

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

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

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

El principio del mérito como criterio rector del acceso a la función pública se manifiesta principalmente en la creación de sistemas de carrera y en la provisión de los empleos de las entidades estatales mediante la realización de concursos públicos. Los concursos públicos tienen la finalidad de determinar la idoneidad, la capacidad y la potencialidad de los aspirantes a ocupar un cargo desde el punto de vista de la categoría del empleo y de las necesidades del servicio. En este sentido, las etapas y pruebas de una convocatoria deben dirigirse a identificar las destrezas, aptitudes, experiencia, idoneidad, suficiencia, entre otras cualidades, calidades, competencias y capacidades de los candidatos. Una vez estas habilidades han sido calificadas de manera objetiva, sólo aquél con mayor mérito debe ser designado en el respectivo cargo, con exclusión de los demás concursantes.

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

La exigencia de conformación de una terna en los procesos de designación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado guarda relación con la necesidad de garantizar la continuidad del servicio y promover la eficiencia y eficacia de la función pública, mediante la creación de una lista de personas calificadas que puedan desempeñar el empleo ante la imposibilidad de nombrar a quien obtuvo la calificación más alta. Dicha exigencia, no puede ser, sin embargo, una razón para desconocer el mérito, pues ningún sentido tendría adelantar una competencia para favorecer a otro que no sea el primero.

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE CONCURSO DE MERITOS PARA ELECCION DE GERENTE

DE HOSPITAL-Improcedencia por cuanto a la accionante le fue garantizada su efectiva participación en el proceso de selección

Las entidades implicadas en la realización de un concurso de méritos adelantado para dotar el cargo de Gerente de una Empresa Social del Estado vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de quien logra un puntaje aprobatorio superior pero no es designado en el empleo por imposibilidad de conformarse una terna, cuando no efectúan una labor de armonización entre el principio del mérito, materializado en el hecho de reconocer que quien superó satisfactoriamente las diferentes etapas convocadas para un concurso cuenta con un revestimiento de especial protección a la hora de ocupar el empleo, y la garantía de integrar una terna que redunde en la necesidad de asegurar la continuidad del servicio y promover la eficiencia y eficacia de la función pública. En estos eventos, es deber de las autoridades involucradas efectuar un ejercicio de ponderación, que consiste en adelantar una nueva convocatoria en la que se respete, a plenitud, la participación de quienes intervinieron en la primera competencia de selección logrando puntajes aprobatorios.

Referencia: Expediente T-6177660

Acción de tutela presentada por Claudia Patricia Gómez Ovalle, por conducto de apoderado judicial, contra la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. de Chimichagua, Cesar; la Alcaldía de Chimichagua, Cesar; la Gobernación del Cesar, y la Secretaría de Salud del Departamento del Cesar

Magistrada Ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., tres (3) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Diana Fajardo Rivera, Carlos Bernal Pulido y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo dictado, en primera instancia, por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, Cesar, el 3 de noviembre de 2016; y, en segunda instancia, por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Cesar, el 7 de diciembre de 2016, dentro de la acción de tutela promovida por Claudia Patricia Gómez Ovalle contra la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. de Chimichagua, Cesar; la Alcaldía de Chimichagua, Cesar; la Gobernación del Cesar y la Secretaría de Salud del Departamento del Cesar.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por medio de auto del 16 de junio de 2017, proferido por la Sala de Selección Número Seis.

I. ANTECEDENTES

La señora Claudia Patricia Gómez Ovalle presentó acción de tutela contra la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. de Chimichagua, Cesar; la Alcaldía de Chimichagua; la Gobernación del Cesar, y la Secretaria de Salud del Departamento con el propósito de que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos. Estas garantías básicas las considera vulneradas porque, pese a haber superado las etapas del concurso de méritos y ocupado el primer lugar, no ha sido nombrada en el cargo de Gerente de la E.S.E. mencionada, pues las entidades involucradas argumentan que no ha sido posible conformar una terna de elegibles dado que solo dos personas obtuvieron un puntaje superior al mínimo exigido, esto es, igual o mayor a 70 puntos.

La accionante fundamentó su solicitud de tutela en los siguientes hechos:

1. Hechos

1.1. Mediante Acuerdo 003 del 7 de marzo de 2016, la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. de Chimichagua seleccionó a la Universidad de Pamplona, Norte de Santander, para adelantar el concurso de méritos tendiente a proveer el cargo de Gerente de la Empresa Social, para el periodo 2016-20201. Para tal efecto se dio apertura a

la convocatoria 004 del 3 de junio de 2016, a la que se presentó la accionante superando los requisitos mínimos de inscripción².

1.2. El 21 de septiembre de 2016, tras surtirse las distintas etapas del concurso, la institución educativa convocante publicó los resultados definitivos obtenidos por los participantes. La señora Claudia Patricia Gómez Ovalle ocupó el primer lugar de la lista de elegibles con un puntaje de 77.50, seguida de los ciudadanos Dalma Ospino Pérez y César Alberto Suárez Medina, quienes obtuvieron una calificación de 73.30 y 68.47, respectivamente³. Con estos tres candidatos se integraría la terna de designación correspondiente por representar los puntajes más altos.

1.3. El 7 de octubre de 2016, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011 y el artículo 12 del Decreto 2993 de 2011, la peticionaria solicitó ante la Gerente ad hoc del Hospital⁴ que convocará a una sesión de los miembros de la Junta Directiva con el fin de considerar la conformación de la terna con los concursantes que habían obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. En atención a dichas normas, el nominador debía designar en el cargo de Gerente a quien hubiere alcanzado el más alto puntaje, dentro de los 15 días calendario siguientes a la finalización del trámite de elección⁵.

1.4. El 10 de octubre de 2016, al no obtener respuesta, la tutelante reiteró el pedimento ante los miembros de la Junta Directiva del Hospital y la Alcaldesa Municipal de Chimichagua⁶ advirtiéndole que “es un deber de inexcusable cumplimiento de la señora Alcaldesa de designar Gerente del Hospital a quien haya ocupado el primer lugar del concurso por haber obtenido el puntaje más alto”⁷. Por ello, solicitó “se sirva designarme como Gerente del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. de Chimichagua, Cesar, dentro de los 15 días calendario siguientes a la finalización del proceso de selección”⁸.

1.5. Ante la renuencia de proceder a su nombramiento en el cargo público ofertado, el 12 de octubre siguiente la accionante incoó una nueva petición ante el Hospital, pretendiendo que le fueran informados “los motivos que ha tenido la Gerente Ad Hoc del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. de Chimichagua, Cesar para omitir su deber legal de convocar a los miembros de la Junta Directiva [del Hospital], a reunión o sesión extraordinaria a efectos de integrar la terna que será enviada a la Alcaldesa que permita escoger la Gerente”⁹. Frente a

este requerimiento no se brindó respuesta alguna.

1.6. Los días 18 y 19 de octubre de 2016, a través del medio de comunicación radial La Voz del Higuerón¹⁰ de Chimichagua, se anunció que la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. consideraba la declaración de desierto del concurso de méritos en razón a la imposibilidad de conformar la terna, pues solo dos de los tres aspirantes que integraban la lista habían obtenido un puntaje ponderado superior a 70 puntos, conforme lo señalado en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007¹¹.

1.7. Con fundamento en lo anterior, la accionante presentó acción de tutela advirtiendo que es titular de un derecho adquirido “por haber superado con éxitos las diferentes etapas del concurso de méritos para la conformación de la lista de elegibles, terna y designación como Gerente del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. de Chimichagua, Cesar periodo 2016-2020, por haber ocupado el primer puesto, según los resultados publicados por la Universidad de Pamplona”¹².

2. Respuesta de las entidades accionadas y de la vinculada de oficio

2.1. Una vez se avocó el conocimiento de la presente acción de tutela por parte del Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, Cesar, el 21 de octubre de 2016, el Despacho ordenó notificar a las entidades accionadas para que ejercieran el derecho de defensa y contradicción y dispuso la vinculación de la Universidad de Pamplona, Norte de Santander, quien debía allegar al proceso copia de la actuación administrativa del concurso de méritos adelantado para proveer el cargo de Gerente del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. de Chimichagua¹³.

Igualmente, (i) les solicitó a la Alcaldía Municipal de Chimichagua y a la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. de Chimichagua que informaran sobre la eventual designación de algún ciudadano distinto a la actora como Gerente de la Empresa Social, que hubiese superado las etapas del concurso y (ii) ofició al referido Hospital para que remitiera al trámite de tutela los documentos suscritos para la realización del concurso de méritos, a saber, los acuerdos de la Junta Directiva, las actas de reuniones, los oficios enviados, las publicaciones, etc.

Finalmente, accedió a la solicitud de medida provisional incoada por la accionante a fin de

evitar que se concretará la vulneración de los derechos fundamentales invocados. En consecuencia, le ordenó a la Alcaldesa Municipal de Chimichagua, Cesar, abstenerse de realizar cualquier nombramiento en el cargo de Gerente del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. hasta tanto se dictara sentencia dentro del curso de la acción constitucional presentada¹⁴.

2.2. La Gobernación del Cesar dio contestación al requerimiento judicial invocando su falta de legitimación en la causa por pasiva y en consecuencia la desvinculación del trámite de tutela¹⁵. En criterio de la entidad es la Alcaldía Municipal de Chimichagua, Cesar, la competente para proceder a la designación de la accionante como Gerente del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E., por corresponder a su ámbito funcional.

2.3. La Secretaría de Salud del Departamento del Cesar se pronunció sobre los hechos materia de discusión, solicitando la desvinculación del trámite adelantado ante la ausencia de violación a los derechos fundamentales de la actora¹⁶. En su opinión, ni el Gobernador del Departamento ni la Secretaría de Salud Departamental hacen parte de la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E.; luego, no tienen injerencia alguna en el nombramiento de la peticionaria como Gerente de la Empresa Social. Agregó que no ha sido informada de ninguna irregularidad presentada en el proceso de elección pues, incluso, la Gerente ad hoc del citado Hospital le informó, mediante comunicación del 18 de octubre de 2016, que “la universidad pamplona notificó el nombre de dos personas que sobrepasaron los 70 puntos exigidos por la norma, el día miércoles 19 de septiembre se reúne la junta directiva para tratar el tema de nombramiento de gerente”¹⁷.

2.4. La Universidad de Pamplona, Norte de Santander, por conducto de la Gerente General del Concurso de Méritos¹⁸ solicitó que se declarará la improcedencia del amparo, aduciendo la inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales invocados por parte de la entidad¹⁹. Explicó que la tutelante fue calificada en el primer lugar con un puntaje de 77.50, siendo obligación de la Junta Directiva del Hospital proceder a su nombramiento en el cargo público ofertado y no de la institución educativa convocante. Sobre esta premisa, aclaró que “de acuerdo a la normativa, sí es posible el nombramiento a pesar de que no se haya conformado la terna, toda vez que la aspirante superó el mérito necesario para acceder al cargo”²⁰.

2.5. La Alcaldía Municipal de Chimichagua requirió que se declarara la improcedencia del amparo aduciendo la inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales invocados por parte del ente territorial²¹. Para sustentar esta postura, señaló que la lista de elegibles para proveer el cargo de Gerente del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. fue únicamente integrada por las ciudadanas Claudia Patricia Gómez Ovalle y Dalma Ospino Pérez, por cuanto el señor César Alberto Suárez Medina obtuvo una calificación menor a 70 puntos, situación que, conforme a las normas aplicables al concurso -Resolución 165 de 2008 y Convocatoria 004 de 2016-, le impidió hacer parte del listado definitivo de admitidos entregado a la Junta Directiva del Hospital para la conformación de la terna. Advirtió que, atendiendo a los resultados finales, no fue posible la integración de una terna y dado que su constitución es obligatoria a efectos de proceder al nombramiento de personas en empleos públicos, según lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016²² y el Decreto 1427 de la misma anualidad²³, la convocatoria tuvo que declararse desierta y en consecuencia la accionante, pese a ocupar el primer lugar dentro del concurso, no pudo ser designada en el cargo para el cual participó.

Precisó que ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Chimichagua, Cesar, se presentaron 2 acciones de tutela por Yiddis Nayara Calle Romero y Leonardo Fabio Becerra Cuello contra la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E., en la cuales se discutió “la nulidad de todo el proceso concursal de mérito realizado por la Universidad de Pamplona”²⁴, por ausencia de publicidad del mismo. Mediante auto del 24 de octubre de 2016 se dispuso, en ambos procesos, “decretar la suspensión provisional del [concurso] de mérito público y abierto realizado por la Universidad de Pamplona, para conformar la lista de elegibles al cargo de Gerente de la ESE Hospital Inmaculada Concepción de Chimichagua, Cesar”²⁵, razón por la cual, a la fecha, la Junta Directiva del Hospital no se ha reunido para deliberar sobre la eventual conformación de una terna para la designación del nuevo Gerente²⁶.

2.6. La Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. de Chimichagua guardó silencio, pese a la solicitud judicial.

3. Decisiones que se revisan

3.1. Decisión del juez de tutela de primera instancia

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, mediante fallo del

3 de noviembre de 2016, concedió el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora Claudia Patricia Gómez Ovalle y le ordenó a la Alcaldía Municipal de Chimichagua, Cesar, designarla y posesionarla, en un término de 48 horas, como Gerente del Hospital Inmaculada Concepción.

A juicio del Despacho, en el caso concreto debían analizarse dos situaciones jurídicas. La primera relativa a lo dispuesto en la Ley 1797 de 2016 y el Decreto 1427 del mismo año, que eliminaron la figura del concurso de méritos para proveer el cargo de Gerente de una Empresa Social, disponiendo su “nombramiento directo” cuando las convocatorias en trámite han sido declaradas desiertas o no ha sido posible la conformación de una terna. Y la segunda relacionada con el hecho de que la actora fue calificada en el primer lugar del listado de elegibles tras superar satisfactoriamente las distintas etapas del concurso.

Para la autoridad judicial, si bien al momento de presentarse la solicitud de amparo no se había cumplido con el término de 15 días que prevé la ley para la designación del Gerente, teniendo en cuenta que sólo hasta el 11 de octubre de 2016 la Universidad de Pamplona oficializó los resultados finales, “de acuerdo a la contestación de la acción de tutela, [podía concluirse] que la Alcaldía de Chimichagua no [iba], a proceder a nombrar de la lista conformada por la [institución educativa], por cuanto los concursantes que superaron las pruebas no [resultaban], suficientes para la conformación de la terna”²⁷. De esta forma, “se estaría utilizando la no conformación de la terna, como un pretexto para la negación del mérito, el cual constituye un principio de rango constitucional, superior a la Ley 1797 y al Decreto 1427 de 2016”²⁸.

La anterior determinación fue impugnada por el ente municipal, mediante escrito del 10 de noviembre de 2016, solicitando revocar la decisión de primera instancia por fundarse en hechos carentes de respaldo probatorio²⁹. Sostuvo que al momento de presentación de la solicitud constitucional -20 de octubre de 2016- no existía la obligación de proceder a la conformación de una eventual terna y posterior designación de Gerente del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E., toda vez que el término de 15 días calendario establecido legalmente para proceder con lo anterior inició formalmente el 21 de octubre de 2016, una vez se levantó una medida preventiva de suspensión provisional del concurso público de méritos ordenada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Chimichagua, Cesar, mediante auto del 10 de octubre de la misma anualidad³⁰. En este contexto, no era posible hablar de la

existencia de un derecho adquirido a ejercer un cargo público o de una violación latente a garantías fundamentales de la peticionaria.

Advirtió que, contrario a lo indicado por la actora, “no existe constancia documental que acredite que la emisora La Voz del Higuerón haya anunciado que la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Inmaculada Concepción declarararía desierto el concurso de mérito [pues las autoridades judiciales accionadas], solo se limitaron a ordenar un estudio jurídico dentro de los términos de ley, sobre las actuaciones surtidas y las nuevas disposiciones legales y reglamentarias vigentes que regulan los actos administrativos para la designación de gerente de una Empresa Social del Estado”³¹. Por ello, al momento de dictarse la providencia de primera instancia, no se había adoptado decisión alguna acerca del nombramiento de Gerente del Hospital ya que, incluso, se estaba a la espera de que se profirieran los fallos de tutela dentro de las acciones de amparo incoadas por Yiddis Nayara Calle Romero y Leonardo Fabio Becerra Cuello contra la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E.

Sobre este último aspecto precisó que, con ocasión de las acciones impetradas, el Juzgado Promiscuo Municipal de Chimichagua a través de sentencia del 4 de noviembre de 2016 ordenó dejar sin valor y efecto todo el proceso concursal adelantado por la Universidad de Pamplona dentro de la Convocatoria 004 de 2016. Lo anterior “hace nugatorio e improcedente realizar la designación pretendida por la accionante Claudia Patricia Gómez Ovalle”³².

