

Sentencia T-604/13

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN ACCESO AL EJERCICIO DE FUNCION PUBLICA-
Procedencia de la acción de tutela para la protección

Esta corporación ha determinado que las acciones contencioso administrativas no protegen en igual grado que la tutela, los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de vinculación de servidores públicos, cuando ello se hace por concurso de méritos, ya que la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo.

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

En ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo. Por esta razón la tutela puede desplazar a las acciones contenciosas como medio de preservación de los derechos en juego.

CONCURSO DE MERITOS Y ELABORACION DE TERNAS PARA ELECCION DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Conformación

GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Períodos institucionales de cuatro (4) años, con posibilidad de reelección por una sola vez

CONCURSO DE MERITOS PARA ELECCION DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Respeto del mérito mediante el favorecimiento del concursante que obtenga el mejor puntaje

MERITO-Principio constitucional de obligatorio cumplimiento para ingreso, ascenso y retiro de empleo público

Los sistemas de ingreso basados en el mérito tienen como objeto garantizar la permanencia de los empleados y funcionarios en los cargos públicos del Estado y el acceso de los ciudadanos a la administración de acuerdo a sus cualidades, talentos y capacidades. Así mismo, constituye plena garantía que consolida el principio de igualdad, en la medida en que propende por eliminar las prácticas de acceso a la función pública basadas en criterios partidistas, los cuales han sido imperantes en nuestro país a lo largo de toda su historia.

Se deben surtir para el acceso a todos los cargos que se encuentran basados en el mérito las siguientes etapas: (i) La convocatoria: fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) Reclutamiento: En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) Aplicación de pruebas e instrumentos de selección: a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. Y por último (iv) la elaboración de lista de elegibles: en esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido.

CONVOCATORIA-Norma reguladora y obligada de todo concurso/DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN CONCURSO DE MERITOS-Convocatoria como ley del concurso

LISTA DE ELEGIBLES-Tiene por objetivo establecer el orden para proveer los cargos que hayan sido objeto de un concurso

CONCURSO DE MERITOS-Potestad del juez de tutela cuando evidencia irregularidades y vulneración del debido proceso en el trámite del concurso

Una de las consecuencias que tiene la consagración expresa del debido proceso como un derecho de rango fundamental, es que todas las personas pueden acudir a la acción de

tutela con el fin de que el juez constitucional conozca de la presunta vulneración, y de ser necesario ordene las medidas necesarias para garantizar su protección inmediata. el deber de protección de los derechos fundamentales exige al operador judicial tomar al momento de fallar una acción de amparo una serie de medidas tendientes a lograr que la protección sea efectiva. Entre las prevenciones que debe adoptar el juez de tutela cuando evidencia la transgresión de una garantía constitucional, está la de dictar una sentencia en la cual restablezca el derecho y se dispongan una serie de órdenes que garanticen el cumplimiento de las decisiones adoptadas. Este tribunal ha aclarado que las órdenes que puede impartir un juez de tutela pueden ser de diverso tipo, ya que la decisión a adoptar tiene que ser suficiente y razonable para lograr que la situación de vulneración cese.

DEBIDO PROCESO EN CONCURSO DE MERITOS-Juez está facultado para suspender de forma temporal o definitiva el concurso por irregularidades

Los jueces de tutela en desarrollo de sus potestades deben adoptar las medidas que se requieran para que las personas que se consideren afectadas por las irregularidades detectadas en un concurso, puedan disfrutar de su derecho. Para ello pueden entre otras acciones, suspender la ejecución del mismo en la etapa en la que se encuentre, o en su defecto dejar sin efectos todo el trámite realizado.

CUMPLIMIENTO SENTENCIAS EJECUTORIADAS-Deber de todos los jueces de acatar sentencias de tutela

El diseño que adoptó el constituyente a la hora de implantar la acción de amparo en nuestro país, se estructuró fundamentalmente en dos aspectos: (i) la existencia de un recurso celerе en donde la orden judicial fuese materializada en una sentencia de carácter vinculante y (ii) la convicción de que el fallo sería ejecutado a la menor brevedad posible, garantizando así el inmediato restablecimiento de las garantías vulneradas. Debido a la consagración expresa de recursos judiciales contra las órdenes adoptadas en el trámite de tutela, estos son fruto de un debido proceso en el que se debaten las especificidades del caso y se llega a la plena convicción de la responsabilidad de la administración o del particular en la vulneración del derecho fundamental. De este modo, cuando la decisión queda ejecutoriada, las decisiones adoptadas se revisten de la garantía de cosa juzgada y por ende sus efectos son inmutables para las autoridades que fueron accionadas y para los

demás jueces de la república. los jueces como autoridades de la República deben acatar las sentencias de tutela, por lo cual les está vedado, en principio, revocar o modificar las órdenes proferidas en otras actuaciones. En este sentido es importante destacar que de permitirse bajo figuras como la inoponibilidad, o peor aún, de admitirse la procedencia de la acción de amparo contra otras decisiones de igual naturaleza, se violarían principios como la seguridad jurídica y la cosa juzgada.

ACCION DE TUTELA EN CONCURSO DE MERITOS PARA ELECCION DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Procedencia por vulneración del debido proceso por omisión de publicar la convocatoria en medios radiales

CONCURSO DE MERITOS PARA ELECCION DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Caso en que jueces de instancia decidieron dejar sin efectos el trámite dentro del proceso de convocatoria y selección de terna, por cuanto no se realizó la convocatoria en medios radiales

En el presente caso queda evidenciada la existencia real de un perjuicio que justifica las medidas adoptadas por los jueces de instancia, ya que de no haberse ordenado “dejar sin efecto todo el trámite realizado dentro del proceso de convocatoria y selección de la terna para el gerente de la ESE” se le hubiese causado un daño específico a los peticionarios consistente en la imposibilidad de participar en dicho concurso. Así mismo, se destaca que las medidas adoptadas si eran urgentes, ya que debido a la proximidad de la consolidación de la terna era indispensable que se discutiera en el marco de un proceso judicial la legalidad de todas las actuaciones adelantadas por la Junta Directiva de la ESE y por la ESAP. Igualmente, debido a la gravedad del perjuicio como uno de los criterios que habilitan la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, ya que los accionantes de no haber tenido la posibilidad de cuestionar la publicidad de la convocatoria, a través de un mecanismo expedito como la tutela, habrían tenido que soportar la afectación a sus derechos a la igualdad, al acceso a la función pública y al trabajo.

CONCURSO DE MERITOS PARA ELECCION DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Imposibilidad de acceder al cargo cuando el nombramiento es fruto de la vulneración al debido proceso administrativo y las garantías de los demás concursantes

PUBLICIDAD EN EL CONCURSO DE MERITOS PARA ELECCION DE GERENTES DE EMPRESAS

SOCIALES DEL ESTADO-Obligación de invitar a los participantes a la convocatoria a través de prensa escrita y avisos radiales

El principio de publicidad de las actuaciones de la administración es una de las herramientas que emplean las autoridades para dar a conocer las decisiones proferidas por ellas, de manera que los interesados y la comunidad en general puedan tener información de las medidas que puedan llegar a concernirles, y de ser el caso, logren acceder a los derechos que de ellas surgen. Para esta Sala es indispensable destacar que la obligación de dar publicidad a los concursos de méritos adelantados por la administración, hace parte de las prerrogativas que estableció el legislador con el fin de garantizar que las personas interesadas en ingresar a la función pública tuviesen la capacidad de participar activamente en las diversas etapas de la convocatoria, y en consecuencia pudieran en igualdad de condiciones demostrar sus capacidades y talentos para acceder a determinados cargos. Existe (i) la obligación de invitar a los participantes a la convocatoria recae en la Junta Directiva de la respectiva ESE; (ii) el concurso debe ser publicitado a través de prensa escrita y avisos radiales; (iii) cuando se trate de comunicación escrita deberá realizarse en el lugar de acceso al público de las Secretarías o Direcciones Seccionales de Salud y (iv) en el caso de los avisos radiales estos deben efectuarse por lo menos durante tres días con una periodicidad mínima de tres veces en horarios de alta audiencia.

CUMPLIMIENTO SENTENCIA DE TUTELA-Tribunal no tiene la facultad de declarar inoponible un fallo de tutela de otra autoridad judicial

Para esta Sala es indispensable destacar que la Corte Constitucional, en cumplimiento de su función de garantizar la guarda y supremacía de la Constitución, ha determinado que las decisiones adoptadas en un trámite de tutela no pueden ser cuestionadas en otro proceso de igual naturaleza. En este orden de ideas, por regla general los jueces cuando detecten en el trámite de tutela, que la decisión a adoptar ya fue objeto de un pronunciamiento previo, tienen la obligación de respetar las decisiones adoptadas en dicha instancia, incluso si consideran que estas fueron erradas. Lo anterior sin perjuicio de que en casos excepcionalísimos, y en supuestos de colusión o fraude, adopten medidas positivas para garantizar la prevalencia del interés general. En este sentido la Corte Constitucional en sentencia T-104 de 2007 determinó que la competencia para dictar órdenes sobre fallos de tutela en los cuales los jueces no participaron, recae única y exclusivamente en esta

corporación, al respecto dicho fallo establece: “anular sin competencia para ello la decisión de tutela adoptada en el primer proceso, desconoce la cosa juzgada constitucional como la competencia exclusiva de la Corte en este campo”. Dando alcance a lo referido, es indispensable aclarar que cuando se presenta una decisión de tutela en la que se han desconocido los alcances de otro fallo de tutela, la Corte tiene el deber seleccionar dicho proceso para su revisión y mediante una nueva providencia, aplicar el precedente sentado por esta corporación adoptando las medidas necesarias para la protección efectiva de los derechos conculcados.

NOMBRAMIENTO DE GERENTES DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO-Improcedencia por cuanto se ordenó suspender concurso antes que se conformara la lista de elegibles, por irregularidades en la convocatoria

Referencia: expedientes T-3.894.472 y T 3.910.093 acumulados

Acciones de tutela interpuestas por Sixta Rosa Lozano Medina, Ligia Manotas Berdugo y otros contra la Gobernación del Atlántico, el Hospital Departamental de Sabanalarga y otros.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil trece (2013).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados NILSON PINILLA PINILLA, JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB y, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución, así como 33 y concordantes del Decreto ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA:

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por: el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Decisión Penal, que revocó la providencia emitida por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla (Exp. T-3.894.472); y por el Juzgado Tercero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga, que a su vez confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sabanalarga (Exp.

T-3.910.093).

ANTECEDENTES

Mediante auto del 28 de mayo de 2013, la Sala de Selección número cinco decidió acumular los expedientes T-3.894.472 y T-3.910.093 para ser fallados dentro de una misma sentencia, luego de advertir que existe conexidad temática entre ellos[1].

I. Expediente T- 3.910.093.

1. Hechos.

1.1. Los señores Ligia Manotas Berdugo, Rafael Borge Salazar, Yamil Blell Cervantes y Gabriel Martínez Vélez, por intermedio de apoderado judicial, interpusieron acción de tutela en contra de la Junta Directiva de la ESE Hospital Departamental de Sabanalarga, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la moralidad administrativa.

1.2. Afirman que el período institucional del gerente de esa institución finalizó el 31 de marzo de 2012.

1.3. La anterior situación obligó a la Junta Directiva del Hospital Departamental de Sabanalarga, a contratar a la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), para que iniciara un proceso cuyo fin era lograr la integración de una terna que permitiera la designación de un nuevo gerente.

1.4. En el desarrollo del concurso de méritos, los accionantes se percataron de que la administración no dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 2º de la resolución número 165 de 2008, es decir, no invitó a los interesados mediante avisos radiales difundidos en una emisora de cubrimiento local o regional.[2]

1.5. Por la violación a esa disposición presentaron acción de tutela solicitando que se suspendiera el concurso y se declarara la nulidad de todo lo actuado.

Actuaciones del juez de primera instancia.

Mediante auto de fecha 1º de octubre de 2012, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de

Sabanalarga decidió: (i) admitir la acción de tutela; (ii) vincular a la Junta Directiva de la ESE Hospital Departamental de Sabanalarga, y a la ESAP para que se pronunciaran sobre los hechos; y (iii) ordenar como medida provisional la suspensión de cualquier actividad por parte de la Junta Directiva en lo referente a el nombramiento del gerente de la ESE.

