

Sentencia T-687/10

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertirlos/ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Existencia de recursos administrativos o acciones judiciales para controvertirlos no inhibe automáticamente el uso de la acción de tutela

GERENTE DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO-Artículo 28 de la ley 1122 de 2007, por medio del cual se desarrolla la provisión del cargo

CONCURSO DE MERITOS PARA PROVEER CARGO DE GERENTE DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Vulneración de derechos fundamentales de quien, ocupando el primer lugar en proceso público de selección, no es nombrado en el cargo a proveer

Acción de tutela instaurada por Andrea Santos Scarpeta contra Municipio de Saladoblanco y otros.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C. dos (2) de septiembre de dos mil diez (2010).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, especialmente las de los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Oporapa - Huila y en segunda instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pitalito Huila.

I. ANTECEDENTES

La señora Santos Scarpeta interpuso acción de tutela contra el Alcalde del Municipio de Saladoblanco y contra la ESE Hospital Nuestra Señora de las Mercedes del Municipio de Saladoblanco (Huila). Sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- La Junta Directiva de la ESE Nuestra Señora de las Mercedes del Municipio de Saladoblanco realizó una invitación pública para seleccionar los integrantes de la terna a partir de la cual se nombraría el/la Gerente de la ESE en cuestión -folio 44-.

2.- El proceso de selección finalizó en el mes de julio de 2009 con los siguientes resultados -folio 68-:

Leisa María Borja García 70 puntos

María Deicy Cardozo Quintero 73 puntos

Edgar Muñoz Torres 85 puntos

María Alexandra Rivera Tovar 70 puntos

Andrea Santos Scarpeta 90 puntos

3.- En el punto n. 4 del acta de 29 de julio de 2009 la Junta Directiva de la ESE Nuestra Señora de las Mercedes decidió conformar la terna para la elección del gerente del Hospital. Para tal efecto se escogieron las personas que obtuvieron los tres mayores puntajes de la lista de elegibles, dando el siguiente resultado -folio 65-:

“1. Andrea Santos Scarpeta con un total de puntos: 90

2. Edgar Muñoz Torres “ “ “ “ “ : 85

3. María Deicy Cardozo Quintero“ “ “ “ “ : 73”

4. Por medio de Decreto n. 34 de 31 de julio de 2009 “POR MEDIO DEL CUAL SE EFECTÚA UN NOMBRAMIENTO EN PROPIEDAD EN UN CARGO DE PERÍODO FIJO” se designó como Gerente de la ESE tantas veces mencionada a la señora María Deicy Cardozo Quintero -folios 104 y

105-.

5.- La señora Cardozo Quintero tomó posesión del cargo de Gerente de la ESE el 04 de agosto de 2009, ante el alcalde Municipal y el Secretario General de la Alcaldía -folio 107-.

La tutela se dirige contra la decisión adoptada por el nominador, el señor Héctor Gustavo Silva Silva -Alcalde del Municipio de Saladoblanco-, quien nombró y la ESE Hospital Nuestra Señora del Rosario, por cuanto el primero dio posesión como Gerente de dicha ESE a la persona que había obtenido el tercer puntaje más alto en el proceso de selección, vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo a la señora Santos Scarpeta, la cual obtuvo el puntaje más alto en dicho certamen.

Respuesta de la ESE Hospital Nuestra Señora de las Mercedes

Con base en el poder conferido específicamente para el proceso de tutela por la señora María Deicy Cardozo Quintero (integrante de la terna escogida para ocupar el cargo de Gerente de la ESE) -folio 54-, actuando en la calidad de Gerente de la ESE Hospital Nuestra Señora de las Mercedes, el Dr. Alexi Farid Castro Pízo dio respuesta a la acción de tutela, solicitando que la misma se declarara improcedente.

Para el apoderado del Hospital, en virtud a que la tutela es un mecanismo subsidiario, no es posible que se utilice para reemplazar las vías ordinarias de defensa de los derechos previstos por el ordenamiento jurídico. En este sentido manifiesta

“La actora pretende reemplazar la justicia ordinaria con la presente acción de tutela, como quiera que tenía otro medio de defensa judicial como es la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo por medio del cual se nombro (sic) al gerente de la ESE HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DE LAS MERCEDES DE SALADOBLANCO. Sin embargo, si la accionante manifiesta que dicha acción judicial, contenciosa administrativa, no era efectiva, debió instaurar la acción de tutela como mecanismo transitorio y el juez de tutela analizar si esta (sic) es procedente, pese a que la acción contenciosa ya se encuentra caducada, por cuanto a la fecha ya han transcurrido más de cuatro meses después de la expedición del acto administrativo de nombramiento de gerente. No es procedente como lo afirma la Honorable Corte Constitucional efectuar el análisis de procedibilidad de la tutela si deliberadamente no se acudió al otro medio de defensa judicial” -folio 97-.

Por esta razón, el apoderado del Hospital desvirtúa que exista urgencia por parte de la accionante de tutela, pues deja transcurrir más de 150 días para la interposición de la tutela -folio 98-, razón por la cual no se cumpliría en este caso con el requisito de la inmediatez.

Finalmente, manifiesta que se extrañan los requisitos que configurarían la ocurrencia de un perjuicio irremediable, por cuanto la “accionante no demuestra ni siquiera sumariamente que se encuentra en gestación y que se le está afectando el mínimo vital” -folio 100- y, advierte, que la “Dra. Santos Scarpeta tiene esposo y este es asalariado” -folio 100-.