3.3. Escrito presentado por el apoderado de la señora Claudia Patricia Gómez Ovalle aclaratorio de la impugnación

El apoderado judicial de la peticionaria presentó escrito manifestándose sobre lo indicado en la impugnación por la Alcaldía Municipal de Chimichagua³³. En primer lugar sostuvo que, contrario a lo indicado por el ente territorial, mediante comunicación del 10 de octubre de 2016 la Universidad de Pamplona publicó en su portal web el listado de los resultados definitivos de la convocatoria en el cual se incluyó a la accionante, a la señora Dalma Ospino Pérez y al señor César Alberto Suárez Medina quien ocupó el tercer lugar³⁴. Advirtió que el 11 de octubre de dicha anualidad, en contradicción con lo anterior, la institución educativa remitió ante la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción una lista conformada únicamente por dos personas, “entramando el nombramiento y posesión de Claudia Patricia

Gómez Ovalle”³⁵, por la ausencia de un número suficiente de admitidos para la conformación de la terna.

En segundo lugar, precisó que a través de decisión del 10 de octubre de 2016 el Juzgado Promiscuo Municipal de Chimichagua ordenó suspender provisionalmente el concurso de méritos aun cuando este ya había finalizado con la publicación de los resultados finales, conforme las obligaciones contractuales originadas entre la Universidad de Pamplona y el Hospital Inmaculada Concepción³⁶. Quiere decir, que se “suspendió lo insuspendible, para coadyuvar por razones inconfesables la absurda posición de la Presidente de la Junta y su apoderado de no darle nombramiento y posesión a quien se ganó con méritos dicho concurso”³⁷. Agregó que en el curso de tal proceso se irrespetó el derecho a la defensa y a la contradicción de su representada, en tanto los argumentos planteados en la contestación de la tutela a la que fue vinculada como tercera interesada no fueron valorados, aduciendo supuesta extemporaneidad en la radicación del escrito³⁸.

En tercer lugar, informó que la solicitud de amparo se fundamentó inicialmente en la demora injustificada de nombrar a la actora como Gerente del Hospital, pese a haber sido calificada en el primer lugar del concurso y “[por] los comentarios de prensa incluso que daban cuenta que no la iban a nombrar”³⁹, lo cual constituía una verdadera amenaza a sus derechos fundamentales. Así las cosas, al momento de incoarse la acción de tutela sí existía una discusión constitucional relevante que abordar, al punto de que tal planteamiento fue avalado por el juez de primera instancia.

3.4. Decisión del juez de tutela de segunda instancia

Luego de impugnarse este fallo, conoció de la tutela en segunda instancia la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Cesar, autoridad que mediante providencia del 7 de diciembre de 2016 revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, negó el amparo deprecado. Para el Despacho, “tal como lo afirma la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción de Chimichagua, no es posible realizar el nombramiento de la señora Claudia Patricia Gómez Ovalle, ya que el concurso de méritos adelantado con el fin de proveer el cargo de gerente de dicho ente hospitalario, fue dejado sin efectos, en razón a los fallos de tutela de fecha 4 de noviembre de 2016, emitidos por el Juzgado Promiscuo Municipal de Chimichagua [al] considerarse que existieron anomalías en el proceso de divulgación del concurso de

méritos”⁴⁰. En este sentido, debe acatarse la decisión judicial proferida⁴¹.

Precisó que no existe elemento de juicio obrante en el proceso que acredite que la convocatoria pública destinada a proveer el cargo de Gerente de la Empresa Social fue declarada desierta, por lo que “no es factible atribuirle omisión alguna a las entidades accionadas, por no haber realizado el nombramiento de la señora Claudia Patricia Gómez Ovalle a la fecha cuando ésta interpuso la acción constitucional que está siendo analizada”⁴².

La parte accionante presentó solicitud de adición de la sentencia advirtiéndole que (i) el fallo de segunda instancia se edificó sobre la decisión de dejar sin efectos el concurso de méritos, proferida en el marco de las solicitudes de amparo incoadas por los ciudadanos Yiddis Nayara Calle Romero y Leonardo Fabio Becerra, y (ii) dicha determinación fue, más adelante, revocada, disponiéndose que el trámite concursal seguía vigente. Luego (iii) la argumentación empleada para negar el amparo deprecado por la señora Gómez Ovalle, carecía de sustento jurídico debiéndose precisar el alcance del fallo⁴³.

3.6. Decisión del juez de tutela de segunda instancia sobre la solicitud de adición incoada por la parte actora

Mediante auto del 16 de enero de 2017, el Tribunal Administrativo del Cesar negó la petición de adición presentada por el apoderado de la accionante por cuanto, en su criterio, en la providencia objeto de debate no se omitió resolver sobre ningún punto que debía ser materia de pronunciamiento. Resaltó que “no solo las sentencias de tutela emitidas por el Juzgado Promiscuo Municipal de Chimichagua, fueron las que motivaron el fallo de segunda instancia proferido por esta Sala de Decisión, ya que como se estableció en dicha providencia, en el plenario no fue allegado documento alguno mediante el cual se haya declarado desierta la convocatoria pública destinada a proveer el cargo de Gerente del Hospital Inmaculada Concepción de Chimichagua”⁴⁴.

4. Pruebas relevantes que obran en el expediente de tutela

4.1. Documento del 2 de noviembre de 2016 suscrito por la señora Claudia Patricia Gómez Ovalle, a través del cual pone en conocimiento del Juzgado Segundo Administrativo de Valledupar que “[ha] venido siendo amenazada vía mensajes de texto provenientes de los

abonados telefónicos 3117680911 y 3117952489, los días 20 y 21 de octubre, y 01 de noviembre por medio de los cuales [la] están constriñendo para que no ocupe el cargo de Gerente del Hospital Inmaculada Concepción de Chimichagua, Cesar”⁴⁵.

4.2. Denuncia presentada ante la Fiscalía General de la Nación, Seccional Valledupar, el 2 de noviembre de 2016 por la señora Claudia Patricia Gómez Ovalle, quien aduce la presunta comisión del delito de amenazas, previsto en el artículo 34746 de la Ley 599 de 2000⁴⁷, por hechos ocurridos el 20 de octubre de 2016 a través de mensajes de texto. En dicho documento la denunciante solicita que le “[brinden] protección a [ella] y a [su] familia debido a las amenazas que han surgido con ocasión de [haberse] ganado el concurso de méritos para acceder al cargo de gerente del Hospital de Chimichagua, Cesar”⁴⁸. La noticia criminal corresponde al número 20001600123120160172449.

4.3. Pruebas relacionadas con las acciones de tutela presentadas por Yiddis Nayara Calle Romero y Leonardo Fabio Becerra Cuello contra la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E.

4.3.1. Copia de los fallos de tutela proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Chimichagua el 4 de noviembre de 2016, dentro de las acciones de amparo promovidas por Yiddis Nayara Calle Romero y Leonardo Fabio Becerra Cuello contra la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E., por presunta violación de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos, al no surtir en forma oportuna la publicación de la invitación para participar en el concurso de méritos adelantado por la Universidad de Pamplona⁵⁰.

Para resolver el problema jurídico, el Despacho estimó que la publicación de la convocatoria solo se realizó en el diario local “El Pílon”, de Valledupar, el 24 de julio de 2016, es decir un día antes de iniciarse las inscripciones, lo cual transgredía el término de 10 días previsto legalmente para proceder a la divulgación en forma adecuada. Este hecho afectó los derechos de los accionantes y de cualquier otro aspirante que no residía en la zona y tenía interés en hacer parte del concurso. Sobre este presupuesto, se (i) concedió el amparo de las garantías básicas invocadas, (ii) ordenándose dejar sin efecto todo el proceso concursal seguido por la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Inmaculada Concepción del municipio de Chimichagua, Cesar, dentro de la convocatoria 004 de 2016 y (iii) disponiéndose la

realización del trámite a que hubiera lugar para reanudar la actuación administrativa, con respeto al principio de publicidad y transparencia.

4.3.2. Copia del fallo de tutela proferido, en segunda instancia, por el Juzgado Civil del Circuito de Chiriguaná, Cesar, el 12 de diciembre de 2016, dentro de la acción de tutela presentada por el señor Leonardo Fabio Becerra Cuello contra la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción. En esta ocasión, la autoridad judicial revocó la sentencia proferida en primera instancia y, en su lugar, negó la solicitud de amparo⁵¹.

Para arribar a tal conclusión, consideró que (i) el concurso adelantado respetó los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia e igualdad de ingreso, “no [presentó] vicios y se actuó de conformidad a las normas que regulan este tipo de convocatoria, por lo cual fue legalmente celebrado”⁵², y (ii) la señora Claudia Patricia Gómez Ovalle fue la aspirante que obtuvo el puntaje más alto por superar satisfactoriamente las etapas del concurso, acreditando idoneidad y preparación, lo que consolidó el derecho adquirido a ser nombrada como Gerente. (iii) Lo anterior en aplicación directa de la regla jurisprudencial consignada en la sentencia T-748 de 2015⁵³, de acuerdo con la cual es necesario nombrar en el cargo ofertado a la persona que obtuvo la calificación superior, al margen de que no se haya conformado una terna toda vez que una actuación contraria atenta contra el principio de respeto al mérito y (iv) el actor tenía la carga de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, “sobre todo teniendo en cuenta que [es] una persona diferente a las que concursaron, por lo que no existe ningún perjuicio irremediable por parte del accionante [máxime] que ya se había culminado el concurso”⁵⁴.

En su criterio, “no existe vulneración de derecho alguno del principio de publicidad, dado que hubo la suficiente información en varios medios tendientes a que los interesados diligentes hubiesen podido tener acceso a esa información y procedieran a [realizar la gestión]. No menos de 20 personas tal como lo acreditan en el expediente, entonces no puede el juez A-quo soslayar gramaticalmente la norma para concluir que como uno de los medios utilizados (prensa escrita) no se hizo con la antelación a los 10 días, [debe dejarse] sin efectos un proceso contractual de selección meritocráticos, sanción mayor que no se compagina con la misma informalidad reclamada, porque ello no solo acarrea un perjuicio individual para las personas ya seleccionadas, sino también para una misma comunidad que ve como \$28.200.000 quedan en el aire y sin que nadie responda por esa omisión mínima que no

debió sancionarse con esa extrema medida de ineficacia, más cuando ya el proceso había culminado y el operador había enviado la comunicación de la lista de seleccionados”⁵⁶.

4.4. Pruebas relacionadas con la acción de tutela presentada por Héctor Julio Martínez Fragozo contra la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E.

4.4.1. Copia de la acción de tutela presentada por el ciudadano Héctor Julio Martínez Fragozo, el 8 de octubre de 2016, contra la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. de Chimichagua por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos. En criterio del actor, tales garantías básicas fueran desconocidas con ocasión de la ausencia de publicación para participar en el concurso público de méritos para la escogencia del Gerente en propiedad de la Empresa Social del Estado. En su solicitud de amparo invocó como medida de protección la nulidad de toda la actuación administrativa adelantada⁵⁷.

En el trámite de la acción incoada, el Juzgado Promiscuo Municipal de Chimichagua, mediante auto del 10 de octubre de 2016, dispuso la suspensión provisional del proceso concursal y ordenó la vinculación de los ciudadanos Claudia Patricia Gómez Ovalle, Dalma Ospino Pérez y César Alberto Suárez Medina, y de la Universidad de Pamplona como terceros con interés en el asunto⁵⁸.

4.4.2. Oficio suscrito por el señor Héctor Julio Martínez Fragozo, el 13 de octubre de 2016, mediante el cual informa que “[desiste] expresa, libre y voluntariamente de la acción constitucional impetrada en contra de la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. de Chimichagua, Cesar, por considerar que conforme a la publicación visible en el link http://esehic.gov.co/media/Documentos/Gestión_jurídica/Resoluciones/AVISO%20Concurso%20Gerente%20ESE%20Chimichagua.pdf, de la página web del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. de Chimichagua, Cesar, existió desde el día 7 de julio de 2016, publicación a todos los interesados de la convocatoria del concurso para Gerente del citado hospital, circunstancia que deja a salvo la garantía de los derechos constitucionales fundamentales”⁵⁹.

4.4.3. Providencia del 19 de octubre de 2016 proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Chimichagua, mediante la cual se acepta la solicitud de desistimiento de la acción de tutela presentada por el señor Héctor Julio Martínez Fragozo y, en consecuencia, se ordena el levantamiento de la medida provisional de suspensión del concurso de méritos decretada

inicialmente⁶⁰.

5. Actuaciones surtidas en sede de Revisión

5.1. Durante el trámite de revisión, la Alcaldía Municipal de Chimichagua informó a la Sala sobre algunos aspectos relacionados con la no designación de la señora Claudia Patricia Gómez Ovalle en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado e indicó que, a la fecha, el señor César Alberto Suárez Medina es quien ocupa en propiedad el cargo público referido.

Tal nombramiento se efectuó con posterioridad a los fallos que se revisan, luego de que la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción diera por terminado el concurso adelantado por la Universidad de Pamplona y convocará a un nuevo proceso de selección, con fundamento en la Ley 1797 de 2016. De acuerdo con las probanzas, en tal actuación quien fue designado por haber logrado el puntaje más alto fue el señor Suárez Medina. En razón de ello, la señora Claudia Patricia -quien no se presentó a este proceso- acudió por segunda vez al mecanismo constitucional y allí se ampararon sus derechos fundamentales en primera instancia⁶¹. No obstante, el ad quem revocó tal decisión por estimar que una adecuada ponderación de los principios en tensión, a saber, el mérito y la garantía de integrar una terna, exigían la realización de una nueva convocatoria. En virtud de aquella fue, una vez más, designado el citado ciudadano⁶².

5.2. El Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. de Chimichagua allegó al proceso de tutela algunos elementos de juicio relacionados con las actuaciones administrativas que fueron adelantadas para la realización de un nuevo procedimiento de selección en cumplimiento a un fallo judicial (aquel al que se hizo referencia en el párrafo inmediatamente anterior). Con ese propósito aportó copia del estudio previo realizado para celebrar un contrato de prestación de servicios profesionales tendiente a evaluar a los distintos aspirantes al cargo, el contrato de prestación de servicios y algunos informes psicológicos realizados a los candidatos con mejor puntuación. Sobre esta base planteó la existencia de un hecho superado por haberse provisto el cargo público objeto de debate dentro del presente trámite constitucional⁶³.

5.3. Finalmente la parte actora advirtió, a partir de distintas pruebas aportadas, que todo el proceso de selección de Gerente del Hospital Inmaculada Concepción ha estado revestido de

sendas irregularidades y acciones fraudulentas, que han dado lugar a la presentación de denuncias penales y quejas disciplinarias que a la fecha se encuentran en curso ante las autoridades competentes. Reiteró que ostenta el derecho a ocupar el cargo con fundamento en los precedentes constitucionales que otorgan primacía al principio del mérito en el acceso a la función pública. Sobre esta premisa, estimó que el fallo judicial emitido con posterioridad a la acción que se analiza, y de acuerdo con el cual debía realizarse una nueva convocatoria, se edificó sobre elementos de juicio que no corresponden a la realidad fáctica. Por ello, solicitó la revisión de esta decisión⁶⁴.

II. Consideraciones y fundamentos

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3, y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del problema jurídico

2.1. Con fundamento en la situación fáctica reseñada, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico ¿vulneran las entidades responsables de la realización de un concurso de méritos (la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. de Chimichagua, Cesar; la Alcaldía de Chimichagua; la Gobernación del Cesar y la Secretaria de Salud del Departamento del Cesar) los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de una ciudadana (Claudia Patricia Gómez Ovalle) al no designarla como Gerente del citado Hospital, pese a ocupar el primer lugar dentro de la convocatoria, bajo el argumento de que el número de personas que alcanzaron un puntaje aprobatorio, no es suficiente para conformar una terna de candidatos habilitados?

2.2. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, se (i) analizará la procedencia del amparo en el caso concreto; que, de acreditarse, permitirá a la Sala abordar (ii) el principio constitucional del mérito como criterio rector del acceso a la función pública, en el marco de los procesos de selección adelantados para designar Gerentes de las Empresas Sociales del Estado y (iii) la jurisprudencia constitucional en la materia. En ese contexto, (iv) se resolverá

el caso concreto.

3. La acción de tutela presentada por Claudia Patricia Gómez Ovalle es procedente para buscar la protección de sus derechos fundamentales

De manera preliminar, la Sala advierte que en esta oportunidad se cumplen a cabalidad los requisitos de procedencia de la acción de tutela, esto es, la legitimación por activa y pasiva, la inmediatez y la subsidiariedad. En consecuencia, se analizarán en detalle cada uno de los presupuestos mencionados que sustentan dicha conclusión.

3.1. Legitimación para actuar

3.1.1. Legitimación por activa. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 Superior, toda persona tiene derecho a interponer acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre⁶⁵. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991⁶⁶ establece que la referida acción constitucional “podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos”. En esta oportunidad, la acción de tutela fue presentada por el señor César Alberto Abello Morales en su condición de apoderado judicial de la señora Claudia Patricia Gómez Ovalle, tal como se deriva del poder aportado al proceso⁶⁷. Esta condición lo legitima para actuar y buscar la protección inmediata de los derechos e intereses fundamentales de la ciudadana en cuestión.