2. Respuesta de las entidades accionadas.

2.1. A través de oficio 0896 del 1º de octubre de 2012, la Junta Directiva de la ESE Hospital Departamental de Sabanalarga manifestó que no se debían amparar los derechos de los accionantes ya que en el presente caso no se observa un perjuicio irremediable que permita el desplazamiento de los mecanismos ordinarios de defensa.

2.2. Mediante oficio 451-12, la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) declaró que actuó de conformidad a las obligaciones contractuales surgidas del negocio celebrado con el Hospital Departamental de Sabanalarga, prueba de ello fue la inscripción de 49 aspirantes.

2.3. El representante de los gremios de la producción ante la Junta Directiva de la ESE, mediante oficio del 4 de octubre de 2012, solicitó que no se accediera a las pretensiones de la señora Ligia Manotas Berdugo, ya que en su entender está demostrado que los accionantes conocieron del proceso de selección y prueba de ello es que la mayoría participó en él.

3. Pruebas relevantes aportadas al proceso

Fotocopia del derecho de petición presentado por la organización sindical ANTHOC ante el Hospital Departamental de Sabanalarga, solicitando copias de las actas de reunión en la que se dio inicio al proceso de selección del gerente de la ESE (folios 17 y 18, cuaderno 1).

Copia del contrato interadministrativo celebrado el 31 de julio de 2012, entre la ESAP y la ESE Hospital Departamental de Sabanalarga, con el objeto de organizar el concurso de méritos (folio, 19 al 25, cuaderno 1).

Fotocopia de la solicitud de revocatoria directa presentada por Rafael Borge Salazar ante la Junta Directiva del Hospital Departamental de Sabanalarga, de fecha 19 de septiembre de

2012 (folios 26 al 29, cuaderno 1).

4. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

4.1. Decisión de primera instancia

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sabanalarga, mediante sentencia del 12 de octubre de 2012, resolvió tutelar el derecho al debido proceso administrativo y en consecuencia, dejó sin efecto todo el trámite realizado dentro del proceso de convocatoria y selección de la terna para el gerente de la ESE.

Ese despacho consideró que la acción de tutela era procedente dada la evidencia de un perjuicio irremediable. Esto en razón a que independientemente de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para discutir las actuaciones de la Junta Directiva del Hospital, estos no eran eficaces para proteger los derechos fundamentales de los accionantes.

Dicho fallo en su parte resolutive establece: “se observa que no se dio cabal cumplimiento a las directrices trazadas en el artículo 2° de la resolución 165 de 2008, (...) el trámite adelantado para la selección del gerente de la ESE Hospital Departamental de Sabanalarga adolece de una irregularidad, en el sentido que la invitación para participar en el proceso y su publicación, no fue debidamente informado a la comunidad mediante aviso radial en una emisora de cubrimiento local o regional, siendo este requisito de imperativo cumplimiento, no ciñéndose a la normatividad vigente. Lo anterior constituye un vía de hecho por defecto procedimental, por cuanto el concurso de méritos fue adelantado, sin que se agotaran en debida forma cada una de las etapas que lo componen.”

4.2. Impugnación

Contra la mencionada decisión, la Junta Directiva de la ESE Hospital Departamental de Sabanalarga en el término legal interpuso la impugnación, manifestando que el juez de instancia desplazó los medios de defensa ordinarios.

Igualmente el doctor Alexander Enrique Llanos en calidad de representante legal de la señora Sixta Rosa Lozano (expediente T-3.894.472) impugnó la decisión adoptada. Específicamente solicitó declarar la nulidad de la providencia, ya que a su entender se le

vulneró a su poderdante el derecho a la defensa al no haberse constituido debidamente el contradictorio.[3]

4.3. Decisión de segunda instancia

El anterior fallo fue confirmado integralmente mediante sentencia del 29 de enero de 2013, por el Juzgado Tercero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga, el cual declaró: “Se observa que la Junta Directiva de la ESE accionada, no dio cabal cumplimiento a las directrices trazadas en el artículo 2° de la resolución 165 de 2008 arriba transcrita; ya que se omitió por esta realizar la invitación a la comunidad para participar en el proceso y su publicación, no fue debidamente informada la misma mediante avisos radiales en una emisora de cubrimiento local o regional, siendo este requisito de imperativo cumplimiento, llevándose de contera la normatividad vigente”.

Por otra parte y en relación a la solicitud presentada por el apoderado judicial de la señora Sixta Rosa Lozano, dicha providencia consideró que los argumentos de su poderdante no podían ser de recibo, ya que su representada no tenía la calidad de contradictora. Específicamente determinó: “vemos como ahora el doctor Alexander Llanos Buendía, quien manifiesta actuar como apoderado de la señora Sixta Lozano Medina, a pesar de allegar un poder en fotocopia, solicita la nulidad de la actuación, alegando que a ella se debió integrar como ganadora del concurso en cuestión, ya que es un tercero con interés, al respecto tenemos que manifestar, que al momento de presentarse la acción de tutela -28 de septiembre de 2012- el concurso no había finalizado, ni siquiera se habían conformado las listas definitivas, ya que no se habían resuelto las reclamaciones presentadas contra los resultados obtenidos por los aspirantes en las pruebas de conocimientos, es decir aún no se podía hablar de expectativas legítimas o titulares de derechos adquiridos, porque – se reitera – no se habían conformado listas definitivas, razón por la cual no era procedente vincularla al presente trámite tutelar”.

5. Actuaciones posteriores

En cumplimiento de esa orden judicial, la Junta Directiva del Hospital Departamental de Sabanalarga celebró un nuevo contrato con la Corporación Universitaria de Colombia (Ideas) para continuar la escogencia del gerente de la ESE.

II. Expediente T-3.894.472

1. Hechos.

1.1. La señora Sixta Rosa Lozano Medina, mediante apoderado judicial, formuló acción de tutela contra el Gobernador del Atlántico, la Junta Directiva del Hospital Departamental de Sabanalarga y la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), al considerar que dichas entidades vulneraron sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, a la libre escogencia de profesión y oficio, así como al mínimo vital.

1.2. La accionante relata que el período institucional del gerente de la ESE Hospital Departamental de Sabanalarga, finalizó el día 31 de marzo de 2012.

1.3. La anterior situación obligó a que la junta directiva de esa institución autorizara la iniciación de un proceso, cuyo fin era lograr la integración de una terna que permitiera la designación de un nuevo gerente. Para ello suscribió un contrato con la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP.

1.4. La señora Lozano Medina, una vez tuvo conocimiento de la convocatoria, procedió a inscribirse dentro del término legal.

1.5. El 3 de octubre de 2012, la ESAP publicó en su página Web el listado de candidatos que conformaban la terna, quedando encabezada por la accionante con una puntuación definitiva de 80,58.

1.6. Afirma que en el mes de diciembre de 2012 no se había posesionado en el cargo, y por tanto acude al juez de amparo con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales. Para ello solicita que las entidades demandadas expidan el acto administrativo en el cual se le reconozca su nombramiento como gerente de la ESE, por haber ocupado el primer lugar en el “concurso de méritos” adelantado por la ESAP.

Mediante auto de fecha 14 de diciembre de 2012, el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla decidió admitir la acción de tutela y vincular al Gobernador del Atlántico, a la Junta Directiva del Hospital Departamental de Sabanalarga y

a la Escuela Superior de Administración Pública para que se pronunciaran sobre los hechos de la demanda.

2. Respuesta de las entidades accionadas.

2.1. A través de oficio 2012-030, el señor Gabriel Martínez Vélez decidió intervenir como litis consorte necesario[4] y manifestó que en este trámite debe tenerse presente que la señora Ligia Manotas Berdugo y otros (Exp 3.910.093), previamente interpusieron otra acción de tutela en contra de la junta directiva de la ESE. Informó que de ese amparo conoció y falló el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sabanalarga mediante sentencia del 12 de octubre de 2012, en la que resolvió: (i) tutelar el derecho al debido proceso administrativo y (ii) dejar sin efecto todas las actuaciones realizadas dentro del proceso de convocatoria y selección de la terna para la escogencia del gerente del Hospital Departamental.

2.2. Por otra parte, mediante oficio del 26 de diciembre de 2012, el presidente de la Junta Directiva de la ESE Hospital Departamental de Sabanalarga declaró que de conformidad al fallo emitido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sabanalarga, no se debe seguir adelante con el proceso, razón por la cual no puede integrar la terna como pretende la accionante.

2.3. La Escuela Superior de Administración Pública, mediante oficio del 27 de diciembre de 2012, solicitó que no se accediera a las pretensiones de la señora Sixta Rosa Lozano Medina, ya que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales de la accionante por parte de la ESAP, quien dentro del concurso ha cumplido con sus obligaciones contractuales.

3. Pruebas relevantes aportadas al proceso

Invitación al proceso de selección mediante concurso de méritos (folio 33, cuaderno 1).

Copia de la lista definitiva de admitidos (folio 23, cuaderno 1).

Fotocopia de la lista de candidatos de la terna (folio 21, cuaderno 1).

Fotocopia de la sentencia expedida el 12 de octubre de 2012, por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sabanalarga (folios 91 al 97).

4. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

4.1. Decisión de primera instancia

El Juzgado 4° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla, mediante providencia del 31 de diciembre de 2012, negó la solicitud de protección de los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso a la libre escogencia de profesión y oficio, así como al mínimo vital. Argumentó que la falta de posesión en el cargo de la señora Sixta Lozano Medina se debía a la observancia de una tutela proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sabanalarga y no a una actuación caprichosa de la administración.

4.2. Impugnación

Contra la mencionada decisión, la accionante en el término legal, interpuso la impugnación manifestando que el juez de instancia desconoció que las listas de elegibles que se conforman a partir de las diferentes etapas del concurso son inmodificables.

4.3. Decisión de segunda instancia

El Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Decisión Penal, mediante providencia del 4 de marzo de 2013, revocó la decisión del a-quo, y en su lugar determinó que: “las sentencias expedidas por los juzgados Primero Promiscuo Municipal y Tercero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga (Atlántico), son inoponibles a los candidatos que aparecen en la lista de elegibles”; igualmente ordenó a la Junta Directiva de la ESE Hospital Departamental de Sabanalarga y al Gobernador del Atlántico, “que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a nombrar a la ciudadana Sixta Lozano Medina en el cargo de Gerente.”

Las razones que llevaron a dicha determinación fueron las siguientes: (i) los fallos de tutela expedidos por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sabanalarga y por el Juzgado Tercero Promiscuo del Circuito de esa misma ciudad no vincularon a la ciudadana Sixta Lozano Medina ni a otros interesados, por lo que no son oponibles a estos sujetos y (ii) el nombre de la accionante, al figurar en el primer lugar de la lista de elegibles, no le generó la simple expectativa de ser nombrada, sino que en realidad configuró un auténtico derecho

adquirido.

En cumplimiento de dicho fallo, el pasado 24 de abril de 2013 tomó posesión del cargo de Gerente de la ESE Hospital Departamental de Sabanalarga, la accionante Sixta Lozano Medina, nombrada mediante Decreto número 000305 del 10 de abril de 2013.

III. ACTUACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, mediante auto del 28 de junio de 2013:

1. Puso en conocimiento de la totalidad del trámite tutelar adelantado en esta corporación a la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) y a la Corporación Universitaria de Colombia, (Ideas)[5]. Además, dispuso que en el término de cinco (05) días contados a partir de la notificación de esa providencia, manifestaran lo que estimaran pertinente en ejercicio de su derecho de defensa, acerca de las acciones de tutela presentadas por Sixta Rosa Lozano Medina y Ligia Manotas Berdugo y otros.

2. Solicitó al Gobernador del Atlántico y a la Junta Directiva del Hospital Departamental de Sabanalarga, que rindieran informe dentro de los cinco (05) días siguientes al recibo de la comunicación, acerca de las gestiones realizadas para lograr el cumplimiento de las sentencias proferidas por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Decisión Penal (Exp. 3.894.472), y por el Juzgado Tercero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga (Exp 3.910.093).

3. Ordenó a la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) y a la Corporación Universitaria de Colombia, (Ideas), que publicaran en sus respectivas páginas Web una comunicación informando del proceso de revisión adelantado por la Corte Constitucional, para que los interesados, participantes y terceros con derecho a intervenir en el proceso allegaran en el término de cinco (05) días contados a partir de la publicación electrónica, la documentación que consideraran.

