

Sentencia T-748/15

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Elementos para su configuración

MERITO-Criterio para provisión de cargos públicos dentro de la administración

El mérito es el soporte del mandato constitucional que establece la carrera administrativa. Pero además, dicho elemento también desempeña un papel determinante en la materialización del derecho fundamental a acceder a los cargos públicos. El concurso signado por el mérito se encamina a seleccionar aquellas personas cuya evaluación evidencia su capacidad e idoneidad para el desempeño de la labor respectiva, con lo cual, se pretende proscribir la arbitrariedad de quien ostenta la condición de nominador.

CONCURSO DE MERITOS PARA PROVEER CARGO DE GERENTE DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Normativa aplicable

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

CONFORMACION DE LA TERNA EN LA PROVISION DE LA GERENCIA DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Propósitos

El legislador y el ejecutivo por vía de reglamentación, contemplaron la conformación de una terna como un requisito previo a la designación del gerente de la E.S.E.. 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. Exigir la conformación de la terna, es velar por una más apropiada gestión de las E.S.E..

CONFORMACION DE LA TERNA EN LA PROVISION DE LA GERENCIA DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Los méritos probados por los aspirantes a la gerencia de la E.S.E. en un concurso, tienen que ser respetados, por ello, los puntajes obtenidos habrán de ser tenidos en cuenta cuando se logre integrar la terna

CONCURSO DE MERITOS PARA PROVEER CARGO DE GERENTE DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Quien participa exitosamente en el primer concurso, no le está vedado intervenir en el siguiente o siguientes

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-No se concedió al actor el derecho a participar en la convocatoria para proveer cargo de gerente de E.S.E., advirtiéndole que podía concursar conservando el puntaje obtenido en la primera competencia

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Caso en que al actor no se le informó de su derecho a participar en un segundo concurso respetándosele el registro obtenido en la prueba inicial

Referencia: expedientes T- 3.618.908, T- 3.864.874 y T- 3.956.257(Acumulados).

Demandantes: William Montes Suárez, Miguel Ángel Jiménez Escobar y Mónica Patricia Miranda Padilla.

Demandados: Alcalde Municipal Montelíbano, Junta Directiva E.S.E Hospital de Montelíbano, Universidad Cooperativa de Colombia Sede Medellín; Gobernador Departamento de Arauca, Hospital del Sarare (E.S.E), Escuela Superior de Administración Pública; Departamento del Magdalena, Hospital Fray Luis de León (Plato).

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil quince (2015)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Gloria Stella Ortiz Delgado, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por los correspondientes juzgados de instancia que resolvieron las acciones de tutela promovidas por William Montes Suárez (T-3.618.908), Miguel Ángel Jiménez Escobar (T-3.864.874) y Mónica Patricia Miranda

Padilla (T- 3.956.257).

Estos expedientes fueron escogidos para revisión por la Sala de Selección Número 11, mediante Auto de noviembre 8 de 2012, la Sala de Selección Número 4, por auto de abril 24 de 2013 y la Sala de Selección Número 7, a través de auto de julio 18 de 2013; siendo repartidos a la Sala Cuarta de Revisión. Por presentar unidad de materia, se ordenó su acumulación mediante autos de abril 24 de 2013, proferido por la Sala de Selección Número 4, y de octubre 2 de 2013, expedido por la Sala Cuarta de Revisión, para que fueran decididos en una misma sentencia.

Sin embargo, en vista de que en el expediente inicialmente asumido se requirió poner en conocimiento de diversos interesados las acciones instauradas y debido a la necesidad de recaudar algunas evidencias, se decidió suspender los términos, mediante auto de marzo 22 de 2013, medida sobre la que se resolverá en esta providencia.

I. ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE T- 3.618.908

1. La solicitud

El demandante, William Montes Suárez, quien fue la única persona que obtuvo un puntaje aprobatorio en el concurso de méritos citado mediante la convocatoria para proveer el cargo de Gerente de la E.S.E. Hospital de Montelíbano, presentó acción de tutela contra el Alcalde Municipal Montelíbano, la Junta Directiva E.S.E Hospital de Montelíbano y la Universidad Cooperativa de Colombia, Sede Medellín; para que sean protegidos sus derechos fundamentales al trabajo, a elegir y ser elegidos y al debido proceso administrativo, los cuales considera vulnerados por las mencionadas entidades al no designarlo en el empleo mencionado.

2. Hechos previos y posteriores a la solicitud, relevantes para la revisión

2.1. Con la finalidad de proveer el cargo de gerente del Hospital Local de Montelíbano se convocó por esa entidad un concurso de méritos que llevó a cabo la Universidad Cooperativa de Colombia, Sede- Medellín.

2.2 Proferida el acta de cierre dentro del concurso se remitió por la Universidad a la Junta Directiva del Hospital local de Montelíbano, un correo electrónico en el cual se manifiesta la

declaratoria de desierto del concurso “(...) por no darse los presupuestos legales para constituir la terna de legibles”.

2.2. Revisados los antecedentes del concurso se observa que solamente el señor William Montes Suárez superó las exigencias del concurso logrando un puntaje definitivo de 72,3.

2.3. El 24 de mayo de 2012, mediante apoderado, el señor William Montes instauró acción de tutela con la finalidad de que la Junta Directiva del Hospital de Montelíbano enviara la terna respectiva al Alcalde y, este, procediera a nombrar en el cargo al citado Montes como único ganador del concurso.

2.4. Mediante acuerdo de mayo 28 de 2012 la Junta Directiva del Hospital Local de Montelíbano, declaró desierto el proceso de convocatoria referido, pues “(...) solo uno de los candidatos alcanzó el puntaje mínimo de 70 puntos necesarios para considerarse elegibles (...)”.

2.5. El 15 de junio de 2012 el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Montelíbano denegó el amparo pedido. Tras la impugnación respectiva el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano se pronunció el 18 de julio de 2012 confirmando la decisión de primera instancia, pero, conminando a los accionados para que convocaran nuevo concurso y ordenando a la Universidad Cooperativa que se respetara el derecho adquirido del señor Montes a ser incluido en la terna a remitir a la Junta Directiva del Hospital.

2.6. El 13 de noviembre de 2012 el Hospital suscribió contrato con la Corporación IDEAS para que se adelantará un concurso de méritos que permitiera conformar la lista de elegibles de la cual se nombraría el Gerente de la E.S.E Hospital de Montelíbano.

2.8. Mediante Acuerdo de enero 8 de 2013 se conformó la terna de elegibles con los tres mejores puntajes del concurso adelantado por la Corporación IDEAS, en la cual, no se incluyó al señor William Montes, dado que su puntaje de 72,3 fue rebasado por otros concursantes, entre ellos, Ismael Ortega quien en el primer concurso obtuvo 46,2 y ahora lograba el primer puesto con 79 puntos.

2.9. Por Decreto 018 de enero 2013 fue designado como gerente del Hospital Local de

Montelíbano, el ciudadano Ismael Ortega.

3. Pretensiones

El actor solicita se reconozca como vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, al trabajo y a elegir y ser elegido. Como consecuencia de tal declaración pide que se ordene a la Junta Directiva del Hospital Montelíbano el envío de la terna dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, con destino al Alcalde y, a éste, se le ordene nombrar dentro de los 15 días siguientes al recibo de aquella, a quien ocupó el primer lugar del concurso, como lo fue el señor William Montes.

Funda sus pretensiones en los principios de la buena fe y la confianza legítima que deben rodear a las lista de elegibles. Por lo que concierne a los derechos fundamentales a elegir y ser elegido y al acceso a la función pública, recuerda las sentencias SU-1140 de 2000, T-715 de 2009 y C-181 de 2010. Destaca el principio constitucional del mérito como criterio rector de acceso a la función pública, así como la intangibilidad de las reglas del concurso acorde con lo considerado en la sentencia SU-913 de 2009.

En materia de disposiciones explica que la resolución 165 de 2008, expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en la cual se ordena confeccionar la lista de candidatos con quienes hayan obtenido un puntaje ponderado igual o superior a 70 puntos fue expedida con fundamento en el artículo 4 del decreto 800 de 2008, pero, ese precepto fue modificado por el decreto 2993 de 2011 y, por ende, la Resolución perdió vigencia. En su entender también desapareció el fundamento legal para declarar desierto el concurso, de modo que, con un solo concursante que haya obtenido el puntaje aprobatorio, se adquiere el derecho fundamental para ser designado en el cargo. Igualmente, cita in extenso apartes del debate legislativo que tuvo lugar durante el trámite de expedición de la ley 1438 de 2011, pretendiendo evidenciar que quedó suprimido el artículo 4 del decreto 800 de 2008 y, por ende, la Resolución 165 de 2008.

4. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas:

-Copia del acta de cierre, reglas de la convocatoria y resultados del proceso de concurso

adelantado por la Universidad Cooperativa. Sede Medellín, para proveer la gerencia del Hospital de Montelíbano. Entre esos documentos obra el listado de los tres mejores puntajes del concurso, teniéndose como único ganador al señor William Montes.

-Copia del correo electrónico remitido por la Universidad Cooperativa a la Junta Directiva del Hospital Montelíbano declarando desierto el concurso por falta de presupuestos legales para conformar la terna.

-Copia del acta de reunión de mayo 14 de 2012 en la cual la Junta Directiva del Hospital Montelíbano, aprobó la decisión de declarar desierto el concurso.

-Copia de una sentencia de primera instancia proferida por el juzgado 14 administrativo del circuito de Tunja concediendo una tutela en un caso en el cual no se pudo configurar la terna para designar gerente de una E.S.E., pues, solo dos de los participantes obtuvieron un resultado aprobatorio. En la providencia, se ordenó al Gobernador que designara a quien obtuvo el primer puesto sin interesar que no se hubiese conformado la terna. Igualmente obra copia del pronunciamiento de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá confirmando la decisión. También obra copia de un fallo de tutela proferido por el Juzgado Cuarto Municipal para Adolescentes con función de control de garantías de Bucaramanga, inaplicando una interpretación del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 que exige la conformación de la terna para designar gerente de una E.S.E. y, ordenando la continuación de un proceso de convocatoria en el cual solo obtuvo el puntaje aprobatorio un concursante.

-Copia de un concepto emanado del Ministerio de Salud y Protección Social en el cual se manifiesta la necesidad de contar con tres personas que hayan aprobado el concurso para poder hacer la designación de Gerente de la E.S.E.

5. Respuesta de los entes accionados

5.1. Alcalde de Montelibano (Córdoba)

El Señor Gabriel Calle, Alcalde del Municipio y Presidente de la junta Directiva de la E.S.E. accionada, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones del actor aduciendo que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 12 del decreto 2993 de 2011, el cual modificó

el artículo 4 del decreto 800 de 2008 disposición que prescribe la elaboración de una terna con los mejores puntajes, debiendo además observarse el artículo 6 de la Resolución 165 de 2008 expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Con esos presupuestos, describe la actuación adelantada por la junta Directiva de la E.S.E. de Montelíbano manifestando que no hubo infracción al debido proceso. Cita las sentencias C-181 y C-183 de 2010 que se pronunciaron sobre el papel de la terna en los concursos para gerentes de las E.S.E. y, precisa que no fue posible presentar una lista de elegibles, pues, solo un concursante logró un puntaje aprobatorio, además se recibió la comunicación de la Universidad Cooperativa declarando “desierta la convocatoria”.

