impide que se garanticen los derechos fundamentales de quien ocupa el primer lugar en la lista. Por tanto, la misma considera que la utilización de la terna en el proceso de elección del gerente de la ESE no protege los derechos fundamentales derivados del concurso de méritos, lo que conduce a que la norma legal deba inaplicarse.

(...)

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

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

ternas que, por su indeterminación, inutilizan el mérito como criterio objetivo de selección.”

La anterior posición fue reiterada en la sentencia T-715 de 2009, en la que la Sala Cuarta de Revisión, adoptó los lineamientos esbozados con anterioridad y procedió en un caso con similitudes fácticas al expuesto, a conceder la protección invocada. En cuanto a la imposibilidad de desconocer el orden de los aspirantes que participaron dentro del concurso de méritos para proveer el cargo de gerente, se indicó:

“A idéntica conclusión arriba esta Sala de Revisión, pero en el sentido de que en el presente asunto se efectuó una interpretación abiertamente inconstitucional de la citada disposición normativa, pues si bien es cierto que mediante la implementación del concurso de méritos, la entidad accionada perseguía la designación de uno de los aspirantes que obtuviese la mejor calificación, también lo es que procedió de manera discrecional a escoger al gerente de la E.S.E. Hospital Local María La Baja, sin tener en cuenta para ello el mérito como el criterio determinante para el ingreso a este cargo. Lo anterior, no solamente atenta contra los principios que gobiernan el concurso público de méritos, establecido por la Ley 1122 de 2007 para el nombramiento de gerentes de las Empresas Sociales del Estado, como son, a saber: la igualdad, la moralidad, la objetividad, la transparencia y la imparcialidad<sup>44</sup>, 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.”

Con posterioridad la Sala Plena de esta Corporación mediante sentencia C-181 de 2010, abordó el estudio de constitucionalidad del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, decidiendo declarar la exequibilidad condicionada respecto de la expresión “‘la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente’, 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”<sup>45</sup> .

Como fundamentos de la decisión se expuso que el mérito es un criterio rector de la función pública y en esa medida el artículo 125 de la Constitución señaló como excepción al sistema general de carrera, los cargos de libre nombramiento y remoción que establezca la ley, no obstante, el legislador en ejercicio de su potestad de configuración en materia de regulación de la función pública, estableció la posibilidad de proveer dichos cargos a través de las reglas del concurso fijadas por la ley y la jurisprudencia constitucional. Entonces, una vez la administración decide adoptar el mérito para la provisión de cargos de esta naturaleza, tiene la obligación constitucional de favorecer al concursante que obtenga el mejor puntaje en las pruebas practicadas<sup>46</sup>.

En concreto frente al sistema de selección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado, encontró esta Corporación que la primera parte de selección se encontraba ajustada a la Constitución, toda vez que la lista de elegibles, se conforma de manera objetiva en atención al mérito. Sin embargo, para la Corte la elaboración de la terna y la posterior designación no obedece a ningún criterio de excelencia, lo que conllevaría a que al aspirante que obtuvo el mejor puntaje se le desconozcan sus derechos a la igualdad y al debido proceso, toda vez que tal decisión no está basada en razones objetivas y acarrea el quebrantamiento de la confianza legítima de ser nombrado atendiendo a la condición de haber alcanzado el primer puntaje. Por lo expuesto se concluyó que la fusión del concurso de méritos con el sistema de ternas puede generar una indeterminación objetiva de los criterios de selección que conlleva al desconocimiento de los fines del concurso<sup>47</sup>.

En ese orden de ideas, corresponde a esta Sala de Revisión en aras de proteger la función administrativa, en desarrollo de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, verificar si en el caso concreto se respetó el mérito y la eficiencia como el criterio de selección del gerente del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, Valle del Cauca.