Respuesta del señor Héctor Gustavo Silva Silva, Alcalde del Municipio de Saladoblanco

El doctor Alexi Farid Castro Pízo, actuando esta vez como apoderado del Alcalde, responde a la tutela reiterando los argumentos expuestos en la respuesta dada como apoderado del Hospital, al decir que la acción de tutela debe declararse improcedente por cuanto existían mecanismos ordinarios para controvertir el acto administrativo de nombramiento como Gerente de la ESE de la señora Cardozo Quintero y que en el mismo no se observa la ocurrencia de un perjuicio irremediable -folio 133-.

II. ACTUACIONES PROCESALES

Asunto preliminar

La jueza Martha Inés Covalada Castaño, Jueza Única Promiscua Municipal de Saladoblanco, manifestó estar impedida por tener un enterver un interés directo en la presente actuación, toda vez que su cónyuge fue designado Personero Municipal de Saladoblanco, por parte del Concejo Municipal en sesión extraordinaria de ocho (08) de enero de 2008, y fue elegido con el apoyo de la bancada política que pertenece al partido del Alcalde Municipal -folio 73-, como prueba de lo cual aporta el acta de la sesión del Concejo Municipal -folios 78 a 82- y el acta de posesión del señor Efraín Calderón Londoño -folios 83 y 84-.

Dicho impedimento fue aceptado por auto de 19 de enero de 2010 expedido por el Juzgado Único Civil de Oporapa, quien prosiguió el trámite de la presente acción de tutela -folio 88-.

Primera instancia

En sentencia de 01 de febrero de 2010 el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Oporapa -

Huila decidió conceder el amparo solicitado por la accionante.

En su decisión el juez argumentó que la tutela era procedente en este caso por cuanto se cumplían las exigencias del principio de subsidiariedad. En efecto, argumentó el juez que, no obstante la existencia de mecanismos ante la jurisdicción contencioso administrativa, estos resultan ineficaces en este caso, por cuanto el tiempo que tardaría en resolverse el asunto ante dicha jurisdicción excedería el término de duración del cargo en disputa, lo que implicaría un desconocimiento de los derechos fundamentales de la accionante, pues la eventual indemnización no sería idónea para precaver dicha protección -folio 195-.

Respecto de la inmediatez se aclara que, contrario a lo manifestado por el apoderado del Hospital y del Alcalde de Saladoblanco, la tutela no se interpuso cinco (5) meses después del nombramiento de la señora Cardozo Quintero -actual gerente de la ESE en mención-. La accionante presentó la acción el 27 de noviembre de 2009, es decir, aproximadamente tres meses después de que se enterara de la designación hecha por el Alcalde, término razonable, máxime si se tiene en cuenta que desde el 27 de octubre del mismo año la accionante radicó un derecho de petición ante la Junta Directiva del Hospital en el que solicitaba información sobre la realización del proceso de selección, la conformación de la terna y la escogencia del gerente de dicha institución -folio 196-. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la accionante se encontraba en estado de embarazo durante dicho período de tiempo, lo cual, sin duda, resulta un elemento a tener en consideración al momento de valorar la inmediatez de la acción interpuesta -folio 196-.

Por estas razones declara procedente la acción de tutela.

Respecto del fondo del asunto, el Juez cita una serie de decisiones jurisprudenciales en las que se concluye que el parámetro del mérito en el acceso a los cargos públicos es un mandato constitucional y, por tanto, que ante la realización de un concurso de méritos debe escogerse para ocupar el respectivo cargo a la persona que obtuvo el puntaje más alto. En este sentido manifestó “[e] es por ello que, sin duda alguna, la designación realizada por el Alcalde Municipal de Saladoblanco carece de validez alguna y con fundamento en el precedente constitucional invocado por la accionante se tiene la efectiva conculcación de sus derechos fundamentales a raíz del proceder de la primera autoridad de la localidad al no tener en cuenta los principios generales que rigen los concursos de méritos; por tal razón la

vulneración recayó sobre los derechos, al trabajo por cuanto se le está impidiendo a la actora el ejercicio de la actividad laboral como Gerente; a la igualdad, toda vez que no se le brindó un trato igualitario al no respetarse por el nominador las condiciones del concurso; al debido proceso administrativo, como ya se dijo al no brindarse la plena observancia de las reglas y garantías previstas para el concurso de méritos; y al acceso a cargos públicos, al imposibilitarse su desempeño como Gerente a pesar de haber optado para ello a través de concurso” -folio 202-.

Con base en estas consideraciones el juez de primera instancia ordenó inaplicar la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual (...)” contenida en el artículo 28 de la ley 1122 de 2007 y, en consecuencia, Tutelar los derechos de la accionante -folio 203-.

Impugnación

En escrito de impugnación el Dr. Farid Castro Pízo, actuando como apoderado del alcalde Municipal y de la ESE Nuestra Señora de las Mercedes, reitera que la acción de tutela no cumple con el requisito de inmediatez pues la misma se había interpuesto luego de más de 110 de realizado el nombramiento -folio 212-. Adicionalmente, afirma que la tutela resulta un factor de inseguridad jurídica y que en el presente caso no se aprecia un daño irreparable -folio 214-.

En otro escrito de impugnación, el mismo Dr. Farid Castro Pízo, adiciona que el precedente constitucional no es “verdadera fuente principal de derecho” y que, por consiguiente, la sentencia T-359 (sic) de 2009 no crea obligación alguna para el juez constitucional -folio 222-.