Agrega que el actor no tiene un derecho que haya ingresado en su patrimonio, solo está frente a una expectativa y, por ello, no resulta protegible por vía de tutela. Explica que las sentencias citadas por el accionante, no son aplicables al caso, pues, en el asunto en estudio no ha habido terna. Finalmente, solicita la denegación de las pretensiones de la tutela.

5.2. Universidad Cooperativa de Colombia- sede Medellín

La representante legal de la Universidad, dio contestación a la demanda de tutela, manifestando que la presente acción es totalmente improcedente, pues, no está en peligro ningún derecho fundamental. Explica que en el caso se atendió lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 785 de 2005 y la consideración de la Corte Constitucional en la sentencia C-181 de 2010 en cuanto a que la designación del Gerente de las E.S.E. debe hacerse de la terna obtenida en el concurso. Igualmente, se tuvo en cuenta el concepto del Ministerio de salud y Protección Social en el cual se manifiesta que debe existir una terna para poder designar al funcionario respectivo.

5.3. Ciudadano Ismael Ortega

El señor Ismael Ortega destaca que no fue posible conformar la terna dado que solo una persona obtuvo un puntaje aprobatorio en el concurso y, que la Ley 1122 de 2007 ordena la integración de una terna previa a la selección del gerente. Solicita la denegación de las pretensiones pues no hay vulneración de derechos fundamentales.

Seguidamente, detalla las etapas que según la resolución 165 de 2008 hacen parte del proceso de obtención de las ternas para elegir gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado a nivel territorial, poniendo de presente que en el caso en estudio no se logró ese cometido y, por ende, no podía la Junta Directiva, ni el Alcalde, designar al accionante como gerente del Hospital Montelíbano.

5.4. Ciudadano Yan Gaviria

Este interviniente, quien participó en el concurso, pero no obtuvo un puntaje aprobatorio, replica las razones aducidas por el señor Ortega y solicita que se denieguen las pretensiones. En su entender, la exigencia de una terna no resulta desproporcionada, y en el asunto en examen no fue posible integrar dicha terna.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN DENTRO DEL EXPEDIENTE T- 3.618.908

1. Primera instancia

Mediante sentencia del 15 de junio de 2012, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Montelíbano, decidió negar lo pedido en la solicitud de tutela, al considerar que las disposiciones en las que se fundó el actuar de las entidades accionadas, están en pleno vigor. El Juez estimó que el Decreto 2993 de 2011, en ningún momento derogó el Decreto 800 de 2008 y resulta plenamente aplicable la resolución 165 de 2008, existiendo el deber de integrar una terna. En su opinión se puede valorar la lista en el entendido que quienes la conforman hayan superado el puntaje exigido en la resolución 165. En los hechos valorados, no resultó posible configurar la terna dado que solo un participante cumplió con el puntaje requerido.

2. Impugnación

A través de apoderado judicial y en desacuerdo con la decisión del a quo, el accionante presentó escrito de impugnación, manifestando su preocupación por la calidad argumentativa exhibida por la Juez de Primera Instancia. Seguidamente se dedica a transcribir in extenso una providencia judicial en la cual el juez de tutela concedió la protección pedida en una situación que estima similar. En esa decisión se consideró que la resolución 165 de 2008 esta derogada y no se pueden desconocer los resultados del

concurso, debiendo designarse a quien obtuvo el primer lugar en el mismo. Para aquel juez, no se requiere que los tres aspirantes que integren la terna tengan un puntaje mínimo de 70 puntos.

Para el demandante existe un derecho adquirido en su favor y, como el cargo es solo uno, no se requiere de más personas para ocuparlo. Alega que no era posible declarar desierto el concurso, pues, la única disposición que permite tal decisión era el artículo el decreto 800 de 2008, la cual fue modificada por el decreto 2993 de 2011. Por ello, entiende que se le quebrantaron sus derechos fundamentales

La impugnación fue ampliada para allegar providencias de otras autoridades judiciales que en el sentir del recurrente, interpretaron debidamente las normas en casos que estimó similares al suyo.

Igualmente, se presentaron por parte del señor Jorge Zapata, representante de los usuarios en la Junta Directiva del Hospital de Montelíbano, varias intervenciones reclamando la protección de los derechos del señor Montes, informando, además, que se había solicitado la vigilancia administrativa especial al proceso.

Igualmente, se tiene un escrito del apoderado de la Junta Directiva del Hospital y la Alcaldía, requiriendo la confirmación del fallo de Primera Instancia aduciendo que no hay violación de derechos y que el accionante es empleado de otra E.S.E. con una asignación muy superior a la que percibiría si se le designase Gerente del Hospital de Montelíbano.

3. Segunda Instancia

Mediante sentencia de 18 de julio de 2012, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano confirmó la decisión impugnada, precisando que los accionados deberían convocar a un nuevo concurso para conformar la terna y, ordenando a la Universidad Cooperativa que se le respetase el derecho al señor Montes para ser incluido en la terna, siempre y cuando, no resultasen tres personas con mejor derecho en razón de un puntaje superior al del accionante. Así mismo dispuso que el accionante podía optar por participar en el nuevo concurso, caso en el cual, no se le respetaría el puntaje obtenido en el primero.

Para llegar a esas conclusiones el ad quem consideró la importancia del debido proceso administrativo, el derecho fundamental al trabajo y el principio del concurso de méritos en los derechos fundamentales a elegir y ser elegidos y, a acceder a la función pública. Para soportar sus valoraciones citó la sentencia T- 294 de 2011 y, posteriormente analizó los conceptos de derogatoria tácita y excepción de inconstitucionalidad. Al estudiar el caso concreto concluyó que la resolución 165 de 2008 no está derogada, ni es incompatible con otras disposiciones, con lo cual, está vigente y no tiene lugar la excepción de inconstitucionalidad. Así pues, considera que lo hecho por las entidades accionadas no resulta censurable, en tanto, no se vulnera el derecho del actor y, por ello, se resolvió del modo en que se reseñó en el párrafo precedente.

III. ACTUACIONES ALLEGADAS POR LA CORTE DENTRO DEL EXPEDIENTE T- 3.618.908

En el trámite de revisión se recibió del Hospital Local de Montelíbano una comunicación en la cual se refiere que se surtió un nuevo concurso a cargo de la Corporación IDEAS y varias personas obtuvieron un puntaje superior al que el señor William Montes logró en la primera prueba, por lo cual, no alcanzó a quedar incluido en la terna. Igualmente, se informó que en virtud de dicho proceso resultó designado como Gerente del Hospital de Montelíbano el ciudadano Ismael Ortega. También se allegaron otros documentos que dan cuenta del concurso adelantado por la Corporación IDEAS.

Por auto de 22 de marzo de 2013, el magistrado sustanciador consideró que dado el nuevo concurso adelantado por la Corporación IDEAS y, en aras de garantizar el debido proceso, se hacía necesario dar la oportunidad para que quienes participaron en este último evento y, el gerente del hospital en ese momento, se pronunciaran sobre la acción, dada la circunstancial afectación que podría causarles la decisión que se adoptase. Así pues, se presentaron las siguientes intervenciones:

1.- Ciudadano Ismael Ortega

Mediante apoderado, el participante designado como gerente, replicó argumentos que ya había expuesto previamente en el proceso y que quedaron consignados en el apartado 5.3 del capítulo I de esta providencia. Advirtió que de conformarse la terna con personas que no aprobaron el concurso las E.S.E. estarían expuestas a que personas no aptas las administrasen. Precisa que el accionante conoció del desarrollo del nuevo concurso y no lo

objetó, ni participó en el mismo

2.- Ciudadano Yan Gaviria

Este interviniente, quien no actúa a través de apoderado, repite en mucho los argumentos expuestos por el apoderado de Ismael Ortega, a tal punto que al final de su escrito dice que el concurso “(...) le ha entregado unos derechos a mi poderdante, quien sí estuvo incluido en la terna (...) y (...) obtuvo el derecho a ser nombrado como Gerente” (negrilla fuera de texto). Recuerda, en particular, que el artículo 305 numeral 13 de la Carta, señala como atribución del Gobernador la de designar de las ternas que le envíe el jefe nacional respectivo, a los gerentes de establecimientos públicos.

IV. ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE T- 3.864.874

1. La solicitud

A través de apoderado el señor Miguel Angel Jiménez Escobar instauró acción de tutela contra la Junta Directiva del Hospital de Sarare E.S.E., el Gobernador del Departamento de Arauca y la ESAP con la finalidad de lograr la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad y al debido proceso, los cuales, considera quebrantados por dichas entidades, al no habersele designado como gerente del referido Hospital, no obstante que en un primer concurso obtuvieron puntaje aprobatorio dos concursantes, logró el primer lugar. También estima transgredido sus derechos al declararse desierto dicho concurso para convocarse uno posterior y, haber fracasado su pedido de suspensión provisional de este último concurso en el marco de una acción de nulidad con restablecimiento del derecho.

2. Hechos previos y posteriores a la solicitud, relevantes para la revisión

2.1. En febrero de 2012 la Junta Directiva del Hospital de Sarare E.S.E. convocó a concurso de méritos con miras a lograr la provisión del cargo de gerente del Hospital.

2.2. La entidad responsable del concurso fue la Escuela Superior de Administración Pública-ESAP.

2.3. El resultado reportado por la ESAP, el 29 de marzo de 2012, permite advertir que solo

dos personas obtuvieron un puntaje aprobatorio al final del concurso. El accionante obtuvo 71.84 y el señor Jorge Mantilla Delgado 71.13. Como consecuencia de lo acontecido, la Institución de Educación Superior manifestó que la lista de candidatos a la terna quedaba integrada por los dos participantes referidos.

2.4. Mediante Acuerdo 02 de abril 13 de 2012 la Junta Directiva del Hospital de Sarare, declaró desierto el concurso en razón de la imposibilidad de conformar la terna por el escaso número de participantes que lograron un puntaje aprobatorio.

2.5. En esa circunstancia el actor instauró acción de tutela y, el Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de julio 05 de 2012, denegó la solicitud de ordenar al Gobernador de Arauca efectuar el nombramiento del actor como el concursante que obtuvo el mayor puntaje entre las dos personas que aprobaron. La Autoridad Judicial estimó que el Decreto 800 de 2008 no estaba derogado y, los pronunciamientos anexados por el accionante no constituyen jurisprudencia. Sin embargo, consideró que los dos participantes cuyo puntaje en el primer concurso fue aprobatorio, podrían formar parte de la terna resultante del nuevo concurso sin necesidad de participar, siempre y cuando, en ese nuevo concurso no sean superados por los nuevos participantes.

2.6. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, en sentencia de agosto 24 de 2012 confirmó lo resuelto por el Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá al estimar que no se puede omitir la conformación de la terna y en el asunto en estudio no resultaba posible integrarla dado que solo dos participantes superaron el puntaje exigido.

2.7. En noviembre de 2012 la E.S.E. Hospital del Sarare convocó al nuevo concurso orientado a proveer la Plaza para la Gerencia de la Entidad referida. La organización del certamen se le adjudicó a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

2.8. El 03 de diciembre de 2012 el accionante instauró acción de tutela y el Juzgado Civil del Circuito de Arauca negó el amparo mediante sentencia del 18 de diciembre de 2012. En esa decisión se desestimó la configuración de una posible temeridad, pero, se declaró la improcedencia de la acción por la existencia de otras vías judiciales y no estar demostrado que se irrogó un perjuicio irremediable.