3.1.2. Legitimación por pasiva. De conformidad con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991⁶⁸, “[l]a acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley”. En este orden de ideas tanto la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. de Chimichagua como la Alcaldía Municipal y la Universidad de Pamplona están legitimadas como parte pasiva en el proceso de tutela, al atribuírseles, en su condición de instituciones públicas encargadas de convocar, organizar, dirigir y regular la realización de un concurso de méritos para proveer el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado, la presunta vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo se demanda.

Frente a la Gobernación del Cesar y la Secretaria de Salud del Departamento del Cesar no se encuentra acreditada la legitimación por pasiva, por cuanto no hacen parte de la Junta

Directiva del citado Hospital ni tienen injerencia alguna en la realización del concurso de méritos convocado para proveer el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado y el nombramiento de tal funcionario.

3.2. En el presente asunto se cumple con el requisito de subsidiariedad e inmediatez de la acción de tutela.

3.2.1. Inmediatez. La procedibilidad de la acción de tutela está, igualmente, supeditada al cumplimiento del requisito de inmediatez. Este exige que el amparo sea interpuesto de manera oportuna en relación con el acto que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. La inmediatez encuentra su razón de ser en la tensión existente entre el derecho constitucional a presentar una acción de tutela “en todo momento” y el deber de respetar su configuración como un medio de protección “inmediata” de los derechos fundamentales. Es decir que, pese a no contar con un término para efectuar la presentación, debe existir necesariamente una correspondencia entre la naturaleza expedita de la tutela y su interposición oportuna⁶⁹.

Para verificar el cumplimiento del principio de inmediatez, el juez debe constatar si el tiempo transcurrido entre la supuesta violación o amenaza y la interposición de la tutela es razonable. De no serlo, debe analizar si existe una razón válida que justifique la inactividad del accionante, pues es inconstitucional pretender darle un término de caducidad a la acción, o rechazarla únicamente con fundamento en el paso del tiempo⁷⁰. En el caso concreto, la acción de tutela que se revisa se radicó el 20 de octubre de 2016. La demanda fue admitida el 21 de octubre de la misma anualidad por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, Cesar.

El último acto -antes de la presentación de esta acción- que la peticionaria considera compone el conjunto de hechos que ponen en riesgo sus garantías constitucionales y prevalentes, es la ausencia de respuesta a la solicitud incoada el 12 de octubre de 2016 ante la Gerente ad hoc del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. de Chimichagua, a través de la cual pretendió que le indicaran los motivos por los cuales no se había procedido a integrar la terna que permitiera designar al ciudadano con mejor calificación en el cargo de Gerente de la citada Empresa Social. A lo anterior, se le suma el anuncio realizado en el medio radial de comunicación La Voz del Higuierón, los días 18 y 19 de octubre, donde se habló de la

presunta declaración de desierto del concurso de méritos en razón a la imposibilidad de conformar la terna, pues solo dos de los tres aspirantes que integraban la lista de admitidos habían obtenido un puntaje ponderado igual o superior a 70 puntos.

En este orden de ideas, se constata que transcurrieron 8 días entre el hecho generador y concreto de la vulneración que se alega y la interposición de la acción de tutela. Respecto de este término no surge reparo alguno pues resulta ampliamente razonable y denota una actitud diligente y célere de parte de la accionante.

3.2.2. Subsidiariedad. En relación con el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, la Constitución Política establece que su procedencia está condicionada a que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial” (artículo 86 C.P.). Sin embargo, esta Corporación ha señalado que no puede declararse la improcedencia de la tutela por la sola existencia en abstracto de un medio ordinario de defensa judicial. El juez constitucional debe analizar, en el marco de la situación fáctica particular, si la acción judicial dispuesta por el ordenamiento jurídico es idónea y eficaz en concreto para proteger los derechos fundamentales comprometidos, más aún cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional. En el evento en el que no lo sea, o cuando lo sea pero de por medio se evidencie la inminencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela procederá para provocar un juicio sobre el fondo de manera definitiva o transitoria, según el caso.

3.2.2.1. Sobre el asunto que ocupa la atención de la Sala, la jurisprudencia constitucional ha entendido que, por regla general, la acción de tutela procede de manera excepcional para controvertir las decisiones administrativas adoptadas al interior de un concurso de méritos pues, en principio, quienes se vean afectados por una determinación de esta naturaleza pueden valerse de los medios de control disponibles en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ante la que es posible solicitar, incluso antes de la admisión de la demanda, la adopción de medidas cautelares con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia⁷¹. Con la introducción al ordenamiento jurídico de la Ley 1437 de 2011⁷², el legislador realizó un esfuerzo importante para que las medidas cautelares se concibieran como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia pretendiendo de esta manera irradiar el escenario administrativo de una perspectiva constitucional. Ello es razonable en la medida en que el carácter proteccionista de la Carta Política debe influir en todo el orden jurídico vigente como reflejo

de su supremacía, lo que supone que las demás jurisdicciones aborden los asuntos puestos a su consideración desde una visión más garantista y menos formal del derecho.

En la sentencia T-376 de 2016⁷³, la Sala Tercera de Revisión ahondó en la materia y estableció concretamente que aunque el análisis sobre la procedencia formal de la acción de tutela debe tener en cuenta los mecanismos creados por el legislador para resolver cuestiones iusfundamentales en la jurisdicción administrativa, la realidad es que subsisten ciertas diferencias entre la idoneidad que ofrece la acción constitucional, por un lado, y las medidas cautelares del CPACA, por otro, para la protección invocada. Así se resaltó que (i) cualquiera que sea el medio de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que se emplee, debe acudirse a través de abogado y siguiendo el procedimiento establecido, el cual, a pesar de su amplitud, está regido por la formalidad⁷⁴, en contraposición a la informalidad que rige la acción de tutela, para cuya interposición no se exigen especiales conocimientos jurídicos, ni tampoco es necesario que se presente la causa en determinada forma; (ii) por regla general, ante medidas cautelares en el marco del proceso de lo contencioso administrativo, es necesario prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que pueda ocasionar su decreto⁷⁵, y (iii) la solicitud de amparo activa un mecanismo judicial generalmente definitivo, de protección inmediata de derechos, en virtud del cual el juez de tutela despliega toda su competencia, decretando y recolectando las pruebas que resulten necesarias para definir el caso puesto a su conocimiento, mientras que la medida cautelar, por su naturaleza, es transitoria, busca conjurar situaciones urgentes y su resolución impone un estudio del asunto expuesto de manera preliminar, sin que implique un prejuzgamiento y con los elementos fácticos y normativos a disposición en esa etapa inicial.

En la sentencia C-284 de 2014⁷⁶, al analizarse la constitucionalidad del párrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, se indicó que la jurisdicción contencioso administrativa “contempla unos términos para decretar medidas cautelares, que desbordan notoriamente los límites constitucionales perentorios sobre el tiempo que pueden durar los procesos de tutela antes de una decisión de fondo”. En efecto, el procedimiento general para decretar medidas cautelares puede tardar más de 10 días. El artículo 233 de la Ley 1437 de 2011 establece que, por regla general⁷⁷, cuando se solicite el decreto de una medida cautelar el juez debe correr traslado de la misma al demandado, para que este se pronuncie en el término de “cinco (5) días”. Vencido este último, según el mismo precepto, el funcionario

cuenta con un término de “diez (10) días” para proferir el auto que decida las medidas cautelares. Contra la decisión que las concede proceden los recursos de apelación y súplica, según el caso, los cuales se confieren en el efecto devolutivo⁷⁸ y deben ser resueltos en un término máximo de 20 días.

Este nuevo sistema de plazos, excede holgadamente el fijado en el artículo 86 de la Constitución para tomar una decisión definitiva en instancia. Según el artículo 86 Superior, “[e]n ningún caso podrán trascurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución”. Como se ve, mientras el artículo 233 del CPACA establece un término de más de 10 días, tan sólo para tomar la medida cautelar, según el procedimiento general, el artículo 86 de la Constitución Política fija un término perentorio de 10 días para adoptar la decisión final de instancia la cual puede estar precedida, inclusive, de la adopción de medidas provisionales.

Sobre este último aspecto, en la aludida sentencia de constitucionalidad (C-284 de 2014) se indicó que los jueces de tutela, dada su función constitucional, cuentan con la posibilidad de decretar medidas provisionales más amplias que las administrativas. Este poder se ha fundado de hecho en el Decreto 2591 de 1991. La acción de tutela está pensada como un instrumento para dispensar “protección inmediata” a los derechos fundamentales (artículo 86 C.P.). Por ser un dispositivo de protección judicial, el juez que conoce del amparo debe interpretar los alcances de sus potestades institucionales de conformidad con el derecho de toda persona a acceder a una justicia donde sus bienes superiores sean efectivamente protegidos (artículos 2 y 229 C.P.). Estas garantías serían vanas ilusiones, si el juez no pudiera en ciertos casos intervenir provisionalmente, y adoptar medidas urgentes con el fin de conjurar una amenaza o una violación actual o inminente, que además estime grave. Sobre el particular, se dijo en concreto que la: “(...) la Constitución, tal como ha sido interpretada por la Corte, les ha asignado a los jueces de tutela una facultad amplia para proteger los derechos fundamentales. Esto los habilita para decretar medidas provisionales, sujetas principalmente a estándares abiertos no susceptibles de concretarse en reglas inflexibles que disciplinen en detalle su implementación puntual en los casos individuales”.

Con base en estos planteamientos, la jurisprudencia constitucional ha estimado que la vía judicial de lo contencioso administrativo no es siempre idónea y eficaz para reponer la vulneración alegada pues, en ese caso, las medidas cautelares contempladas pueden no

conceder una protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales de las personas que, habiendo adelantado los trámites necesarios para su vinculación con la administración a través de un sistema de selección de méritos, ven truncada su posibilidad de acceder al cargo por aspectos relacionados y que afectan bienes constitucionales. En esa medida, los ciudadanos se ven expuestos, por ejemplo, al riesgo de que el registro o la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia y, por consiguiente, cualquier orden futura relacionada con una eventual compensación económica, la reelaboración de la lista y el nombramiento tardío de quien tiene el derecho a posesionarse en el empleo público, en realidad no sea suficiente ni oportuna para resarcir el quebrantamiento ocasionado por la presunta ilegalidad en la actuación de la administración ni para satisfacer, en consecuencia, la pretensión de amparo consistente en el nombramiento en el cargo ofertado⁷⁹.

Además, la interrupción de un proceso individual en el marco de un concurso, mediada por una presunta afectación a una garantía fundamental, puede implicar la consolidación de posiciones de derecho de terceras personas, por lo tanto, bajo determinadas circunstancias y en aras de evitar la existencia de daños mayores, se precisa una intervención judicial expedita, como la ofrecida solamente por la acción de tutela.

Esta postura ha venido siendo consolidada por la Corte Constitucional desde sus pronunciamientos iniciales. Al conocer casos similares, ha determinado la ineficacia, en concreto, de los medios judiciales ordinarios y destacado el carácter preferente de la tutela frente a este tipo de situaciones fácticas. Al respecto, la Sala Octava de Revisión en la sentencia T-388 de 1998⁸⁰ al referirse a la vulneración del derecho a la igualdad de un ciudadano que no fue nombrado en el cargo público para el cual se presentó, a pesar de haber ocupado el primer lugar en la lista de elegibles integrada para el efecto, consideró:

“En reiterada jurisprudencia y acogiendo el mandato contenido en el artículo 6 del decreto 2591 de 1991, esta Corporación ha determinado que las acciones contencioso administrativas no consiguen en igual grado que la tutela, el amparo jurisdiccional de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de vinculación de servidores públicos, cuando ello se hace por concurso de méritos, pues muchas veces el agotamiento de dichas acciones implica la prolongación en el tiempo de su vulneración y no consiguen la protección del derecho a la igualdad concretamente, ya que, en la práctica, ellas tan solo consiguen una compensación económica del daño causado, la reelaboración de

la lista de elegibles (cuando inconstitucionalmente se ha excluido a un aspirante o se le ha incluido en un puesto inferior al que merece) y, muchas veces, la orden tardía de nombrar a quien verdaderamente tiene el derecho de ocupar el cargo, pero sin que realmente pueda restablecerse el derecho a permanecer en él durante todo el tiempo que dura el proceso contencioso administrativo y con lo cual se ve seriamente comprometido el derecho, también fundamental, a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, en la modalidad de “acceder al desempeño de funciones y cargos públicos”.

Más adelante, en la sentencia T-095 de 200281, la Sala Octava de Revisión recogió la línea jurisprudencial sobre este asunto e indicó que quien ocupa el primer puesto dentro de un concurso elaborado para proveer un empleo público, no puede ser sometido a un trámite dispendioso como lo sería el ordinario o el administrativo, porque con ello se prolongaría en el tiempo la violación de los derechos fundamentales en tensión. En consecuencia, esta situación es suficiente para determinar que es la tutela el mecanismo idóneo al momento de reclamar la protección de las garantías básicas que se alegan vulneradas. Lo anterior, a propósito de una acción de tutela en la cual se examinaba si la decisión de una institución estatal de no efectuar el nombramiento de la persona que había concursado para un cargo obteniendo el primer lugar, violaba los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo.

Esta postura fue reiterada por distintas Salas de Revisión en las sentencias T-329 de 200982 y T-748 de 201583, en las cuales se sostuvo pacíficamente que “... según reiterada jurisprudencia de esta Corporación, asuntos como el aquí planteado, consistente en determinar si se desconocen los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso de quien no fue nombrado en un cargo, a pesar de haber ocupado el primer lugar en un concurso, son competencia del juez constitucional”. Para las distintas Salas, si bien la jurisprudencia constitucional ha señalado que existe otro mecanismo de defensa judicial para satisfacer las pretensiones de quien considera no fue nombrado en un cargo, a pesar de haber obtenido el primer puesto en un concurso, también ha precisado que este medio ordinario no es eficaz para proteger los derechos fundamentales involucrados. De ahí que la acción de tutela se constituya en la herramienta idónea, con la que cuentan los concursantes para buscar la salvaguarda de sus garantías iusfundamentales.

En la sentencia SU-553 de 201584, la Sala Plena de esta Corporación recordó que la acción de tutela procede de manera excepcional para proteger los derechos fundamentales que

resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, por cuanto para controvertir la legalidad de estos están previstas acciones idóneas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No obstante, advirtió que el mecanismo de amparo es idóneo y eficaz cuando la persona que pretende acceder al cargo para el cual participó en un concurso de méritos, se ve expuesta al riesgo de que el registro o la lista de elegibles pierda vigencia y, como consecuencia de ello, no pueda garantizarse la protección de su derecho por las vías judiciales existentes. Como sustento de lo anterior, se reiteró la jurisprudencia sentada por esta Corporación en la providencia SU-133 de 199885 en la cual se indicó que la vulneración de las garantías básicas, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un empleo público 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. En concreto, se dijo lo siguiente:

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

3.2.2.2. En el presente caso se plantea justamente si la decisión de la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. de Chimichagua y de la Alcaldía Municipal, relativa al hecho de abstenerse de nombrar en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado a la peticionaria aun cuando superó las etapas del concurso de méritos y obtuvo el mejor puntaje dentro de la convocatoria adelantada, afecta sus derechos fundamentales. Lo anterior bajo el argumento de que no ha sido posible la conformación de una terna de elegibles toda vez que solo dos aspirantes obtuvieron un puntaje aprobatorio. Los elementos de juicio aportados al proceso ponen de presente una discusión constitucional relevante que involucra, como se observa, el respeto por la supremacía del mérito como fórmula objetiva para acceder al ejercicio de la función pública y la tensión que surge con la exigencia de conformar una terna

para proceder a la designación en empleos de esta naturaleza.

Tomando en consideración la argumentación esbozada en párrafos anteriores, la Sala estima que el debate advertido en este caso encuentra en la acción de tutela el único escenario de discusión idóneo y eficaz, dado que: (i) la accionante fue descalificada para acceder al cargo de Gerente del Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. de Chimichagua pese a haber ocupado el primer lugar en la lista de elegibles, tras superar las etapas del concurso diseñadas para el efecto; y, (ii) el empleo ofertado era único y está sometido a periodo fijo. Estas circunstancias imponen, concurrentemente, una decisión lo más oportuna posible, dado que la Administración está en la obligación de proveer el cargo por las vías legales, y en consecuencia, en cumplimiento de aquella es inminente la configuración de expectativas legítimas e incluso de derechos adquiridos por parte de terceros, mientras que la presunta titularidad del derecho al acceso a cargos públicos de la tutelante sigue en discusión judicial.