4. Igualmente ordenó a la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) y a la Corporación Universitaria de Colombia, (Ideas), que mediante comunicación escrita informaran a las personas que obtuvieron los tres mejores puntajes del concurso, sobre el

trámite de las acciones para que allegaran en el término de cinco (05) días contados a partir del recibo del aviso, la documentación correspondiente.

5. Por último se pidió a la Junta Directiva del Hospital Departamental de Sabanalarga, que publicara un aviso en sus dependencias, informando del proceso adelantado por la Corte Constitucional, para que los interesados, participantes y terceros que se consideraran con derecho a intervenir en el asunto allegaran en el término de cinco (05) días la documentación pertinente.

Vencido el término probatorio, la Secretaría General de la Corte Constitucional allegó a la Sala las siguientes piezas procesales:

Copia del salvamento de voto del Magistrado Luis Felipe Colmenares perteneciente al Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Decisión Penal, (Expediente T-3.894.472) aportado por la señora Piedad de Jesús Manotas Berdugo (folios 2 al 5, cuaderno 2).

En escrito del 27 de julio de 2013, la señora Piedad de Jesús Manotas Berdugo, allegó petición de solicitud de copias (folios 150 a 152, cuaderno 2).

Oficio del 5 de julio de 2012, en el que la Escuela Superior de Administración Pública allegó la documentación requerida (folios 6 al 15, y 44 a 62 cuaderno 2).

Oficio OPTB/401/2013, en el cual la Corporación Universitaria de Colombia (Ideas) aportó la documentación solicitada (folios 16 al 43, cuaderno 2).

Oficio del 16 de julio de 2013, a través del que la Gobernación de Atlántico allegó el informe solicitado (folios 63 al 120, cuaderno 2).

Oficio del 22 de julio de 2013, en el que el representante del Gobernador ante la ESE Hospital Departamental de Sabanalarga, allegó la respuesta requerida (folios 121 al 124, cuaderno 2).

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

Esta Sala es competente para analizar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo

establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2. Descripción de la situación

En relación con los hechos y con el acervo probatorio allegado al expediente de tutela, encuentra la Sala probado que el período institucional del gerente de la ESE Hospital Departamental de Sabanalarga, finalizó el día 31 de marzo de 2012, esto obligó a la junta directiva de ese Hospital a autorizar la iniciación de un proceso cuyo fin era lograr la integración de una terna que permitiera la designación de un nuevo gerente. Para ello se seleccionó y suscribió contrato con la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP.

Una de las accionantes, la señora Sixta Rosa Lozano Medina (Exp. 3.894.472) procedió a inscribirse dentro del término legal a dicha convocatoria.

En el desarrollo del concurso de méritos adelantado por la ESAP, la ciudadana Ligia Manotas Berdugo y otros (Exp 3.910.093) se percataron de que la administración no dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 2º de la resolución número 165 de 2008, es decir, no invitó a los aspirantes interesados mediante avisos radiales difundidos en una emisora de cubrimiento local o regional.[6]

Por la violación a esa disposición la señora Ligia Manotas y otros presentaron acción de tutela solicitando que se suspendiera el concurso y se declarara la nulidad de todo lo actuado.

La Escuela Superior de Aprendizaje el 2 de octubre de 2012, dio respuesta a las reclamaciones de las pruebas de conocimiento, y un día después, es decir el 3 de octubre de ese mismo año, dicha institución desconociendo las órdenes proferidas por el juez de tutela, publicó la lista definitiva de candidatos a la terna, quedando esta encabezada por la señora Sixta Rosa Lozano Medina (Exp. 3.894.472).

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sabanalarga, mediante sentencia del 12 de diciembre de 2012, resolvió tutelar el derecho al debido proceso administrativo y en consecuencia, dejó sin efecto todo el trámite realizado dentro del proceso de convocatoria y selección de la terna para el gerente de la ESE.

Contra la anterior decisión la Junta Directiva de la ESE Hospital Departamental de Sabanalarga en el término legal interpuso la impugnación, manifestando que el juez de instancia desplazó los medios de defensa ordinarios. Igualmente el señor Alexander Enrique Llanos en calidad de representante legal de la señora Sixta Rosa Lozano impugnó la decisión adoptada. Específicamente solicitó declarar la nulidad de la totalidad del fallo, ya que a su entender se le vulneró a su poderdante el derecho a la defensa al no haberse constituido debidamente el contradictor.

El anterior fallo fue confirmado integralmente mediante sentencia del 29 de enero de 2013, por el Juzgado Tercero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga. En relación a la solicitud presentada por el apoderado de la señora Sixta Rosa Lozano la providencia determinó que, al momento de suspenderse el concurso no se había consolidado la terna, por lo cual aún no se podía hablar de expectativas legítimas o titulares de derechos adquiridos que facultaran al juez a vincular al proceso a terceros.

Posteriormente la señora Sixta Rosa Lozano Medina (Exp. 3.894.472) acudió al juez de amparo con el fin de que se protegieran sus derechos fundamentales. Solicitó que las entidades demandadas expidieran el acto administrativo en el cual se le reconociera su nombramiento como gerente de la ESE por haber ocupado el primer lugar en el concurso de méritos adelantado por la ESAP.

En primera instancia el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla, declaró la improcedencia de la acción, debido a que la omisión en la posesión en el cargo de la señora Sixta Lozano Medina se debía al cumplimiento de una tutela proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sabanalarga, y no a una actuación caprichosa de la administración.

Contra la mencionada decisión se interpuso la impugnación, la cual conoció y falló el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Decisión Penal, mediante sentencia del 4 de marzo de 2013. En dicha providencia se revocó la decisión de a-quo, y en su lugar se determinó que “las sentencias expedidas por los juzgados Primero Promiscuo Municipal y Tercero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga (Atlántico), son inoponibles a los candidatos que aparecen en la lista de elegibles”; De igual manera ordenó “a la Junta Directiva de la ESE Hospital Departamental de Sabanalarga y al Gobernador del Atlántico, que en el

término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a nombrar a la ciudadana Sixta Lozano Medina en el cargo de Gerente de la ESE Hospital Departamental de Sabanalarga.”

En cumplimiento de dicho fallo el pasado 24 de abril de 2013 tomó posesión del cargo de Gerente de la ESE Hospital Departamental de Sabanalarga la accionante Sixta Lozano Medina, nombrada mediante el Decreto número 000305 de abril 10 de 2013.

IV. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Analizados los presupuestos fácticos de los asuntos acumulados en la presente tutela, se observa que en ellos se debate el acceso a la función pública mediante la utilización del concurso de méritos. Específicamente los derechos de las personas que consideran tener garantías consolidadas por haber participado en un concurso, respecto a la potestad del juez de amparo de anular el trámite cuando detecta anomalías en el proceso de selección.

Igualmente, es imperioso determinar de conformidad con los principios constitucionales que rigen el acceso a la administración de justicia, cuál es el alcance de las órdenes emitidas en una sentencia, y en especial, establecer si a través de una tutela se puede declarar inoponible una decisión proferida en una acción de igual naturaleza.

Para dar respuesta a lo anterior, la Corte analizará los siguientes ejes temáticos: (i) la procedencia de la acción de tutela para lograr la protección de los derechos fundamentales asociados al acceso a la función pública; (ii) el sistema de concurso de méritos como criterio para la escogencia de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado; (iii) las potestades del juez de tutela cuando detecta anomalías en el trámite de un concurso de méritos; (iv) la obligación de todas las autoridades judiciales de acatar las sentencias de tutela (v) y por último se abordará el caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales asociados a la función pública. Reiteración de jurisprudencia[7].

3.1. El principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado en el artículo 86 de la Constitución, al precisarse en él que: “Esta acción solo procederá cuando el

afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Respecto al anterior mandato, este tribunal ha manifestado que la procedencia subsidiaria de la acción de tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden y regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también asegurando el principio de seguridad jurídica.[8]

En este sentido, en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe analizar, en cada caso concreto, si existe otro mecanismo judicial en el orden jurídico que permita ejercer la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logrando una efectiva e íntegra protección de los mismos.

Así lo sostuvo en sentencia T-235 de 2010, al indicar:

“Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aún existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela[9]”

Igualmente, este tribunal ha manifestado que cuando el accionante logra demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable procede la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección. “Así, por ejemplo, puede proceder la tutela a pesar de existir vías judiciales alternas cuando se ve afectado el mínimo vital del accionante o sus condiciones físicas permiten pensar que se encuentra en un especial estado de indefensión y de no intervenir de inmediato el juez constitucional se produciría un daño irremediable”[10].

Respecto de dicho mandato, ha manifestado este tribunal que no se trata de que el otro medio de defensa judicial sea puramente teórico. Por el contrario, lo que el Constituyente y el legislador quisieron en el momento de redactar la normatividad sobre la acción de tutela, fue precisamente lograr una protección efectiva de los derechos constitucionales

fundamentales de los individuos, entendiendo que ellos muchas veces son desconocidos, a pesar de que para cada uno está reservada en la legislación una forma de protección[11].

En lo relativo a la idoneidad y eficacia del instrumento judicial ordinario, esta corporación expresó en sentencia T-569 de 2011[12] que: “es deber del juez de tutela examinar si la controversia puesta a su consideración (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración.” Por consiguiente, “no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados.”

3.2. Acogiendo lo anterior esta corporación ha determinado que las acciones contencioso administrativas no protegen en igual grado que la tutela, los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de vinculación de servidores públicos, cuando ello se hace por concurso de méritos, ya que la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo.

Sobre el particular, en la sentencia T-425 de 2001 la Corte conoció un caso en el cual un accionante que se encontraba en el primer lugar de la lista de elegibles en un concurso para proveer el cargo de asesor, Código 1020, grado 08 en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no había accedido al cargo debido a la negativa de la entidad a nombrarlo. En dicha providencia se estableció que:

“En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades publicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto: 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.”

Sobre el particular, es decir sobre la procedencia de la acción de amparo para debatir decisiones acogidas dentro de un concurso de méritos, este tribunal ha manifestado que: “aún cuando los afectados con dichas determinaciones cuentan con las acciones contenciosas administrativas para cuestionar su legalidad, dichos mecanismos judiciales de defensa no son siempre idóneos y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados.” [13]

Al respecto observa esta corporación que la indemnización surgida de las acciones contenciosas, no puede actuar como una compensación de la violación del derecho fundamental, ya que: “lo que el ordenamiento constitucional postula en relación al acceso a la función pública es su vigencia, goce y efectividad en cabeza de su titular; dicho de otra manera, la compensación económica que eventualmente se reconocería no sería idónea para obtener la protección de las garantías constitucionales que ha sido vulneradas por la actuación de la administración[14]”.

Ahora bien, este tribunal resalta que mediante sentencias SU-133 de 1998 y SU-086 de 1999[15], esta corporación determinó:

“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.”

En idéntico sentido se pronunció la Corte Constitucional mediante la sentencia de unificación SU- 613 de 2002[16]:

“[...] existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos.”

Igualmente en la sentencia SU-913 de 2009[17] se determinó que:

“En materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”.

Como conclusión se destaca entonces que en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo. Por esta razón la tutela puede desplazar a las acciones contenciosas como medio de preservación de los derechos en juego.

4. El sistema de concurso de méritos como factor para la escogencia de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado.

4.1. Este tribunal ya ha tenido la oportunidad en sentencias T-329 de 2009, C-181 de 2010,

T-169 de 2011 y T- 170 de 2013, de delimitar, los derechos, naturaleza, régimen y deberes, que tienen los gerentes de las ESE a partir de la expedición de la Ley 1122 de 2007. A continuación se reiteraran varios de estos aspectos.

Para iniciar, se debe establecer que en concordancia con la sentencia C-181 de 2010[18] “las empresas sociales del estado (ESE) son una categoría especial de entidad descentralizada distinta a los establecimientos públicos, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas en el marco del sistema de salud con el objetivo de prestar servicios médicos de forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, especialmente a la población más vulnerable. Estas empresas forman parte de la Rama Ejecutiva, y del sector descentralizado por servicios.”[19]

Sobre el particular el artículo 194 de la ley 100 de 1993, establece:

“La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo”.