## 8. El caso concreto.

Del acervo probatorio que integra el asunto sometido a examen se extrae que:

El 10 de enero de 2009, la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla convocó a los interesados a ocupar el cargo de Gerente en dicha institución, para tal fin se celebró un convenio interadministrativo con la Universidad de Antioquia -Facultad de Salud

Pública- con el objeto de adelantar el respectivo proceso de selección.

En el informe final entregado por el ente universitario, los tres primeros puntajes correspondieron a los señores: César Augusto Soto Montes con 87 puntos; Edgar Augusto Ortigón con 80 puntos; y Francisco Chavier Ulloa Rodríguez con 77 puntos.

A pesar de lo anterior, la Junta Directiva del Hospital, alegando su facultad discrecional, mediante Acuerdo Núm. 003-2009, del 20 de marzo de 2009, conformó la terna con los siguientes aspirantes: Luis Alfonso Murcia Guarín con 76 puntos; María Victoria Hoyos Gutiérrez con 74 puntos; y Oscar Salazar Duque con 70 puntos, quienes ocuparon los puestos 4°, 9° y 15° respectivamente.

A su vez el Gobernador del Valle del Cauca, mediante Decreto Núm. 0703 del 15 de mayo de 2009, designó y nombró como gerente titular del Hospital Departamental Centenario de Sevilla Valle a la señora María Victoria Hoyos Gutiérrez, quien mediante Acta Núm. 2009 1072 del 19 de mayo de 2009, se posesionó en propiedad y a partir del 20 de mayo de 2009, funge como gerente de la entidad hospitalaria.

8.2. A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la presente acción, la Sala debe resolver si tanto la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, Valle del Cauca, como el Gobernador del Valle del Cauca, vulneraron los derechos fundamentales del señor César Augusto Soto Montes, pues dentro del proceso de selección y designación del gerente de la ESE, a pesar de obtener el primer puesto, no fue incluido en la terna remitida al Gobernador y finalmente se eligió a la señora María Victoria Hoyos Gutiérrez, quien ocupó el 9° lugar. Lo anterior atenderá a los pronunciamientos recientes de la Corte sobre la materia.

Atendiendo a lo indicado, conviene destacar, como se dejó indicado en el acápite anterior de esta sentencia, que en casos como el expuesto para la Corte Constitucional<sup>48</sup> las ternas que deben integrar los miembros de las Juntas Directivas de las empresas sociales del Estado del nivel territorial, solamente pueden ser conformadas por los concursantes que hayan obtenido los tres primeros puestos al interior del concurso de méritos y a su vez limitó la posibilidad al nominador, para el caso el Gobernador del Valle del Cauca, de nombrar en el cargo a la persona que obtuvo la mejor calificación y sólo en caso de no poderse nombrar al aspirante que ocupó el primer puesto, puede designar al segundo o al tercero.

En el presente asunto, resulta claro que tanto la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, Valle del Cauca, como el Gobernador de dicho Departamento desconocieron los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo invocados por el actor, toda vez que el primero no conformó la lista de manera adecuada, dejando por fuera de la misma a los tres candidatos que ocuparon los primeros puestos; y el segundo a pesar de que debía hacer su designación conforme a la terna remitida, nombró a quien ocupó el noveno lugar dentro del concurso.

Respetando los lineamientos constitucionales expuestos, el señor César Augusto Soto Montes debió ser nombrado como gerente del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, al haber obtenido el mayor puntaje dentro del concurso adelantado para proveer ese cargo con 87 puntos sobre 10049. En ese orden de ideas, ni la terna que fue remitida al Gobernador, ni la designación como gerente hecha por la máxima autoridad departamental resultan válidas.

Así las cosas, lo procedente es ordenar a la Junta Directiva que rehaga la terna que debe ser remitida al Gobernador del Valle, para que éste a su vez proceda a nombrar como gerente del Hospital de Sevilla al primero de la lista.