Segunda Instancia

En sentencia de segunda instancia el Juzgado Primero Penal del Circuito revocó el fallo de primera instancia por considerar que, en el presente caso, la tutela no es procedente. En este sentido sostiene que le asiste razón al apoderado del Hospital cuando afirma que la acción adecuada es la de nulidad y restablecimiento del derecho -f. 18 cuaderno n. 2-. Adicionalmente, sostiene que tampoco procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues no se cumplen los requisitos que la jurisprudencia ha

establecido para este tipo de perjuicios, como son la inmenencia, la gravedad y la necesidad de medidas urgentes -f. 19 cuaderno n. 2-.

Por estas razones revoca la sentencia de primera instancia y decide declarar improcedente la presente acción de tutela.

Pruebas

Como acervo probatorio en el presente caso se adjuntó

1.- Invitación pública 01 de la Junta Directiva de la ESE Hospital Nuestra Señora de las Mercedes para participar en el proceso de escogencia del Gerente de la ESE -folio 44-.

2.- Cronograma de actividades de dicho proceso de selección -folio 45-.

3.- Tabla de ponderación de pruebas-folio 46-.

4.- Aviso de la Invitación Pública -folio 47-.

5.- Acuerdo 02 de la ESE Nuestra Señora de las Mercedes, por medio del cual se determina el mecanismo de conformación de la terna -folio 45-.

6.- Acuerdo 03 de la ESE Nuestra Señora de las Mercedes, por medio del cual se adopta el proceso de selección de aspirantes -folio 50 a 59-.

7.- Acta de la reunión de 29 de julio de 2009 de la Junta Directiva del la ESE Hospital Nuestra Señora de las Mercedes, en la que se conforma la terna para elegir al gerente de la entidad -folio 64 a 66-.

8.- Resultados del proceso de selección (puntaje obtenido por los participantes) -folio 68-.

9.- Derecho de petición presentado el 27 de octubre de 2009 por la accionante de tutela ante la ESE, solicitando copia del proceso de selección de aspirantes -folio 69-.

10.- Respuesta de la ESE Hospital Nuestra Señora de las Mercedes al derecho de petición del día 18 de noviembre de 2009 -folio 258-.

11.- Acta de posesión de la Dra. María Deicy Cardozo Quintero como Gerente de la ESE

Hospital Nuestra Señora de las Mercedes -folio 107-.

12.- Declaración de María Deicy Cardozo Quintero, ante el juez de primera instancia -folio 178 y 179-.

13.- Constancia de citación a la señora Santos Scarpeta para declarar y manifestación de su imposibilidad para concurrir por encontrarse en recuperación luego de un procedimiento de cesárea -folio 181-.

14.- Declaración de Héctor Gustavo Silva Silva, Alcalde Municipal de Saladoblanco -folio 182-.

15.- Escrito de la señora Andrea Santos Scarpeta en que se manifiesta la imposibilidad de concurrir a la diligencia para la que había sido citada, debido a encontrarse en licencia de maternidad en la ciudad de Bogotá -folio 185-.

16.- Incapacidad médica expedida en día 9 de enero de 2010 -folio 186-.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y problema jurídico

Corresponde a esta Sala proferir la sentencia de revisión de la tutela impetrada la señora Santos Scarpeta en contra del Alcalde del Municipio de Saladoblanco y la ESE Hospital Nuestra Señora de las Mercedes. La petición tiene como fundamento el nombramiento de la señora Cardozo Quintero como Gerente de la mencionada ESE, quien tenía el puntaje más bajo de quienes integraban la terna elaborada por la Junta de Administración de la ESE para estos efectos, lo que presuntamente vulneró los derechos de quien tenía el puntaje más alto, es decir la señora Santos Scarpeta, accionante dentro del proceso de tutela.

Siendo esta la situación fáctica planteada ante la Corte, serán dos los problemas jurídicos a resolver por parte de la Sala. El primero, que es común a todas las acciones de tutela y que en la presente situación tiene especial relevancia, es i) si para el caso en estudio se cumplen las causales de procedibilidad de la acción; de ser procedente la utilización de la acción de tutela, la Sala se enfrentaría a un segundo problema, consiste en determinar ii) si con el nombramiento de la persona que obtuvo el tercer puntaje en el concurso organizado por la ESE Hospital Nuestra Señora de las Mercedes para proveer el cargo de Gerente de dicha institución se vulneraron derechos fundamentales a la señora Santos Scarpeta, quien ocupó el primer lugar en dicho concurso y, por tanto, tenía el puntaje más alto entre quines ocupaban la terna elaborada para tal efecto.

Para resolver el problema jurídico la Corte hará consideraciones acerca de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos; las exigencias que surgen de la realización de concursos para el acceso a cargos públicos por parte las entidades; y, finalmente, resolverá el caso en concreto.

3. La acción de tutela como mecanismo para controvertir actos administrativos

La acción de tutela instituida en el artículo 86 de la Constitución de 1991 tiene como característica esencial la de ser un mecanismo subsidiario, es decir, que funciona únicamente en aquellos casos en que no exista instrumento ordinario alguno con el que pueda impedir que continúe la vulneración o amenaza al derecho fundamental. Por esta razón la Corte ha manifestado de forma constante que, ante la existencia de mecanismos ordinarios previstos para la protección iusfundamental requerida en una determinada situación, la acción de tutela deviene improcedente. Es claro que la postura de la Corte obedece a la necesidad de respetar el conducto regular de las competencias jurisdiccionales, a efectos de conservar la estructura funcional de la rama judicial. Por esta vía, la Corte busca evitar la indebida intromisión del juez de tutela en las labores asignadas a los jueces por parte del legislador. En este sentido, la Corte ha reiterado

“(…) la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel

primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior)¹ y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios).”²

Según lo dicho, es entendible que la Corte afirme que “la justicia constitucional no puede operar como un mecanismo de protección paralelo y totalmente ajeno a los medios de defensa judiciales de carácter ordinario, sino que, por el contrario, se debe procurar una coordinación entre éstos, con el fin de que no ocurran interferencias indebidas e invasiones de competencia no consentidas por el Constituyente. Es precisamente la adecuada aplicación del principio de subsidiariedad lo que logra la articulación de los órganos judiciales en la determinación del espacio jurisdiccional respectivo”³.