A su vez el artículo 195 de la misma ley indica que: “las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990”. Por su parte, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 señala que: “la planta de personal de las empresas sociales del estado está conformada por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción, según el caso”. El párrafo de este artículo dispone además que son trabajadores oficiales “quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales de las mismas instituciones”.

De estas disposiciones se deduce entonces “que por regla general, los servidores de las empresas sociales del estado son empleados públicos, pues son los únicos que pueden ocupar cargos de carrera o de libre nombramiento y remoción. Por excepción, los servidores encargados de desempeñar cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales son trabajadores oficiales”.[20]

No obstante, el Congreso, con la expedición de la Ley 1122 de 2007 modificó sustancialmente la forma de disponer dichos cargos, al establecer que el mérito es el principal criterio de acceso a la función pública, y al limitar la reelección de los gerentes de las ESE por una sola vez. Dicha disposición establece en su artículo 28 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.

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

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

Así las cosas, la institucionalización del periodo de gerencia de las ESE acarrea dos consecuencias. “En primer lugar, el concurso que se lleve a cabo debe respetar las reglas que han sido fijadas por la Constitución y la jurisprudencia de esta Corporación; en segundo lugar, la institucionalización del periodo implica que los gerentes designados no pueden ser removidos antes de la finalización del periodo, salvo que se presenten situaciones extraordinarias”[21].

Respecto del periodo de los gerentes de la ESE, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estableció que “todos los gerentes de las ESE tendrán periodos institucionales iguales de 4 años a partir del 7 de noviembre de 2010 (para lo nacional) y del 1 de abril de 2012 (para lo local). En cuanto a la reelección, sólo se permite una vez, bien sea a propuesta de la Junta Directiva de la entidad (siempre que el funcionario haya

cumplido los indicadores de gestión) o por concurso público de méritos” [22].

En concordancia con esta línea de pensamiento, para esta Sala es indispensable precisar que a partir de la vigencia de la Ley 1122 de 2007, los gerentes de las empresas sociales del estado pasaron a ocupar un carácter sui generis en la estructura estatal, ya que independientemente de que siguen siendo cargos de libre nombramiento y remoción, su designación depende de un concurso de méritos y, por tanto, los parámetros del mismo deben respetar los criterios básicos de la función pública y de la carrera administrativa.

4.2. Ahora bien, sobre el concurso de méritos como sistema escogido por el legislador para la selección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado, se debe establecer que este mandato es desarrollo expreso del precepto contenido en el artículo 125 de la Constitución. Que establece:

“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. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.”

El artículo 125 de la Constitución constituye uno de los pilares sobre los cuales se sustenta el acceso a la función pública. En efecto, dicha norma contiene una pluralidad de principios que la rigen, dentro de los cuales se destacan: (i) la generalidad que instituye los empleos en los órganos y entidades del Estado como de carrera; (ii) la consagración de tres excepciones constitucionales a este principio, los servidores de elección popular, los funcionarios de libre nombramiento y remoción y los trabajadores oficiales; (iii) el deber de adelantar un concurso público, cuando no exista en la Constitución o en la ley un sistema que determine la forma como deba hacerse la provisión de un empleo; (iv) la fórmula de la convocatoria, como criterio que determina y evalúa los méritos y calidades de los

aspirantes y por último (v) consagra el deber de garantizar el acceso a la función pública y la permanencia en el mismo, sin otras consideraciones distintas a las capacidades de los aspirantes.

Dando alcance a lo referido anteriormente, este tribunal considera que 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. Entre los fines de la misma se puede resaltar el de consagrar en beneficio de la colectividad sin ninguna discriminación el acceso y ascenso a la función pública”[23].

En este orden de ideas, es necesario señalar que los sistemas de ingreso basados en el mérito tienen como objeto garantizar la permanencia de los empleados y funcionarios en los cargos públicos del Estado y el acceso de los ciudadanos a la administración de acuerdo a sus cualidades, talentos y capacidades. Así mismo, constituye plena garantía que consolida el principio de igualdad, en la medida en que propende por eliminar las prácticas de acceso a la función pública basadas en criterios partidistas, los cuales han sido imperantes en nuestro país a lo largo de toda su historia.

Sin embargo, se debe destacar que no fue la Constitución de 1991 la institución jurídica que consagró la meritocracia en nuestro ordenamiento; por el contrario, el mencionado principio es considerado elemento esencial de las relaciones de acceso a la administración pública incluso desde el siglo pasado. Evidencia de esto es su consagración expresa en el plebiscito de 1957, “la cual fue la primera manifestación directa, tendiente a garantizar la estabilidad en los cargos públicos, con base en la experiencia, la eficiencia y la honestidad en el desempeño de los mismos”. [24]

Refiriéndose al régimen de carrera, esta corporación ha sosteniendo que su institucionalización e implementación, en los términos previstos por la Constitución Política y salvo las excepciones ya señaladas, tiene como finalidad que la administración pública cuente con servidores de las más altas calidades para enfrentar con éxito las responsabilidades que la Constitución y las leyes han confiado a las entidades del Estado[25]. Responsabilidades que exigen, para su adecuado cumplimiento, la aplicación de criterios que garanticen el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, como lo son

servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

En este sentido, la Corte Constitucional ha expresado en sentencia T-569 de 2011 que, en general, se deben surtir para el acceso a todos los cargos que se encuentran basados en el mérito las siguientes etapas: (i) La convocatoria: fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) Reclutamiento: En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) Aplicación de pruebas e instrumentos de selección: a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. Y por último (iv) la elaboración de lista de elegibles: en esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido.

Así entendido, el sistema de ingreso a la administración pública por concurso de méritos comporta, en realidad, un proceso técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto permiten garantizar que a los puestos de dirección del Estado accedan los mejores y más capaces funcionarios y empleados, rechazando aquellos factores de valoración que chocan con la esencia misma de la Carta del 91 como lo pueden ser el favoritismo y el nepotismo; criterios que, por lo demás, se contraponen a los nuevos roles del Estado e influyen negativamente en su proceso evolutivo de modernización, racionalización y optimización, implementados con el objetivo de avanzar en la prestación de un mejor servicio a la comunidad[26].

Así lo consideró la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia T-169 de 2011, en la cual determinó que:

“La provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la

satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa”.

En este sentido, la Corte ha indicado que las razones subjetivas de los nominadores -por ejemplo de índole moral- no pueden prevalecer sobre los resultados de los concursos de selección.[27] También ha rechazado los motivos secretos y reservados para descalificar a un candidato.[28] Ha reiterado que la pertenencia a un partido político como criterio de selección fue prohibida por el propio constituyente en el artículo 125 superior. Por último, ha entendido que el uso de criterios raciales, étnicos, de género, económicos, ideológicos, religiosos o de índole regional para la selección del personal del Estado constituye una forma de discriminación.[29]

En virtud de lo anterior las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme, salvo expresas excepciones legales. Es así como la Sentencia T-455 de 2000 señaló que aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido. Al respecto, indicó la Corporación:

“Consagra el artículo 83 C.P. que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que se adelanten ante ellas.

Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo y carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento.

En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo, designando para

el efecto a quien ocupó el primer lugar y, por sus méritos, se ha hecho acreedor a ocuparlo”.

A modo de conclusión podría establecerse que el concurso es el mecanismo idóneo para que el Estado, dentro de criterios de moralidad y objetividad califique el mérito y las capacidades de los distintos aspirantes a acceder a la función pública, con el fin de escoger entre estos al que mejor pueda desempeñarlo, alejándose de consideraciones individuales, o arbitrarias. La finalidad del artículo 125 de la Constitución consiste en últimas en que al cargo llegue el mejor de los concursantes, es decir, aquel que haya obtenido el más alto puntaje.

5. Las potestades del juez de tutela cuando evidencia irregularidades en el trámite de un concurso de méritos

5.1 El artículo 29 de la Constitución dispone que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Con fundamento en la citada norma, la jurisprudencia constitucional ha resaltado el vínculo existente entre este derecho y las garantías que deben regir las actuaciones de la administración. Concretamente, esta corporación ha expresado en la sentencia T-329 de 2009[30] que:

“El debido proceso administrativo es un derecho de rango fundamental que garantiza que cualquier actuación administrativa se someta a las normas y la jurisprudencia que regulan la aplicación de los principios constitucionales. Este derecho involucra todas las garantías propias, como son, entre otras, los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, el derecho de impugnación, y la garantía de publicidad de los actos de la Administración. Por lo tanto, el derecho al debido proceso administrativo no existe solamente para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla, y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación”

En concordancia con esta línea de pensamiento, en la sentencia C-980 de 2010 este tribunal determinó que:

“El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo a toda clase de

actuaciones judiciales y administrativas. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos”.

En este orden de ideas, es necesario señalar que una de las consecuencias que tiene la consagración expresa del debido proceso como un derecho de rango fundamental, es que todas las personas pueden acudir a la acción de tutela con el fin de que el juez constitucional conozca de la presunta vulneración, y de ser necesario ordene las medidas necesarias para garantizar su protección inmediata.

Sobre el particular, la Corte ha destacado desde sus primeras sentencias la relación existente entre la consagración de los derechos fundamentales y el deber de los jueces en sede de tutela de garantizar la eficacia normativa de la Constitución de 1991:

“Uno de los pilares del Estado social de derecho se encuentra en el concepto de derecho fundamental. Dos notas esenciales de este concepto lo demuestran. En primer lugar su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido sino se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar, y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas”.

(...)

Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido

como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales[31]”.

Así las cosas, el deber de protección de los derechos fundamentales exige al operador judicial tomar al momento de fallar una acción de amparo una serie de medidas tendientes a lograr que la protección sea efectiva. Entre las prevenciones que debe adoptar el juez de tutela cuando evidencia la transgresión de una garantía constitucional, está la de dictar una sentencia en la cual restablezca el derecho y se dispongan una serie de órdenes que garanticen el cumplimiento de las decisiones adoptadas.

Este tribunal ha aclarado que las órdenes que puede impartir un juez de tutela pueden ser de diverso tipo, ya que la decisión a adoptar tiene que ser suficiente y razonable para lograr que la situación de vulneración cese. En este sentido la sentencia T-418 de 2010 estableció que:

Entre las facultades que posee el juez para lograr la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, se encuentra la de dictar órdenes simples o complejas. Estas han sido definidas de la siguiente manera:

“el juez está llamado a tomar las medidas que se requieran para que, en realidad, la persona afectada pueda disfrutar de su derecho. Una sentencia de tutela no puede quedar escrita, tiene que materializarse en conductas positivas o negativas a favor de las personas cuyo derecho fue amparado. El remedio al que recurre un juez constitucional para salvaguardar un derecho, en ocasiones no supone órdenes simples, ejecutables en un breve término mediante una decisión única del destinatario de la orden, sino órdenes complejas.”[32]

En desarrollo de estas atribuciones el juez de tutela cuenta con diversas herramientas jurídicas para resolver un caso que requiere soluciones complejas, entre ellas se destacan: (i) la adopción de medidas cautelares en casos en los que se demuestre la existencia de perjuicio irremediable[33]; (ii) la realización de estudios en aquellas oportunidades en que no se cuenta con la información requerida para poder tomar la decisión;[34] (iii) la capacidad de ordenar la construcción o terminación de obras[35]; (iv) la potestad de ordenar el asesoramiento de los accionantes[36]; (v) suspender trámites

administrativos[37]; (vi) ordenar la creación de grupos de trabajo; (vii) conceder espacios de participación[38]; y (viii) decretar la suspensión de concursos de méritos.[39]

5.2. Sobre este último aspecto se debe destacar que de conformidad a la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela puede ordenar la suspensión de un concurso de méritos, ya sea como medida cautelar antes de adoptar una decisión de fondo, o por el contrario, puede decretar dicha interrupción como una orden definitiva en la sentencia.

En este sentido, la Corte ya ha tenido la oportunidad de delimitar el alcance de las facultades del juez de tutela cuando detecta una violación al debido proceso en el trámite de un concurso de méritos. Al respecto, en la sentencia T-286 de 1995, este tribunal falló un caso con los siguientes supuestos de hecho: (i) el accionante señalaba que había participado en un concurso de méritos cuya finalidad era acceder al cargo de docente en la Universidad Distrital Francisco José de Caldas; (ii) en el desarrollo de la convocatoria el tutelante se percató que se omitieron los términos de presentación y publicación de resultados; (iii) manifestaba que dicha omisión evitó que dichas decisiones pudiesen ser analizadas y, por consiguiente, controvertidas.