De otro lado, el tiempo que se emplee en resolver definitivamente la controversia a través de la vía ordinaria bien podría exceder el previsto para ejercer un empleo de periodo fijo. Y, finalmente, la legitimidad del cargo al que aspiraba la señora Claudia Patricia Gómez Ovalle es relevante en este caso, dado que corresponde a quien se encuentra a la cabeza de una E.S.E., garante del derecho a la salud, por lo que su definición con sujeción a parámetros constitucionales es necesaria e inmediata. Como se dijo en la sentencia T-100 de 199486, “así como la Constitución no permite que se suplante al juez ordinario con el de tutela, para la protección de los derechos de rango legal, tampoco permite que la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales, sea impedida o recortada por las reglas de competencia de las jurisdicciones ordinarias”.

Sobre esto último podría contra argumentarse que, en todo caso, a través de las medidas cautelares sería posible satisfacer la pretensión invocada de manera oportuna, no obstante, además de la diferencia del plazo y de la naturaleza más o menos informal de cada uno de los instrumentos, (iii) la temática del asunto que ahora se analiza, y que involucra la garantía de varios derechos fundamentales (como el derecho al acceso a cargos públicos, la participación en la configuración del Estado y el derecho a la igualdad), trasciende a un ámbito en el que se precisa armonizar diferentes facetas de dos principios en tensión, el del mérito como criterio relevante de acceso a la función pública asociado a la garantía de la

conformación de una terna. Este ejercicio de interpretación judicial, por lo menos para su comprensión constitucional, requiere contar con la mayor precisión fáctica y plenitud probatoria, que el juez de tutela debe promover antes de tomar una decisión pues así lo exigen los artículos 19 al 22 del Decreto 2591 de 1991. Esta condición, empero, podría no materializarse en el caso de las medidas cautelares en el proceso de lo contencioso administrativo, pues, como se advirtió, se deciden luego de un análisis preliminar y solamente con las pruebas obrantes en esa instancia inicial.

3.3. Por las razones expuestas, la acción de tutela es el mecanismo adecuado para entrar a ponderar y estudiar la presunta lesión de los derechos fundamentales invocados por Claudia Patricia Gómez Ovalle, como consecuencia de la falta de nombramiento en el cargo público para el cual concursó, advirtiendo, en todo caso, que el amparo estará sometido a la satisfacción de reglas jurisprudenciales, específicas, relacionadas con la materia y al examen de la situación fáctica concreta, a partir de los elementos de juicio obrantes en el proceso. Por lo tanto, el análisis previo sobre las condiciones específicas que se acreditan en este caso y que permiten superar el requisito de subsidiariedad, no implica reconocimiento de estatus alguno frente a la situación que de fondo debe abordarse.

Superado el análisis de procedibilidad, la Sala pasa a analizar la reiterada jurisprudencia en la materia objeto de debate.

4. El principio constitucional del mérito como criterio rector del acceso a la función pública

En este apartado la Sala analizará el contenido y alcance del principio constitucional del mérito como criterio rector del acceso a la función pública y su aplicación al interior de los procesos de selección adelantados para proveer el cargo de Gerente de una Empresa Social del Estado. En ese contexto, es central el papel establecido por la jurisprudencia de esta Corporación en punto de reconocer la existencia de una tensión surgida entre el respeto por este principio superior y la exigencia de conformación de una terna, a efectos de proceder a la designación en los cargos públicos ofertados.

4.1. La aplicación del principio del mérito en el marco de los procesos de selección para la designación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado

4.1.1. La Constitución Política de 1991 elevó a rango superior el mérito como criterio

predominante del acceso a la función pública, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes han de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Carta Superior contempla en su artículo 125⁸⁷, tal criterio no puede tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que se trata de una regla general obligatoria, cuya inobservancia implica la vulneración de las normas constitucionales y la violación de los derechos fundamentales de los que son titulares todos los ciudadanos⁸⁸.

Como se indicó en las sentencias C-901 de 2008⁸⁹ y C-588 de 2009⁹⁰, la introducción de este principio constitucional persigue tres propósitos principales. En primer lugar, asegura el cumplimiento de los fines estatales y en particular de la función administrativa de manera eficiente y eficaz, en concordancia con los artículos 2 y 209 superiores. La prestación del servicio público por personas calificadas redundará en la eficacia y la eficiencia en su prestación. De otro lado, el mérito como criterio único de selección dota de imparcialidad la función pública, impide la reproducción de prácticas clientelistas y la sustrae de los vaivenes partidistas⁹¹.

En segundo lugar, el mérito garantiza varios derechos fundamentales de los ciudadanos: permite la materialización del derecho de las personas a elegir y ser elegido, así como el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. También asegura el derecho al debido proceso, pues demanda el establecimiento de reglas y criterios de selección objetivos que sean conocidos de antemano por los aspirantes al cargo. La garantía del debido proceso, a su vez, se relaciona directamente con el respeto de la buena fe y la confianza legítima en el cumplimiento de las reglas del proceso de selección. Adicionalmente, este principio protege el derecho al trabajo, ya que si el mérito es el criterio determinante de la promoción y la permanencia en el empleo, únicamente la falta de mérito puede ser causal de remoción. En este sentido se debe recordar que los servidores públicos como trabajadores son titulares de derechos subjetivos, como el derecho a la estabilidad y a la promoción en el trabajo⁹².

En tercer lugar, la selección con fundamento en el mérito promueve la igualdad de trato y de oportunidades, pues, de un lado, permite que cualquier persona calificada para el cargo

pueda participar en el respectivo concurso y, de otro, proscribire la concesión de tratos diferenciados injustificados y la arbitrariedad de quien ostenta la condición de nominador. Este propósito se materializa, por ejemplo, en la exigencia de llevar a cabo procesos de selección basados exclusivamente en criterios objetivos. En este sentido, la Corte ha indicado que las razones subjetivas de los nominadores, por ejemplo de índole moral, no pueden prevalecer sobre los resultados de los concursos. También ha rechazado los motivos secretos y reservados para descalificar a un candidato. Ha reiterado que la pertenencia a un partido político como criterio de selección se encuentra 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 elección del personal del Estado, constituye una forma de discriminación⁹³.

4.1.2. El principio del mérito como criterio rector del acceso a la función pública se manifiesta principalmente en la creación de sistemas de carrera y en la provisión de los empleos de las entidades estatales mediante la realización de concursos públicos⁹⁴. Los concursos públicos tienen la finalidad de determinar la idoneidad, la capacidad y la potencialidad de los aspirantes a ocupar un cargo desde el punto de vista de la categoría del empleo y de las necesidades del servicio. En este sentido, las etapas y pruebas de una convocatoria deben dirigirse a identificar las destrezas, aptitudes, experiencia, idoneidad, suficiencia, entre otras cualidades, calidades, competencias y capacidades de los candidatos. Una vez estas habilidades han sido calificadas de manera objetiva, sólo aquél con mayor mérito debe ser designado en el respectivo cargo, con exclusión de los demás concursantes.

La Ley 1122 del 9 de enero de 2007⁹⁵ previó, en su artículo 28, la configuración de un concurso de méritos abierto, transparente y objetivo que garantizara la materialización del principio de igualdad de oportunidades al momento de proveer los cargos de Gerente de las Empresas Sociales del Estado, en su condición de entidades públicas encargadas de la prestación directa de los servicios de salud tanto a nivel nacional como territorial. Con ello se pretendió (i) evitar que en el proceso de elección del mencionado funcionario, se tuvieran en cuenta consideraciones de orden político o factores de conveniencia de mandatarios locales y, (ii) asegurar la profesionalización del cargo de los Gerentes de las E.S.E., con la finalidad de proveerlos con los mejores empleados para el desempeño de esta labor.

Dicha normativa dispuso, en concreto, 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”.

Este artículo fue reglamentado parcialmente por el Decreto 800 del 14 de marzo de 2008⁹⁶, en el cual se prescribió todo lo concerniente al trámite de selección de los Gerentes de las E.S.E., indicándose que serían las Juntas Directivas de estas Empresas Sociales del nivel territorial quienes determinarían los parámetros necesarios para la realización del concurso a través de universidades e instituciones de educación superior públicas o privadas o entidades especializadas en procesos de selección de personal para cargos de alta gerencia⁹⁷. Se previó además que dicho órgano directivo debía conformar la terna de designación de Gerente, de la lista que enviara la entidad encargada de adelantar el proceso de selección, la cual debía estar integrada mínimo con cinco aspirantes y presentada en orden alfabético. Si culminado el concurso no había sido posible conformar el listado con el mínimo requerido, debían adelantarse tantos concursos como fuera necesario según lo establecido en el artículo 4 del referido cuerpo normativo.

También fue regulado por la Resolución 165 del 18 de marzo de 2008⁹⁸, expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, que en torno a la valoración de las pruebas en el concurso de méritos dispuso en su artículo 6 que “la lista de candidatos para entregar a la Junta Directiva se elaborará en orden alfabético con quienes hayan obtenido un puntaje ponderado igual o superior a setenta (70) puntos, la cual deberá ser informada en medios de comunicación masiva // De la lista a que se refiere el inciso anterior, la Junta Directiva, mediante el mecanismo que ella determine, conformará la terna para la designación del Gerente o Director de la respectiva empresa social del Estado”.

Este acto administrativo reglamentario de los concursos para el ingreso a las Gerencias de las E.S.E., estuvo orientado a materializar el peso del mérito con el requerimiento de satisfacer un determinado puntaje que se le hace a quienes participen en la pugna por los

cargos.

Vale precisar que el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 ha sido objeto de control abstracto en diversas oportunidades por parte de esta Corporación⁹⁹. Sin embargo, por su cercanía con el asunto materia de estudio es relevante referirse en particular a la sentencia C-181 de 2010¹⁰⁰, que analizó la constitucionalidad de uno de sus apartes de acuerdo con el cual “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente”. Para los demandantes, dicho precepto vulneraba el artículo 125 superior, en atención a que impedía que quienes habían obtenido los mejores puntajes en los concursos organizados para proveer los cargos de Gerente de las E.S.E. pudieran acceder automáticamente a los mismos, pues al permitirse la discrecionalidad de los nominadores para elegir al funcionario entre quienes conformaban la terna, se contrariaba el principio constitucional del mérito como fundamento del acceso a la función pública.

La Sala Plena determinó que con la redacción de la norma se desconocía efectivamente el principio del mérito y se vulneraban los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de quienes obtenían el primer lugar en los respectivos concursos, así como el mandato superior de la buena fe. En su criterio, “una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, el aspirante que obtiene el primer lugar y, por tanto, demuestra tener mayores méritos, adquiere un derecho fundamental a ocupar el cargo. Este derecho fundamental se deriva del principio de igualdad, que obliga no sólo a tratar igual a quienes están en la misma situación fáctica, sino también a brindar un trato diferente a quienes están en una situación fáctica distinta; así como del derecho al debido proceso y del principio de la buena fe, pues los aspirantes depositan su confianza en las reglas del concurso y en la autoridades que lo organizan, bajo la idea de que actuarán objetivamente”.

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

Sobre estas premisas, se declaró la exequibilidad condicionada de la norma cuestionada bajo el entendido de que (i) la terna deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones, (ii) el nominador de cada Empresa Social del Estado deberá designar en el cargo de Gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje, y (iii) el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero.

4.1.3. Este pronunciamiento de la Corte Constitucional produjo un cambio sustancial en la forma de proveer el cargo de Gerente de las Empresas Sociales del Estado. Tal planteamiento fue rápidamente asumido por el Congreso de la República, quien positivó la doctrina mencionada con la expedición de la Ley 1438 del 19 de enero de 2011¹⁰¹ que reprodujo el criterio del mérito como aquel que continuaba informando los concursos adelantados para designar a funcionarios de esta naturaleza. En su artículo 72 estableció, en relación con la elección de los Gerentes de los Hospitales, que la Junta Directiva debía conformar una terna con los concursantes que hubieren obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador debía designar en el cargo de Gerente o Director a quien hubiere alcanzado el más alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del proceso de elección. El resto de la terna operaría como un listado de elegibles, para que en el caso de no poder designarse el candidato con mayor puntuación, se continuaría con el segundo y de no ser posible la designación de este, con el tercero.

El Decreto 2993 del 19 de agosto de 2011¹⁰² desarrolló la Ley 1438 y continuó recogiendo lo decidido en la sentencia C-181 de 2010, en lo relativo a la primacía del mérito en el nombramiento de funcionarios públicos en Empresas Sociales del Estado. Su artículo 12, que modificó el artículo 4 del Decreto 800 de 2008, reiteró lo señalado en el inciso 2 del citado precepto 72 indicando que la terna debía ser integrada con los concursantes que hubieren obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado y que aquél con mayor puntaje debía ser designado en el cargo de Gerente. En caso de no ser posible su nombramiento, la elección se realizaría con el segundo y en su defecto con el tercero en la lista.

4.1.4. Recientemente el Congreso expidió la Ley 1797 del 13 de julio de 2016¹⁰³, que, en el

artículo 20, modificó el trámite de elección de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. En sus disposiciones no hace referencia a la realización de un concurso de méritos en estricto sentido, y dispone que el nombramiento estará a cargo de los Alcaldes y Gobernadores en el nivel territorial y del Presidente de la República en el campo nacional, previa verificación objetiva de los requisitos de formación académica y experiencia que deben acreditar los distintos aspirantes a ocupar el empleo y evaluación con suficiencia e imparcialidad de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública a fin de asegurar que sea el mejor quien ocupe el cargo. Es decir, el principio del mérito continúa guiando esta clase de actuaciones¹⁰⁴.

Advirtió que dichos funcionarios serán nombrados para periodos institucionales de 4 años, el cual empezará con la posesión y culminará 3 meses después del inicio del periodo institucional del Presidente de la República, del Gobernador o del Alcalde. Dentro de dicho periodo, sólo podrán ser retirados del cargo con fundamento en una evaluación insatisfactoria del plan de gestión, evaluación que se realizará en los términos establecidos en la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.

La citada ley consagró, en el parágrafo del artículo 20, un régimen transitorio en virtud del cual se establecieron tres situaciones fundamentales. La primera estableció que para el caso de los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado que a la entrada en vigencia de la presente ley hubieren sido nombrados por concurso de méritos, o reelegidos, continuarían ejerciendo el cargo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos. La segunda señaló que los procesos de concurso que al momento de entrada en vigencia de la ley, se encontraran en etapa de convocatoria abierta o en cualquiera de las fases subsiguientes continuarían hasta su culminación, y el nombramiento del Gerente o Director recaería en el integrante de la terna que hubiere obtenido el primer lugar, debiendo el nominador proceder al nombramiento en los términos del artículo 72 de la Ley 1438 de 2011.

En este contexto, aclaró que en el evento que el concurso culminara con la declaratoria de desierto o no se integrara la terna, la designación se efectuaría directamente por el Presidente de la República, los Gobernadores o los Alcaldes, según el caso, en los términos del referido artículo 20. Finalmente, estimó que en los eventos en que a la entrada en vigencia de la ley no se presentara ninguna de las situaciones referidas, el jefe de la

respectiva Entidad Territorial o el Presidente de la Republica procedería al nombramiento de los Gerentes o Directores dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigor de la norma.

El Decreto 1427 del 1 de septiembre de 2016¹⁰⁵ reglamentó el artículo 20 de la Ley 1797, y contempló que los procesos de concurso de Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado que se encontraran en etapa de convocatoria abierta, o en cualquiera de las fases subsiguientes al momento de la entrada en vigencia de la citada ley, continuarían hasta su culminación, en los términos legales allí definidos y conforme las normas que le dieron origen, salvo los eventos de declaratoria de desierta o de no integración de la terna, supuestos en los cuales se daría aplicación al inciso primero del artículo 20 de la ley referida¹⁰⁶.

En desarrollo de lo anterior y con la finalidad de asegurar que los procesos de elección adelantados por los nominadores continuaran respetando el mérito de los interesados en participar en tales procedimientos, el Departamento Administrativo de la Función Pública expidió la Resolución 680 del 2 de septiembre de 2016¹⁰⁷, cuyo objeto fue señalar las competencias (conocimientos, destrezas, habilidades, valores, actitudes y aptitudes) que debían demostrar los aspirantes a ocupar el empleo de Gerente o Director de las Empresas Sociales del Estado, las cuales serían evaluadas por las respectivas autoridades del orden nacional y territorial, de acuerdo a los lineamientos señalados en el Decreto 1427 de 2016¹⁰⁸. Para el efecto, se incluyeron aspectos relacionados con (i) el compromiso para ejercer de forma eficiente y bajo parámetros de calidad el servicio público, (ii) el manejo de las relaciones interpersonales armónicas y respetuosas que facilitarán el buen desempeño institucional y favorecerán el clima organizacional, (iii) una correcta planeación de la gestión integral en salud y (iv) un manejo eficaz y adecuado de los recursos y bienes materiales a su disposición¹⁰⁹.