Sin embargo, y con el primordial objetivo de preservar la eficacia de la acción de tutela como mecanismo de protección jurídica de los derechos fundamentales, en numerosas ocasiones y de manera constante se ha manifestado por la jurisprudencia constitucional que es necesario realizar un análisis sustancial, y no simplemente formal, al evaluar la existencia de mecanismos ordinarios para la protección del derecho fundamental vulnerado o amenazado. En este sentido se ha insistido en que dicha evaluación no debe observar únicamente que el ordenamiento prevea la existencia de recursos o acciones para la solución por la vía jurídica de determinada situación, sino que en el contexto concreto dicha solución sea eficaz en la protección del derecho fundamental comprometido.

En este sentido se ha concluido

“Así, antes de resolver la improcedencia de la acción de tutela de una forma mecánica por la existencia de un procedimiento determinado, corresponde al juez constitucional dilucidar dos cuestiones: la primera, consiste en determinar si el medio judicial alternativo presenta la idoneidad y eficacia necesarias para la defensa de los derechos fundamentales. Si la respuesta a esa primera cuestión es positiva, debe abordarse la cuestión subsiguiente consistente en determinar si concurren los elementos del perjuicio irremediable, que

conforme a la jurisprudencia legitiman el amparo transitorio.

“La idoneidad y eficacia del medio debe ser apreciada en concreto atendiendo las circunstancias específicas en que se encuentre el solicitante, la entidad de los derechos implicados y el grado de vulneración o amenaza de esos derechos fundamentales. Es por esto que el numeral primero del artículo 6º del decreto 2591 de 1991, declarado exequible mediante sentencia C-018 de 1993, estableció que ‘(...) [l]a existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.’4”5

En este sentido, ese desplazamiento de la acción de tutela por los medios ordinarios de defensa judicial, sólo se presenta cuando éstos resultan aptos, idóneos y eficaces para la protección del derecho fundamental violado o amenazado. Al respecto, la Corte ha sostenido que: ‘... ‘en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral’, en este caso, es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales...’6”7.

En resumen, la Corte reconoce que aunque la prioridad procedimental la tiene el medio de defensa judicial ordinario, la protección ius fundamental puede dispensarse por vía tutela si aquel mecanismo resulta insuficiente para evitar el perjuicio amenazante. Es allí donde la tutela actúa como mecanismo subsidiario, operante frente a los demás medios de defensa, cuando el perjuicio que se cierne sobre el derecho se antoja irremediable e inminente. En este sentido se ha expresado

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren,

tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

“En consecuencia, no todo perjuicio puede ser considerado como irremediable, sino solo aquel que por sus características de inminencia y gravedad, requiera de medidas de protección urgentes e impostergables. Con todo, esta previsión del artículo 86 de la Carta debe ser analizada en forma sistemática, pues no puede olvidarse que existen ciertas personas que por sus condiciones particulares, físicas, mentales o económicas, requieren especial protección del Estado, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los niños, las mujeres embarazadas, los menesterosos o las personas de la tercera edad”⁸.

En esta línea discursiva, resalta la Sala que la jurisprudencia constitucional se ha manifestado sobre la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos en desarrollo de procesos tendentes a la provisión de cargos públicos. En estos casos se han establecido reglas específicas para determinar la procedencia de la tutela en aplicación de los parámetros generales antes mencionados. En este sentido se consagró en la sentencia T-215 de 2006 “[e]n efecto, si en dichas actuaciones administrativas no se observa el procedimiento legalmente previsto, y si ello repercute en la afectación del derecho al debido proceso de los interesados en la decisión administrativa, la acción de tutela se erige como un medio de defensa judicial adecuado, pero solamente si no existe otro mecanismo de defensa judicial que sirva para garantizar tales derechos, o si existiéndolo no se revela como un mecanismo de defensa eficaz en el caso concreto, o se cierne la amenaza inminente de un perjuicio irremediable sobre esta clase de derechos”.

Y sobre la específica idoneidad y eficacia de la acción de nulidad en estos casos se manifestó recientemente

“Ahora bien, en gracia de discusión, si se admitiese que contra el acto de publicación de resultados de las pruebas es admitida por esa jurisdicción la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, difícilmente podría alegarse la eficacia del medio judicial para lograr la protección de los derechos fundamentales, puesto que la prolongada espera para la culminación de un proceso contencioso administrativo, que aún cuando no siempre tal circunstancia desvirtúa un medio de defensa judicial aplicable, en los casos bajo revisión es relevante puesto que no les garantiza a los peticionarios el acceso inmediato al derecho fundamental de rango constitucional a acceder a cargos públicos por vía de un concurso de mérito, dado que con probabilidad a su terminación, ya los derechos en disputa se hayan extinguido teniendo en cuenta que parte del debate de fondo sobre esos actos, radica precisamente en la naturaleza de trámite o no de esos actos.”⁹

Este planteamiento resulta acorde con una estable jurisprudencia constitucional que fue ratificada desde el año 1998 por la Sala Plena de la Corte Constitucional, cuando en la sentencia SU-133 de 1998 se consagró

“La Corte estima que la satisfacción plena de los aludidos derechos no puede diferirse indefinidamente, hasta que culmine el proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado. Se descarta entonces en este caso la alternativa de otro medio de defensa judicial como mecanismo de preservación de los derechos en juego, que son de rango constitucional, de aplicación inmediata (art. 85 C.P.) y que no pueden depender de un debate dado exclusivamente en el plano de la validez legal de una elección, sin relacionarlo con los postulados y normas de la Carta Política.”