2.9. Mediante Acuerdo 011 de diciembre 31 de 2012 se conformó la terna con los señores

César Londoño Salgado y Edgar Contreras Velásquez quienes obtuvieron en el nuevo concurso, 79.00 y 76.40 puntos respectivamente, incluyendo al actor como tercer integrante con el puntaje de 71.84, logrado en el primer concurso.

2.10. Por Decreto 001 de enero 4 de 2013 fue designado como gerente del Hospital del Sarare al señor Cesar Londoño Salgado.

2.11. El Tribunal Superior de Arauca, en Sala Única, por sentencia de febrero 18 de 2013, confirmó la decisión del Juzgado Civil del Circuito de Arauca referida en el hecho 2.8, al considerar que, en realidad, el problema planteado era similar al debatido en una tutela anterior formulada por el accionante. Igualmente, estimó que los reparos del actor debían ser discutidos en la jurisdicción contencioso administrativa.

2.12. Mediante sentencia de febrero 20 de 2014 y actuando como juez de segunda instancia, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el marco del medio de control de nulidad electoral, activado por el señor Miguel Jiménez, anuló la designación del ciudadano Cesar Londoño como gerente de la E.S.E. Hospital del Sarare. El Juzgador contencioso argumentó su decisión del siguiente modo:

“(…) Tanto el derogado artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, como el modificado artículo 4º del Decreto 800 de 2008, así como el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011 y el artículo 12 del Decreto 2993 de 2011, han sido coherentes en disponer que la conformación de la terna, que opera como una lista de elegibles, debe surgir de un solo concurso de méritos. No prevén la posibilidad de que la terna se pueda componer con los nombres de los candidatos que superaron el actual proceso de selección más los nombres de las personas que superaron un proceso de selección anterior que se declaró desierto (negrilla del original)

(…) ninguna norma jurídica autoriza a las Empresas Sociales del Estado a fusionar los resultados de dos concursos de méritos sucesivamente adelantados para proveer el cargo de director o gerente, bien puede afirmarse que la facultad de reglamentación con que cuentan esas entidades para todo lo relativo a esos procesos de selección, no llega hasta el punto de habilitar a esas empresas para dictar medidas en ese sentido, que no solo resulta en contravía al ordenamiento jurídico reinante, sino que de paso atenta contra principios constitucionales.

(...) una medida como la adoptada por la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena en la convocatoria pública de 20 de noviembre de 2012, que permitió fusionar en una misma terna los resultados del concurso de méritos adelantado por la ESAP y que se declaró desierto, con los resultados de la convocatoria a cargo de la UPTC, va en contravía del principio de igualdad con asiento en el artículo 13 Constitucional, ya que no existe ninguna razón válida para que los señores Miguel Ángel Jiménez Escobar y Jorge Mantilla Delgado fueran automáticamente incorporados a la lista de elegibles resultante de la convocatoria de la UPTC, con puntajes aprobatorios, mientras que sus contendientes sí tenían que someterse a todas las pruebas del nuevo concurso.

(...) la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena creó un privilegio inaceptable a favor de aquellas personas, que por supuesto no podía fundarse válidamente en la recomendación que hiciera, a modo de obiter dictum, la sentencia proferida el 8 de mayo de 2012 por el Juzgado 19 Penal del Circuito (...) Tampoco podía apoyarse en la supuesta protección de los derechos fundamentales de los concursantes que habían visto frustradas sus aspiraciones porque el concurso adelantado por la ESAP fue declarado desierto.

(...) si la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena, según Acta 04 de 13 de abril de 2012 que es objeto de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho (...), decidió declarar desierto el concurso de meritos que adelantó la ESAP, que equivale a un acto definitivo que impidió seguir adelante con la actuación, es porque los efectos jurídicos de sus resultados no podían tomarse en cuenta para la designación del director o gerente. Por tanto, al hacerlos valer para la nueva convocatoria pública a cargo de la UPTC, estaba yendo contra aquélla máxima y contra su propio acto, lo cual evidencia, además, un fuerte contrasentido jurídico porque al mismo tiempo le negó y asignó efectos jurídicos a los resultados del proceso de selección que se surtió con la mediación de la ESAP. (...)”

(...) La Sala ha evidenciado, con las anteriores disquisiciones, que la designación del señor César Humberto Londoño Salgado como Director o Gerente del Hospital del Sarare de Saravena, es ilegal, toda vez que se expidió en forma irregular. Por tanto, se revocará el fallo desestimatorio apelado y en su lugar se anulará el acto acusado, para cuya eficacia se librarán las comunicaciones correspondientes. (...)”

2.13. Según se observa en una sentencia proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo

Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 15 de diciembre de 2014, documento que fue consultado a través de la página virtual de esa entidad, el accionante formuló, en octubre de 2014, otra demanda en sede de tutela contra la E.S.E. Hospital del Sarare y la Universidad Francisco de Paula Santander, la cual, fue resuelta por la Alta Instancia Contenciosa, denegándose la solicitud de suspender la convocatoria realizada en 2014 para designar al gerente del Hospital del Sarare. La Alta Corporación estimó, entre otras cosas, que si bien es cierto el señor Jiménez obtuvo el puntaje más alto en el concurso realizado en el 2012 por la ESAP, esa competición fue declarada desierta y tal declaratoria continua teniendo efectos en virtud de la presunción de legalidad que la rodea, por ende, los presuntos derechos del accionante perdieron su fundamento.

2.14. Igualmente, se indica en la providencia que denegó la tutela por parte de la Sección Quinta del Consejo de Estado, que el señor Jiménez Escobar acudió al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, accionando contra la E.S.E. del Hospital del Sarare y la ESAP, buscando dejar sin efectos el acto administrativo que declaró desierto el primer concurso varias veces referido.

3. Pretensiones

En el marco de la acción de tutela conocida por el Juez Civil del Circuito de Arauca y surtida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Arauca, la cual es objeto de revisión en esta decisión, el actor solicitó el amparo de los derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad y al debido proceso. Para ello solicitó la suspensión y posterior decisión de dejar sin efectos el acuerdo 002 de abril 13 de 2012 que declaró desierto el primer concurso para proveer el cargo de Gerente del Hospital del Sarare. Igualmente, deprecó la suspensión de la convocatoria de noviembre de 2012 mediante la cual la Universidad Pedagógica y tecnológica de Colombia, en un segundo concurso, pretendía la misma finalidad.

El accionante fundó sus reclamaciones en que el acuerdo cuestionado fue firmado por la señora Lupita Granados como Presidenta de la Junta Directiva del Hospital y Delegada del Gobernador, cuando no existió acto de delegación, sino concesión de un poder, mecanismo éste irregular para estos casos y que vicia las actuaciones de la citada funcionaria. Estimó el actor que estos son hechos nuevos que no fueron controvertidos en una primera demanda

de tutela y, por ende, no se puede plantear una presunta temeridad en esta nueva acción.

También se refiere a la nueva convocatoria como un hecho nuevo que da lugar al nuevo pedimento de amparo. Cita la sentencia T-309 de 2007 que, según él, "(...) declaró inexecutable el aparte del art.28 de la ley 1122 de 2007 que se refería a que se conformaría una terna en (sic) el sentido de que la fusión del concurso de méritos con el sistema de terna genera una indeterminación objetiva que desencadena en los fines del concurso, e inaplicó la expresión 'La Junta directiva conformará una terna previo proceso de selección de la cual. (sic) Por ser contraria a lo establecido en la Constitución en el artículo 125 (...) (negritas del original). Posteriormente considera la sentencia C-181 de 2010 para defender el criterio según el cual se debe designar como gerente de la E.S.E. a quien obtenga el primer puesto en el concurso.

Finalmente, cuestiona la decisión que tomó la Juez 19 Penal del Circuito al denegar la protección en la primera solicitud de tutela, pues, no atendió las providencias de otras autoridades judiciales en casos similares al suyo y, en las cuales se concedió la protección pedida.

4. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas:

-Copia del informe final con sus respectivos anexos, del proceso adelantado por la ESAP durante los primeros meses de 2012 con miras a proveer el cargo de gerente del Hospital del Sarare. Entre tales documentos obra la lista de candidatos a la terna integrada por los señores Miguel Jiménez Escobar y Jorge Mantilla Delgado.

- Copia de la sentencia de julio 05 de 2012, por medio de la cual, en primera instancia, el Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá denegó una solicitud de amparo elevada por el actor. Igualmente, reposa copia de la sentencia de agosto 24 de 2012, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, confirmando lo resuelto por el fallador de primera y agregando algunas órdenes en la parte resolutive.

- Copia del Acuerdo 002 de abril 13 de 2012 por medio del cual se declaró desierto el

concurso adelantado por la ESAP dado que solo dos participantes lo aprobaron.

-Copia de la convocatoria y documentos de desarrollo del concurso adelantado con la UPTC entre noviembre y diciembre de 2012.

-Copia del Acuerdo 011 de diciembre 31 de 2012 mediante el cual se conforma la terna para proveer el cargo de gerente del Hospital del Sarare manifestando que en el primer concurso dos personas superaron la prueba y, en el segundo, otras dos lograron puntaje aprobatorio. Igualmente, se manifiesta que el actor no renunció a permanecer en la lista de candidatos que superaron los 70 puntos exigidos.

- Copia de la comunicación de diciembre 31 de 2012, en la cual, la Junta Directiva del Hospital del Sarare presenta al Gobernador la terna para designar el gerente, en esta, ocupa el primer lugar el señor Cesar Londoño Salgado con 79 puntos y, el actor Miguel Jiménez el tercero con 71,84 puntos.

-Copia del Decreto 001 de enero 04 de 2013 por medio del cual se designa como gerente del Hospital del Sarare al señor Cesar Londoño Salgado.

5. Respuestas de las entidades accionadas

5.1. Junta Directiva del Hospital del Sarare

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente y, tras rechazar la posibilidad de proveer el cargo sin conformar una terna, el Gerente de la E.S.E. alegó que no es procedente dentro de la acción de tutela suspender y dejar sin efectos un acuerdo que declaró desierto un concurso, pues, tal asunto es del resorte de la jurisdicción contencioso administrativa. Indicó que tampoco era procedente suspender la convocatoria de un concurso, pues, en un proceso de nulidad con restablecimiento iniciado por el actor dicha petición le fue negada y, el accionante solo cuenta con una simple expectativa y no con un derecho cierto e indiscutible. Igualmente, no cabe protección de derecho fundamental alguno y, así lo entendió el juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá en providencia que denegó al actor un amparo similar, decisión que fue confirmada por la Sala Penal.

5.2. Gobernación del Departamento de Arauca

El apoderado del Departamento se pronunció manifestando que la acción en referencia resultaba temeraria dado que el Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá, mediante fallo confirmado; denegó una tutela por los mismos hechos. Igualmente, puso de presente la improcedencia de la acción, dada la existencia de otros medios de defensa como el medio de control de nulidad con restablecimiento del derecho, el cual estaba en curso por iniciativa del actor. Explicó que la decisión de declarar desierto el primer concurso y convocar a otro, se apoyó en un concepto expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública. Refirió que a ese momento, a pesar de varios requerimientos, el actor no se había pronunciado respecto de si continuaba interesado en integrar la terna o, declinaba su aspiración.