8.3. Por otra parte, procede la Sala a pronunciarse respecto de las afirmaciones hechas por la Junta Directiva en relación con los supuestos antecedentes disciplinarios y penales del señor César Augusto Soto Montes, atendiendo que en la ciudad de Sevilla es de público conocimiento que éste había sido investigado por los delitos de peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento público y en documento privado, por hechos ocurridos entre 1995 y 1997, durante su gestión como Secretario Municipal de Salud.

Sobre el particular indicaron que por dichas irregularidades fue condenado disciplinariamente por la Procuraduría General de la Nación<sup>50</sup> y además, fue privado de la libertad del 16 de marzo de 2000 y al 18 de abril de 2001, siendo recluso en la Cárcel del Circuito de Sevilla.

Conforme con dicha situación, en reunión del 05 de marzo de 2009, la Junta Directiva del Hospital decidió pedir a los diferentes entes de control (Fiscalía, Procuraduría y Contraloría) los antecedentes penales, disciplinarios y fiscales de los 17 aspirantes.

No obstante, según las pruebas recaudadas en este expediente, sólo reposa el informe presentado por la Fiscalía General de la Nación del 31 de marzo de 2009, donde se especifica

que en contra del señor César Augusto Soto Montes se adelantó una investigación por peculado por apropiación, a cargo de la Fiscalía 6 Seccional de Buga.

Al respecto conviene aclarar que el concepto de antecedente, ya sea penal o disciplinario, obedece a que en contra de la persona que se predica dicha situación se haya proferido una decisión definitiva y haya hecho tránsito a cosa juzgada. En cuanto al antecedente penal, el artículo 248 de la Constitución Política señala: “[ú]nicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.” En esa medida, cualquier otro tipo de actuación que se adelante, en desarrollo de un proceso penal, no constituye por sí misma un antecedente.

Ahora bien, cabe resaltar que el artículo 174 de la Ley 734 de 2002, hace énfasis en el registro de sanciones disciplinarias indicando que “[l]a certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.//Cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, se certificarán todas las anotaciones que figuren en el registro.”<sup>51</sup>

En relación con el registro de antecedentes disciplinarios, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto 1915 de agosto 6 de 2008, precisó los distintos certificados de antecedentes disciplinarios que puede expedir al Procuraduría General de la Nación. Al respecto indicó:

En conclusión, la Procuraduría General de la Nación debe expedir los certificados de antecedentes disciplinarios, tanto los mencionados en el inciso tercero como los indicados en el inciso final del artículo 174, en este último caso con el alcance dado por la Corte Constitucional, para los cargos que exijan expresamente ausencia total de antecedentes disciplinarios.

La Procuraduría General de la Nación ha reglamentado mediante la Resolución 143 del 27 de mayo de 2002, la expedición de tales certificados.

Esta resolución crea el sistema de registro de sanciones y causas de inhabilidad (SIRI), el cual

es público y se compone de cinco subsistemas de registro: de sanciones disciplinarias; de sanciones penales; de inhabilidades en materia de contratación; de juicios con responsabilidad fiscal y de pérdida de investidura (art. 1º) y define el certificado de antecedentes disciplinarios como el documento expedido por la Procuraduría que certifica las anotaciones existentes respecto de una persona en el SIRI (art. 5º).

Precisamente, el artículo 6º de dicha resolución distingue los dos tipos de certificados, así:

“ART. 6º—Clases del certificado. El certificado de antecedentes disciplinarios será de dos clases:

a) Ordinario, deberá contener las anotaciones de las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes, y

b) Especial, el cual contendrá el total de las anotaciones registradas a nombre del interesado en el SIRI”.

Entonces, el órgano nominador puede apartarse del estricto orden consagrado en la lista de elegibles, en la medida que sobre el actor pese algún tipo de sanción disciplinaria, fiscal o condena penal, conforme a lo establecido en los artículos 37 y 38 de la Ley 734 de 2002.