Por lo tanto, la existencia de recursos administrativos o acciones judiciales para controvertir un acto de la administración no inhibe automáticamente el uso de la acción de tutela, pues en estos casos deberá evaluarse si la protección adecuada –es decir, aquella acorde con criterios de justicia material- del derecho fundamental se logra por vía de los mecanismos ordinarios previstos por el ordenamiento para dicho propósito. De llegarse a la conclusión contraria, la utilización de la acción de tutela para ese específico caso no constituiría una suplantación del medio ordinario, ni la acción del juez de tutela una usurpación de la competencia del juez ordinario. Por el contrario, se trataría de una concreción de parámetros de justicia material en la protección de derechos fundamentales al lograr que la misma tenga un carácter eficaz y expedito, necesidad axial en un Estado que propugne por una aplicación

real de los derechos fundamentales.

Con base en los anteriores argumentos la Sala analizará si en el presente caso resulta procedente la acción de tutela interpuesta por la señora Santos Scarpeta. Sin embargo, antes de entrar en el análisis del caso concreto se harán unas breves reflexiones sobre la interpretación que, de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución, deba hacerse de las reglas que rigen los procesos de selección que se surten para proveer el cargo de Gerente de una empresa social del Estado.

4. Reglas existentes para la provisión de los cargos de gerente de una Empresa Social del Estado

La provisión del cargo de gerente de una de las empresas sociales del Estado es desarrollada actualmente por el artículo 28 de la ley 1122 de 2007, cuerpo normativo que reformó distintos apartes de la ley 100 de 1993, entre otros la regulación del mencionado tema.

El primer inciso del artículo en cuestión consagra

ARTÍCULO 28. DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.

Este precepto fue objeto del examen de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, que en sentencia C-181 de 2010 declaró condicionalmente exequible el aparte que señala la conformación de la terna y la escogencia del gerente de los integrantes de la misma. En desarrollo de este aspecto se manifestó

“En otras palabras, si el legislador –y lo mismo podría aplicarse a la administración- decide someter a concurso la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción, debe sujetarse a las reglas propias del concurso fijadas por la ley y la jurisprudencia de esta Corporación. En este sentido es preciso recordar que la libertad de configuración del

legislador no sólo está sometida a las limitaciones expresas que impone la propia Constitución, sino también a las restricciones que se desprenden de los derechos fundamentales y los principios constitucionales.”¹⁰

En este sentido, siempre que se realiza un concurso para la provisión de un cargo deben seguirse determinadas reglas que han sido fijadas desde el inicio de la jurisprudencia constitucional y que responden a los principios de transparencia, buena fe y acceso por mérito a los cargos de la administración, los cuales fueron recogidos en la decisión antes mencionada. En este sentido manifestó la Corte en aquella ocasión

“Algunas de las reglas del concurso que han sido fijadas por la jurisprudencia constitucional son las siguientes:¹¹

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 este orden de ideas, la realización de un concurso obliga al nominador a seleccionar al mejor de los concursantes, pues ningún sentido tendría adelantar una competencia para favorecer a otro que no sea el primero¹².”¹³

En coherencia con lo manifestado sobre los concursos para proveer cargos de la administración, la decisión C-181 de 2010 manifestó respecto de los cargos del gerente de las ESE

“La jurisprudencia constitucional ha indicado que el legislador tiene libertad para definir cuáles cargos son de libre nombramiento y remoción; sin embargo, su decisión debe ser guiada por dos criterios: (i) Los cargos de libre nombramiento y remoción deben estar orientados al cumplimiento de funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional -criterio funcional-; y (ii) debe tratarse de empleos en los cuales sea necesaria la confianza en los servidores públicos que tienen a su cargo esa clase de responsabilidades -criterio subjetivo de confianza-.¹⁴ Estos criterios fueron plasmados en el artículo 5 de la Ley

443 de 1998 “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”, y en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

Los literales a) y b) del numeral segundo de esta última norma indican que son cargos de libre nombramiento y remoción en la administración descentralizada a nivel nacional y territorial, los cargos de gerente. De conformidad con esta norma y dada la naturaleza de las funciones que desempeñan los gerentes de las empresas sociales del estado, es claro que la naturaleza de estos empleos es de libre nombramiento y remoción.

Por regla general, los nominadores de los cargos de libre nombramiento y remoción gozan de discrecionalidad para proveer las vacantes. No obstante, el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración y en concordancia con el artículo 2 de la Ley 909 de 2004, resolvió en la Ley 1122 de 2007 (i) someter la provisión de los cargos de gerentes de las empresas sociales del estado al sistema de concurso, y (ii) asignarles un periodo institucional de cuatro años.”¹⁵

De manera que

Con base en esta argumentación se concluyó respecto de la constitucionalidad del artículo 28 de la ley 1122 de 2007

“Además de que para la conformación de la terna no existe un criterio de excelencia establecido, la figura misma de la terna como opera en la actualidad desconoce el derecho fundamental del concursante mejor calificado a ser nombrado en el respectivo cargo. Como se indicó en apartes previos, esta Corporación de manera reiterada ha señalado, con fundamento en los artículos 13, 29 y 125 superiores, que a quien demuestra mayores méritos y obtiene la mejor calificación en un concurso le asiste un derecho fundamental a acceder al cargo por el cual concursó.