Respecto del poder conferido a la señora Lupita Granados expuso que se trata de un acto administrativo rodeado de la presunción de validez. También describió el proceso llevado a cabo para materializar el concurso acorde con lo dispuesto en los artículos 28 de la Ley 1122 de 2007, 72 de la Ley 1438 de 2011, 4 del Decreto 800 de 2008 con su respectiva modificación por el Decreto 2993 de 2011. Del mismo modo recordó la declaración de exequibilidad del concepto de terna expuesto en la sentencia C- 181 de 2010.

El interviniente cuestionó la falta de legitimación por pasiva, pues, la terna la elabora la Junta Directiva de la E.S.E. y al concurso lo ejecuta la Universidad, con lo cual, se está frente a asuntos que no son del resorte del Departamento.

5.3. Escuela de Superior de Administración Pública – ESAP

La representante legal de la Institución que llevó a cabo el concurso acusó de temeridad al accionante dada la existencia de una acción previa por los mismos hechos, la cual, fue debidamente fallada en contra del señor Jiménez. En su libelo describió las diversas etapas del concurso y, destacó que no resultó posible conformar la terna. Finalmente solicitó el despacho desfavorable para las pretensiones del actor.

5.4. Ciudadano Jorge Mantilla

Interviene como aspirante que superó el puntaje requerido para conformar la lista de elegibles y reclama que se acceda a sus pretensiones. Pide que se ordene a la Junta Directiva del Hospital presentar la lista de elegibles al Gobernador y ordenar a este la

correspondiente designación para el cargo. También solicita como medida provisional que se ordene a la E.S.E. no realizar otro concurso.

Observa que ocupó el segundo lugar en el concurso adelantado por la ESAP y considera que la declaración de desierto de este, afecta sus derechos fundamentales. En defensa de sus derechos cita la sentencia C- 181 de 2010, resaltando de ella lo que considera el papel subsidiario de la terna en la provisión del cargo. Expone que queda en situación de desigualdad frente a quienes participan en el segundo concurso, pues considera que cuentan con una doble oportunidad. Alega que la incapacidad de algunos concursantes no puede suponer un castigo para aquellos que aprueben el concurso en un número que no permita conformar la terna.

V. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN DENTRO DEL EXPEDIENTE T- 3.864.874

1. Primera instancia

Mediante sentencia del 18 de diciembre de 2012, el Juzgado Civil del Circuito de Arauca, negó el amparo pretendido por Miguel Jiménez Escobar, desechando previamente la existencia de una posible temeridad, pues, se tienen hechos parcialmente nuevos como la delegación indebida conferida por el Gobernador a la señora Lupita Granados y, las actuaciones de esta última, afectadas por esa posible ilegalidad. En cuanto a la procedencia de la acción de tutela, el Despacho se pronunció desfavorablemente dado que la existencia de una acción de nulidad con restablecimiento del derecho y la ausencia de un perjuicio irremediable son razones suficientes para no darle vía libre al mecanismo.

Adicionalmente, el juez de primera instancia precisa que los precedentes invocados por el accionante, no deciden casos semejantes al suyo, pues en esas oportunidades se han analizado situaciones en las que se conforma una terna sin tener en cuenta a quien obtuvo el mayor puntaje en el concurso.

2. Impugnación

La parte demandante impugnó el fallo reseñado y expresó como razones por las cuales se encontraba en desacuerdo con la decisión proferida por el a quo, que, en primer lugar, se

desatendió e inaplicó la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia del concurso de méritos, desconociéndose que el ganador de estas oposiciones obtiene un derecho a ser nombrado. En segundo lugar, es censurable que no se descalifique la convocatoria a un nuevo concurso, entendiendo equivocadamente que la vulneración de derechos al accionante, no tiene lugar por el solo hecho de permitírsele participar en esa nueva prueba.

Cuestiona también la decisión por estimar que se dedicó a exponer los antecedentes y estudiar el asunto de la temeridad, reservando escasos folios a la fundamentación de lo que se resolvió. Reprocha la falta de análisis frente a los reparos hechos al poder conferido por el Gobernador a la señora Lupita Granados. Insiste en la existencia de un perjuicio irremediable y en la procedencia de la acción de tutela en casos como el examinado, advirtiendo que el juzgador se apartó de jurisprudencia sentada por la Corte. Por lo que concierne a la observación del Juez, según la cual los casos citados como precedentes de la Corte, no se asemejan al examinado, estima que pedir esa identidad parece contrariar el sentido común. Con esos argumentos reiteró lo solicitado en primera instancia.

En escrito posterior amplió la fundamentación de la impugnación reiterando sus observaciones a las actuaciones de la señora Lupita Granados, a la Junta Directiva del Hospital y refiriendo hechos nuevos como la inclusión del accionante en la terna, sin habersele notificado, dado que este no solicitó que se le incorporase en ese listado por considerarlo ilegal. Califica de violatorio del derecho a la igualdad el que en el segundo concurso se hubiera convalidado lo actuado y no así en el primero, puesto que en ambos ocurrió lo mismo, esto es, en cada concurso aprobaron solamente dos concursantes, pero, en el primero se presentó una declaración de desierto y en el segundo se continuó la actuación hasta integrar la terna y designar gerente.

3. Segunda instancia

El Tribunal Superior de Arauca en Sala Única, mediante sentencia proferida el 18 de febrero de 2013, confirmó la decisión de Primera Instancia al considerar que en realidad el problema planteado era similar al debatido en una tutela anterior formulada por el accionante y denegada por el Juzgado¹⁹ Penal del Circuito de Bogotá en fallo debidamente confirmado en segunda instancia. Para el Tribunal Superior de Arauca los hechos alegados

por el accionante y relacionados con la indebida delegación de la señora Lupita Granados, deben ser discutidos en sede contencioso administrativa y, no implica reabrir la discusión sobre la procedencia de la tutela. En consideración del ad quem, las sentencias de tutela que habían fallado precedentemente el asunto y, no fueron escogidas para revisión por la Corte Constitucional, no pueden ser ahora revisadas por otros Jueces.

En el trámite de revisión se advirtió que tuvo lugar el concurso a cargo de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, por lo cual, la Sala Cuarta de Revisión profirió el auto de 23 de agosto de 2013, ordenando la incorporación de los documentos que acreditaran el desarrollo del proceso los cuales fueron allegados, entre ellos, el listado de resultados, observándose que como se ha indicado en otro lugar, los participantes César Londoño y Edgar Contreras lograron, 79.00 y 76.40 puntos, respectivamente.

En la misma providencia y con la finalidad de integrar la causa pasiva, se ordenó comunicar el contenido de la demanda de tutela a los citados ciudadanos Cesar Londoño y Edgar Contreras. Reposa copia de las diligencias adelantadas por la UPTC en cumplimiento del cometido anotado, no teniéndose intervención del segundo de los mencionados. El pronunciamiento del primero se reseña a continuación.

1.- Ciudadano Cesar Londoño

A través de apoderado, el señor Cesar Londoño manifestó que no aconteció la vulneración de derechos fundamentales alegada por el accionante y el otro participante Jorge Mantilla, pues, la terna no se pudo integrar y, por ende, no se podía exigir la Gobernador el nombramiento del Gerente. Se refiere a la acción como improcedente dada la temeridad que se configura por la existencia de la tutela previa a la que se ha hecho alusión varias veces en estos antecedentes. Para el interviniente, esa improcedencia también encuentra asidero en la existencia de otros mecanismos que permiten al actor cuestionar la legalidad de las actuaciones de la Administración. Destaca que a pesar del silencio del accionante frente al segundo concurso, fue incluido en la terna, de la cual fue seleccionado el mejor puntaje para ser designado como gerente.

VII. ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE T-3.956.257

1. La solicitud

A través de apoderado, la señora Mónica Patricia Miranda Padilla instauró acción de tutela contra el Departamento del Magdalena con la finalidad de lograr la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, al acceso a cargos públicos y al debido proceso, los cuales, considera vulnerados por dicha entidad, al no habersele designado como gerente del Hospital Fray Luis de León de Plato (Magdalena), cuando en el concurso para proveer la plaza, no logró superar el examen, pero, su puntaje fue el segundo detrás de la única persona que logró un puntaje aprobatorio.

2. Hechos previos y posteriores a la solicitud, relevantes para la revisión

2.1. La Universidad Nacional de Colombia llevó a cabo el concurso correspondiente para proveer el cargo de gerente del Hospital Fray Luis de León de Plato, cuyos resultados finales quedaron consignados en el acta 04 de abril 12 de 2012 emanada de dicho claustro.

2.2. En el listado de los tres mejores puntajes de la oposición se observa que la única persona que obtuvo un resultado aprobatorio fue el concursante Luis Enrique Perea Vásquez con 71,04 puntos; en tanto que los participantes Mónica Miranda Padilla y Gabriel Beltrán Estremor registraron guarismos de 68.82 y 68.51, respectivamente.

2.3. En comunicación de mayo 25 de 2012 la Facultad de Enfermería de la Universidad Nacional manifestó que de los tres mejores puntajes dos “(...) no cumplen con el mínimo requerido de 70 puntos para la lista de elegibles” y agregó “Es claro que según concepto del DAFP (anexo) los candidatos que podrán integrar la lista de elegibles deben cumplir con todos los requisitos y puntajes para su designación, es decir tener más de 70 puntos”.

2.4. Mediante sentencia de mayo 29 de 2012, el juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta, negó una tutela promovida por el señor Luis Enrique Perea Vásquez quien pretendía que se ordenase el envío de la terna al Gobernador del Magdalena, para el nombramiento del ganador del concurso en el cargo respectivo. La Autoridad Judicial desestimó la existencia de una violación de derechos fundamentales. El Tribunal Superior de Santa Marta Sala Civil-Familia, a través de sentencia de julio 18 de 2012, revocó el fallo y ordenó la remisión al Gobernador del “(...) registro de elegibles conformado para designar al gerente (...) con el fin de que dicho funcionario una vez recepcionada la información (...) proceda a efectuar el nombramiento de quien haya superado el proceso de selección obteniendo el mayor puntaje”.

2.5. En tanto, mediante Decreto No. 346 de junio 15 de 2012 la Junta Directiva del Hospital San Cristobal de Ciénaga Magdalena, designó como Gerente al Señor Luis Enrique Perea Vásquez por lo cual, no pudo ser designado como Gerente del Hospital Fray Luis de León de Plato, pues, ya ostentaba un cargo público logrado mediante otro concurso.

2.6. Mediante Acuerdo 09 de Junio 22 de 2012 la Junta Directiva del Hospital Fray Luis de León, tras considerar que según los resultados solo una persona obtuvo un puntaje aprobatorio, declaró “inviabilidad la lista de elegibles (...) por no cumplirse lo ordenado en el artículo 6º de la Resolución 165 de 2008”.

2.8. Entre el 25 y el 30 de junio de 2012 se hizo la publicación radial de la declaratoria de inviabilidad de la lista de elegibles.

2.7. Por acta de agosto 21 de 2012 la Junta Directiva del Hospital Fray Luis de León de Plato, Magdalena, ordenó la remisión de la terna en cumplimiento de lo decidido por el Tribunal Superior de Santa Marta.

2.9. El 29 de agosto de 2012 se recibió en la Gobernación del Magdalena la comunicación remitida por la Junta Directiva del Hospital, en la cual, cumpliendo lo ordenado por el Tribunal Superior de Santa Marta se remitió el nombre del concursante Luis Perea Vásquez para la designación en la gerencia de la E.S.E.

2.11. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, mediante sentencia de marzo 4 de 2013, revocó la decisión del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y, negó el amparo.