Así las cosas en dicha sentencia esta corporación concedió el amparo a los derechos fundamentales accionados aduciendo que:

“Dado que la carrera administrativa se basa única y exclusivamente en el mérito y la capacidad de los aspirantes, es deber de la administración escoger o seleccionar a aquellas personas que por su capacidad profesional y condiciones personales, son las que requiere el servicio público, pues la eficiencia y eficacia del mismo, dependerán de la idoneidad de quienes deben prestarlo. Para lograr los fines del concurso, los participantes y otras personas que eventualmente puedan tener un interés en sus resultados, tienen derecho a ejercer control sobre la forma como se ha desarrollado. Pero, este control sólo podrá ser ejercido en la medida en que la administración dé a la publicidad los resultados del mismo, y que dichos resultados puedan ser analizados y, por consiguiente, controvertidos.

(...)

Por regla general no pueden existir resultados ocultos. Y cuando esta situación se presenta, estamos en presencia de una forma de violación al debido proceso. Vale recordar

que el debido proceso se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, según el artículo 29 de la Constitución. Por consiguiente, se puede afirmar que la Universidad violó el mencionado derecho fundamental al actor, al no darle a conocer los resultados del concurso”.

Entre las órdenes que dictó la Corte en esa providencia se destaca la siguiente:

“Para garantizar el cumplimiento de lo que se ordena en esta sentencia, se solicitará a la Universidad suspender los trámites para una nueva convocatoria a concurso en el área de catastro.”

Así las cosas, en el evento en que para el caso concreto la única medida que pueda lograr el restablecimiento del derecho sea la orden de suspender el concurso, ésta deberá ser adoptada por el juez en ejercicio de sus potestades, ya que de permitirse continuar con un proceso viciado de ilegalidad, se consolidaría la vulneración de derechos, atentando así contra los postulados de orden superior.

Igualmente siguiendo ese mismo precedente la Corte en sentencia T-611 de 2010 confirmó las decisiones tomadas por los jueces de instancia, en un proceso en el que se había determinado que “la Junta Directiva de la E.S.E. Camu Santa Teresita de Lorica debía revocar y dejar sin efectos todo el trámite realizado dentro del proceso de convocatoria y selección del concurso de méritos para la escogencia del gerente de la ESE”. Por haberse presentado en el devenir del concurso una serie de irregularidades[40].

Entre los argumentos que llevaron a esta corporación a tomar dicha decisión se destacan los siguientes:

“si la provisión de cargos de libre nombramiento y remoción se adelanta siguiendo para ello criterios de selección objetiva, los respectivos concursos de méritos deberán ajustarse a los principios de igualdad de oportunidades y de respeto por el debido proceso administrativo. A decir verdad, la garantía del principio de igualdad de oportunidades en el acceso a cargos públicos dependerá de que se respeten los diversos principios (vgr. transparencia, publicidad, libre concurrencia, etc.), competencias, etapas y procedimientos que suelen regir los concursos públicos de méritos.

(...)

Durante el proceso de selección del gerente de la ESE CAMU Santa Teresita de Lórica se presentaron diversas irregularidades que constituyen claras violaciones al derecho al debido proceso administrativo y al derecho fundamental de acceso a cargos públicos”.

En concordancia con esta línea de pensamiento en el Auto 244 de 2009 la Corte ordenó en relación a la irregularidades detectadas en el concurso de Notarios adelantado por el Consejo Superior de la Carrera Notarial que: “se debe suspender de manera provisional y a partir del momento en el cual se comuniquen a dichas autoridades el presente auto, la reelaboración de listas para proveer los cargos de notarios y los nombramientos en el cargo de notario hasta tanto se profiera una decisión de fondo”. En dicho fallo se enfatizó que: “la medida se tomaba por la decisión, el Consejo Superior de la Carrera Notarial de reconstituir las listas de elegibles de los nodos de Bogotá y Chía, atendiendo entre otros criterios, el de reconocer puntaje únicamente a aquellas obras en derecho cuya autoría fue acreditada mediante el registro ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor, según fallos de tutela emitidos por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca –Sala Disciplinaria”.

Esta corporación tomó dicha decisión luego de advertir que:

“se requiere tomar medidas tendientes a evitar la vulneración del principio de igualdad, no sólo de los demandantes de las acciones de tutela de la referencia, sino como se ha dicho de todos los participantes e interesados en el concurso de notarios, pretende atender la urgencia derivada de las distintas ordenes y procesos judiciales en curso. Esto, en tanto el cumplimiento y adelantamiento de ello en las actuales circunstancias haría más gravosa la situación alrededor del concurso de notarios, por la ausencia de criterios unificados sobre la aplicación de las normas que lo implementaron”

Se debe destacar que la posibilidad de suspender en determinados casos las etapas de un concurso de méritos por medio de la acción de tutela no es una potestad exclusiva de la Corte Constitucional. Por el contrario el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, recientemente ha ordenado la suspensión de diversos concursos al evidenciar una serie de irregularidades que viciaban su legalidad. Téngase lo señalado por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en una de esas

providencias[41]:

“En este orden, teniendo en cuenta las particularidades del caso, que involucran el desarrollo de un proceso de selección de personal actualmente en curso y el desconocimiento de aspectos procedimentales que pueden afectar de manera grave su desarrollo, esta Sala de Decisión debe adoptar medidas inmediatas que permitan asegurar la eficacia de las ordenes que se impartan. Por esta razón, y también en consideración de las facultades legales que asisten a la CNSC para garantizar la transparencia, imparcialidad, objetividad e idoneidad de los procesos de selección (artículos 21 y 22 del Decreto 760 de 2005) y la especial pertinencia de la intervención del juez de tutela en las decisiones relacionadas con procesos de selección de personal, se ordenará la suspensión inmediata del proceso, su revisión oficiosa con miras a determinar si se puede continuar o si se debe dejar sin efectos y, en caso que se encuentre que se puede seguir adelante con él, se prescribirá la adopción de las medidas necesarias para garantizar que el mismo prosigue ajustado a Derecho.

Estas decisiones no tienen otro objetivo distinto que garantizar la corrección procedimental de las decisiones que se adoptan por la Administración en el marco del Concurso No. 128 de 2009. Su fundamento se encuentra, pues, tanto en el principio de legalidad que debe presidir la totalidad de las decisiones y actuaciones de las autoridades en un Estado de Derecho; como la preocupación por asegurar que el proceso de selección de personal en cita se surta con apego a las disposiciones que lo rigen.

Siendo éste su fundamento, no hay duda que la regularidad procesal del concurso constituye un requerimiento esencial para que éste pueda cumplir cabalmente con sus objetivos. Máxime cuando, conforme fue explicado en los fundamentos jurídicos 20 y 21 de esta providencia, se está frente a un régimen específico, para el cual el legislador ha definido unas reglas especiales en consideración a la singularidad de la función cumplida por el ente público titular del régimen establecido. No subsanar oportunamente eventuales defectos en su trámite solo podría comprometer en el futuro la validez de las decisiones que se adopten, con secuelas graves tanto para la Administración Pública y la comunidad, como para los particulares titulares de derechos fundamentales conculcados”.

Como conclusión de lo anteriormente visto, se evidencia que los jueces de tutela en

desarrollo de sus potestades deben adoptar las medidas que se requieran para que las personas que se consideren afectadas por las irregularidades detectadas en un concurso, puedan disfrutar de su derecho. Para ello pueden entre otras acciones, suspender la ejecución del mismo en la etapa en la que se encuentre, o en su defecto dejar sin efectos todo el trámite realizado.

6. Deber de todos los jueces de acatar las sentencias de tutela

Igualmente el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 establece lo siguiente: “proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora. En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”.

De estas disposiciones se deduce entonces que el diseño que adoptó el constituyente a la hora de implantar la acción de amparo en nuestro país, se estructuró fundamentalmente en dos aspectos: (i) la existencia de un recurso célere en donde la orden judicial fuese materializada en una sentencia de carácter vinculante y (ii) la convicción de que el fallo sería ejecutado a la menor brevedad posible, garantizando así el inmediato restablecimiento de las garantías vulneradas.

Ahora bien, debe destacarse que la decisión adoptada en el trámite de tutela independientemente de su carácter expedito, posee ciertos recursos que controlan su apego al ordenamiento jurídico. En este sentido el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 establece que: “dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato. Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión”.

Así las cosas se entiende que debido a la consagración expresa de recursos judiciales contra las órdenes adoptadas en el trámite de tutela, estos son fruto de un debido proceso en el que se debaten las especificidades del caso y se llega a la plena convicción de la responsabilidad de la administración o del particular en la vulneración del derecho fundamental.

De este modo, cuando la decisión queda ejecutoriada, las decisiones adoptadas se revisten de la garantía de cosa juzgada y por ende sus efectos son inmutables para las autoridades que fueron accionadas y para los demás jueces de la república. En este sentido la sentencia T-218 de 2012 manifestó:

“Los efectos de la cosa juzgada son básicamente dos; por una parte, los positivos, que conllevan la obligación del todo juez de reconocer y acatar la decisión anterior. Sin embargo, este efecto también puede ser analizado desde la perspectiva de la parte vencida, que deberá ajustar su comportamiento a la resolución del conflicto. Igualmente, en ocasiones, este deber cobija a todas las personas (efecto erga omnes). Por otra parte, están los efectos negativos, que implican el deber del Estado de abstenerse de efectuar nuevos pronunciamientos sobre conflictos ya solventados”.

Sobre los efectos de la cosa juzgada en materia de tutela, la Corte, en sentencia C-622 de 2007 expresó que: “en términos generales, la cosa juzgada hace referencia a los efectos jurídicos de las sentencias, en virtud de los cuales éstas adquieren carácter de inmutables, definitivas, vinculantes y coercitivas, de tal manera que sobre aquellos asuntos tratados y decididos en ellas, no resulta admisible plantear litigio alguno ni emitir un nuevo pronunciamiento”.

Cabe señalar igualmente que respecto a las órdenes emitidas en los fallos de tutela, éstas adquieren una vinculatoriedad explícita aún antes de alcanzar el estatus de cosa juzgada. En este sentido, la Corte Constitucional ya ha tenido la oportunidad de delimitar el alcance de dichas órdenes frente a las autoridades mientras se adelanta el correspondiente trámite de impugnación. Al respecto, en la sentencia SU-257 de 1997, este tribunal falló un caso con los siguientes supuestos de hecho: (i) el personero Municipal de Curillo (Caquetá) había instaurado una acción de tutela contra el comandante de la Décima Segunda Brigada del Ejército en razón a que por órdenes de esa autoridad se había obstruido la única vía que comunica a Florencia, impidiendo la entrada y salida de vehículos; (ii) el juez de primera instancia concedió la tutela y en consecuencia, ordenó levantar en su totalidad el taponamiento de la carretera; (iii) el comandante de la brigada al igual que varias autoridades se negaron a cumplir la orden asegurando que era ilegal; y (iv) en segunda instancia se revocó la orden en razón a que no se evidenciaba la vulneración de derechos.

En dicha providencia si bien esta corporación confirmó la sentencia proferida por el juez de segunda instancia, igualmente resaltó el deber de las autoridades de cumplir los fallos de tutela mientras estos no hayan sido revocados:

“La Corte se ve precisada a insistir en que las órdenes de los jueces son para cumplirlas y no para debatirlas ante los medios de comunicación, menos todavía si quienes lo hacen, por perentorio mandato constitucional (art. 219 C.P.), no son deliberantes. Ninguna autoridad pública pero menos todavía la que tiene prohibido deliberar, puede sustraerse al deber de acatar sin discusiones los fallos judiciales, y menos proclamar públicamente, como en este caso se hizo, que el juez, al fallar, está equivocado

(...)

Mientras las correspondientes providencias judiciales que confirmen o revoquen el fallo se producen, la autoridad o persona contra la cual se ha proferido una orden de amparo está obligada a su exacto y oportuno acatamiento, aunque discrepe de su sentido y fundamentos”.