Como se expuso, el hecho de ocupar el primer puesto al interior de un concurso de méritos, no obliga a la administración a su nombramiento, pues se pueden presentar diversas circunstancias que lo impidan y en esos casos le corresponde al nominador respetar el orden estricto contenido en la lista de elegibles, ya que si concurre una causal de inhabilidad o incompatibilidad para el ejercicio del cargo, se debe verificar su configuración y nombrar al que ocupe el segundo puesto en el concurso, por ejemplo como ocurre cuando se presentan antecedentes penales, disciplinarios o de tipo profesional, que demuestren una abierta falta de idoneidad para ocupar el cargo, sin que en esa valoración se puedan alegar razones de orden subjetivo, pues se estarían vulnerando los derechos fundamentales de los aspirantes que cumplieron a cabalidad con las exigencias del mérito y depositaron su confianza en la administración.

Conforme con lo expuesto, tanto la Junta Directiva del Hospital como el Gobernador del Valle

del Cauca, no pueden valerse de ningún tipo de reserva moral para impedir la vinculación del actor como gerente de la entidad hospitalaria, toda vez que solamente pueden hacer valer circunstancias objetivas poderosas, dejando de lado cualquier prevención que provenga de su fuero interno, pues de lo contrario, se estaría dando al señor César Augusto Soto Montes un trato discriminatorio, haciendo prevalecer motivos de índole subjetiva sobre los resultados obtenidos en el concurso de méritos.

En esa medida, la terna que debe conformar la Junta Directiva debe estar constituida por los tres primeros puntajes obtenidos a través del concurso de méritos adelantado por la Facultad de Salud Pública de la Universidad de Antioquia y a su vez el Gobernador del Valle del Cauca, deberá proceder a nombrar como gerente del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, Valle del Cauca, al señor César Augusto Soto Montes al haber ocupado el primer puesto dentro del aludido concurso y en caso de encontrar una causal que impida su designación, deberá exponerla y motivarla con argumentos específicos claros y expresos, relacionados con la falta de idoneidad del aspirante al cargo a proveer, procediendo en consecuencia a nombrar al segundo en la lista de elegibles.

## VI. DECISIÓN

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

### RESUELVE:

Primero. Levantar la suspensión de términos decretada para decidir el presente asunto.

Segundo. REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, los fallos proferidos por: (i) la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Distrito Judicial de Buga, del 26 de mayo de 2009, que confirmó la sentencia de primera instancia, que a su vez negó la solicitud de amparo; y (ii) la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, del 26 de octubre de 2009, que resolvió confirmar la sentencia de primera instancia que declaró improcedente la acción de tutela. En su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo del señor César Augusto Soto Montes.

Tercero. ORDENAR a la Junta Directiva del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, Valle del Cauca, que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación de esta providencia, proceda a rehacer la terna para la designación del gerente del Hospital, con los aspirantes que ocuparon los tres primeros puestos dentro del concurso adelantado para tal fin por la Facultad de Salud Pública de la Universidad de Antioquia. Dicha terna deberá ser remitida de manera inmediata al Gobernador del Valle del Cauca para lo de su competencia.

Cuarto. ORDENAR al Gobernador del Valle del Cauca, que en el término de tres (3) días contados a partir de la fecha en que reciba la terna para la designación de gerente del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, Valle del Cauca, nombre al señor César Augusto Soto Montes, por haber ocupado el primer puesto dentro del concurso de méritos adelantado por la Facultad de Salud Pública de la Universidad de Antioquia.

Quinto. ADVERTIR a los entes accionados que en caso de presentarse una circunstancia legalmente prevista que impida la conformación de la terna o la designación de gerente conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, así lo deberá exponer, respetando además el orden estricto de los puntajes obtenidos en el concurso de méritos.

Sexto. Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1.991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

1 Ver el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 “por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones” y el Decreto 800 de 2008 “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007”.

2 Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.