“En el mismo sentido, en concordancia con la jurisprudencia constitucional, la Sala estima que la decisión de no nombrar a la persona que obtiene el primer lugar en el concurso de méritos conlleva la vulneración de sus derechos a la igualdad y al debido proceso, 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.

“De acuerdo con lo anterior, a juicio de la Corporación, la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente”, contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, desconoce el principio constitucional del mérito como criterio rector del acceso a la función pública, los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de quienes obtienen el primer lugar en los respectivos concurso, así como el principio de la buena fe.

Sin embargo, habida cuenta de que la configuración semántica de la expresión demandada puede ser interpretada de una manera distinta a la adoptada en sus decretos reglamentarios y acorde a la Constitución, la Corte proferirá una sentencia interpretativa y declarará la exequibilidad de la expresión bajo el entendido de que (i) la terna a la que se refiere el inciso primero del artículo 28 de la Ley 1122 de 2001 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.”¹⁷

No obstante, ser este el precedente más fuerte con que se cuenta para la resolución de estos casos, resulta pertinente recordar que en decisiones de tutela anteriores a la sentencia de constitucionalidad referida se habían utilizado las reglas derivadas de la Constitución para excepcionar la aplicación de la última parte del primer inciso del artículo 28 de la ley 1122 de 2007. En este sentido se manifestó en la sentencia T-329 de 2009 “[d]e acuerdo con lo anterior, a juicio de esta Sala, la disposición “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual”, contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 impide que se garanticen los derechos fundamentales de quien ocupa el primer lugar en la lista. Por tanto, la misma considera que la utilización de la terna en el proceso de elección del gerente de la ESE no protege los derechos fundamentales derivados del concurso de méritos, lo que conduce a que la norma legal deba inaplicarse” -negrilla ausente en texto original-.

Los argumentos expuestos guían a concluir que las reglas jurisprudenciales expuestas en este apartado son plenamente aplicables al caso que ahora resuelve la Sala y, por tanto, absolutamente pertinentes al momento de definir la solución concreta.

Pasa la Sala a resolver el caso ante ella planteado.

5. Solución

La solución del caso concreto exige de la Sala un estudio sobre la procedibilidad de la acción de tutela y, de superarse este examen, deberá evaluarse la posible vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, a la señora Santos Scarpeta.

5.1. Procedencia de la acción de tutela

Como se manifestó, en el caso que ahora ocupa a la Corte la accionante interpuso acción de tutela al conocer que el alcalde de Saladoblanco había nombrado como gerente de la ESE Hospital Nuestra Señora de las Mercedes a la persona que ocupó el tercer lugar en el concurso realizado a efectos de proveer dicho cargo, es decir, a la señora María Deicy Cardozo Quintero. En cuanto la accionante ocupó el primer lugar en dicho concurso, considera que han sido vulnerados sus derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo.

Antes de entrar a resolver el problema jurídico de carácter sustancial, es necesario determinar si en el presente caso resulta procedente la acción de tutela o si, por el contrario, admitir que se utilice como mecanismo de solución implicaría un desconocimiento del principio de subsidiariedad previsto por el artículo 86 de la Constitución.

Para la Sala la utilización de la acción de tutela en el presente caso se adecua de forma integral a las exigencias que el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia han establecido para su utilización.

En efecto, respecto del principio de inmediatez ha de decir la Corte que la acción de tutela se ajusta a los parámetros establecidos por la jurisprudencia, pues la misma fue interpuesta tres (3) meses y veintisiete (27) días después de que se hubiese proferido el acto administrativo que presuntamente desconoce los derechos fundamentales de la accionante, el cual se aprecia como un término razonable para la presentación de la acción de tutela, teniendo en

cuenta que los argumentos jurídicos que la sustentan deben ser objeto de preparación por parte de quien la interpone y que se hizo necesario requerir información a entidades públicas sobre las actuaciones administrativas indispensables para estructurar la acción de tutela -folio 69-.

Aunque con los argumentos hasta ahora expuestos resulta suficientemente demostrado el cumplimiento del requisito de la inmediatez, debe agregarse, además, que en el expediente no figura prueba de que el acto controvertido haya sido notificado a la accionante, no obstante ser evidente el interés que la misma tenía en las resultas de la actuación administrativa. Es más, ni siquiera existe prueba de que el mismo haya sido publicado adecuadamente, como exige el cumplimiento del principio de transparencia en las actuaciones administrativas, máxime cuando, no obstante ser un acto que en apariencia tiene carácter individual, sus efectos trascienden la persona en éste referida y conllevan consecuencias a todos los que, en virtud del concurso de méritos seguido, integraban la terna para la elección de gerente de la ESE. En efecto, en el expediente se consigna que el acto fue pegado en la cartelera de la Alcaldía -folio 183- y que además la información en éste contenida fue radiodifundida a través de la emisora La Fiera por el Alcalde de Salado blanco -folio 183-, sin embargo ni la alcaldía, ni la ESE aportan pruebas que confirmen la ocurrencia de cualquiera de estas dos acciones.

En este sentido, contar el término para interponer la acción de tutela desde el día en que se profirió el acto administrativo que designó gerente de la ESE a la señora María Deicy Cardozo Quintero sería una formalidad que implicaría la eventual vulneración del derecho de acceso a la justicia de personas que, como la accionante de tutela, no les fueron garantizados los medios para enterarse oportunamente de dicho acto administrativo.