Así las cosas en un Estado constitucional las órdenes emitidas en los fallos de tutela deben cumplirse de buena fe, circunstancia que garantiza el respeto íntegro de las órdenes contenidas en las providencias judiciales. Consecuencia natural de esto, es la imposibilidad de que la parte condenada, otros jueces, y terceros, entren a analizar la oportunidad y conveniencia de las mismas.

De tal suerte, esta corporación ha indicado que “el incumplimiento de los fallos judiciales, de una parte, atenta contra el principio de la buena fe porque quien acude ante un juez lo hace con el pleno convencimiento de que la decisión final será obedecida en su totalidad y en los términos establecidos, por la autoridad competente o el particular a quien corresponda y, de otra, viola los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada porque le resta legitimidad y efectividad a la orden dada por la autoridad competente”[42].

6.2. Con fundamento en lo anterior, es importante resaltar que los jueces como autoridades de la República deben acatar las sentencias de tutela, por lo cual les está vedado, en

principio, revocar o modificar las órdenes proferidas en otras actuaciones. En este sentido es importante destacar que de permitirse bajo figuras como la inoponibilidad, o peor aún, de admitirse la procedencia de la acción de amparo contra otras decisiones de igual naturaleza, se violarían principios como la seguridad jurídica y la cosa juzgada.

En este sentido esta corporación ha sostenido de manera reiterada que, no procede la acción de tutela encaminada a infirmar las decisiones adoptadas en una acción similar. Al respecto, en la Sentencia SU-1219 de 2001 este tribunal manifestó:

“En el caso de los fallos de tutela, el objeto principal y específico es precisamente la protección de los derechos fundamentales. Por lo cual en el proceso de tutela se aplica de manera directa la Constitución al análisis de las acciones u omisiones de autoridades públicas o de ciertos particulares. La principal característica de la acción de tutela, su rasgo definitorio, es su especificidad: la acción de tutela es un mecanismo cuya función esencial es asegurar el respeto y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales y, en ese sentido, su razón de ser específica es lograr la aplicación directa de los derechos constitucionales, no de las leyes, sin que ello signifique que las leyes sean irrelevantes en el análisis constitucional de cada caso concreto.

Ahora bien, los jueces de tutela también pueden incurrir en arbitrariedades inexcusables al proferir una sentencia de tutela, que sitúan su conducta en los extramuros del derecho. Frente a esta posibilidad la persona no debe quedar inerte. En este evento, el ordenamiento jurídico colombiano ha establecido un mecanismo de control para evitar la vulneración de los derechos fundamentales mediante sentencias de tutela, en nombre de la defensa de los mismos

El mecanismo constitucional diseñado para controlar las sentencias de tutela de los jueces constitucionales que conocen y deciden sobre las acciones de tutela, por decisión del propio Constituyente, es el de la revisión por parte de la Corte Constitucional. Ahora bien, la importancia de evitar que toda sentencia de tutela pueda impugnarse, a su vez, mediante una nueva tutela, con lo que la resolución del conflicto se prolongaría indefinidamente en desmedro tanto de la seguridad jurídica como del goce efectivo de los derechos fundamentales, radica en la necesidad de brindar una protección cierta, estable y oportuna a las personas cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados o amenazados”.

En virtud a lo anterior los jueces, en principio, están sometidos al cumplimiento de las órdenes adoptadas en un proceso de tutela como cualquier otra autoridad, y bajo este escenario, no pueden emplear figuras como la tutela contra tutela, o la inoponibilidad de las decisiones, para efectuar nuevos pronunciamientos sobre conflictos ya solventados.

En este orden de ideas, es necesario reiterar que esta corporación ha insistido que “el cumplimiento de las órdenes impartidas por jueces de tutela es imperativo, para todo servidor público, así como para toda persona, nacional o extranjera, dentro del territorio (arts. 4 y 6 de la Constitución).[43]”

Dando alcance a lo referido anteriormente, podría entenderse que la imposibilidad de emplear la acción de tutela para alterar órdenes expedidas en otra providencia de esa naturaleza, no es más que una regla derivada del propio artículo 86 de la Constitución, y de la correcta aplicación de los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada.

Conforme a los antecedentes descritos, en el presente asunto corresponde a la Sala determinar: (i) si la acción de tutela es procedente en los asuntos acumulados para lograr la protección de los derechos invocados debido a la inexistencia de otros mecanismos de defensa judicial materialmente idóneos; (ii) si es posible acceder a la gerencia de las ESE cuando el nombramiento es fruto de la vulneración al debido proceso administrativo y las garantías de los demás concursantes; (iii) si el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Decisión Penal tenía la facultad de declarar la inoponibilidad de un fallo de tutela expedido en otro proceso de igual naturaleza; (iv) y por último si la accionante Sixta Rosa Lozano fue diligente al emplear los recursos que el ordenamiento consagraba a su favor, o si por el contrario debe soportar debido a su negligencia y mala fe las consecuencias jurídicas que acarrearán las decisiones adoptadas.

8. Inexistencia de otros mecanismos de defensa judicial materialmente idóneos

8.1. En este orden de ideas, inicialmente la Sala debe analizar si existe una vía

materialmente idónea para que los accionantes puedan buscar la protección de sus derechos.

En el caso bajo estudio hay que señalar, en primer término, que la acción de tutela no es el

único medio de defensa judicial que poseen los peticionarios para la protección de sus derechos. Ciertamente, tanto la señora Sixta Rosa Lozano como Piedad de Jesús Manotas y otros, pueden acudir a los diferentes recursos que les ofrece la jurisdicción contenciosa administrativa. Y específicamente, las acciones contempladas en la ley 1437 de 2011. En consecuencia, la Sala advierte que inicialmente el presente caso no se enmarcaría dentro de los supuestos necesarios para la procedencia del amparo, debido a que los actores no acudieron a los medios judiciales existentes.

Sin embargo esta corporación tiene de presente que existe una clara línea jurisprudencial a “primera vista aplicable”[44] a supuestos similares a los de la señora Sixta Rosa Lozano Medina, (expediente T-3.894.472) según la cual, la acción de tutela es un mecanismo materialmente idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de conformidad con los resultados de los concursos de méritos.

Al respecto, este tribunal ha manifestado que:

“En armonía con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 y en relación con situaciones jurídicas referidas a la aplicación de la lista de elegibles y las correspondientes designaciones en empleos públicos, esta Corporación ha analizado las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo y ha establecido sus alcances en materia de restablecimiento de los derechos fundamentales de quien no es designado en el cargo al que aspira, y ha concluido que la acción de tutela se erige en un procedimiento eficaz con que cuenta el afectado, para que el nominador atienda el resultado del concurso y realice la designación atendiendo la conformación de la Lista de Elegibles, teniendo en cuenta que los mecanismos ordinarios no resultan lo suficientemente eficaces, en razón del tiempo que dura un proceso tramitado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo[45].”

Así las cosas, cuando el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Decisión Penal, determinó la procedencia de la acción de amparo presentada por la señora Lozano Medina (Expediente T-3.910.093) quedaba evidenciado que: (i) la accionante había encabezado la lista de elegibles en el respectivo concurso[46]; (ii) que a la fecha de la presentación de la tutela no había sido designada en el cargo al que aspiraba[47]; (iii) que los bienes jurídicos en juego no gozaban de una naturaleza exclusivamente legal, sino por el contrario eran derechos de rango constitucional[48] y por último (iv) que en el caso concreto las acciones contencioso

administrativas por su duración no garantizaban la protección de los derechos en juego, ya que los gerentes de las ESE poseen cargos cuya duración es definida por la ley, y en los cuales se aplica el periodo institucional del gobernador, (4 años) el cual supera con creces el tiempo que tarda un litigio en esa jurisdicción.

8.2. Igualmente en el caso de los accionantes Ligia Manotas Berdugo, Rafael Borge Salazar, Yamil Blell Cervantes y Gabriel Martínez Vélez (expediente T-3.910.093), la Corte considera que la decisión de haber suspendido mediante la acción de amparo el concurso de méritos adelantado por la ESAP estuvo acorde con la Constitución y el ordenamiento jurídico vigente. Esto en virtud de la probada irregularidad que viciaba la convocatoria, que se manifestaba en la falencia cometida al momento de publicitar la gerencia de la ESE, lo cual generó una afectación a los derechos de los accionantes.

En este sentido, esta Sala no comparte las afirmaciones realizadas por la ESAP, según la cual, la omisión de publicar la convocatoria por medios radiales de conformidad con el artículo 2º de la resolución número 165 de 2008, fue subsanada por la postulación de 49 aspirantes. Aseveraciones como las precedentes desconocen que la difusión de las actuaciones adelantadas por la administración son un eje fundante del Estado Social de Derecho.

Sobre este aspecto, la Sentencia C-957 de 1999[49] precisó que: el Estado de derecho se funda, entre otros principios, en el de la publicidad, el cual supone el conocimiento de los actos de los órganos y autoridades estatales, en consecuencia, implica para ellos desplegar una actividad efectiva para alcanzar dicho propósito; dado que, la certeza y seguridad jurídicas exigen que las personas puedan conocer, no sólo de la existencia y vigencia de los mandatos dictados por dichos órganos y autoridades estatales, sino, en especial, del contenido de las decisiones por ellos adoptadas.

Así las cosas, esta Sala no encuentra reproche en la decisión tomada por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sabanalarga, el cual determinó la procedencia de la tutela, específicamente si con dicha acción se aseguró el goce y vigencia de los derechos de los accionantes. En virtud de lo anterior, en el presente caso estima la Corte que con fundamento en el principio de efectividad de los derechos que consagra la Constitución, le correspondía al juez de instancia decidir sobre la protección de las garantías fundamentales,

en forma oportuna, mediante la adopción de medidas que aseguraran su goce y vigencia, evitando así causar con su inactividad un perjuicio irremediable.

Sobre el particular, en sentencia T-225 de 1993, la Corte Constitucional explicó los elementos que han de tenerse en cuenta para evaluar cuando se está en presencia de perjuicio irremediable. Estos son:

“ A)... inminente: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. (...)

“B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...)

“C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

“D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...)

En desarrollo de lo anterior, en el presente caso queda evidenciada la existencia real de un perjuicio que justifica las medidas adoptadas por los jueces de instancia, ya que de no haberse ordenado “dejar sin efecto todo el trámite realizado dentro del proceso de convocatoria y selección de la terna para el gerente de la ESE” se le hubiese causado un daño específico a los peticionarios consistente en la imposibilidad de participar en dicho concurso.

Así mismo, se destaca que las medidas adoptadas si eran urgentes, ya que debido a la proximidad de la consolidación de la terna era indispensable que se discutiera en el marco de un proceso judicial la legalidad de todas las actuaciones adelantadas por la Junta Directiva de la ESE y por la ESAP.

Igualmente, debido a la gravedad del perjuicio como uno de los criterios que habilitan la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, ya que los accionantes de no haber tenido la posibilidad de cuestionar la publicidad de la convocatoria, a través de un mecanismo expedito como la tutela, habrían tenido que soportar la afectación a sus derechos a la igualdad, al acceso a la función pública y al trabajo.

En este orden de ideas, la decisión de dejar sin efecto la totalidad del trámite realizado por la ESAP, fue empleada como un mecanismo tendiente a evitar una situación irreparable y así lograr la inclusión de un mayor número de participantes, los cuales habrían podido postularse a la convocatoria de no haberse cometido la referida omisión publicitaria. Por lo cual queda evidenciada la necesidad y urgencia de la medida.

Como consecuencia de lo expuesto, la Sala advierte la procedencia de las acciones de amparo, porque específicamente en el caso de la señora Sixta Lozano Medina “a primera vista” quedaba demostrado que la peticionaria no tenía a su alcance medios alternativos de defensa judicial idóneos y eficaces. Y en el caso de los accionantes Ligia Manotas Berdugo, Rafael Borge Salazar, Yamil Blell Cervantes y Gabriel Martínez Vélez se observa que la solicitud de dejar sin efecto la totalidad del trámite realizado, cumple con los requisitos establecidos por el principio de subsidiaridad y, además, está en plena armonía con el deber de los jueces de evitar un perjuicio irremediable a los derechos de los peticionarios.