3 Mediante este acto administrativo, se conformó la terna de candidatos a Gerente del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, de la siguiente manera: 1. María Victoria Hoyos Gutiérrez, odontóloga de profesión; 2. Luis Alfonso Murcia Guarín, médico de profesión; y 3. Oscar Salazar Duque Contador Público de profesión.

4 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. El aparte subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-181 de 2010, según comunicado de prensa de la Sala Plena del 17 de marzo de 2010, “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”.

5 ARTÍCULO 1. 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 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.

6 Artículo 6. 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.//De la lista a que se refiere el inciso anterior, la Junta Directiva, mediante el mecanismo que ella determine, conformará la terna para la designación del Gerente o Director de la respectiva empresa social del Estado.

7 En esta oportunidad, la Junta Directiva del Hospital estableció los parámetros bajo los cuales se desarrollaría la selección del gerente de la entidad hospitalaria.

8 “El que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio.”

9 Se aclara que la acción de tutela a que hace referencia el señor Edgar Augusto Ortegón Salazar, fue radicada en esta Corporación con el Núm. T-2.460.412, siendo excluida de selección para revisión por la Sala de Selección número once y no se presentó insistencia posteriormente.

10 En aquella oportunidad la sentencia T-329 de 2009, citando la sentencia SU.1140 de 2000, indicó que “para la designación de una persona en un determinado cargo judicial basta con que dicha persona reúna las calidades exigidas por la ley y ocupe el primer puesto del listado nacional de elegibles, siempre que no concurra ninguna causal de inhabilidad ni incompatibilidad para el ejercicio del cargo. De verificarse alguna de las mencionadas

causales, deberá nombrarse a quien ocupe el segundo lugar en el concurso”

11 Sobre los requisitos de tripe 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’”.

12 Sentencia T-184 de 2005.

13 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.

14 Sentencia T-721/03.

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

17 En esta oportunidad la Corte Constitucional resolvió dos casos acumulados, en lo que dos personas que ocuparon los primeros puestos dentro de los concursos de méritos tendientes a

proveer los cargos de gerente de los Hospitales Manuel Elkin Patarroyo y Federico Arbeláez, no fueron nombrados en propiedad en dichos cargos.

18 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.

19 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

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

21 Sentencia T-333 de 1998.

22 Sentencia T-388 de 2009

23 Sentencia T-672 de 1998.

24 Sentencia SU-961 de 1999.

25 Así se estableció en la sentencia C-901 de 2008, donde concretamente se dijo: “En suma, el mérito, como fundamento del ingreso, ascenso y retiro de la carrera administrativa, no solo se ajusta a los principios y valores constitucionales, sino que al encaminarse al logro de los fines consagrados en el artículo 209 Superior, propende por la supresión de los factores subjetivos en la designación de servidores públicos y la eliminación de prácticas anti-modernas como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo.”(Ver al respecto las sentencias C-071 de 1993; C-195 de 1994; C-563 de 2000; C-1230 de 2005; C-315 de 2007, entre otras.)

26 Sentencia SU-086 de 1999.

27 Cfr. Sentencias T-715/de 2009; T-703 de 2009; T-329 de 2009; SU.913 de 2009; T-024 de 2007; T-969 de 2006; T-1016 de 2003 entre otras.

28 Sentencias C-040 de 1995, C-041 de 1995; T-298 de 1995; C-037 de 1996; SU-133 (134, 135,136) de 1998; .T-315 de 1998; SU-86 de 1999; SU- 257 de 1999, entre otras.

29 Ibídem.

30 ARTICULO 41. EXTENSION DE LAS INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS. Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal

31 ARTÍCULO 37. SOBREVINIENTES. Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias.

ARTÍCULO 38. INHABILIDADES. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes: 1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.// 2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.// 3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.//4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.// PARÁGRAFO 1o. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables

fiscales. // Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.// PARÁGRAFO 2o. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.//Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.