4.1.5. En suma, con la Ley 1122 de 2007 se previó la realización de un concurso de méritos para proveer los cargos de Gerente de las Empresas Sociales del Estado y se dispuso que la Junta Directiva de cada E.S.E. debía conformar, previo proceso de selección, una terna, de la cual el nominador tendría que nombrar al respectivo funcionario. Dicha normativa fue objeto de control abstracto mediante la sentencia C-181 de 2010, en la cual se advirtió que la terna para la designación de un empleado de esta naturaleza habría de conformarse con los tres

mejores puntajes, y que la nominación para el empleo recaería sobre quien lograra la calificación más alta, pues ningún sentido tendría adelantar una competencia para favorecer a otro distinto a aquel que demostró suficiencia e idoneidad superior en aras de prever el mejor ejercicio posible de la Administración en Salud. Este mandato fue positivizado en la Ley 1438 de 2011 y el Decreto 2993 del mismo año, que reprodujeron el criterio del mérito como aquel que continúa informando los concursos adelantados para designar a funcionarios de esta naturaleza.

En vigencia de la Ley 1797 de 2016 y el Decreto 1427 de la misma anualidad se introdujeron algunas modificaciones al trámite de elección de Gerente de una E.S.E., preservándose las implicaciones del postulado del mérito en esta clase de nombramientos. Así, se estableció para su designación la existencia de un procedimiento en el que participarían directamente el Presidente de la República, los Gobernadores y Alcaldes, como autoridades nominadoras del orden nacional, departamental y municipal encargados de calificar a los aspirantes a través de una evaluación de sus competencias, siguiendo para tal fin los parámetros fijados en la Resolución 680 de 2016 del Departamento Administrativo de la Función Pública en orden a asegurar que fuera el mejor quien ocupara el cargo.

Dicha ley consagró, además, un régimen de transición en virtud del cual dispuso que aquellos concursos que al momento de entrada en vigencia de la ley se encontraran en etapa de convocatoria abierta, o en cualquiera de las fases subsiguientes, continuaran hasta su culminación y el nombramiento del Gerente o Director recaería en el integrante de la terna que hubiere obtenido el primer lugar, respetándose de esta forma la supremacía del mérito. En todo caso, si la convocatoria culminaba con la declaratoria de desierta o no se integraba la terna, se procedería a agotar el procedimiento de elección a cargo de los jefes de las entidades territoriales o del Presidente de la República, una vez se examinaran las destrezas y competencias de los aspirantes.

4.2. El juez constitucional debe realizar una ponderación entre el principio del mérito como criterio relevante de acceso a la función pública y la garantía que comporta la conformación de una terna para materializar la designación del cargo de Gerente de una E.S.E.

4.2.1. Como se ha referido, en esta oportunidad se analiza la situación de una ciudadana que, a pesar de haber obtenido el primer lugar dentro de un concurso de méritos adelantado para

proveer el cargo de Gerente de una Empresa Social del Estado -en vigencia de la Ley 1438 de 2011-, no fue designada en el empleo público bajo el argumento de no haber sido posible conformar una terna porque solo dos aspirantes superaron el puntaje mínimo aprobatorio exigido en la convocatoria. Situaciones como la advertida ponen de presente una tensión constitucional, a saber, la prevalencia del mérito, representado en la elección de quien obtuvo el puntaje más alto requerido, y la necesidad de conformar una terna, como requisito previo para proceder al nombramiento y expresión de principios como la eficacia y eficiencia en el campo del servicio público de la salud.

Diferentes Salas de Revisión se han pronunciado sobre la materia indicando que no es posible maximizar un contenido constitucional en detrimento de otro, al punto de llegar a suprimirlo. Los contenidos en tensión son importantes para el ordenamiento jurídico, ambos encuentran asidero constitucional y corresponde al juez de tutela armonizarlos con miras a que los dos se realicen en la mayor medida posible en los casos concretos. Por ello, como presupuesto capital en la resolución de los mismos debe considerarse que tanto el principio del mérito, como la garantía que comporta la terna, admiten restricciones, pues, ninguno tiene carácter absoluto¹¹⁰.

Es claro que la realización de un proceso de selección obliga al nominador a elegir al mejor de los concursantes, pues ningún sentido tendría adelantar una competencia para favorecer a otro que no sea el primero. Sin embargo, existen circunstancias en las cuales quien ocupa el primer lugar en un concurso de méritos, no accede de modo automático al cargo para el cual participó. Esto tiene lugar cuando existe una causa suficientemente poderosa, objetiva y explícita que impide reconocer al mejor de la lista. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el ganador del concurso presenta antecedentes penales, disciplinarios o de tipo profesional que, al ser contrastados con los resultados de los concursos, evidencian su falta de idoneidad para ocupar el empleo. En todo caso, no podrán alegarse razones de tipo subjetivo, moral, religioso, étnico o político para sustraerse de la obligación de nombrar a quien haya demostrado idoneidad superior. En el evento de no ser posible elegir al ganador del concurso, el nominador, mediante acto motivado, debe argumentar con razones sólidas y objetivas el motivo por el cual considera que el concursante no satisface las exigencias del cargo, con el fin de garantizar sus derechos a la defensa y a controvertir la actuación administrativa¹¹¹.

A partir de estas consideraciones la Corporación, tanto en sede de revisión como en el marco del control de constitucionalidad, ha reiterado el respeto por las reglas de un concurso y, en particular, el reconocimiento para quien ha logrado obtener el primer puesto en las pruebas que se adelantan con el fin de proveer los cargos objeto de convocatoria, precisando que no resulta de recibo que, sin mediar causas objetivas y suficientemente consistentes, la administración designe a una persona distinta de quien obtuvo la mejor calificación. Ciertamente, si los móviles no son de ese calado, se puede estar ante el quebrantamiento de los derechos fundamentales del ganador de la convocatoria, y por supuesto la afectación del servicio público¹¹².

En estos eventos en los que surgen situaciones objetivas que impiden el nombramiento del ciudadano que logró un puntaje superior, se hace imperativo considerar, de modo inmediato, otras posibilidades idóneas en la provisión del cargo. Por ello, la designación en esta clase de actuaciones está precedida por la conformación de un listado de elegibles. El listado de elegibles no desconoce el derecho de quien demuestra más altos méritos a acceder al empleo, ni implica que el nominador pueda seleccionar discrecionalmente a uno de los integrantes de la lista; su finalidad es garantizar la continuidad del servicio y promover la eficacia y eficiencia de la función pública mediante la creación de una lista de personas calificadas que puedan desempeñar el empleo ante la imposibilidad de nombrar a quien obtuvo la calificación más alta. Por ello, se ha destacado que cuando sea imposible nombrar al primero de la lista, el nominador debe designar al segundo mejor calificado, garantizándose así una adecuada gestión en la dirección de las entidades encargadas de prestar el servicio de salud¹¹³.

Como se observa, y siguiendo en adelante lo considerado por la Corte en la sentencia T-748 de 2015¹¹⁴, la integración de una terna con miras a la designación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado no es, en modo alguno, una mera formalidad pues existen importantes razones de orden constitucional que subyacen a la exigencia de conformarla al concluir un proceso de selección en el que está en juego la aplicación de los aludidos principios de eficiencia y eficacia, consagrados en los artículos 2, 209 y 365 de la Carta Política.

Por lo que respecta a la eficacia, este redunda en la garantía de los derechos y, en particular, en el de la salud, que la dirección de los Hospitales y, en términos generales, las instituciones

que prestan dicho servicio estén en cabeza de personas calificadas o, como se puso de presente al considerar el principio del mérito, de personal idóneo, cuyos conocimientos y competencias permitan prever la mejor realización posible del derecho fundamental a la salud mediante la atención oportuna a los usuarios. Al constituirse la terna con los mejores del concurso, la administración cubre la eventual necesidad de contar con otros candidatos aptos, en el caso de no poderse designar a quien obtuvo el mejor puntaje, bien sea porque no acepta la nominación o se ve impedido para ser nombrado. Además, al estructurarse la terna, se cuenta con una posibilidad inmediata de colmar la vacante de la gerencia y, afectar, en menor medida la gestión de dirección de las entidades encargadas de prestar el servicio público, sin que sea necesario adelantar un sin número de concursos o de dotar la vacante con personal que eventualmente no reúne las condiciones para garantizar la mejor administración. La mora en proveer la gerencia sin duda entorpece procesos que terminan afectando a los titulares del derecho fundamental a la salud, los cuales, cifran sus esperanzas de una mejor prestación del servicio en la E.S.E. respectiva.

Por lo que concierne al principio de la eficiencia, resulta adecuado, en términos del cuidado de los recursos públicos, pretender obtener de la realización de un solo concurso las tres personas que plausiblemente pueden ocupar el cargo de Gerente, pues es claro que el proceso de convocatoria, la aplicación de pruebas y la evaluación de las mismas es oneroso, y riñe con la eficiencia emplear dichos medios económicos para renunciar a la posibilidad de tener en cuenta a personal idóneo en la eventualidad de ser requerido. La realización de procesos de selección adicionales, solo tiene lugar cuando no se logra configurar la terna. Si ésta no se integrase, y no fuese posible designar a quien o quienes triunfaron en el concurso, se le restaría a la administración y a los administrados una garantía de mejor y más pronto servicio de salud. En este punto es importante recordar que en la sentencia C-181 de 2010, al analizar la consagración de la terna contemplada en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, en lugar de expulsar la categoría en estudio del ordenamiento jurídico se precisaron algunas de sus funciones constitucionales en el marco de los concursos de méritos para proveer cargos de esta naturaleza.

Así pues, riñe con el principio de la eficacia y la eficiencia de las actuaciones administrativas adelantar concursos y tener en cuenta solo al ganador como llamado a desempeñar el cargo, perdiéndose la oportunidad de contar con otros participantes idóneos que en defecto del primero pueden entrar a reemplazarlo de modo inmediato cuando, por diversas razones, este

no puede o no quiere acceder al cargo a pesar de sus logros obtenidos. De ahí que la conformación de la terna implica velar por una más apropiada gestión de las E.S.E. Sin embargo, debe resaltarse que dicha exigencia no puede constituirse en una negación del mérito y, por ende, en cada caso concreto habrá de ponderarse la prescripción de integración de la terna, frente a otros mandatos de rango constitucional.

4.2.2. Ahora bien, atendiendo al problema jurídico planteado y comoquiera que esta Corporación en la referida sentencia T-748 de 2015¹¹⁵ analizó un debate constitucional semejante al que se debe decidir en esta ocasión, la Sala considera que se trata de un precedente judicial que resulta relevante mencionar. Por ello, se realizará una descripción detallada de las reglas decisorias (subreglas) establecidas en aquella providencia en aras de determinar su aplicabilidad al caso concreto.

En aquella oportunidad, la Sala Cuarta de Revisión analizó la situación de dos ciudadanos que invocaban la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos. De acuerdo con los hechos de los casos, los accionantes hicieron parte de un concurso de méritos que se realizó con la finalidad de proveer el cargo de Gerente de una Empresa Social del Estado. En ambos supuestos la convocatoria se adelantó satisfactoriamente, no obstante, en sus fases finales fue declarada desierta bajo el argumento de que el número de aspirantes que alcanzaron la calificación aprobatoria exigida para integrar el listado de elegibles resultaba insuficiente para conformar una terna y, por ende que no era posible prever el cargo para el cual se había convocado¹¹⁶.

Los actores habían superado las exigencias del concurso logrando el puntaje mínimo exigido, esto es, igual o superior a 70 puntos, y obtenido, además, la calificación superior frente a los demás concursantes. En tales circunstancias, planteaban que, por virtud del mérito, se imponía su designación pues no se requería de un número de tres concursantes para proceder al nombramiento, ya que bastaba con haber obtenido el primer lugar siguiendo el hilo de la argumentación plasmada en la sentencia C-181 de 2010¹¹⁷. En ese orden de ideas, evidenciaban el papel meramente accesorio de la integración de una terna.

Por su parte, las entidades accionadas con apego a las disposiciones legales y reglamentarias consideraban que existían importantes razones de orden constitucional que subyacían al requerimiento de conformar una terna al concluir un proceso de selección. Entre tales se

destacaba el respeto por los principios de eficacia y eficiencia orientados a la satisfacción del interés general, implicando calidad, agilidad, economía y utilidad de la actuación Estatal. En ese sentido, precisaban que la consagración de la figura de la terna no podía considerarse, en modo alguno, una mera formalidad.

Como se observa, cada una de las partes del conflicto alegaba la salvaguarda de un contenido constitucional, el principio del mérito, por un lado, y la garantía que comporta la terna, por el otro. Con ese panorama en sede de revisión, se advirtió de manera preliminar que los contenidos en tensión no podían armonizarse a través del sacrificio absoluto de uno de ellos, pues en cada caso concreto el juez de tutela habría de resolver teniendo en cuenta el peso de cada uno de estos valores. Minimizar el peso de la terna en la idea de privilegiar el derecho de los concursantes que lograban puntajes altos, era estimar la situación solo desde un lado y, desconocer el propósito de eficacia y eficiencia que subyace a la exigencia de conformar una terna. No obstante, omitir la idoneidad de quienes habían ocupado los mejores lugares dentro de un concurso de méritos suponía anular la materialización del principio del mérito como criterio rector del acceso a la función pública.

Para la Sala, la medida que lograba ponderar los mandatos en tensión implicaba la realización de un nuevo concurso, en el que se garantizara la participación del o los ganadores del primero, y en el marco del cual se tuvieran en cuenta tanto el puntaje o puntajes iniciales, como los obtenidos en la segunda oportunidad, concediéndoles, de haber lugar a ello, el lugar correspondiente en la lista atendiendo a aquel más favorable.

Al analizar los casos en estudio se estimó que, si bien por orden judicial o por voluntad de la administración, se había ordenado realizar una nueva convocatoria, en el primero de los asuntos aunque se garantizó la participación del actor no se le respetó el puntaje conquistado en la primer competencia. Por su parte, en el otro expediente, ni siquiera el peticionario fue informado de su derecho a participar en el segundo concurso respetándosele el registro obtenido en la prueba inicial. El deber de la administración era comunicarle lo del caso al interesado, y esto no aparecía demostrado dentro de las diligencias obrantes en el proceso. Por ello, se entendió que el principio del mérito expresado en los resultados consignados había sido minimizado frente a la exigencia legal de conformar una terna y, este hecho había generado una vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de los tutelantes.

Estas conductas reñían, entonces, con el principio de igualdad y, en particular, con la regla según la cual quien participa exitosamente en el primer concurso no le está vedado intervenir en el siguiente o siguientes validando sus resultados, pues de no permitírsele esa posibilidad se le estaría quebrantando su derecho a un trato igual, en el entendido que quienes en la primer competencia no alcanzaron puntajes aprobatorios pueden participar en las convocatorias futuras y eventualmente mejorar su rendimiento. Resultaba irrazonable privar de la posibilidad de elevar su rendimiento a quienes alcanzaron resultados aprobatorios en un primer concurso y premiar con otra oportunidad a quienes no tuvieron un desempeño exitoso en el mismo. De lo que se trataba, era de darles el mismo número de oportunidades a todos. Una regla diferente a la inmediatamente sentada, privaba de todo sentido la participación de quienes habían intervenido en el primer concurso.

De manera pues que la Sala concluyó que en lo que respecta a la posibilidad que les fue concedida a los actores para participar en el siguiente concurso, pero, sin respetar lo logrado en el primero o sin garantizar su efectiva intervención, constituía un daño consumado, pues ya se habían celebrado nuevos procesos de selección, consolidándose derechos para terceros que no podían ser desconocidos y que, en consecuencia, tornaban irreversible la situación. Por ello, se procedió a aplicar en ambos supuestos, la provisión contenida en el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, en el sentido de prevenir a las autoridades demandadas responsables para que en ningún caso volvieran a incurrir en la práctica reprochada y para que aplicarán, en lo pertinente, las directrices señaladas en la providencia.

4.2.3. En suma y como consecuencia de lo considerado en este apartado, resulta pertinente hacer dos precisiones. En primer lugar, la exigencia de conformación de una terna en los procesos de designación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado guarda relación con la necesidad de garantizar la continuidad del servicio y promover la eficiencia y eficacia de la función pública, mediante la creación de una lista de personas calificadas que puedan desempeñar el empleo ante la imposibilidad de nombrar a quien obtuvo la calificación más alta. Dicha exigencia, no puede ser, sin embargo, una razón para desconocer el mérito, pues ningún sentido tendría adelantar una competencia para favorecer a otro que no sea el primero.

Como se indicó en la sentencia T-748 de 2015¹¹⁸, “(...) desplazado el mérito, es obvio que también queda desplazado el concurso público que sólo tiene sentido cuando se trata de

evaluar el mérito y las distintas calidades de los eventuales aspirantes (...)", pudiéndose agregar que en tales circunstancias también resulta desplazada la Constitución. Por ello, en cada caso concreto el juez constitucional debe realizar una labor de ponderación teniendo en cuenta el peso de cada uno de estos valores a partir de las circunstancias fácticas que rodean el asunto objeto de estudio.