9. Imposibilidad de acceder a la gerencia de la ESE cuando el nombramiento es fruto de la

vulneración al debido proceso administrativo y las garantías de los demás concursantes

Esta corporación ha manifestado que “uno de los elementos esenciales del debido proceso es el principio de publicidad. Los artículos 209 y 228 de la C.P., lo reconocen también como uno de los fundamentos de la función administrativa. La jurisprudencia ha considerado que este principio no es una mera formalidad, ya que consiste en dar a conocer, a través de publicaciones, comunicaciones o notificaciones, las actuaciones judiciales y administrativas a toda la comunidad, como garantía de transparencia y participación ciudadana, así como a las partes y terceros interesados en un determinado proceso para garantizar sus derechos de contradicción y defensa[50]”.

Así las cosas, el principio de publicidad de las actuaciones de la administración es una de las herramientas que emplean las autoridades para dar a conocer las decisiones proferidas por ellas, de manera que los interesados y la comunidad en general puedan tener información de las medidas que puedan llegar a concernirles, y de ser el caso, logren acceder a los derechos que de ellas surgen. Para esta Sala es indispensable destacar que la obligación de dar publicidad a los concursos de méritos adelantados por la administración, hace parte de las prerrogativas que estableció el legislador con el fin de garantizar que las personas interesadas en ingresar a la función pública tuviesen la capacidad de participar activamente en las diversas etapas de la convocatoria, y en consecuencia pudieran en igualdad de condiciones demostrar sus capacidades y talentos para acceder a determinados cargos.

Ahora bien, concretamente la resolución número 165 de 2008, es la disposición que debe aplicar la administración para garantizar la aplicación de “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”. [51]

En torno al deber de publicitar la convocatoria para acceder a la gerencia de las ESE dicha resolución establece en su artículo segundo lo siguiente:

“Una vez seleccionada la entidad que realizará el proceso, la Junta Directiva de la respectiva empresa invitará a los aspirantes interesados en participar en el mismo, a través de prensa escrita de amplia circulación nacional o regional. Igualmente, la invitación deberá

publicarse en el lugar de acceso al público de las Secretarías o Direcciones Seccionales de Salud del nivel departamental y municipal correspondientes y en la empresa social del Estado para la cual se realiza el proceso.

De dicha invitación se deberá informar a la comunidad mediante avisos radiales en una emisora de cubrimiento local o regional y estos deberán efectuarse por lo menos durante tres días con una periodicidad mínima de tres veces al día en horarios de alta audiencia.

Además de los anteriores medios de divulgación, las Juntas podrán utilizar otros medios de comunicación masiva tales como folletos, correo electrónico o páginas electrónicas de la Entidad e igualmente podrán publicarse en las páginas web del Ministerio de la Protección Social y del Departamento Administrativo de la Función Pública. La invitación deberá ser publicada como mínimo con diez (10) días hábiles de antelación a la fecha de iniciación de las inscripciones”.

En este sentido, la citada disposición instituye a grandes rasgos las siguientes garantías: (i) la obligación de invitar a los participantes a la convocatoria recae en la Junta Directiva de la respectiva ESE; (ii) el concurso debe ser publicitado a través de prensa escrita y avisos radiales; (iii) cuando se trate de comunicación escrita deberá realizarse en el lugar de acceso al público de las Secretarías o Direcciones Seccionales de Salud y (iv) en el caso de los avisos radiales estos deben efectuarse por lo menos durante tres días con una periodicidad mínima de tres veces en horarios de alta audiencia.

Respecto a las anteriores garantías el Juzgado Primero Promiscuo Municipal y Tercero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga (Expediente T- 3.910.093) emplearon como causal para amparar los derechos de los accionantes la evidente vulneración a las garantías constitucionales que surgen del derecho al debido proceso. En desarrollo de lo anterior, puntualmente el juez de primera instancia en la sentencia del 12 de octubre de 2012, determinó que: “se observa que no se dio cabal cumplimiento a las directrices trazadas en el artículo 2° de la resolución 165 de 2008, (...) el trámite adelantado para la selección del gerente de la ESE Hospital Departamental de Sabanalarga adolece de una irregularidad, en el sentido que la invitación para participar en el proceso y su publicación, no fue debidamente informado a la comunidad mediante aviso radial en una emisora de cubrimiento local o regional, siendo este requisito de imperativo cumplimiento, no

ciñéndose a la normatividad vigente”.

Igualmente el juez de segunda instancia confirmó la decisión del a-quo al demostrado que “la Junta Directiva de la ESE accionada, no dio cabal cumplimiento a las directrices trazadas en el artículo 2° de la resolución 165 de 2008 arriba trascrita; ya que se omitió por esta realizar la invitación a la comunidad para participar en el proceso y su publicación, no fue debidamente informada la misma mediante avisos radiales en una emisora de cubrimiento local o regional, siendo este requisito de imperativo cumplimiento, llevándose de contera la normatividad vigente”.

En este orden de ideas, este tribunal considera que está plenamente evidenciada la irregularidad que afectaba la totalidad de la convocatoria adelantada por la Junta Directiva de la ESE, ya que se incumplió con la debida publicidad que requería dársele al concurso adelantado. Sobre este aspecto la Corte no tiene otra opción que confirmar la decisión tomada por Juzgado Tercero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga, el cual dejó sin efecto todo el trámite realizado dentro del proceso de convocatoria y selección de la terna para el gerente del Hospital Departamental, por el desconocimiento de las directrices trazadas en el artículo 2° de la resolución 165 de 2008.

Ahora bien, esta Sala guardando coherencia con lo anteriormente expuesto debe resaltar que por las mismas razones que se confirman los fallos de instancia expedidos en el expediente T- 3.910.093, por iguales móviles deberá revocar la decisión tomada mediante providencia del 4 de marzo de 2013 por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Decisión Penal, (expediente T-3.894.472) la cual ordenó a la Junta Directiva de la ESE Hospital Departamental de Sabanalarga “nombrar a la ciudadana Sixta Lozano Medina en el cargo de Gerente.”

Esto debido a la imposibilidad de emplear la acción de tutela para subsanar la inobservancia de los principios que rigen la función pública, tales como el de planeación, publicidad y eficiencia. Así las cosas en el presente caso la señora Sixta Lozano Medina no puede acceder a la gerencia de la ESE en cuestión, en razón a fue demostrado que el proceso de selección adelantado vulneró el debido proceso administrativo y las garantías de los demás concursantes.

10. El Tribunal Superior de Barranquilla Sala de Decisión Penal, de acuerdo a la

jurisprudencia constitucional, no tiene la facultad de declarar inoponible un fallo de tutela de otra autoridad judicial.

De manera categórica la Corte Constitucional ha reconocido el deber de todos los jueces de acatar los parámetros jurisprudenciales establecidos por esta corporación. En este sentido la sentencia C-634 de 2011 determinó que:

“El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto- Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante”.

Como consecuencia de lo expuesto, para esta Sala es indispensable destacar que la Corte Constitucional, en cumplimiento de su función de garantizar la guarda y supremacía de la Constitución, ha determinado que las decisiones adoptadas en un trámite de tutela no pueden ser cuestionadas en otro proceso de igual naturaleza. Téngase lo señalado por esta corporación en la sentencia T-218 de 2012 en la que se indicó:

“en razón a la competencia de la Corte en relación con la revisión de los fallos de tutela, la acción tuitiva de derechos fundamentales no resulta procesalmente viable contra sentencias de tutela.

(...)

Incluso en casos en los cuales la misma parte demandante vencedora en una litis precedente, instaure una nueva acción de tutela que de alguna manera permita a la parte vencida en ese proceso anterior cuestionar aquella decisión, tales argumentos no serán procesalmente admisibles”.

Sobre la imposibilidad de discutir o modificar las órdenes adoptas en otras decisiones de tutela, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que:

“la acción de tutela de que trata el artículo 86 de la Constitución Política no procede contra sentencias judiciales dictadas en el curso de una actuación anterior de la misma especie, en vista de que, de llegar a admitirse tal posibilidad, se permitiría una espiral ilimitada de acciones de tal naturaleza en procura de discutir las determinaciones que deben cumplirse antes que someterse nuevamente a juicio de idéntica naturaleza, pues no puede soslayarse el hecho relevante que lo considerado son garantías superiores, al extremo que, si el debate se reinicia, tales derechos y su vigencia en cada caso particular resultarían atacados y erosionada en forma profunda la efectividad de la justicia, así como la seguridad jurídica que el fallo debe comportar[52]”.

En este orden de ideas, por regla general los jueces cuando detecten en el trámite de tutela, que la decisión a adoptar ya fue objeto de un pronunciamiento previo, tienen la obligación de respetar las decisiones adoptadas en dicha instancia, incluso si consideran que estas fueron erradas. Lo anterior sin perjuicio de que en casos excepcionalísimos, y en supuestos de colusión o fraude, adopten medidas positivas para garantizar la prevalencia del interés general.

En concordancia con esta línea de pensamiento, la Sala debe concluir que así el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Decisión Penal, discrepara de las decisiones adoptadas por los juzgados Primero Promiscuo Municipal y Tercero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga (Atlántico), éste no podía declarar la inoponibilidad de dichos fallos, ni mucho menos expedir otra orden totalmente contraria a la adoptada en dichas providencias.

En este sentido la Corte Constitucional en sentencia T-104 de 2007 determinó que la competencia para dictar órdenes sobre fallos de tutela en los cuales los jueces no participaron, recae única y exclusivamente en esta corporación, al respecto dicho fallo establece: “anular sin competencia para ello la decisión de tutela adoptada en el primer proceso, desconoce la cosa juzgada constitucional como la competencia exclusiva de la Corte en este campo”.

Dando alcance a lo referido, es indispensable aclarar que cuando se presenta una decisión de tutela en la que se han desconocido los alcances de otro fallo de tutela, la Corte tiene el deber seleccionar dicho proceso para su revisión y mediante una nueva providencia, aplicar el precedente sentado por esta corporación adoptando las medidas necesarias para la

protección efectiva de los derechos conculcados.

11. ¿La accionante Sixta Rosa Lozano debe soportar las consecuencias adversas que surgen de la decisión adoptada por el Juzgado Tercero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga?

11.1. La Constitución y el Decreto 2591 de 1991 imponen a los administrados la carga de actuar con transparencia y rectitud al momento de emplear todos los medios procesales que la ley ofrece para proteger y hacer efectivos sus derechos. En este sentido la conducta malintencionada, dolosa y temeraria de un sujeto procesal acarrea consecuencias jurídicas desfavorables para sus garantías fundamentales. Al respecto, la Corte ha sostenido en torno a la figura de la temeridad que:

“la temeridad busca que en el curso de una acción de tutela quienes intervengan como demandantes lo hagan con pulcritud y transparencia, resultando descalificada cualquier intención de engaño hacia la autoridad pública. Pese al carácter informal de la tutela, la misma está determinada por la imposibilidad de presentar la misma acción de amparo en varias oportunidades y ante distintos jueces o tribunales. Los límites impuestos por la normativa se justifican ya que buscan el buen funcionamiento de la administración de justicia, la salvaguarda de la cosa juzgada y del principio de seguridad jurídica, no siendo permitido el uso inescrupuloso o abusivo del exclusivo mecanismo constitucional so pena de las sanciones sustantivas y personales de cada caso concreto”.

En este orden de ideas queda demostrado del acervo probatorio allegado al trámite de tutela que el “1º de octubre de 2012”, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sabanalarga ordenó como medida provisional la suspensión de cualquier actividad por parte de la Junta Directiva en lo referente al nombramiento del gerente de la ESE. Dicha decisión fue igualmente notificada a la ESAP ese mismo día.

La escuela superior de aprendizaje el “2 de octubre de 2012” dio respuesta a las reclamaciones de las pruebas de conocimiento, y un día después, es decir el “3 de octubre de 2012” dicha institución desconociendo las órdenes proferidas por el juez de tutela, publicó la lista definitiva de candidatos a la terna.

Posteriormente el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sabanalarga, mediante sentencia del “12 de octubre de 2012”, resolvió dejar sin efecto todo el trámite realizado

dentro del proceso de convocatoria y selección de la terna para el gerente de la ESE.

Esta decisión hizo que la señora Sixta Rosa Lozano el día “18 de octubre de 2012” confiriera ante la Notaría Sexta de Barranquilla poder amplio y suficiente al doctor Alexander Enrique Llanos, para que este “impugnara el fallo que amparó los derechos fundamentales de los señores Ligia Manotas Berdugo, Rafael Borge Salazar, Yamil Blell Cervantes y Gabriel Martínez Vélez[53]”

Así mismo, dicha decisión fue comunicada por la escuela superior de aprendizaje a todos los participantes inscritos en la convocatoria a través de su página web el día “22 de octubre de 2012”[54].