2.12. La Corporación IDEAS adelantó un concurso, para proveer el cargo de gerente del Hospital Fray Luis de León y, mediante comunicación de marzo 03 de 2014, envió a la Junta Directiva del Hospital el listado de personas que obtuvieron resultados iguales o superiores a 70 puntos, advirtiéndose que el primer lugar lo ocupó el participante Jesús Lara Trujillo.

2.13. Mediante Acuerdo de abril 14 de 2014 fue designado como gerente del Hospital Fray Luis de León de Plato el citado Jesús Lara Trujillo.

3. Pretensiones

La accionante deprecia la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, al acceso a cargos públicos, al respeto a la buena fe y confianza legítima y, específicamente pide que se ordene al Gobernador del Magdalena que proceda a nombrarla y darle posesión en el cargo de gerente del Hospital Fray Luis de León de Plato.

Funda sus pretensiones en el hecho de haber obtenido el segundo lugar en el concurso para proveer la gerencia del Hospital y en razón a que el señor Luis Perea, quien ocupó el primer puesto, optó por aceptar la gerencia del Hospital de Ciénaga, cargo por el que opositando, también obtuvo el primer lugar. Luego de defender la procedibilidad de la acción y aducir el respeto del principio de inmediatez, dice tener derecho a ser nombrada en aplicación de lo sentado por la Corte en la sentencia C-181 de 2010, cuando se indicó en qué caso se acudía a la terna.

Afirma que el artículo 72 de la ley 1438 de 2011 no condicionó el puntaje de los ternados a ninguna cifra restrictiva. Le resulta inaceptable que se invoque la resolución 165 de 2008 del departamento Administrativo de la Función Pública, pues fue expedida con fundamento en el decreto 800 de 2008, el cual entiende como derogado. Considera que en virtud del principio de la jerarquía normativa, el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011 resuelve el asunto sin tener que atender disposiciones de rango inferior.

Asevera que la decisión de segunda instancia que se pronunció sobre la demanda de tutela que le fue concedida al señor Luis Perea, también le resulta favorable, pues en ella, el Tribunal afirma el cumplimiento satisfactorio de los requisitos del concurso. Estima que al cumplirse la tutela que ordenó nombrar a Perea en el Hospital de Plato, el Gobernador aceptó la terna y ello le da firmeza al acto. Concluye que no hay razones para denegar sus pedimentos.

4. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas:

- Copia del informe final del concurso adelantado por la Universidad Nacional de Colombia para proveer la plaza de gerente del Hospital Fray Luis de León de Plato en el cual se detallan los diversos puntajes de los varios participantes, enlistándose los tres mejores promedios, de los cuales solo uno resultó aprobatorio y no corresponde a la señora Mónica

Miranda.

- Copia del decreto 346 de junio 15 de 2012, por medio del cual el Gobernador de Magdalena designó como gerente del Hospital San Cristobal de Ciénaga Magdalena, al Señor Luis Perea Vásquez.
- Copia de la sentencia de mayo 29 de 2012, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta, en la que se negó una tutela promovida por el señor Luis Perea, quien pretendía que se ordenase el envío de la terna al Gobernador del Magdalena, para el nombramiento del ganador del concurso en el cargo de gerente del Hospital San Cristobal de Ciénaga.
- Copia de la sentencia de julio 18 de 2012, expedida por el Tribunal Superior de Santa Marta Sala Civil-Familia, por medio de la cual revocó la sentencia emanada del Juzgado Cuarto Civil del Circuito y concedió el amparo al señor Perea Vásquez.
- Copia del acta de agosto 21 de 2012, en la que consta que la junta Directiva de Hospital Fray Luis de León resolvió acatar lo dispuesto por el Tribunal Superior.
- Copia del concepto de abril 10 de 2012, por medio del cual la Dirección de Prestaciones de Servicios y Atención primaria del Ministerio de Salud y Protección Social, frente a la pregunta “Que (sic) ocurre si una vez realizado el concurso por la Universidad, solo una persona o dos pasan los 70 puntos requeridos y no se logra conformar la terna?” responde “(...) es claro que debe existir una terna, esto es, un conjunto de tres personas, propuestas para que se designe de entre ellas la que haya de desempeñar el cargo de gerente, ahora bien, conforme a las disposiciones del Departamento Administrativo de la Función Pública la lista de candidatos a entregar a la Junta Directiva se elabora con quienes hayan obtenido un puntaje ponderado igual o superior a setenta (70) puntos (...). Más adelante al referirse al envío de la terna que debe hacerse al nominador, se indica que “(...) la Universidad contratada para el efecto debe realizar las acciones necesarias, para que (...) se entregue a la Junta Directiva un listado conformado con tres o mas (sic) candidatos que obtuvieron un puntaje ponderado igual o superior a setenta (70) puntos.” Obra copia de una respuesta en similar sentido dada en agosto de 2012, por la Subdirección de Prestación de Servicios al Hospital accionado.

- Copia de una comunicación de mayo 25 de 2012, en la cual, la Facultad de Enfermería de la Universidad Nacional le informa a la gerencia del Hospital Fray Luis de León que estima prudente dar por terminado el convenio y, entre otras cosas, le manifiesta que “Es claro que según concepto del DAFP (anexo) los candidatos que podrán integrar la lista de legibles deben cumplir con todos los requisitos y puntajes para su designación, es decir tener mas (sic) de 70 puntos.”
- Copia del concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública el 03 -09-12 refiriendo que la universidad entregará a la Junta Directiva “(...) el nombre de aquellos aspirantes que superen los setenta puntos de que trata la Resolución 165 d 2008, que se encuentra vigente respecto del puntaje mínimo que deben superar los aspirantes”.
- Copia del Acuerdo de junio 22 de 2012 por medio del cual el Hospital Fray Luis de León declaró inviable la lista de elegibles dado que solo uno de los tres participantes relacionados logró un puntaje aprobatorio.
- Copia del acta en la que consta que la Junta Directiva del Hospital decide acatar la orden del juez que concedió a tutela en favor del señor Luis Perea.
- Copia del certificado de la publicación radial de la declaratoria de inviabilidad de la lista de elegibles, calendado el 03 de julio de 2012.
- Copia de la comunicación remitida por la Junta Directiva del Hospital al Gobernación del Magdalena y recibida allí el 29 de agosto de 2012, en este escrito se remitió el nombre del concursante Luis Perea Vásquez para la designación en la gerencia de la E.S.E.
- Copia del acta de diciembre 27 de 2013 en la cual se consignó la propuesta de convocar a un nuevo concurso de méritos.
- Copia del Decreto 711 de diciembre 12 de 2012, a través del cual, se encarga la gerencia del Hospital de Ciénaga dado que el nombramiento en propiedad del señor Luis Perea Vásquez fue suspendido provisionalmente por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

5. Respuestas de las entidades accionadas

La E.S.E. accionada consideró que en la demanda de tutela se hace una lectura “amañada” de lo que dijera el Tribunal Superior al concederle la tutela al señor Perea, pues en esa providencia se reconoció que no hubo el suficiente número de aspirantes que superaran el proceso concursal y que además resultaba viable un nuevo proceso de selección si el designado declinaba o se presentaba una de las denominadas faltas absolutas, razón por la cual, se citaba a ese nuevo certamen. Con esos argumentos solicitó la denegación de las pretensiones del demandante.

5.2. Departamento del Magdalena

El apoderado del Departamento solicitó la negación del amparo, pues, la existencia de otros mecanismos judiciales como lo son las acciones contenciosas, impide en ese caso acudir al amparo. Explica que la declaración de inviabilidad del listado implica realizar un nuevo concurso. Igualmente, reseña el marco normativo que regula los concursos y precisa que la lista de elegibles no desconoce el derecho de quien demuestra los más alto méritos, sino que está concebida para “(...) garantizar la continuidad del servicio y promover la eficiencia de la función pública mediante la creación de una lista de personas calificadas que pueden desempeñar el empleo ante la imposibilidad de nombrar a quien obtuvo la calificación más alta”. Cita en favor de su tesis los conceptos del Ministerio de Salud y Protección Social y del Departamento Administrativo de la Función Pública ya referidos en estos antecedentes.

5.3 Universidad Nacional de Colombia

La Jefatura de la Oficina Jurídica de la Entidad estimó que se está frente a una falta de legitimación por pasiva, pues, ninguna de las acciones u omisiones refrendadas por el accionante le son imputables a la Universidad.

5.4 Participante Jesús Lara Trujillo

El mencionado ciudadano quien fracasó en el concurso, pero, mediante encargo se desempeñaba como gerente del Hospital, a través de su apoderado alega que no procede la acción dado que se está empleando como un sustituto de acciones contenciosas que se

dejaron caducar. Igualmente observa que se está quebrantando el principio de inmediatez, pues, el acuerdo que declaró inviable la lista se expidió el 2 de junio de 2012 y la solicitud de tutela se presentó más de seis meses después. Niega la vulneración de derechos, pues, la interesada no interpuso reclamaciones contra diversas actuaciones del hospital relacionadas con el asunto

5.5. Participante Luis Perea Vásquez

El interviniente se opuso a las pretensiones de la señora Miranda Padilla y explicó que si bien es cierto que a él se le nombró como gerente de la E.S.E. San Cristobal de Ciénaga, ese nombramiento fue suspendido a través de una medida cautelar en sede contencioso administrativa y, por ende, en ese momento no desempeña ningún cargo, con lo cual, mal puede la accionante que ocupó el segundo lugar en el concurso para proveer la gerencia de la E.S.E. Fray Luis de León de Plato, aspirar, en propiedad, a la plaza en la cual el participante Perea Vásquez obtuvo el primer puesto.

Advierte que cursa un desacato contra la Gobernación para que, en cumplimiento de un fallo del Tribunal Superior del Magdalena, a él se le designe en la E.S.E. de Plato. Expone que no se puede designar a la accionante hasta tanto no se aclare la situación de él, pues, no se encuentra inhabilitado, ocupó el primer puesto y el nombramiento que había obtenido en otra E.S.E. fue suspendido.

5.5. Participante Gabriel Beltrán Estremor

Manifiesta el interviniente que la acción resulta improcedente. Tras recordar cómo quedó conformada la lista de elegibles, advierte que solo un participante cumplió con el puntaje exigido en la Resolución 165 de 2008, con lo cual, al no poderse designar al ganador, no resultaba posible proseguir con las nominaciones.

VIII. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN DENTRO DEL EXPEDIENTE T-3.956.257

1. Primera instancia

Mediante sentencia del 17 de enero de 2013, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad de Santa Marta concedió el amparo pretendido por la señora Mónica Miranda ordenando el nombramiento y posesión de la accionante en el cargo de gerente de

la E.S.E. Hospital Fray Luis de León acorde con la lista de elegibles y en atención a que el primer lugar en la lista, Luis Perea, fue nombrado y posesionado en otra E.S.E.

Luego de afirmar la procedencia de la acción en el caso en consideración, afirma que la vulneración del derecho de la accionante continua porque el periodo para el cual debió ser nombrada aún no ha fenecido y, por ende, el perjuicio es actual. Dedicó varios apartes a explicar lo que llama “la jerarquía de la ley y su aplicación” concluyendo que en el caso se le está dando prevalencia a la resolución 165 de 2008 y no a una ley posterior que deroga las disposiciones que le sean contrarias y que no exige como requisito alcanzar 70 puntos al final del concurso. Estima el fallador que la accionante hace parte del listado de elegibles y, este no fue declarado inviable por la Universidad Nacional, lo cual, demuestra que la universidad entendió juiciosamente que las ternas estarán conformada por los tres puntajes más altos, debiendo nombrarse a quien ostente el más elevado.