5. En el presente caso debe negarse la protección constitucional deprecada por la señora Gómez Ovalle ya que el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado fue provisto con un tercero distinto a la accionante como consecuencia de una nueva convocatoria en la que le fue garantizada su efectiva participación

5.1. En el asunto en estudio está demostrado que en el concurso de méritos convocado -en vigencia de la Ley 1438 de 2011- para proveer la plaza de Gerente del Hospital Inmaculada Concepción de Chimichagua, adelantado por la Universidad de Pamplona, la señora Claudia Patricia Gómez Ovalle obtuvo el primer lugar, con una puntuación de 77.50. Igualmente está probado que la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado no procedió a su designación, dado que resultaba imposible conformar la terna, pues, solamente dos aspirantes superaron el puntaje mínimo requerido para aprobar la convocatoria.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, en este tipo de contextos, los jueces constitucionales deben realizar una labor de ponderación de suerte que ni el principio constitucional del mérito ni la exigencia de conformar una terna, como requisito previo al nombramiento, resulten irrazonablemente sacrificados, al punto de que uno de ellos sea suprimido u omitido en su contenido para la resolución del caso concreto. Estas consideraciones, en principio, darían lugar a conceder la protección constitucional deprecada habida cuenta que el peso del mérito observado en el asunto en particular fue minimizado ante la necesidad de integrar una terna, sin que para ello se efectuaran actuaciones tendientes a armonizar los contenidos en tensión. Esto es, de acuerdo con la sentencia T-748 de 2015, esa ponderación implicaba la realización de una nueva convocatoria en la que se respetará la participación de quienes alcanzaron puntajes aprobatorios en un primer concurso, es decir, de la accionante en el presente proceso. Si tal participación no se garantizaba mediante la efectiva vinculación al nuevo proceso de selección en el que se tuviera, además, en cuenta el puntaje inicialmente registrado, de ser este el más favorable, se estaba ante una vulneración de derechos fundamentales.

No obstante, se advierte que con posterioridad a las decisiones judiciales objeto de estudio, la Alcaldía Municipal de Chimichagua adelantó un nuevo proceso de selección como consecuencia de una orden de tutela donde resultó ganador el señor César Alberto Suarez Medina, por haber obtenido el mejor puntaje y en el que la señora Claudia Patricia Gómez Ovalle no participó, pese a ser convocada debidamente al mismo en aras de garantizar el debido proceso. En ese orden de ideas, siguiendo las reglas de decisión contenidas en la sentencia T-748 de 2015, no hay lugar a proteger las garantías alegadas como vulneradas sino a negar el amparo, máxime cuando, a la fecha, se advierten circunstancias que consolidan derechos en cabeza de terceros, los cuales no pueden ser desconocidos, sin más.

Para llegar a esta conclusión, se tomará como eje de análisis, las siguientes consideraciones.

5.2. De los documentos aportados al expediente y de la información obtenida en sede de revisión, la Sala entiende con claridad que para el año 2016 se hizo necesario proveer el cargo de Gerente del Hospital Inmaculada Concepción de primer nivel de atención de la población residente en Chimichagua, Cesar, ante el vencimiento del periodo institucional de la funcionaria que venía ejerciendo su dirección. Para tal efecto, la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado contrató los servicios de la Universidad de Pamplona a fin de que adelantara el proceso de selección y escogencia de la terna de los posibles aspirantes a ocupar el empleo, durante el periodo concerniente a los años 2016-2020, agotando con ese propósito todo lo relativo a las publicaciones e invitaciones para participar en el concurso.

Con esa finalidad se dio apertura a la Convocatoria 004 del 3 de junio de 2016, en la que participó la señora Claudia Patricia Gómez Ovalle superando las distintas etapas previstas en el proceso de selección. En el marco de ese evento fue calificada con un puntaje de 77.50, seguida de los ciudadanos Dalma Ospino Pérez y César Alberto Suárez Medina, quienes obtuvieron una calificación de 73.30 y 68.47, respectivamente. El 10 de octubre siguiente, en cumplimiento a sus obligaciones contractuales, la institución educativa publicó la lista definitiva de admitidos en la que, como se observa, solo dos aspirantes superaron el guarismo mínimo exigido para integrar el listado de elegibles, esto es, igual o superior a 70 puntos conforme lo establecido en las directrices de la convocatoria, del Decreto 800 de 2008 y de la Resolución 165 del mismo año.

El 11 de octubre la Universidad de Pamplona comunicó a la Junta Directiva dicho listado, integrado únicamente por dos concursantes pues el tercero de ellos no obtuvo la calificación final mínima exigida. Materializado lo anterior y siguiendo lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011 y el artículo 12 del Decreto 2993 de 2011, normas vigentes aplicables para ese momento, el órgano directivo debía convocar a una sesión a fin de conformar la terna con los concursantes que habían obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado, siguiendo lo establecido en la sentencia C-181 de 2010119. En atención a dichos preceptos, el nominador debía designar en el cargo de Gerente a quien hubiere alcanzado el más alto puntaje dentro de los 15 días calendario siguientes a la finalización del trámite de selección. No obstante, por el número de participantes que lograron el puntaje exigido para dar las pruebas por satisfechas, la conclusión fue la no integración de la terna y la consecuente imposibilidad de designar a la tutelante en el cargo ofertado.

Ante la situación anterior, la accionante consideró que su nominación debía realizarse sin importar que no se pudiese conformar la terna. En su entender, sus méritos estaban demostrados con el puntaje obtenido y no cabían razones que le obligaran a sufrir algún tipo de desmedro por la insuficiencia de los restantes concursantes de no lograr la calificación mínima aprobatoria. Por su parte, la Alcaldía Municipal y el Hospital accionado consideraban que al margen de la suficiencia e idoneidad demostrada por los concursantes en el certamen convocado para suplir la plaza de Gerente era necesario integrar una terna en atención al principio de eficiencia, cuyo peso en la función administrativa estaba reconocido en la satisfacción de un determinado puntaje que se exigía a quienes hacían parte en la pugna por el cargo y pretendían integrar el listado de elegibles.

Dadas las circunstancias advertidas, el 20 de octubre de 2016 la señora Gómez Ovalle decidió acudir al amparo constitucional, en procura de que le fueran protegidas sus garantías fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos. En primera instancia, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, mediante fallo del 3 de noviembre de 2016, concedió el amparo, avalando la supremacía del merito como criterio rector de acceso al ejercicio de la función pública. En su criterio, un participante en un concurso de méritos que había obtenido el mejor puntaje aprobatorio debía ser designado en el cargo sin que fuera necesario conformar una terna, pues esta última, como garantía de la administración y en favor de los administrados, carecía de

entidad jurídica suficiente que se le pudiera oponer.

Paralelo a esta actuación, los ciudadanos Yiddis Nayara Calle Romero y Leonardo Fabio Beccera Cuello acudieron a la acción de tutela, invocando, la violación de su derecho fundamental al debido proceso administrativo por cuanto al interior de este concurso de meritos iniciado para dotar la plaza de Gerente del Hospital Inmaculada Concepción no se realizaron, en su opinión, las publicaciones de rigor, conforme se ordena en la ley para estos casos. Así, no se enteraron del proceso de selección adelantado impidiéndoseles su efectiva participación. Al fallarse la primera instancia en estos asuntos, la autoridad judicial a través de decisión del 4 de noviembre de 2016 dispuso dejar sin efectos todo el trámite concursal por existir una presunta irregularidad de los principios de publicidad y transparencia.

Esta argumentación fue empleada por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Cesar, quien conoció de la tutela que ahora se revisa en segunda instancia, para negar la protección invocada mediante fallo del 7 de diciembre siguiente. Con posterioridad a esta determinación, en el curso de las acciones de tutela incoadas por los ciudadanos referidos se declaró que el proceso de selección seguía vigente y, en consecuencia, se ordenó seguir adelante con el trámite de elección según lo consignado en los fallos del 12 y 15 de diciembre proferidos por el ad quem. En razón de ello, la Junta Directiva del Hospital retomó las actuaciones administrativas de designación que había suspendido, por razón de la decisión judicial y procedió a reunirse para tomar las correctivos del caso sin que fuera nombrada en el cargo ofertado la señora Claudia Patricia Gómez Ovalle por no ser posible integrar una terna de candidatos habilitados.

5.3. Para la Sala, hasta este punto del proceso, las actuaciones surtidas por la Alcaldía Municipal de Chimichagua y el Hospital Inmaculada Concepción así como las decisiones de los jueces de instancia no se avienen con los mandatos superiores y son inadmisibles en términos de protección de los derechos fundamentales. No resulta de recibo a la luz de la jurisprudencia constitucional asumir, sin más, que ante la ausencia de un número suficiente de aspirantes con puntaje aprobatorio al interior de un concurso de meritos la respuesta constitucionalmente adecuada resulte ser la no conformación de la terna requerida para efectuar el nombramiento y, en consecuencia, la no designación de quien obtuvo el mejor lugar dentro de la convocatoria, representada en su puntaje. Lo anterior deja en una situación de incertidumbre la efectividad de los derechos de quien con esfuerzo superó los

lineamientos de un concurso orientado justamente a seleccionar al mejor de los aspirantes.

La labor del juez constitucional en un evento de esta naturaleza, e incluso de las autoridades públicas involucradas, consiste en armonizar los intereses en conflicto. Tanto el principio del mérito, materializado en el hecho de reconocer que las personas que han superado satisfactoriamente las diferentes etapas convocadas para un concurso y que llenan todos los requerimientos de un cargo cuentan con un revestimiento de especial protección a la hora de ocupar y ejercer el empleo pretendido, como la garantía de conformar una terna, que redunde en la necesidad de garantizar la continuidad del servicio y promover la eficacia y eficiencia de la función pública, son valores reconocidos por el orden interno, que tienen restricciones en su aplicación y ello es constitucionalmente admisible con fundamento en la protección que debe otorgárseles a tales valores.

Lo que no resulta admisible, es sacrificar un mandato sobre el otro, sin siquiera realizar una labor de ponderación entre los intereses de la administración y los de la peticionaria que, en este tipo de contextos, consiste justamente en realizar una nueva convocatoria en la que se garantice, a plenitud, la participación de quienes intervinieron en la primera competencia de selección logrando calificaciones aprobatorias, teniendo en cuenta, además, sus puntajes para efecto de aplicar al final el más favorable. Como se dijo en la sentencia T-748 de 2015120, “una medida que respete el mérito demostrado por el concursante o los concursantes que alcanzaron los puntajes aprobatorios en una primera competición y, que a la vez satisfaga la garantía que comporta la terna; es la respuesta constitucionalmente admisible que logra armonizar los dos intereses en tensión. Suficientemente sabido es que no es la maximización, sino la optimización de tales contenidos lo que debe prohijar el Juez Constitucional”.

En este orden de ideas, cuando se planteó el problema jurídico se preguntó si se desconocían los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de quien en un concurso de méritos para designar Gerente de una Empresa Social del Estado lograba un puntaje aprobatorio, pero, el proceso no culminaba con la designación del mejor puesto porque el número de personas que alcanzaron aquel puntaje no resultaba suficiente para conformar la terna y, por ende, no se proveía el cargo para el cual se convocó. Para la Sala sí se presenta una vulneración de derechos, ya que a la tutelante se le desconoció de plano su idoneidad y aptitud, pues, a pesar del mandato constitucional de respeto al mérito y

de la necesidad de armonizarlo con otros contenidos superiores en tensión, como la conformación de una terna, ningún peso tuvo tal postulado en el caso concreto ya que no se realizó un nuevo proceso de selección que permitiera asegurar la oportuna y mejor administración posible del servicio de salud en beneficio de los usuarios.

Estas consideraciones llevarían, en principio, a conceder la protección inmediata de las garantías quebrantadas, concretada en la realización de una nueva convocatoria en la cual se respete la participación de la actora y se considere su puntuación inicial, en caso de que aquella resulte ser la más favorable. No obstante, se advierte que con posterioridad a los fallos de tutela que se revisan surgieron algunas circunstancias particulares que impiden que este sea el remedio constitucional por adoptar. En su momento, se indicó que, al día de hoy, el señor César Alberto Suárez Medina, es decir, quien ocupó el tercer lugar en la competencia donde la accionante conquistó la mejor calificación, ostenta la calidad de Gerente del Hospital Inmaculada Concepción, como consecuencia de un nuevo proceso de selección que se adelantó en cumplimiento a una orden de tutela y en el cual la señora Claudia Patricia optó por no participar. Las razones que llevan a esta conclusión se encuentran soportadas en los siguientes elementos de juicio.

5.4. De acuerdo con la información aportada en sede de revisión, el 16 de diciembre de 2016, es decir con posterioridad al fallo de segunda instancia que negó el amparo invocado por la actora, la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción consideró que en tanto no había sido posible integrar la terna por ausencia de un número suficiente de aspirantes con calificación aprobatoria, la solución adecuada era la realización de un nuevo proceso de selección al margen de la suficiencia e idoneidad demostrada por los concursantes en el certamen previo. Así, mediante Acuerdo 006 del 16 de diciembre de 2016¹²¹ se dio por terminado el concurso adelantado por la Universidad de Pamplona y, posteriormente, en aplicación de la Ley 1797 de 2016 y su Decreto reglamentario 1427 del mismo año¹²², se expidió la Resolución 1618 del 23 de diciembre¹²³, por medio de la cual se realizó una nueva convocatoria para la evaluación de las pruebas comportamentales con el fin de producir el nombramiento de Gerente¹²⁴. De acuerdo con las probanzas, quien fue designado por haber logrado el puntaje más alto fue el señor César Alberto Suárez Medina¹²⁵.

En esta última fecha, la señora Gómez Ovalle instauró una nueva solicitud de amparo contra

las mismas entidades accionadas en el presente asunto y, además, contra la Procuraduría Provincial del Banco, Magdalena y la Personería Municipal de Chimichagua. En su opinión, la actuación adelantada constituyó una vulneración de sus derechos fundamentales. El asunto le correspondió por reparto al Juzgado Promiscuo de Familia de Chiriguaná, que mediante auto del 30 de diciembre de 2016 admitió la tutela presentada suspendiendo de manera provisional todo el trámite de elección convocado por la Alcaldía Municipal de Chimichagua mediante la Resolución 1618 del 23 de diciembre de la citada anualidad¹²⁶.

A través de fallo del 13 de enero de 2017 se concedió la protección deprecada, bajo el argumento de que la supremacía del mérito como fórmula objetiva para acceder al ejercicio de la función pública no podía ser limitada por la exigencia legal de conformar una terna pues “las personas que llenan todas las necesidades del cargo pueden ocuparlo y ejercerlo por haber obtenido el derecho [de acceso] al mismo”¹²⁷. En razón de ello, le ordenó al ente territorial nombrar a la accionante en el cargo público por haber demostrado mayor idoneidad y dispuso dejar sin efecto el proceso de selección previsto mediante la Resolución 1618 del 23 de diciembre de 2016, incluyendo el Decreto 083 del 30 de diciembre de 2016 y el acta de posesión 095 de la misma fecha, mediante los cuales se nombró y posesionó como Gerente al señor César Alberto Suárez Medina¹²⁸.

Impugnada la decisión por la Alcaldía Municipal¹²⁹, conoció de la tutela en segunda instancia la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar que, mediante providencia del 27 de febrero de 2017, confirmó el fallo de instancia en cuanto amparó las garantías constitucionales, pero revocó la orden que dispuso el nombramiento de la actora para, en su lugar, dejar sin efectos la Resolución 1618 del 23 de diciembre de 2016, así como todo el procedimiento que de allí se derivó. En ese sentido, le ordenó a la administración municipal la realización de un nuevo proceso de selección bajo los términos del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, de su Decreto reglamentario 1427 de la misma anualidad, de la Resolución 680 de 2016, proferida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, y atendiendo las directrices de la jurisprudencia constitucional plasmadas en la sentencia T-748 de 2015, en un término no superior a un (1) mes¹³⁰.

Para arribar a tal conclusión, el Despacho estimó que no podía ordenarse el nombramiento de la señora Gómez Ovalle en el cargo de Gerente habida cuenta que el concurso adelantado para tal efecto, y en el que ella participó obteniendo el puntaje mayor, no había arrojado el

resultado requerido para la conformación de una terna al no existir tres participantes que lograran alcanzar el puntaje mínimo exigido en los términos de la Ley 1438 de 2011. En esas condiciones, a la autoridad nominadora no le era factible proveer el cargo debiendo en su lugar realizar una nueva convocatoria, la que sin duda se había llevado a cabo designándose para tal fin al señor César Alberto Suárez Medina. No obstante, advirtió que en el marco de tal nombramiento se irrespetaron las directrices establecidas en la Resolución 680 de 2016, al no demostrarse que la evaluación de los aspirantes se hubiere surtido mediante la aplicación de pruebas escritas, tal como se exigía.

Tampoco, afirmó, se atendieron los principios de publicidad y participación, ya que el proceso adelantado se realizó en “un escaso tiempo”¹³¹, lo que obstaculizó el acceso de los interesados en participar en el mismo, incluida, la señora Gómez Ovalle. Este hecho ocasionó que no se incluyera su nombre en la terna para la escogencia del Gerente “atendiendo el puntaje que había obtenido en el primer concurso, o el que le fuera más favorable de haber participado en la segunda convocatoria, actuación que ha debido seguir la Alcaldía Municipal, según lo puntualizado por la Corte Constitucional en la sentencia T-748 de 2015”¹³².