32 ARTÍCULO 39. OTRAS INCOMPATIBILIDADES. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes: // 1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período://a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;//b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia.

ARTÍCULO 40. CONFLICTO DE INTERESES. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto

cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.//Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.

33 Ver sentencia C-1173 de 2005.

34 Sentencia T-329 de 2009

35 Sobre este punto la sentencia SU-136 de 1998, advirtió que la posibilidad de excluir a un aspirante que ocupó el primer puesto en un concurso de méritos debe atender a razones “objetivas, sólidas y explícitas y han de ser de tal magnitud que, de modo evidente, desaconsejen la designación del candidato por resultar claro que sus antecedentes penales, disciplinarios o de comportamiento laboral o profesional, pese a los resultados del concurso, lo muestran como indigno de obtener, conservar o recuperar la investidura judicial, o acusen, fuera de toda duda, que antes incumplió sus deberes y funciones o que desempeñó un cargo sin el decoro y la respetabilidad debidos”

36 De conformidad con el artículo 4º del Código Contencioso Administrativo, las actuaciones administrativas se inician: (i) Por virtud del ejercicio del derecho de petición; (ii) de oficio por las autoridades competentes; (iii) o por la necesidad de cumplir un deber legal

37 Sentencia T-550 de 1992

38 Sentencia C-617 de 1996

39 Consultar, entre otras, las sentencias T-103 del 16 de febrero de 2006, y T-048 del 24 de enero de 2008

40 Ley 909 Artículo 47. Empleos de naturaleza gerencial. 1. Los cargos que conlleven ejercicio de responsabilidad directiva en la administración pública de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial tendrán, a efectos de la presente ley, el carácter de empleos de gerencia pública. // 2. Los cargos de gerencia pública son de libre nombramiento y remoción. No obstante, en la provisión de tales empleos, del nivel directivo de las entidades y organismos a los cuales se les aplica la presente ley, diferentes de: a) En el nivel nacional a

aquellos cuya nominación dependa del Presidente de la República; b) En el nivel territorial, a los empleos de secretarios de despacho, de director, gerente, rector de Institución de Educación Superior distinta a los entes universitarios autónomos. Estos empleos comportan responsabilidad por la gestión y por un conjunto de funciones cuyo ejercicio y resultados son posibles de ser medidos y evaluados

41 “Sin pretender establecer una enumeración taxativa, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución, en las Sentencias C-391 de 1993, C-356 de 1994 y C-746 de 1999, este Tribunal ha calificado como regímenes especiales de origen constitucional, el de los servidores públicos pertenecientes a las siguientes entidades estatales: (i) las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (C.P. arts. 217 y 218); (ii) la Fiscalía General de la Nación (C.P. art. 253); (iii) la Rama Judicial del poder público (C.P. art. 256-1°); (iv) la Contraloría General de la República (C.P. art. 268-10°); la Procuraduría General de la Nación (C.P. art. 279) y las universidades del Estado (C.P. art. 69).” (Sentencia C-1230 de 2005)

42 Sentencia C-563 de 2000.

43 Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones

44 Ver artículo 5º del Decreto 800 de 2008.

45 Sentencia C-181 de 2010 del 17 de marzo (comunicado de prensa número 15)

46 Ibídem

47 Ibídem

48 Sentencia C-181 de 2010

49 En este punto se destaca que conforme al informe remitido por la facultad de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, los tres primeros puntajes dentro del concurso público se dieron así: 1) César Augusto Soto Montes con 87 puntos; 2) Edgar Augusto Ortegón con 80 puntos; 3) Francisco Chavier Ulloa Rodríguez con 77 puntos.

50 Esta afirmación no estuvo sustentada por ningún elemento material probatorio

51 Esta Corporación en sentencia C-1066 de 2002, declaró exequible este último inciso “en el entendido de que solo se incluirán en las certificaciones de que trata dicha disposición las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento”.