Igualmente, explica que en el caso de quien ocupara el primer lugar, Luis Perea, este fue nombrado en otra E.S.E. y la suspensión de esa designación de manera cautelar, en sede contencioso administrativa, es provisional y, por ende, sigue vinculado a ese acto administrativo, con lo cual, considera, no puede conservar una expectativa en el concurso de la E.S.E. Fray Luis de León. De ello se colige la vacancia de la gerencia de este último Hospital y, la vulneración de los derechos de Mónica Miranda, al estar ocupando la plaza en encargo una persona ajena al concurso. Concluye que tuvo lugar una interpretación irrazonable por parte de la Administración desconociendo el precedente sentado por la Corte en la Sentencia C- 181 de 2010. Advierte que en la convocatoria para proveer la gerencia de la E.S.E. Fray Luis de León no se estableció que quien no obtuviera 70 puntos quedaría excluido de la terna de elegibles.

2. Impugnación

2.1. Ciudadano Jesús Lara como gerente del Hospital Fray Luis de León

A través de apoderado impugnó la decisión de primera instancia rechazando la consideración, según la cual, el daño es actual dado que no se ha nombrado a la señora Miranda. Para el recurrente, esta apreciación riñe con el principio de inmediatez y, si el acuerdo que declaró no viable la lista fue expedido el 22 de junio de 2012, los seis meses siguientes a esta fecha se cumplía el 22 de diciembre de 2012, por ello es improcedente la

acción. Entiende el impugnante que el nuevo Código Contencioso Administrativo ofrece varios mecanismos para cuestionar los actos administrativos y la accionante no hizo uso de ninguno cuando se declaró inviable la lista de elegibles. Precisa que la señora Miranda sustituyó tales medios con la tutela.

Por lo que respecta a la situación de Luis Perea, se trata de un asunto que no puede dirimir el juez constitucional, pues, existe otra decisión de tutela sobre ese asunto. En lo que concierne a la presunta derogatoria tácita de la Resolución 165 de 2008, no hay tal y, este acto administrativo emanado del Departamento Administrativo de la Función Pública, no riñe con los principios de la función pública establecidas en la Carta. En cuanto a la obligación del Gobernador de designar a la señora Miranda, se tiene que el Tribunal Superior del Magdalena, al proteger los derechos de Luis Perea en el marco de una tutela previa, dio vía libre a un nuevo concurso si el citado Perea no podía ser designado y, efectivamente, eso fue lo que aconteció.

2.2. El Departamento del Magdalena

El apoderado de la entidad territorial manifestó su desacuerdo con el fallo de primera instancia, al estimar que se quebrantaron los principios de subsidiariedad e inmediatez, replicando en su argumentación los motivos expuestos por el apoderado del señor Jesús Lara, ya referenciados en el acápite anterior.

2.3. Hospital Fray Luis de León

El apoderado de la E.S.E. estima que el Juez de Primera se equivocó al pretender que la Junta directiva del Hospital elaborara una lista de elegibles, pues, ello implicaría usurpar la función de la Universidad que realiza el concurso. Seguidamente explica que no hay ninguna antinomia entre la Resolución 165 de 2008 y las disposiciones que regulan el concurso de méritos. Tampoco suscribe la tesis de una derogatoria tácita y precisa que el Ministerio de Salud en oficio dirigido al Hospital reconoció la vigencia de la referida resolución. Similares reconocimientos se hicieron del vigor de esa norma por parte de la Universidad Nacional y del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Censura el que no se hubiese hecho la más mínima mención de lo expuesto por el señor Gabriel Beltrán quien también participó en el concurso y no obtuvo un puntaje aprobatorio

ocupando el tercer lugar detrás de la accionante. Pone de presente que la Falladora de Primera Instancia no haya advertido que el Tribunal Superior en la acción de tutela de Luis Perea, observó que no hubo un suficiente número de participantes que superaran el concurso, reconociéndole derechos solo al citado como único competidor que satisfizo las exigencias para aprobar.

2.4 Participante Luis Perea

Cuestiona el fallo por asumir que a pesar de estar suspendido su nombramiento, se presume que es servidor público. Explica el interviniente que no ostenta cargo y, por ende puede ser nombrado en la E.S.E. Fray Luis de León. Recuerda que obtuvo el primer puesto en el concurso la accionante el segundo.

3. Segunda Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Penal, mediante sentencia de marzo 4 de 2013, revocó la decisión de Primera Instancia y, en su lugar, negó el amparo pedido. Para tomar dicha decisión el ad quem estimó que la tutela resultaba procedente en estas situaciones. Previo a la consideración del caso concreto, recordó el desarrollo jurisprudencial sobre los concursos de méritos y la diferencia entre obiter dicta y ratio decidendi.

Al afrontar el asunto específico descartó la titularidad de derechos del señor Luis Perea, pues, a pesar de estar suspendido su nombramiento en el marco de una acción contenciosa, el mencionado aceptó y se posesionó en otra E.S.E., desechando la posibilidad de acceder a la gerencia del Hospital Fray Luis de León y, no es de recibo que ahora pretenda obtener ese cargo.

Posteriormente, se refiere a la situación de la señora Miranda y, tras revisar la normatividad que rige los concursos de méritos, concluye que al no alcanzar el requisito mínimo de mérito exigido en la resolución 165 de 2008, no está legitimada para para ser nombrada como gerente del Hospital. Desestima la afirmación según la cual la resolución 165 de 2008 fue derogada. Entiende que los contenidos de la Ley 1438 de 2011, posteriores a la Resolución, tienen la finalidad de reglamentar aspectos generales de la designación de los gerentes, pero, ello no apunta a eliminar requisitos como el de un puntaje mínimo en las

oposiciones para proveer gerentes de las E.S.E. Precisa que la Corte, en sentencias como la T-509 de 2011, ha puesto de presente la aplicabilidad de la citada resolución 165.

Finalmente, advierte que la Administración Departamental está en la obligación de convocar a un nuevo concurso para designar el gerente de la E.S.E. Fray Luis de León de Plato.

IX. ACTUACIONES ALLEGADAS POR LA CORTE DENTRO DEL EXPEDIENTE T- 3.956.257

En el trámite de revisión se advirtió que tuvo lugar un nuevo concurso a cargo de la Corporación IDEAS, por lo cual, la Sala Cuarta de Revisión profirió el auto de 24 de julio de 2014, ordenando la incorporación de los documentos que acreditaran el desarrollo del proceso los cuales fueron allegados, entre ellos el listado de resultados, observándose que el participante Jesús Lara ocupó el primer lugar con 90 puntos y los señores Libardo Álvarez, Gabriel Beltrán y Gelberto Comas obtuvieron 83, 82 y 73 puntos respectivamente.

Por auto de septiembre 24 de 2014 la Sala consideró que dado el nuevo concurso adelantado por la Corporación IDEAS y, en aras de garantizar el debido proceso, se hacía necesario dar la oportunidad para que los señores Libardo Alvarez, Gabriel Beltrán y Gelberto Comas y, el gerente del hospital en ese momento, se pronunciaran sobre la acción dada la circunstancial afectación que podría causarles la decisión que se adopte. En virtud de dicho proveído se presentó la siguiente intervención:

1.- Jesús Lara

XIII. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SALA

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala, para revisar las sentencias que decidieron las controversias dentro de los procesos de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento de lo dispuesto en los autos que ordenaron la selección respectiva.

Seguidamente, la Sala revisará, de un lado, la procedibilidad de la acción de tutela como

mecanismo para la protección de los derechos fundamentales en los casos sometidos a estudio y, de otro, examinará si se configura alguna situación de temeridad. De superarse dicho escrutinio, se planteará(n) el o los problemas jurídicos respectivos y, se procederá a su consideración con miras a resolver los casos concretos.

2.- los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Carta establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección de sus derechos fundamentales. Acorde con esa preceptiva superior, el artículo 10 del decreto 2591 de 1991, en lo pertinente, estableció:

“La acción de tutela 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 los tres casos en estudio, los directamente afectados, quienes demandaban la protección de sus derechos, confirieron poderes a profesionales del derecho para instaurar las respectivas acciones, lo cual, se ajusta a la disposición transcrita y se aviene con la exigencia de legitimidad por activa en la causa.

2.2. Legitimación pasiva

Los artículos 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, en lo del caso, disponen:

Artículo 13. Personas contra quien se dirige la acción e intervinientes. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior.

Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.

Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

(...)

8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.

(...)

En el caso del expediente T- 3.618.908 en el cual funge como accionante el señor William Montes Suárez, la acción se dirigió contra la Junta Directiva del Hospital de Montelíbano, la Universidad Cooperativa de Colombia, Sede Medellín, y la Alcaldía Municipal de Montelíbano, en cabeza de sus representantes legales; pues, la primera, convocó a un concurso de méritos para proveer la gerencia, la segunda, lo realizó y el Alcalde debe designar al ganador en el cargo ofertado. Por lo que respecta a la E.S.E. y la Alcaldía, se trata de entidades públicas, lo cual, se ajusta a la preceptiva del transcrito artículo 13 del decreto 2591 de 1991.

En cuanto a la Universidad, también procede la solicitud dado que por vía de una habilitación normativa, aquella adelanta la función que le asigna el artículo primero del decreto 800 de 2008 a la Junta Directiva de la E.S.E. consistente en conformar una terna de candidatos escogidos mediante concurso público de méritos con miras a proveer la gerencia respectiva. La autorización a las instituciones educativas y su tarea, están reguladas en el mencionado decreto, así:

ARTÍCULO 2. Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial determinarán los parámetros necesarios para la realización del concurso de méritos público y abierto de que trata el artículo anterior, el cual deberá adelantarse por la respectiva entidad, a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o éstas asociadas con entidades especializadas en procesos de selección de

personal para cargos de alta gerencia, que se encuentren debidamente acreditadas por la Comisión Nacional del servicio Civil. La Universidad o Institución de educación superior deberá ser escogida bajo criterios de selección objetiva, demostrar competencia técnica, capacidad logística y contar con profesionales con conocimientos específicos en seguridad social en salud.

PARÁGRAFO 1°. Las Juntas Directivas, cuando lo consideren necesario, podrán autorizar al Gerente o Director para que suscriba convenios con otras Empresas Sociales del Estado o con la respectiva Dirección Territorial de Salud, para adelantar los concursos de méritos públicos y abiertos a través de universidades o instituciones de educación superior o éstas asociadas con entidades especializadas en procesos de selección.

PARÁGRAFO 2°. El concurso de méritos en todas sus fases y pruebas deberá ser adelantado por la entidad contratada para el efecto. (negrillas fuera de texto)

En esa medida la situación de la Universidad se ajusta a lo contemplado en el referido numeral 8 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, con lo cual, no caben reparos a la legitimación por activa en el expediente T-3.618.908.

Por lo que respecta al proceso T-3.864.874 en el que el accionante es el señor Miguel Ángel Jiménez Escobar, el amparo se dirigió contra la Junta directiva del Hospital del Sarare, y la Escuela Superior de Administración Pública y el Gobernador del Departamento de Arauca, pues, al igual que en el asunto inmediatamente examinado, la primera convocó al concurso para proveer el cargo, la segunda lo llevó a cabo y el mandatario municipal debe designar al ganador en la plaza ofertada. En cuanto a la E.S.E. y el Alcalde, no caben dudas sobre su legitimidad por pasiva de conformidad con el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991. Por lo que concierne a la ESAP, también se trata de una entidad pública y, en el asunto revisado, cumplía las funciones descritas en el artículo 2 del Decreto 800 de 2008, con lo cual, se ajusta a las exigencias para predicar de ella su legitimidad por pasiva.