Luego, aclaró que “los resultados de la convocatoria realizada por la Alcaldía de Chimichagua, el 23 de diciembre de 2016, no [gozan] de validez”¹³³ y desconocen los derechos fundamentales de la peticionaria, debiéndose en consecuencia realizar una nueva convocatoria para proveer el cargo. En ese escenario debía garantizarse “la participación de la accionante, si así ella lo [deseaba], para que en caso positivo [se le diera] la opción de integrar la terna que [habría] de conformarse teniendo en cuenta el puntaje más favorable por ella obtenido, esto es, bien [fuera] el alcanzado en el concurso que realizó la Universidad de Pamplona o bien el obtenido en el que ahora [debía realizarse]”¹³⁴.

En acatamiento al fallo judicial se profirió la Resolución 223 del 15 de marzo de 2017, por medio de la cual se convocó a un nuevo procedimiento de elección para proveer el cargo público con fundamento en la normativa vigente en la materia y el precedente constitucional consagrado en la sentencia T-748 de 2015¹³⁵. En razón de las reglas de decisión señaladas en tal providencia, al trámite fue debidamente convocada la señora Claudia Patricia Gómez Ovalle, a fin de “garantizarle su participación en el mismo, el debido proceso y el resultado obtenido por ella en la Universidad de Pamplona, y pese a ello no fue de su interés participar”¹³⁶. El 27 de marzo siguiente culminó la fase de evaluación de competencias en

cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución 680 de 2016 y se publicaron los resultados definitivos de admitidos¹³⁷.

Con fundamento en ello, el 29 de marzo se integró la terna en orden estricto de mérito con los aspirantes que obtuvieron las tres mejores calificaciones, a saber, César Alberto Suárez Medina, con un puntaje final de 89.5, Adriana Carolina Cervantes Ramírez, con un puntuación de 85.6 y Stella Milena Cuello Lengua, quien fue valorada con 82.6 puntos¹³⁸. Dichos concursantes fueron notificados de los resultados finales sin que surgieran reclamaciones administrativas contra su contenido¹³⁹. Al encontrarse en firme el listado de elegibles y por haber acreditado idoneidad superior para el ejercicio de las funciones públicas fue nombrado el señor César Alberto Suárez Medina, en calidad de Gerente en propiedad del Hospital Inmaculada Concepción de Chimichagua para el periodo 2016-2020, según se evidencia de la copia del Decreto de designación 044 del 30 de marzo de 2017¹⁴⁰ suscrito por el Alcalde municipal encargado¹⁴¹ y del acta de posesión 105 de la misma fecha¹⁴².

5.5. Conforme se desprende de las consideraciones precedentes, la Sala encuentra que en esta oportunidad no es procedente la protección de las garantías constitucionales invocadas por la accionante. Como se advirtió, en su momento, ni por voluntad de la administración municipal de Chimichagua ni de la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción e incluso ni por orden de los jueces de instancia que conocieron del presente asunto se realizó un ejercicio de ponderación entre el postulado superior del mérito, que comprende reconocer que las personas que reúnen todos los requerimientos de un cargo pueden ocuparlo y ejercerlo por haber demostrado idoneidad suficiente para ello, y la garantía de integrar una terna, como manifestación de los principios de eficiencia y eficacia que rigen el actuar de la administración pública persiguiendo una gestión adecuada de la misma. Esta actuación es reprochable en perspectiva constitucional, pues ambos contenidos tienen un peso relevante en el ordenamiento vigente y ninguno de ellos puede ser maximizado en detrimento del otro, debiéndose, en consecuencia, realizar una nueva convocatoria de elección como medida tendiente a armonizar estos postulados, validando allí los resultados más favorables.

No obstante, con posterioridad a la actuación que se revisa y como consecuencia de una orden judicial se adelantó un nuevo proceso de selección para dotar la plaza de Gerente y uno de los aspirantes al cargo, esto es, el señor César Alberto Suárez Medina, satisfizo los requisitos exigidos para ejercerlo, tras demostrar competencias y aptitudes suficientes

tendientes a desempeñar las funciones del empleo ofertado. Por virtud de esta circunstancia se consolidaron derechos en cabeza de terceros, que no pueden desconocerse en esta instancia, máxime, cuando en el marco de este nuevo trámite administrativo, un juez constitucional, aplicando las directrices plasmadas en la sentencia T-748 de 2015, ordenó que se garantizará la participación de la peticionaria en esta segunda convocatoria, pero voluntariamente ella decidió no hacer parte de la misma. Obra en el proceso copia del oficio remitido a la accionante el 17 de marzo de 2017 en virtud del cual se le notifica el contenido de la Resolución 223 del 15 de marzo de esa anualidad, que dispuso la realización de una nueva competencia de selección de personal para la Empresa Social del Estado¹⁴³.

Luego, en tanto, en dicho escenario, se respetó la regla de participación consignada en el fallo mencionado cuyo desconocimiento da lugar al amparo de derechos fundamentales y comoquiera que no es posible desatender la situación jurídica consolidada y actual de una persona que superó objetivamente las pruebas del nuevo trámite adelantado, el remedio constitucional adecuado implica negar el amparo. Por ello, se confirmará el fallo de segunda instancia proferido por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Cesar, el 7 de diciembre de 2016 que negó el amparo solicitado, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

6. Reglas de Decisión

6.1. El mérito desempeña un papel determinante en la materialización del derecho a acceder a los cargos públicos. Las implicaciones de este postulado se han extendido en todo su rigor al caso de los procesos de selección para proveer las plazas de Gerente de las Empresas Sociales del Estado, mediante el favorecimiento del concursante que obtenga el mejor puntaje en las respectivas evaluaciones. No obstante, existen casos en los que quien ocupa el primer lugar no accede de modo automático al empleo para el cual participó. Ello es entendible en la medida en que el mérito es un principio expuesto a entrar en tensión con otros valores constitucionales y, por ende, está sujeto a ser ponderado en determinados casos. Tal evento sucede por ejemplo cuando es exigible conformar una terna so pena de no proceder al nombramiento de quien fue calificado con superioridad. Una de las finalidades de la terna es permitirle a la administración contar con personal idóneo y calificado disponible para aquellas ocasiones en las cuales quien logra el primer lugar en el concurso no puede aceptarlo o posesionarse. De ahí que su exigencia esté en consonancia con los principios de

eficiencia y eficacia, cuyo peso en la función administrativa está reconocido en el ordenamiento constitucional colombiano.

Comoquiera, entonces, que ambos valores son reconocidos por el orden jurídico, en cada caso concreto el juez de tutela debe realizar una labor de armonización, teniendo en cuenta el peso de cada uno de estos contenidos a partir de las circunstancias fácticas que rodean el asunto objeto de estudio.

6.2. Las entidades implicadas en la realización de un concurso de méritos adelantado para dotar el cargo de Gerente de una Empresa Social del Estado vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de quien logra un puntaje aprobatorio superior pero no es designado en el empleo por imposibilidad de conformarse una terna, cuando no efectúan una labor de armonización entre el principio del mérito, materializado en el hecho de reconocer que quien superó satisfactoriamente las diferentes etapas convocadas para un concurso cuenta con un revestimiento de especial protección a la hora de ocupar el empleo, y la garantía de integrar una terna que redunde en la necesidad de asegurar la continuidad del servicio y promover la eficiencia y eficacia de la función pública. En estos eventos, es deber de las autoridades involucradas efectuar un ejercicio de ponderación, que consiste en adelantar una nueva convocatoria en la que se respete, a plenitud, la participación de quienes intervinieron en la primera competencia de selección logrando puntajes aprobatorios.

En todo caso, si con posterioridad a la acción de tutela que se revisa, el empleo ofertado ha sido provisto con otra persona distinta a quien acude al amparo, como consecuencia de un nuevo proceso de selección que se adelantó por virtud de una decisión judicial en el que dicho ciudadano obtuvo la mejor calificación y en el que se respetó la regla de participación de los concursantes de la competencia inicial, se crean derechos para terceros que dan lugar a que se niegue, por lo menos en sede de tutela, la protección deprecada.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el fallo de segunda instancia proferido por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Cesar, el 7 de diciembre de 2016, que negó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora Claudia Patricia Gómez Ovalle, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIAN

Secretaria General (e)

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE CONCURSO DE MERITOS PARA ELECCION DE GERENTE DE HOSPITAL-Debió declararse improcedente por existir carencia actual de objeto, en la

medida en que no existen intereses litigiosos pendientes por resolver (Salvamento de voto)

La entidad accionada realizó un tercer proceso de selección en el que se designó como Gerente del Hospital a quien obtuvo la mejor calificación, y se garantizó la participación de la tutelante. Por tanto, este argumento debió hacer parte de los hechos probados de la tutela, para llegar a la conclusión de la carencia actual de objeto.

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE CONCURSO DE MERITOS PARA ELECCION DE GERENTE DE HOSPITAL-Debió declararse improcedente por no acreditarse el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela (Salvamento de voto)

No se demostró porque resulta ineficaz para amparar el derecho de la tutelante, los medios de control que establece la jurisdicción de lo contencioso administrativo, máxime cuando se puede acudir al decreto de medidas cautelares dentro de esta clase de procesos. De otra parte, la acción de tutela no se solicitó como mecanismo transitorio para evitar la causación de un perjuicio irremediable.

Referencia: Sentencia T-610 de 2017. Expediente T-6177660

Magistrada Ponente:

Diana Fajardo Rivera

En atención a la decisión adoptada por la Sala Novena de Revisión el día 03 de Octubre de 2017, me permito presentar Salvamento de Voto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Esta Sala de Revisión confirmó el fallo de segunda instancia proferido por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Cesar, pero por razones diferentes.

1. El argumento principal que fundamenta la decisión es que con posterioridad a la acción de

tutela se designó gerente del Hospital Inmaculada Concepción de Chimichagua a quien obtuvo la mejor calificación, como resultado de un nuevo proceso de selección que fue ordenado por una autoridad judicial. Así mismo, que se garantizó la participación de quienes hicieron parte del concurso inicial.

1. Me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala, por tanto debió declararse improcedente la acción, por las siguientes dos razones:

3.1 En primer lugar, considero que de acuerdo con la información que se recaudó durante el trámite de Revisión, existe carencia actual de objeto, en la medida en que no existen intereses litigiosos pendientes por resolver. Es decir, que se presenta una situación fáctica al momento en que se interpuso la acción por parte de la tutelante y otra, completamente diferente, al momento en que se conoció de la tutela en sede de revisión. Como se consignó en la parte considerativa de esta sentencia, la entidad accionada realizó un tercer proceso de selección en el que se designó como Gerente del Hospital a quien obtuvo la mejor calificación, y se garantizó la participación de la tutelante. Por tanto, este argumento debió hacer parte de los hechos probados de la tutela, para llegar a la conclusión de la carencia actual de objeto.

3.2 En segundo término, en el caso objeto de estudio no se acredita el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela. La razón por la cual se flexibiliza este requisito, se sustenta en el hecho de que existen diferencias sustanciales entre la acción de tutela y el decreto de medidas cautelares en la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹⁴⁴. Estas diferencias solo son enunciadas de manera general, pero no demostradas en el caso concreto. De un lado, la tutelante presentó la acción a través de abogado. De otra parte, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos no requiere de caución, de acuerdo con el artículo 232 del CPACA¹⁴⁵.

Adicionalmente, en la sentencia SU-553 de 2015, se fijó como regla jurisprudencial que la procedencia de la acción de tutela frente a actos administrativos en materia de concursos de méritos, era excepcional, y, por tanto, solo era procedente en dos supuestos: (i) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental, lo que se traduce en un claro perjuicio para el actor; y (ii) cuando se ejerce la

acción de tutela como mecanismo transitorio para evita un perjuicio irremediable.

En este caso, no se demostró porque resulta ineficaz para amparar el derecho de la tutelante, los medios de control que establece la jurisdicción de lo contencioso administrativo, máxime cuando se puede acudir al decreto de medidas cautelaras dentro de esta clase de procesos. De otra parte, la acción de tutela no se solicitó como mecanismo transitorio para evitar la causación de un perjuicio irremediable. En este orden de ideas, la presente decisión de flexibilizar el requisito de la subsidiariedad para proferir un fallo de fondo, desborda los presupuestos establecidos en esta sentencia de unificación, como ya se explicó.

Con el debido respeto,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

1 Folios 24 al 41 y folios 157 al 159 del cuaderno 3. En adelante, siempre que se haga mención a un folio del expediente se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa.

2 Folios 205 al 218 y folios 160 al 186 del cuaderno 3.

3 Folio 63 y folio 114.

4 Luz Maribis Zuluaga Palomino.

5 Folios 42 y 43.

6 Maritza Pérez Ramírez.

7 Folio 2.

8 Folio 2 y folios 53 al 59.

9 Folio 2 y folios 44 y 45.

10 Esta información se encuentra plasmada en un CD aportado al proceso de tutela.

11 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

12 Folio 4.

13 La actuación relativa al concurso de méritos adelantado obra en los folios 121 al 228.

14 Folios 74 al 89.

15 Folios 90 al 93.

16 Folios 104 al 111.

17 Folios 106 y 108.

18 María Victoria Bautista Bochagá.

19 Folios 114 al 120.

20 Folio 120.

21 Folios 229 al 235.

22 “Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

23 “Por medio del cual se reglamenta el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y se sustituyen las secciones 5 y 6 del Capítulo 8 del Título 3 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”.

24 Folio 231.

25 Folios 237 y 238.

26 Folios 237 y 238.

27 Folio 18 del cuaderno 2.

28 Folio 20 del cuaderno 2.

29 Folios 22 al 34 del cuaderno 2.

30 Lo anterior dentro del trámite de la acción de tutela incoada por el señor Héctor Julio Martínez Fragozo contra la Junta Directiva de la Empresa Social (folio 258 y folio 31 del cuaderno 4).

31 Folio 30 del cuaderno 2.

32 Folio 34 del cuaderno 2.

33 Folios 86 al 96 del cuaderno 2.

34 Folio 105 del cuaderno 2.

35 Folio 89 del cuaderno 2.

36 En los folios 97 al 102 del cuaderno 2 obra copia del contrato interadministrativo 01 celebrado entre el Hospital Inmaculada Concepción E.S.E. de Chimichagua, Cesar y la Universidad de Pamplona, el 30 de marzo de 2016 cuyo objeto es “prestar el servicio que permita la selección de la terna para proveer el cargo de Gerente del Hospital Inmaculada Concepción para el periodo institucional 2016 a 2020”.

38 A dicho proceso fueron, además, vinculados los ciudadanos Dalma Ospino Pérez y César Alberto Suárez Medina así como la Universidad de Pamplona como terceros interesados en el asunto (folios 31 al 36 del cuaderno 4).

39 Folio 93 del cuaderno 2.

40 Folio 123 del cuaderno 2.

41 Se advierte que paralelamente a esta actuación se presentaron dos acciones de tutela por los ciudadanos Yiddis Nayara Calle Romero y Leonardo Fabio Becerra contra la Junta Directiva del Hospital Inmaculada Concepción. Al momento de emitirse el fallo de segunda

instancia dentro del trámite que se revisa se había proferido decisión de primera instancia en el marco de aquellas solicitudes de amparo ordenándose dejar sin efectos todo el proceso concursal. En todo caso, con posterioridad se revocó esta determinación y se dispuso que el concurso de méritos seguía vigente.

42 Folio 124 del cuaderno 2.

43 Folios 126, 127 y 150 del cuaderno 2.

44 Folio 179 del cuaderno 2.

45 Folio 270.

46 Artículo 347. “Amenazas. Modificado por el artículo 36 de la Ley 1142 de 2007. El que por cualquier medio apto para difundir el pensamiento atemorice o amenace a una persona, familia, comunidad o institución, con el propósito de causar alarma, zozobra o terror en la población o en un sector de ella, incurrirá, por esta sola conducta, en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Modificado por el artículo 6 de la Ley 1309 de 2009, modificado por el artículo 4 de la Ley 1426 de 2010. Si la amenaza o intimidación recayere sobre un servidor público perteneciente a la Rama Judicial o al Ministerio Público o sus familiares, en razón o con ocasión al cargo o función que desempeñe, la pena se aumentará en una tercera parte”.

47 “Por la cual se expide el Código Penal”.

48 Folio 273.

49 Folios 271 al 273.

50 Folios 36 al 71 del cuaderno 2. Se advierte que mediante auto del 24 de octubre de 2016, la autoridad judicial decretó la suspensión provisional del concurso de méritos y ordenó la vinculación de Claudia Patricia Gómez Ovalle, Dalma Ospino Pérez y de la Universidad de Pamplona como terceros interesados en el asunto (folios 157 y 158 del cuaderno 4).