Debido al paro judicial que afectó a la gran mayoría de despachos de nuestro país la sentencia de segunda instancia fue proferida por el Juzgado Tercero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga el día “29 de enero de 2013”.

Entre los aspectos de la sentencia proferida por el ad-quem se evidencia que el juez de instancia estudió y sopesó los argumentos de la señora Sixta Rosa Lozano. Específicamente la sentencia establece:

“en escrito de fecha 13 de diciembre de 2012, la señora Sixta Rosa Lozano Medina presenta escrito, manifiesta que lo hace en calidad de ganadora del concurso de méritos a ocupar el cargo de gerente de la Empresa Social del Estado – Hospital Departamental de Sabanalarga, solicitando a la vez la nulidad de lo actuado por no haber sido notificada al ser ganadora del concurso público de méritos, vulnerándose de esta manera el derecho de defensa [sic] [56]

(...)

vemos como ahora el doctor Alexander Llanos Buendía, quien manifiesta actuar como apoderado de la señora Sixta Lozano Medina, a pesar de allegar un poder en fotocopia, solicita la nulidad de la actuación, alegando que a ella se debió integrar como ganadora del concurso en cuestión, ya que es un tercero con interés, al respecto tenemos que manifestar, que al momento de presentarse la acción de tutela -28 de septiembre de 2012- el concurso no había finalizado, ni siquiera se habían conformado las listas definitivas, ya

que no se habían resuelto las reclamaciones presentadas contra los resultados obtenidos por los aspirantes en las pruebas de conocimientos, es decir aún no se podía hablar de expectativas legítimas o titulares de derechos adquiridos, porque – se reitera – no se habían conformado listas definitivas, razón por la cual no era procedente vincularla al presente trámite tutelar[57]”.

En este orden de ideas existe prueba de que durante el trámite de impugnación del fallo la accionante hizo uso de los recursos que contempla el ordenamiento jurídico a su favor, específicamente le informó al juez de segunda instancia su inconformidad con la decisión tomada y solicitó la nulidad del fallo.

En relación a este último aspecto llama la atención que la accionante haya presentado por intermedio de apoderado judicial otra acción de tutela el día “14 de diciembre de 2012”, omitiendo relacionar aspectos que ya eran de su pleno conocimiento.

Al respecto esta Sala considera que una debida lealtad procesal con la administración de justicia y con la contraparte, exigía como mínimo que la señora Sixta Rosa Lozano informara al Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla de los aspectos que conocía. Sobre este punto la Corte Constitucional en sentencia T-169 de 2011 determinó:

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

En virtud de lo anterior la Sala destaca que, así la señora Sixta Rosa Lozano no compartiera

la decisión proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sabanalarga, esta no podía presentar otra acción de tutela contra el Gobernador del Atlántico, la Junta Directiva del Hospital Departamental de Sabanalarga y la Escuela Superior de Administración Pública solicitando la expedición del acto administrativo que permitiera su nombramiento.

Incluso a modo de ejemplo podría considerarse que si la accionante consideraba que estaba ante un evento de denegación de justicia, la jurisprudencia constitucional la autorizaba a emplear la acción de tutela para solicitar la protección frente los jueces de instancia que no se percataron de la irregularidad,[58] mas no para accionar a las autoridades que realizaron el concurso de méritos.

11.2. Igualmente la Corte desconoce las afirmaciones realizadas por la señora Sixta Rosa Lozano, en el entendido que “se le reconozca su nombramiento como gerente de la ESE, por haber ocupado el primer lugar en el concurso de méritos”. Más aún, si como se manifestó con anterioridad la primera medida adoptada por el juez fue suspender el concurso antes de que se conformaran las listas definitivas, por lo cual no se podía hablar de ganadores ni mucho menos de expectativas legítimas o titulares de derechos adquiridos.

Así las cosas en el presente caso la señora Sixta Rosa Lozano debe soportar las consecuencias adversas que surgen de la falta de lealtad procesal con las autoridades que conocieron de su acción de tutela, y en consecuencia debe soportar las consecuencias adversas que surgen de la decisión adoptada por el Juzgado Tercero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga.

Por las anteriores consideraciones la Corte confirmará en su integridad las decisiones adoptadas por los juzgados Primero Promiscuo Municipal y Tercero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga, y en su lugar revocará la orden proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Decisión Penal la cual ordenó a la Junta Directiva de la ESE y al Gobernador del Atlántico, nombrar a la ciudadana Sixta Lozano Medina en el cargo de Gerente.

RESUELVE:

SEGUNDO.- CONFIRMAR el fallo proferido el veintinueve (29) de enero de 2013, por el Juzgado Tercero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga (Exp 3.910.093), por las razones

expuestas en esta providencia.

TERCERO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese, insértese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Se debe aclarar que si bien el expediente T-3.894.472 fue radicado antes que el proceso T- 3.910.093, por cuestiones metodológicas y con el fin de lograr una mayor comprensión de los hechos, se expondrán cronológicamente, independientemente del orden en el que hayan llegado a esta corporación.

[2] La norma dispone lo siguiente: “una vez seleccionada la entidad que realizará el proceso, la Junta Directiva de la respectiva empresa invitará a los aspirantes interesados en participar en el mismo, a través de prensa escrita de amplia circulación nacional o regional. Igualmente, la invitación deberá publicarse en el lugar de acceso al público de las Secretarías o Direcciones Seccionales de Salud del nivel departamental y municipal correspondientes y en la empresa social del Estado para la cual se realiza el proceso. De dicha invitación se deberá informar a la comunidad mediante avisos radiales en una

emisora de cubrimiento local o regional y estos deberán efectuarse por lo menos durante tres días con una periodicidad mínima de tres veces al día en horarios de alta audiencia. Además de los anteriores medios de divulgación, las Juntas podrán utilizar otros medios de comunicación masiva tales como folletos, correo electrónico o páginas electrónicas de la Entidad e igualmente podrán publicarse en las páginas web del Ministerio de la Protección Social y del Departamento Administrativo de la Función Pública. La invitación deberá ser publicada como mínimo con diez (10) días hábiles de antelación a la fecha de iniciación de las inscripciones”.

[3] Folio 199, cuaderno 1, expediente T-3.910.093

[4] El señor Gabriel Martínez Vélez en el escrito presentado ante el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla asegura tener esa calidad sin expresar las razones (Expediente T-3.894.472 folio 75)

[5] Este tribunal tuvo conocimiento a través de las pruebas obrantes en el proceso, que la Junta Directiva del Hospital Departamental de Sabanalarga en cumplimiento de la orden emitida por el Juzgado Tercero Promiscuo del Circuito de ese mismo municipio (Expediente T- 3.910.093), celebró un nuevo contrato con la Corporación Universitaria de Colombia, (Ideas), con el fin de que esta institución adelantara un nuevo concurso de méritos para escoger al gerente de la ESE.

[7] La presente reiteración de jurisprudencia es aplicable a supuestos similares a los analizados en el expediente T- 3.910.093.

[8] Sentencia T-487 de 2011.

[9] Sentencias T-225 de 1993 y SU-544 de 2001.

[10] Sentencia T-145 de 2011.

[11] Sentencia T-388 de 1998.

[12] En la sentencia de referencia la Corte conoció un caso en el cual el accionante había ocupado el puesto once dentro de la listado expedido por la CNSC para proveer igual número de empleos de carrera, sin embargo debido a una interpretación errada del

inexequible Acto Legislativo 01 de 2008, la Comisión solamente ofertó siete.

[13] Sentencia T-569 de 2011.

[14] Sentencia T-256 de 1995.

[15] En las mencionadas providencias la Sala Plena de la Corte Constitucional estudió supuestos en los que los accionantes manifestaban la vulneración al acceso a la función pública debido a la modificación e incumplimiento en el orden de elegibles del concurso.

[16] En la sentencia de referencia la Sala Plena de esta corporación conoció de un asunto en el cual un aspirante que había ocupado el primer puesto en un concurso para la carrera judicial no había sido posesionado en el cargo por el Consejo Superior de la Judicatura, alegando su poder discrecional para seleccionar a cualquiera de la terna.

[17] En la sentencia de referencia la Sala Plena de esta corporación conoció de varios casos en los cuales los accionantes que se presentaron a un concurso para la elección de notarios solicitaban a la Corte unificar los criterios de calificación para evitar así la vulneración sistemática de sus derechos fundamentales.

[18] En la sentencia de referencia la Sala Plena de esta corporación conoció de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 28 (parcial) de la Ley 1122 de 2007, específicamente sobre las expresiones “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente”.

[19] Artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

[20] Sentencia C-181 de 2010.

[21] Ibídem.

[22] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 2 de febrero de 2012. Rad. 2088.

[23] Sentencia T-344 de 2000.

[24] Sentencia C-194 de 1995.

[25] Sentencias C-479 de 1992, C-195 de 1994, y C-1079 de 2002.

[26] Sentencia C-1230 de 1995.

[27] Sentencia SU-086 del 17 de febrero de 1999.

[28] Ibídem.

[29] Ibídem.

[30] En el asunto de referencia esta corporación conoció de una tutela presentada por una persona que había ocupado el primer puesto en un concurso de méritos, cuyo fin era integrar la terna para la escogencia del gerente de una ESE. En dicho fallo el gobernador había escogido a una persona con un puntaje de calificación más bajo que el obtenido por el accionante.

[32] Sentencia T-086 de 2003.

[33] Auto 244 de 2009.

[34] Sentencia T-1104 de 2005.

[35] Sentencia T-081 de 2013.

[36] Sentencia T-091 de 2010.

[37] Sentencia T-974 de 2009.

[38] Sentencia T-140 de 1995.

[39] Sentencia T-286 de 1995.

[40] Entre las irregularidades se destacan: “(i) la Universidad que adelantó el concurso no estaba acreditada para realizarlo; (ii) la Junta Directiva de la ESE no estableció el cronograma e invitaciones de conformidad como lo establece el decreto 800 del 2008 y la resolución 165 del mismo año; (iii) y por último la Universidad alteró la fecha y lugar de las

pruebas sin previo aviso”.

[41] Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, Bogotá, D. C., Trece (13) De Diciembre De Dos Mil Doce (2012) , Radicación Número: 25000-23-42-000-2012-00492-01(Ac).

[42] A-179 de 2008.

[43] Sentencia SU-257 de 1997.

[44] Se emplea la terminología “a primera vista aplicable”, para resaltar como en supuestos en donde se niegan a los ganadores de la convocatoria sin justificación alguna el acceso a la función pública es procedente la tutela. Sin embrago en el asunto específico de la accionante Sixta Rosa Lozano Medina, la Corte en el acápite número (11) de la presente sentencia establecerá como la mala fe de la peticionaria indujo al juez de segunda instancia a cometer un error al momento de valorar las cuestiones de admisibilidad de la acción de tutela.

[45] Sentencia T-294 de 2011.

[46] Expediente T-3.910.093, Folio 21, cuaderno 1.

[47] Expediente T-3.910.093, Folio 5, cuaderno 1.

[48] La accionante pretende mediante la interposición de la acción de tutela la protección a sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, a la libre escogencia de profesión y oficio, así como al mínimo vital.

[49] En la sentencia de referencia la Corte conoció de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8º de la Ley 57 de 1985, “Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales”.

[50] Sentencia C-957 de 1999.

[51] La anterior disposición fue expedida por el Director del Departamento Administrativo

de la Función Pública, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 5° del Decreto 800 de 2008.

[52] Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil, M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez. Bogotá D.C, veinticinco (25) de junio de dos mil trece (2013), Ref. exp. 1100102030002013-01262-00.

[53] Folio 190, cuaderno 1, expediente T-3.910.093

[55] Folio 199, cuaderno 1, expediente T-3.910.093.

[56] Folio 227, cuaderno 1, expediente T-3.910.093.

[57] Folio 234, cuaderno 1, expediente T-3.910.093.

[58] En este sentido la Corte en sentencia T-169 de 2011 determinó: “se puede válidamente pedir mediante nueva tutela que se determine que se violó el debido proceso y por ende se dé la orden de nulidad para que se trámite la inicial tutela debidamente”