En lo atinente al expediente T-3.956.257, contentivo del proceso iniciado por la señora Mónica Patricia Miranda Padilla, se observa que la tutela se adelantó contra el Gobernador del Departamento del Magdalena, pues, se pretende que este la nombre en el cargo de gerente del Hospital Fray Luis de León de Plato (Magdalena). Tampoco caben en este asunto reparos sobre la legitimidad por pasiva del referido representante de la entidad territorial,

cuya condición se aviene a lo dispuesto en el artículo 13 de Decreto 2591 de 1991.

2.3. La tutela como mecanismo para proteger derechos fundamentales

Acorde con el artículo 86 de la Carta, todas las personas cuentan con la vía expedita del amparo para la protección de sus derechos fundamentales. Igualmente, el artículo 2 del Decreto 2591 de 1991, establece la procedencia de la acción de amparo cuando se trata de garantizar los derechos constitucionales fundamentales. En esa medida, el uso del mecanismo orientado al amparo de otro tipo de derechos, afecta la procedibilidad de la vía procesal constitucional referida.

Sobre este punto tampoco se presentan dudas en materia de procedibilidad, pues el señor William Montes, dentro del expediente T-3.618.908, deprecó la protección de sus derechos al debido proceso administrativo, al trabajo y a elegir y ser elegidos; todos ellos de raigambre constitucional fundamental. En el caso del ciudadano Miguel Jiménez, en el radicado T-3.864.874, tampoco se tienen reparos, pues este pretende la tutela de sus derechos al trabajo, a la igualdad y al debido proceso, de cuyo carácter de fundamentales no cabe duda. Igual acontece respecto del proceso T-3.956.257 dado que la accionante, Mónica Miranda, solicita el amparo, entre otros, de sus derechos al debido proceso y al trabajo, los cuales, como se dijo, son fundamentales.

2.4. La subsidiariedad de la acción

Otra exigencia procesal que debe atenderse al momento de examinar si procede la acción de tutela, hace relación al principio de subsidiariedad, el cual fue consagrado por el constituyente, en el inciso 3 del artículo 86, al establecer que el mecanismo de amparo solo procederá cuando el afectado carezca de otro medio de defensa, salvo que se irrogue como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Los asuntos objeto de revisión, tratan sobre la protección de derechos derivados de la participación y los resultados obtenidos en concursos de méritos que, acorde con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 72 de la Ley 1438 de 2011, tienen el carácter de públicos. Entiende la Sala Cuarta que el ordenamiento jurídico ha dispuesto diversos mecanismos para proteger derechos en tales circunstancias y, también tiene en cuenta que, en principio, no resulta admisible sustituir tales dispositivos con la acción de tutela. En ese

sentido, resultan comprensibles las observaciones que algunas de las partes que se opusieron a las pretensiones de los accionantes, formularon para que los respectivos jueces de la causa se decantaran por la improcedencia de la acción.

Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha configurado un entendimiento, según el cual, la eficacia e idoneidad de los medios ordinarios de protección de los derechos de los concursantes, puede no ser suficiente para alcanzar la materialización oportuna del derecho. Ha dicho la Corte en sede de revisión:

“(…) si bien puede llegarse a considerar, en principio, que el asunto, como consecuencia de la aplicación del principio de la subsidiariedad, debe declararse improcedente, lo cierto es que acudir al mecanismo ordinario de defensa judicial, cual es, en este caso, la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de la acción electoral, de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de la acción de reparación directa, puede resultar excesivo y desproporcionado, atendiendo para ello al prolongado término de duración que este tipo de procesos pudiese tener.

Particular relevancia toma entonces el asunto, pues en las mencionadas condiciones, quien no es nombrado en el cargo, pese a haber ocupado el primer puesto del concurso, tiene pocas probabilidades de que su derecho sea reestablecido a corto plazo y de manera oportuna” (Sentencia T-715 de 2009 M.P. Mendoza Martelo)

En similar sentido la sentencia T-509 de 2011 M.P. Palacio Palacio observó:

“(…) respecto de la procedencia específica de la acción de tutela en los concursos de méritos es claro, en principio, que quienes se vean afectados por una decisión de este tipo podrían valerse de las acciones señaladas en el Código Contencioso Administrativo para lograr la restauración de sus derechos. Sin embargo, la Corte ha estimado que estas vías judiciales no son siempre idóneas y eficaces para reponer dicha vulneración. Es así como la jurisprudencia reiterada de este Tribunal Constitucional ha señalado que en estos casos las acciones contencioso administrativas no alcanzan una protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas que habiendo adelantado los trámites necesarios para su vinculación a través de un sistema de selección de méritos, ven truncada su posibilidad de acceder al cargo por aspectos ajenos a la esencia del concurso. (...)”

Esta apreciación ha sido replicada en un pronunciamiento más reciente, en los siguientes términos:

“(…) Aunque la jurisprudencia constitucional reconoce que existen otros mecanismo de defensa judicial, para satisfacer las pretensiones de quien considera que no fue nombrado en un cargo dentro de un concurso de méritos, se ha precisado que no siempre estos medios de defensa ordinarios resultan eficaces para proteger los derechos fundamentales involucrados, y en esa medida, es la acción de tutela el medio idóneo con el que cuentan los concursantes para buscar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.” (Sentencia T-784 de 2013 M.P. Palacio Palacio)[1]

Para la Sala Cuarta de Revisión, en los tres asuntos en estudio, resulta idónea la acción de tutela como mecanismo que dilucida la situación y permite establecer si se quebrantaron los derechos fundamentales de los accionantes por parte de algunas de las entidades encargadas, bien de realizar el concurso o, bien de materializar el acceso al cargo por razón del mérito demostrado por los concursantes. En esa medida, la Sala no comparte las objeciones que en ese sentido, se plantearon en los tres procesos, algunas de las cuales se expresaron directamente en sede de revisión, como la propuesta por el señor Jesús Lara en el proceso iniciado por Mónica Patricia Miranda Padilla o la expuesta por el interviniente Cesar Londoño en el caso promovido por Miguel Jiménez Escobar.

En el caso del señor Miguel Jiménez es preciso anotar que si bien es cierto la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia de febrero 20 de 2014 en el marco del medio de control de nulidad electoral, activado por el señor Miguel Jiménez, anuló la designación del ciudadano Cesar Londoño como gerente de la E.S.E. Hospital del Sarare también resulta cierto que dicho medio no era el idóneo para proteger los derechos que se debaten en esta revisión de tutela. Tanto es, que según se colige de las manifestaciones vertidas en la otra sentencia de la Sección Quinta que aquí se ha mencionado, la cual desató otra tutela presentada por Jiménez Escobar; éste, inició una acción de nulidad con restablecimiento del derecho, esta sí, por su misma naturaleza, orientada a lograr la protección y el resarcimiento de sus intereses. No se pierda de vista que lo reclamado en la tutela en revisión, consistía en dejar sin efectos el Acuerdo 002 de 2012 que declaró desierto el concurso adelantado por la ESAP dado que solo dos participantes lo aprobaron y, lograr la suspensión de la convocatoria de noviembre 2012 ejecutada en ese momento por la

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, intereses que no resultaban amparados con el medio de control electoral referido. En suma, dada la falta de idoneidad del medio de control electoral para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente desconocidos, tiene aplicación la jurisprudencia citada precedentemente, pues, el otro medio de control, cual es la acción de nulidad con restablecimiento del derecho, apropiado para el caso, aún no ha arrojado los resultados correspondientes.

Así pues, la Sala Cuarta de Revisión, entiende que no se ha desconocido el principio de subsidiaridad del mecanismo de tutela y, no tiene lugar la improcedencia alegada por algunos de los que se oponen a las solicitudes de tutela, debiendo continuarse con el examen de los demás aspectos atañaderos a las situaciones litigiosas.

2.5. Principio de Inmediatez

Igualmente, ha considerado la Corte como presupuesto procesal del ejercicio de la acción de tutela el que ésta debe instaurarse dentro de un plazo razonable a ponderarse por el juez en el caso concreto, exigencia reconocida en la jurisprudencia como el respeto al principio de inmediatez. Específicamente, ha sentado esta Corporación en sede de tutela:

“(…) no es entendible que quien esté padeciendo un serio quebrantamiento contra un derecho de tal calidad, refiriéndose a derechos fundamentales, retarde la petición de protección, acudiendo a un mecanismo precisamente caracterizado por ser preferente, sumario y propiciador de inmediato amparo (art. 86 Const.)(…)”[2]

La aplicación del principio de inmediatez obedece a la preservación de valores que deben ser cobijados por el ordenamiento jurídico. De un lado, al trazarse un límite temporal en el ejercicio de la acción de tutela, se defiende la subsidiariedad, pues, la activación del mecanismo de amparo se reserva para la protección de los derechos fundamentales ante la ausencia de idoneidad de otras vías para proteger tales derechos. De otro lado, la inmediatez se orienta a la conservación de uno de los valores más relevantes de los sistemas normativos, cual es, la seguridad jurídica. Sin esta última garantía los asociados estarían ante la permanente incertidumbre del eventual litigio, aun en los casos en que pueden haberse dado pronunciamientos judiciales sobre un cierto asunto.[3] Así pues, sin que haya un término de caducidad de la tutela, la jurisprudencia ha sentado el vigor de plazos prudenciales dentro de los cuales resulta admisible acudir al amparo

En sede de unificación, el Pleno de la Corte advirtió que corresponde al juez de tutela, en cada caso concreto que se someta a su conocimiento, establecer si el término transcurrido entre los sucesos que dieron lugar al quebrantamiento del derecho fundamental y el momento de solicitud del amparo al juez; es razonable. Es pues, el operador judicial quien debe, acorde con las especificidades que advierta en el proceso, definir si la solicitud de amparo resulta oportuna y no implica una trasgresión innecesaria e inaceptable de la seguridad jurídica. Sin embargo, este margen de apreciación judicial no depende de la exclusiva voluntad del funcionario a quien se solicite el amparo, pues la Corte ha señalado, por vía de su jurisprudencia, unos criterios que le permiten al juez del caso determinar si está ante una demanda que se ajusta o desconoce el principio de inmediatez.

“(…) Para determinar la razonabilidad del plazo, la jurisprudencia de esta coproración ha construido una serie de criterios, a saber: (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado; (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición, (iv) las posibilidades de defensa en el ámbito del proceso judicial, y la diligencia del accionante en el mismo. Estos son criterios que deben ser ponderados en cada caso, atendiendo a las circunstancias en que se encontraba el tutelante.(…)”[4]

Como se observa, se trata de una serie de situaciones que, fungiendo como juez de tutela, la Corte ha ido decantando las cuales deben servir de parámetro para evaluar en cada caso el cumplimiento del principio de inmediatez. Sentadas estas premisas, corresponde ahora valorar en los tres casos lo acontecido respecto del aludido principio.