51 Folios 128 al 142 del cuaderno 2.

52 Folio 141 del cuaderno 2.

53 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

54 Folios 141 y 142 del cuaderno 2.

55 Folios 151 al 159 del cuaderno 2.

56 Folio 158 del cuaderno 2.

57 Folios 3 al 7 del cuaderno 4.

58 Folio 31 del cuaderno 4.

59 Folio 117 del cuaderno 4.

60 Folios 121 y 122 del cuaderno 4.

61 La autoridad judicial de primera instancia concedió la protección constitucional invocada y ordenó el nombramiento inmediato de la actora en el cargo de Gerente del Hospital Inmaculada Concepción por haber ocupado el primer lugar en el concurso de méritos. En segunda instancia, si bien se mantuvo el amparo de las garantías básicas se revocó la orden de designación y se dispuso la realización de una nueva convocatoria de selección en la que se respetará la participación de la señora Gómez Ovalle en los términos de la sentencia T-748 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

62 Folios 17 al 51 del cuaderno de Revisión.

63 Folios 52 al 92 del cuaderno de Revisión.

64 Folios 93 al 326 del cuaderno de Revisión.

65 Constitución Política, artículo 86: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

66 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la

Constitución Política”.

67 Folio 22.

68 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

69 Sobre el particular, puede consultarse la sentencia T-185 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

70 Si bien el término para interponer la acción de tutela no puede establecerse de antemano, el juez está en la obligación de verificar cuándo no se ha interpuesto de manera razonable para evitar que se convierta en un factor de inseguridad que lesione los derechos fundamentales de terceros o que desnaturalice la acción.

71 Ley 1437 de 2011, Capítulo XI, artículos 229 al 241.

72 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

73 M.P. Alejandro Linares Cantillo. En aquella ocasión, se estimó que, en el caso concreto, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, aun con la posibilidad de solicitar las medidas cautelares, no era idónea ni eficaz ya que con la decisión de desvincular al actor del Ministerio Público se había generado una grave afectación de su mínimo vital y una amenaza latente a su salud en razón del tumor neuroendocrino que padecía y que lo obligaba a permanecer en tratamiento médico constante. De ahí que la acción de tutela fuera el único medio que, además de otorgar de forma célere la protección, brindaba una solución definitiva a la problemática iusfundamental advertida. De otro lado, existían decisiones previas de esta Corporación (sentencia T-822 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) que en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y al conocer casos similares, habían determinado la ineficacia en concreto de las medidas cautelares reconociendo que ni la suspensión provisional que acompaña generalmente la nulidad de un acto administrativo se considera apta como herramienta procesal idónea para precaver cualquier potencial menoscabo que pueda llegar a producirse, sobre todo porque la discusión legal no puede sobreponerse al goce efectivo de derechos fundamentales.

74 El esquema de medidas cautelares de la Ley 1437 de 2011 establece una serie de requisitos para decretarlas, dentro de los cuales se encuentran algunos radicalmente opuestos a la marcada informalidad del proceso de tutela. Por ejemplo, el artículo 231 numeral 1 exige “[q]ue la demanda esté razonablemente fundada en derecho”; y la misma disposición, en su numeral 2, condiciona la adopción de las medidas a que “el demandante haya presentado los documentos informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir [...] que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla”.

75 No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública (artículo 232 de la Ley 1437 de 2011).

76 M.P. María Victoria Calle Correa.

78 De acuerdo con el numeral 2 del artículo 323 del Código General del Proceso, ello supone que no se suspende el cumplimiento de la providencia, ni el curso del proceso.

79 Por ejemplo, en la sentencia T-441 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos se dijo lo siguiente: “Resulta pertinente resaltar que tanto en la acción de nulidad como en la de nulidad y restablecimiento del derecho, el juez puede, como se indicó en párrafos precedentes, decretar medidas cautelares en aras de garantizar provisionalmente el objeto del proceso. No obstante, ello no hace que en el caso bajo estudio las acciones ante el juez contencioso administrativo sean eficaces para lograr la protección integral de los derechos del accionante”. Lo anterior, a propósito de una acción de tutela en la que se atacaba un acto administrativo que había declarado “no apto” a un ciudadano para ejercer el cargo de dragoneante del INPEC por presentar ciertas condiciones de salud.

80 M.P. Fabio Morón Díaz.

81 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

82 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

83 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

84 M.P. Mauricio González Cuervo. En esta ocasión, los accionantes aprobaron un concurso de méritos convocado para proveer el cargo de Magistrado de la Sala Civil en los Tribunales Superiores de Antioquia, Bogotá, Cali, Cartagena y Cúcuta y por esta razón fueron incluidos en un registro de elegibles, vigente hasta el año 2015. A pesar de lo anterior, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, el 10 de mayo de 2012, nombró, en provisionalidad, a los accionantes en calidad de Magistrados del Tribunal Superior de Antioquia, Sala Civil, especializada en restitución de tierras, solicitando a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura convocar a un nuevo concurso de méritos específico para la especialidad referida. La Sala Plena concluyó que, con la actuación desplegada, se vulneró el derecho al debido proceso administrativo de los tutelantes porque el ente accionado, en condición de nominador, dejó de aplicar, sin razón constitucional que lo justificara, la norma o los actos administrativos (Acuerdo y Circular), por medio de los cuales la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura determinó que la provisión de los cargos mencionados debía hacerse en propiedad. En esa medida se ordenó el nombramiento en propiedad.

85 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En esta oportunidad, se analizó la situación de un ciudadano que alegaba la vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo pues, pese a haber ocupado el primer lugar en el marco de un concurso realizado para proveer el cargo de Juez Civil Municipal, no fue designado en tal empleo y en su lugar fue posesionada, sin justificación alguna, otra persona ubicada en el puesto sexto de la lista de elegibles. La Sala Plena concedió el amparo y ordenó el nombramiento inmediato del actor pues, en su criterio, este fue privado del acceso a un empleo a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía ciertas condiciones -ganar el concurso- sería escogido para el efecto. Además, habiendo obrado de buena fe, confiando en la aplicación de las reglas que el Estado ha debido observar, el aspirante debió soportar una decisión arbitraria que no coincidió con los resultados del proceso de selección.

86 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

87 Artículo 125. “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”.

88 Estas consideraciones fueron expresamente consagradas en la sentencia SU-086 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

89 M.P. Mauricio González Cuervo. En esta sentencia la Corte declaró inexecutable los artículos 1, 4, 7, 8 y 9 de un proyecto de ley dirigido a reformar varios artículos de la Ley 909 de 2004 que permitía la inscripción en carrera de funcionarios que ocuparan cargos de carrera en provisionalidad, sin necesidad de superar concurso público alguno. En sentir de la Corte, los artículos objetados por el Presidente otorgaban un trato diferencial favorable e injustificado a los funcionarios que se desempeñan en cargos de esta naturaleza en provisionalidad.

90 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esta oportunidad, se declaró inexecutable, en su totalidad, el Acto Legislativo 01 de 2008, “Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”.

91 Estas consideraciones fueron expresamente consagradas en las sentencias SU-086 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C-181 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

92 Estas consideraciones fueron expresamente consagradas en las sentencias SU-086 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C-181 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

93 Estas consideraciones fueron expresamente consagradas en las sentencias SU-086 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C-181 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

94 De acuerdo con el artículo 125 superior, por regla general, los empleos de las entidades y organismos del Estado son de carrera y deben proveerse a través de concursos. Se

exceptúan los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales, y los demás que señale la ley. Las excepciones son de interpretación restrictiva, deben estar plenamente justificadas en la ley en relación con la naturaleza de la función asignada, y no pueden conducir a una inversión de la regla general diseñada por el constituyente.

95 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

96 “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007”.

97 Artículo 2 del Decreto 800 de 2008.

98 “Por la cual se establecen los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos públicos abiertos para la conformación de las ternas de las cuales se designarán los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial”.

99 En la sentencia C-957 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño se estudió la constitucionalidad del párrafo transitorio que establecía el “sistema de transición” para aquellos gerentes de las E.S.E. que al momento de la entrada en vigencia de la ley se encontraban activos. En esta oportunidad, se declaró la exequibilidad del aparte cuestionado con excepción de la expresión “el 31 de diciembre de 2006”, que fue declarada inexecutable por ser contraria a la Constitución. La Sala Plena estimó que “(iii) no resulta acorde con la Constitución Política, una pretendida prórroga de períodos vencidos, por lo que la Corte declarará la inexecutable de la expresión “el 31 de diciembre de 2006 o”, contenida en el inciso primero del párrafo transitorio del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007”. Por su parte, en la sentencia C-777 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto se examinó la constitucionalidad del aparte según el cual “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 esta ocasión se resolvió declarar su exequibilidad al considerar que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa que le posibilita establecer la duración de los períodos para Gerentes de las E.S.E., así como la forma para acceder a dichos cargos.

100 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

101 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

102 “Por el cual se establecen disposiciones relacionadas con la conformación y funcionamiento de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial (municipal, departamental o distrital) de primer nivel de atención y se dictan otras disposiciones”.

103 “Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

104 Esta disposición de la Ley 1797 de 2016 fue demandada ante la Corte Constitucional y actualmente se encuentra en estudio en el Despacho de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado con el número de proceso D-11782 acumulado con el D-11797.

105 “Por medio del cual se reglamenta el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y se sustituyen las secciones 5 y 6 del Capítulo 8 del Título 3 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”.

106 Artículo 2.5.3.8.5.6. transitorio del Decreto 1427 de 2016.

107 “Por la cual se señalan las competencias que se deben demostrar para ocupar el empleo de gerente o director de las Empresas Sociales del Estado”.

108 Artículo 1 de la Resolución 680 de 2016.

109 Artículo 3 de la Resolución 680 de 2016.

110 Sobre el particular pueden consultarse, entre otras, las sentencias SU-1114 de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-095 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-748 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

111 Al respecto, puede consultarse la sentencia C-181 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

112 A propósito de lo dicho, puede verse la sentencia T-748 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

113 Sobre el particular, puede consultarse la sentencia C-181 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

114 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

115 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

116 Se advierte que en aquella providencia la Sala dispuso la acumulación de tres expedientes de tutela por presentar unidad de materia. En esta ocasión se hará referencia solo a dos de ellos por ser los que comportan similitudes fácticas con el asunto materia de estudio.

117 Si se recuerda, en aquella ocasión, la Sala Plena declaró exequible el artículo 28 (parcial) de la Ley 1122 de 2007 bajo el entendido de que “la terna a la que se refiere deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el respectivo concurso de méritos; de que el nominador de cada empresa social del estado deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje; y de que el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero”.

118 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

119 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

121 “Por medio del cual se acuerda la terminación del proceso concursal adelantado por la Universidad de Pamplona mediante la Convocatoria 004 para la escogencia de Gerente del H.I.C 2016-2020 y se declara la no conformación de la terna de elegibles de acuerdo a la lista enviada por la Universidad de Pamplona”. La parte resolutive del citado Acuerdo dice en concreto lo siguiente: “Artículo Primero: Declarar terminado el concurso público y abierto para escoger Gerente de la E.S.E Hospital Inmaculada Concepción 2016-2020 adelantado por la Universidad de Pamplona, y aperturado mediante la convocatoria 004 de 2016. Artículo Segundo: Declarar la no conformación de la terna de acuerdo al listado enviado por la

Universidad de Pamplona de los aspirantes que superaron los setenta puntos en el concurso público y abierto para escoger Gerente mediante la convocatoria 004 del 2016. Artículo Tercero: En virtud de la no conformación de la terna, por las razones expuestas en la parte motiva, el nombramiento del Gerente titular de la E.S.E Hospital Inmaculada Concepción de Chimichagua Cesar periodo 2016-2020 deberá efectuarse de acuerdo a lo normado en el artículo 20 de la Ley 1797 del 13 de julio de 2016” (folios 177 al 186 del cuaderno de Revisión).

122 Si se recuerda, dichas normativas previeron que el nombramiento de Gerente de las Empresas Sociales del Estado se realizaría directamente por los jefes de las entidades territoriales cuando no hubiere sido posible la conformación de una terna.

123 “Por medio de la cual se hace una convocatoria y se reglamenta la evaluación de pruebas de actitudes comportamentales para el nombramiento del Gerente de la ESE Hospital Inmaculada Concepción” (folios 187 al 190 del cuaderno de Revisión).

124 Con esa finalidad, se celebró el contrato de prestación de servicios No. 160 del 23 de diciembre de 2016 entre el ente territorial y un contratista privado (Bárbara Alejandra Pardo Montaña) tendiente a evaluar las competencias de los interesados a ocupar el empleo público.

125 Esta información fue advertida por los jueces de primera y segunda instancia dentro del trámite de la nueva acción de tutela promovida por la señora Claudia Patricia Gómez Ovalle e incluso por el señor César Alberto Suárez Medina quien, a la fecha, funge como Gerente en propiedad del Hospital Inmaculada Concepción.

126 Folios 17, 18, 241 y 242 del cuaderno de Revisión.

127 Folio 24 del cuaderno de Revisión.

128 Folios 19 al 25 del cuaderno de Revisión. Comoquiera que el fallo judicial no fue acatado, el 23 de enero de 2017 la parte accionante presentó incidente de desacato el cual fue resuelto favorablemente mediante providencia del 6 de febrero siguiente ordenando el cumplimiento de lo señalado en la decisión e imponiéndole a la Alcaldesa Municipal 10 días de arresto y multa de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Producto de lo anterior,

la administración local expidió el Decreto 020 del 13 de febrero de 2017 por medio del cual designó a la señora Gómez Ovalle en el cargo de Gerente del Hospital Inmaculada Concepción (folios 98 y 256 al 261 del cuaderno de Revisión).

129 Contra esta determinación, la Alcaldía Municipal de Chimichagua presentó impugnación advirtiendo que el juez que tramitó la primera instancia “en manifiesto desacato al nuevo marco normativo vigente que regula los nombramientos de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, [ordenó] sin justificación alguna inaplicar una Ley de la República que se encuentra vigente, Ley 1797 de 2016 y su Decreto Reglamentario 1427 de 2016, y en consecuencia de ello, sin que hubiese conformado la terna que la nueva ley ordena conformar, [ordenó] que se [designará] a la señora Claudia Patricia Gómez Ovalle, en el cargo de Gerente de la E.S.E. Hospital Inmaculada Concepción del municipio de Chimichagua, César, bajo el argumento que la accionante ocupó el primer lugar entre dos (2) admitidos dentro del proceso concursal adelantado por la Universidad de Pamplona” (folio 28 del cuaderno de Revisión).

130 Vale advertir que frente a esta decisión de segunda instancia, la parte accionante presentó solicitud de aclaración la cual fue negada mediante decisión del 6 de marzo de 2017. Igualmente contra tal determinación e inclusive la de primera instancia se presentó acción de tutela por considerar que las autoridades judiciales habían incurrido en desconocimiento del precedente constitucional. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia conoció del asunto en primera instancia y a través de fallo del 5 de abril de 2017 declaró improcedente el amparo por tratarse de una tutela presentada contra decisiones de igual naturaleza. Ello fue confirmado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante providencia del 8 de junio de 2017 (folios 32 al 48 y folios 296 al 310 del cuaderno de Revisión).

131 Folio 46 del cuaderno de Revisión.

132 Folios 46 y 47 del cuaderno de Revisión.

133 Folio 46 del cuaderno de Revisión.

134 Folio 294 del cuaderno de Revisión.

135 “Por medio de la cual se hace una convocatoria, se reglamenta y se determina el cronograma de evaluación de competencias para el empleo del Gerente de la ESE Hospital Inmaculada Concepción de Chimichagua Cesar, de acuerdo a lo contenido en la Ley 1797 de 2016, Decreto 1427 de 2016 y Resolución 680 de 2016 (DAFP)” (folios 58 y 59 del cuaderno de Revisión).

136 Folios 50 y 56 del cuaderno de Revisión.

137 Folios 72 y 73 del cuaderno de Revisión.

138 Los referidos ciudadanos fueron precedidos por los señores Víctor Mendoza A., Jadner Barros Peñas y la señora Leyla Esther Estrada Palomino quienes obtuvieron una calificación de 78.7, 74.1 y 70.4, respectivamente (folios 48 al 50 del cuaderno de Revisión).

139 Folio 50 del cuaderno de Revisión.

140 “Por medio del cual se hace el nombramiento del Gerente en propiedad de la Empresa Social del Estado E.S.E. Hospital Inmaculada Concepción de Chimichagua, Cesar periodo 2016-2020”.

141 Doctor Rufino Rafael Machado Cruz.

142 Folios 48 al 51 del cuaderno de Revisión.

143 Folio 56 del cuaderno de Revisión.

144 Con apoyo en la sentencia T-376 de 2016, señala como diferencias del decreto de medidas cautelares en la jurisdicción contenciosa administrativa y en materia de tutela, las siguientes: (i) necesidad de acudir por medio de abogado, pues el procedimiento está regido por la formalidad, (ii) por regla general para el decreto de la medida cautelar se debe prestar caución, (iii) la medida cautelar, por su naturaleza, es de carácter transitorio.

145 Ley 1437 de 2011. Artículo 232. “(...) No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos...”.