Para la Sala, en los casos en que la administración incumple o no puede demostrar el cumplimiento del deber de publicidad en las actuaciones administrativas, las mismas devienen inoponibles al particular, como lo ha sostenido en distintas ocasiones la Corte Constitucional una de las cuales es la sentencia T-419 de 1994, en la que se manifestó

“El ordenamiento jurídico sanciona el acto no notificado con su ineficacia o inoponibilidad. La ley condiciona los efectos de una decisión que pone término a un trámite administrativo a su notificación, a menos que la parte interesada conociendo de la misma, convenga o ejercite

en tiempo los recursos legales (C.C.A. art. 48). Así, pues, mientras no se surta o realice materialmente la notificación, la decisión administrativa respectiva carece de efectos jurídicos respecto del administrado, o sea, es ineficaz. Sobre el particular, la jurisprudencia¹ y la doctrina administrativas han señalado que los actos administrativos no notificados “ni aprovechan ni perjudican”, cabe decir, son “inoponibles al interesado”.

(...)

“La decisión que pone término a una actuación administrativa que no es notificada a las partes vulnera el debido proceso. La ley consagra como sanción su ineficacia (C.C.A. art. 48). Iniciada una actuación administrativa, el acto público que le pone fin, por contener una decisión mediante la cual la administración se inhibe, concede o niega la petición incoada, debe comunicarse en debida forma a la parte interesada, de modo que la conozca y adecue su conducta a la misma o la impugne, esto es, ejercite el debido proceso. La notificación es una condición de posibilidad de la ejecución del debido proceso. De ahí que el ocultamiento del acto – que es análogo a su no notificación -, equivale a la vulneración del debido proceso, que incorpora en su núcleo esencial la posibilidad de conocer los actos públicos y ejercitar todos los recursos y acciones que concede la ley.”

En estos casos, el término para determinar la inmediatez o no en la interposición de una acción de tutela debe contarse desde la primera actuación en que se demuestre el conocimiento del acto administrativo por parte del accionante. Así, en el presente caso, dicho término sería el día en que la señora Santos Scarpeta presentó derecho de petición a la junta directiva de la ESE Hospital Nuestra señora de las Mercedes, es decir, el 31 de octubre de 2009 -folio 69-.

Por las razones antes expuestas, se concluye que presentada la tutela el 27 de noviembre del mismo año en el presente caso se cumple plenamente con el requisito de la inmediatez.

El otro asunto a comprobar es la inexistencia de mecanismos ordinarios que conviertan la utilización de la acción de tutela en un ejercicio de usurpación de competencias del juez constitucional al juez ordinario. En este sentido la Sala concluye que en el presente caso, aunque formalmente se evidencia la existencia de otros mecanismos para la protección del derecho fundamental, éstos no garantizan la protección material del derecho en cuestión.

En efecto, aunque respecto del acto administrativo que presuntamente vulneró derechos fundamentales existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, dicha acción no se denota como un mecanismo eficaz para procurar la protección del derecho. Esto ocurre por el tiempo que tardaría en resolverse un proceso ante la jurisdicción contencioso administrativa –cinco (5) años aproximadamente- y el tiempo por el que fue provisto el cargo en cuestión –menos de dos (2) años, pues el cargo de Gerente de una ESE tiene un período institucional que debe coincidir con los tres primeros meses de posesión del siguiente alcalde del Municipio de Saladoblanco (art. 28 de la ley 1122 de 2007)-.

Es esta la interpretación acogida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en un caso similar manifestó respeto de la procedencia de la acción de tutela

“La Corte Constitucional ha dicho en numerosas ocasiones que, en principio, la acción de tutela es improcedente para controvertir asuntos de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

“No obstante, las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y reparación directa, que serían las vías ordinarias para discutir este tipo de conflictos, no son siempre eficaces para garantizar la protección de los derechos fundamentales de quienes habiéndose sometido a un concurso de méritos, no son elegidos a pesar de haber ocupado los primeros puestos.

“Esto porque el término de duración de los procesos contenciosos suele ser tan amplio que usualmente sobrepasa el término de los cargos para cuya provisión se organiza el concurso, así como los términos de vigencia de las listas de elegibles. En esas condiciones, quien no es nombrado en el cargo, a pesar de haber ocupado el primer puesto del concurso, tiene pocas probabilidades de ver concretado su derecho.”¹⁸

Diferir la respuesta del sistema jurídico a los tiempos de la jurisdicción ordinaria en casos como el que ahora ocupa a la Sala implicaría la vulneración material de derechos fundamentales como el de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad, el debido proceso e, incluso, el acceso a la justicia, pues la respuesta no sería oportuna y, muy seguramente, se limitaría a establecer una indemnización, más no a brindar la posibilidad de ejercer el cargo al que eventualmente pueda tener derecho.

Ante la procedencia de la acción de la presente acción de tutela, la Sala entrará a conocer del caso en concreto.

5.2. Vulneración de los derechos fundamentales de quien, ocupando el primer lugar en un proceso público de selección, no es nombrada en el cargo a proveer

Frente al caso concreto observa la sala que la señora Santos Scarpeta integró la terna que elaboró la junta Directiva de la ESE Nuestra Señora de las Mercedes, siendo su puntaje el más alto. Que el Alcalde del Municipio de Saladoblanco procedió a nombrar a la señora María Deicy Cardozo Quintero en el cargo de gerente de la mencionada ESE, razón por la cual se interpuso, por parte de la señora Santos Scarpeta, la acción que ahora se resuelve.

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

En efecto, al escoger el tercer puntaje de los que conformaban la terna el Alcalde de Saladoblanco desconoció los principios de mérito como parámetro de acceso a la administración pública y el de buena fe de la accionante, en cuanto ésta obtuvo el puntaje más alto. Dichos principios han sido reiterados desde el inicio de la jurisprudencia constitucional pues, lejos de ser algo accesorio fruto de una reforma tangencial de la Constitución, constituyen uno de los elementos esenciales de la Carta Política que, en pos de garantizar los principios de eficiencia, eficacia y transparencia de la administración pública, estableció el sistema de carrera administrativa, elemento fundacional del orden constitucional colombiano.

Esto lo confirma la sentencia C-181 de 2010 que, como antes se manifestó, declaró condicionalmente exequible el inciso primero del artículo 28 de la ley 1122 de 2007, en el entendido que el escogido para ocupar el cargo de Gerente de una ESE debería ser la persona que obtuvo el puntaje más alto en el proceso de selección.

Debe anotarse que, aunque las reglas jurisprudenciales que condujeron a este resultado son anteriores al momento en que tuvieron ocurrencia las situaciones del caso en concreto, podría argumentarse que los efectos de la declaratoria de constitucionalidad condicionada de la sentencia C-181 de 2010 se presentan desde el momento en que tuvo lugar la decisión,

por lo cual no cobijaría a las situaciones que, como la que se estudia, tuvieron lugar antes de la plurimencionada sentencia de constitucionalidad.

Ante este posible argumento la Sala recuerda dos cosas

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

ii. En segundo lugar, para el momento en que fue nombrada la señora Cardozo Quintero ya se había proferido la decisión T-329 de 14 de mayo de 2009, en la cual se resuelve un caso análogo al ahora estudiado por la Corte y se llega a idéntica conclusión¹⁹. Se reitera que, con base en esta regla jurisprudencial en el caso resuelto por la sentencia T-329 de 2009 se decidió que la “[s]ala inaplicar[ía] la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual”, del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, por ser contraria a lo establecido por la Constitución en el artículo 125 y por la jurisprudencia constitucional en la materia, pues instaura un concurso de méritos sobre la base del favorecimiento a los mejores puestos, pero al mismo tiempo permite la configuración de ternas que, por su indeterminación, inutilizan el mérito como criterio objetivo de selección”²⁰.

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

IV. DECISIÓN

La Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pitalito.

Segundo: CONFIRMAR, por las razones ahora expuestas, la sentencia del Juzgado Único Promiscuo Municipal de Oporapa - Huila.

Tercero: ORDENAR que en el término de cuarenta y ocho horas (48), contadas a partir de la notificación de la presente providencia, se dé posesión a la señora Andrea Santos Scarpeta en el cargo de Gerente de la ESE Hospital Nuestra Señora de las Mercedes.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNERTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Secretaria General

1 Cfr. Sentencia T-249 de 2002

2 Sentencia T-514 de 2003, reiterado, entre otras muchas, en sentencia T-046 de 2009.

3 Sentencia T-575 de 1997.

4 El artículo 6º del decreto 2591 de 1991 establece: CAUSALES DE IMPROCEDENCIA. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa

judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. (...)

5 Sentencia T-904 de 2007

6 Sentencia T-033 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

7 Sentencia T-351 de 2003.

8 Sentencia T-1316 de 2001.

9 Sentencia T-945 de 2009.

10 Sentencia C-181 de 2010

11 Ver al respecto las sentencia T-329 de 2009.

12 Ver, entre otras, las sentencias C- 040 del 9 de febrero de 1995; SU-136 del 2 de abril de 1998; SU-086 del 17 de febrero de 1999; C-588 del 27 de agosto de 2009; y T-329 del 14 de mayo de 2009.

13 Sentencia C-181 de 2010.

14 Ver sentencias C-387 del 22 de agosto de 1996; C-1177 del 8 de noviembre de 2001; y C-161 del 25 de febrero de 2003.

15 Sentencia C-181 de 2010.

16 Sentencia C-181 de 2010.

17 Sentencia C-181 de 2009

18 Sentencia T-329 de 2009.

19 En efecto, la sentencia T-329 de 2009 ya había sido enfática al ratificar la aplicación de dichos parámetros al proceso de provisión de los cargos de gerente de las Empresas Sociales del Estado, concluyendo que en dichos procesos, no sólo debe elaborarse la terna con los

tres puntajes más altos de los que tomaron parte en el concurso, sino que como gerente deberá escogerse a la persona con el puntaje más alto de aquellos que integran la terna, so pena de desconocer los principios constitucionales que se concretan en dicha forma de provisión de los cargos públicos. Al respecto resulta pertinente recordar que en la jurisprudencia se señaló “La Sala considera que implementar el sistema de concurso para la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción implica la protección del mérito como factor objetivo de selección, por lo que el mismo debe ser garantizado en todas las etapas del proceso, de manera que el nominador se vea obligado a proveer el cargo con quien encabeza lista. En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional reconoce que la decisión de no nombrar a la persona que obtiene el primer puesto en el concurso de méritos conlleva la vulneración de los derechos a la igualdad¹⁹ (Art. 13 C.P.) y al debido proceso (art. 29 C.P), pues al tiempo que supone un trato discriminatorio que no se funda en razones objetivas de calificación, significa la aplicación de las reglas del concurso sobre bases desconocidas para el concursante, quien prevalido de la confianza legítima de ser nombrado bajo condición de que obtenga el primer puntaje, puede ser despojado del mismo por motivos ajenos a las reglas de la contienda.”

20 Sentencia T-329 de 2009.