Por lo que respecta a lo ocurrido en el expediente T- 3.618.908, se observa que el 14 de mayo de 2012 la Junta Directiva del Hospital Montelíbano tomó la decisión de declarar desierto el concurso de méritos para proveer la Gerencia de la E.S.E. dado que solo el señor William Montes obtuvo un resultado aprobatorio y, para mayo 22 el citado participante acudía al amparo judicial. En esas circunstancias, no cabe reparo alguno puesto en materia de atención al principio de inmediatez, en la medida en que solo mediaron algunos días entre el evento que el accionante valoró como lesivo de sus derechos y la solicitud de la

tutela al juez respectivo.

En lo concerniente al proceso T- 3.864.874 se observa que el ciudadano Miguel Jiménez instauró varias acciones, ventilándose en esta sede la que fue resuelta, en primera instancia, por el Juzgado Civil del Circuito de Arauca y, en segunda instancia, por el Tribunal Superior de Arauca Sala Única. Entre los hechos que suscitaron específicamente esta acción se cuenta la convocatoria que en noviembre 12 de 2012 se hiciera para proveer la plaza a la que el señor Jiménez aspiraba por haber obtenido el primer lugar en el concurso llevado a cabo entre febrero y marzo de 2012. La acción de tutela que buscaba la suspensión del concurso convocado en noviembre, fue presentada el 03 de diciembre de 2012. Para la Sala Cuarta de Revisión, ninguna duda cabe respecto del acatamiento del principio de inmediatez en el asunto en estudio, puesto que entre la convocatoria al nuevo concurso que permitiría designar gerente y la demanda de tutela no alcanzó a transcurrir un mes, observándose presteza en el actuar del interesado.

Por lo que respecta al caso contenido en el radicado T- 3.956.257, se suscitó un permanente cuestionamiento desde la primera instancia, pues, la señora Mónica Miranda acudió a la protección judicial el 31 de diciembre de 2012. Quienes han objetado el actuar de la citada por un presunto quebrantamiento del principio de inmediatez, han puesto de presente que la situación que configuraría la posibilidad de reclamar de Mónica Miranda, tuvo lugar el 22 de junio de 2012, cuando quien ganó el concurso, Luis Perea Vásquez, aceptó el cargo como gerente del Hospital de Ciénaga y, por ende, a juicio del nominador ya no podía en esa fecha acceder al cargo como gerente del Hospital de Plato. En esa medida, entre el 22 de junio de 2012 y el 31 de diciembre del mismo año, transcurrieron más de seis (6) meses, con lo cual, habría de declararse la improcedencia del amparo pedido por la mencionada aspirante a la gerencia de la E.S.E. de Plato.

Para la Sala Cuarta, el acervo probatorio ofrece elementos de juicio que dan lugar a una valoración distinta, pues, si bien es cierto el 22 de junio de 2012 se presentaba un hecho que permitía pensar en la posibilidad de ocupar la gerencia de la E.S.E. de Plato, con quien ocupó el segundo lugar en el concurso en el que Perea alcanzó el primer lugar; también es cierto que con posterioridad a esa fecha tuvieron lugar otros sucesos que en el sentir de la Sala resultan relevantes para valorar la situación, como que el acto que declaró inviable la lista de elegibles y que hacía presumir dificultades para los propósitos de la señora Miranda,

solo fue objeto de aviso radial entre el 25 y el 30 de junio, además, para el 11 de agosto de 2012 la Junta Directiva del Hospital Fray Luis de León, tras recibir una orden judicial en sede de tutela, decidió remitir al Gobernador del Departamento el registro de elegibles; comunicación que, dicho sea de paso, fue recibida por la Gobernación el 29 de agosto de 2012, advirtiéndose que la única persona que obtuvo la puntuación aprobatoria fue Luis Perea.

Entiende la Sala que tales hechos tienen la entidad suficiente para incidir en el ánimo de la interesada, pues, es presumible que esperase en ese interregno alguna decisión de la Administración favorable a sus aspiraciones. En esa medida, el conteo de un plazo para acudir a la protección judicial debe tener en cuenta tal circunstancia, además del paro de un sector de la Rama Judicial en aquella época. Con estas consideraciones se entiende entonces que entre agosto y diciembre transcurrió un periodo aceptable para instaurar la demanda de amparo por parte de Mónica Miranda.

Así pues, no se advierte en ninguno de los tres casos una vulneración del principio de inmediatez y, por ende, no se encuentra, desde esta perspectiva, una afectación a la procedibilidad de las acciones en examen.

3. Análisis de la temeridad en los casos sometidos a revisión

Otro aspecto que amerita una consideración preliminar por parte de la Sala atañe a los cuestionamientos que algunas de las partes en los varios radicados formularon dada la posible existencia de situaciones de temeridad. Por ello, se recordarán algunas precisiones que la jurisprudencia de la Corporación ha hecho sobre el tema y, seguidamente, se evaluarán los casos en los que se puso de presente el asunto.

3.1. La configuración de la temeridad. Generalidades

El correcto funcionamiento de la Administración de Justicia está vinculado, entre otros principios, a la eficiencia, con lo cual no resulta aceptable que los recursos de tal institución se dilapiden. En esa medida, atenta contra dicho postulado la situación en la que un concreto asunto decidido por las instancias judiciales, es nuevamente sometido a la jurisdicción, haciendo caso omiso de los pronunciamientos previos sobre la cuestión y desconociendo las disposiciones que prohíben dicha práctica. Se desgastan

innecesariamente los recursos en términos de tiempo y dinero del aparato judicial ventilando nuevamente una específica situación sobre la que este adoptó una decisión y, de contera, se priva a otros demandantes de justicia de una atención más pronta, pues, se pone a un decisor judicial a considerar un caso ya resuelto en detrimento de otros asuntos que esperan estudio y pronunciamiento. Además, el ejercicio inapropiado del derecho de acción de la forma descrita, lesiona el valor de la seguridad jurídica, pues, se mina la confianza de los asociados en la firmeza de las decisiones judiciales cuando, en contravía del ordenamiento, se pretende obtener varias respuestas a un mismo asunto en la espera de acoger la más favorable burlando aquellas que el interesado no estime convenientes. Son esas, entre otras, las razones que, orientadas a lograr un correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, explican disposiciones como la contenida en el inciso primero del artículo 38 del Decreto 2591, cuyo tenor literal reza:

“Actuación temeraria. Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.”

En sede de tutela esta Corporación ha sostenido que se entiende como actuación temeraria “(...) aquella que desconoce el principio de la buena fe, en tanto la persona asume una actitud indebida para satisfacer intereses individuales a toda costa y que expresa un abuso del derecho cuando deliberadamente y sin razón alguna se instaura nuevamente una acción de tutela”. [5] Igualmente, en jurisprudencia copiosamente reiterada, se ha precisado que al momento de apreciar si se está frente a un actuar temerario por parte de quien demanda el amparo, han de tenerse en cuenta los siguientes requisitos:

“(i) identidad de partes; (ii) identidad de causa petendi; (iii) identidad de objeto; (iv) ausencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio de la acción, es decir, mala fe o abuso del derecho de acceso a la administración de justicia” [6]

“(...) acreditar: (i) La identidad de partes, es decir, que ambas acciones de tutela se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición persona de natural, ya sea obrando a nombre propio o a través de apoderado judicial, o por la misma persona jurídica a través de cualquiera de sus representantes

legales. (ii) La identidad de causa petendi, o lo que es lo mismo, que el ejercicio simultáneo o sucesivo de la acción se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa. (iii) La identidad de objeto, esto es, que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o el amparo de un mismo derecho fundamental. (iv) Por último, y como se dijo anteriormente, a pesar de concurrir en un caso en concreto los tres (3) primeros elementos que conducirían a rechazar la solicitud de tutela, el juez constitucional tiene la obligación a través del desarrollo de un incidente dentro del mismo proceso tutelar, de excluir la existencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio del derecho de acción (...)"

La labor de comprobación de las condiciones referidas, supone no perder de vista que se trata de amparar los derechos fundamentales de las personas y que las actuaciones de éstas, están amparadas por el principio constitucional de la buena fe. Es por ello que la Corte en sus decisiones ha ido decantando una serie de situaciones, en las cuales, a pesar de observarse la existencia de identidad de partes, de causa y de objeto; no se configura temeridad y se autoriza al juez constitucional para dispensar la protección deprecada. La sentencia T-1104 de 2008, sentó al respecto:

"(...) la declaratoria de improcedencia de la tutela por temeridad debe analizarse desde una perspectiva distinta a la meramente procedimental, cuando el ejercicio simultáneo o repetido de la acción de tutela se funda en: (i) la condición del actor que lo coloca en estado de ignorancia[7] o indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho y no por mala fe[8]; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho[9]; (iii) en la consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante[10]: y por último (iv) se puede resaltar la posibilidad de interponer una nueva acción de amparo cuando la Corte Constitucional profiere una sentencia de unificación, cuyos efectos hace explícitamente extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones, incluso si con anterioridad a dicha sentencia presentaron acción de tutela por los mismos hechos y con la misma pretensión.[11]" (negrilla fuera de texto)

Se advierte pues que la tarea del juez de tutela en estas circunstancias, implica una valoración de los diversos elementos que configuran el caso concreto, para evitar que una lectura rígida conduzca a la desprotección de los derechos fundamentales de un accionante cuya situación específica, no solo explica, sino que además justifica el uso del mecanismo de tutela de un modo en principio proscrito.

Con los supuestos esbozados, procederá la Sala Cuarta de Revisión a valorar lo acontecido en los asuntos sometidos a examen y, en los cuales, se presentaron objeciones que apuntan evidenciar situaciones de temeridad.

3.2. Valoración de la temeridad en los casos sometidos a estudio

Dado que dentro del radicado T-3.618.908 no se presentaron reparos respecto de alguna situación de temeridad, el análisis se contraerá a lo acontecido dentro de los procesos T-3.864.874 y T-3.956.257.

3.2.1. La posible situación de temeridad en el proceso T- 3.864.874

Como se colige de las pruebas recaudadas y, acorde con los antecedentes del expediente aludido, el señor Miguel Jiménez instauró tres acciones de tutela con motivo de las vicisitudes que tuvieron lugar a partir de las convocatorias para proveer la plaza de gerente de la E.S.E. del Sarare. La primera, fue fallada por el Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá y resuelta, en Segunda Instancia, por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Penal. La segunda, fue conocida por el Juzgado Civil del Circuito de Arauca y su impugnación fue desatada por el Tribunal Superior de Arauca en Sala Única. La tercera fue decidida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

En razón a que la decisión que se revisa en este caso es la proferida por el Tribunal Superior de Arauca, en Sala Única, cuya primera instancia fue surtida por el Juzgado Civil del Circuito de Arauca y, la acción que se dice guarda relación con los mismos hechos, dando lugar a una presunta temeridad, fue la conocida por el Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá; será en relación con esta última, con la cual, la Sala adelante la comparación requerida para verificar si tuvo lugar la temeridad alegada por alguno de los intervinientes.

Para facilitar la tarea comparativa la Sala de Revisión, presenta lo pertinente en el siguiente

cuadro comparativo:

Expediente

Acción adelantada ante el juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá

Acción adelantada ante el juzgado Civil del Circuito de Arauca (T- 3.864.874 sometido a Revisión)

Partes

La acción se dirigió contra la Junta Directiva e Hospital del Sarare y la Escuela Superior de Administración Pública-ESAP.

Como no se vinculó a la Gobernación de Arauca, al ciudadano Jorge Mantilla Delgado y al Gerente del Hospital, el Juzgado rehaciendo las actuaciones tras una declaración de nulidad por no integrar debidamente el contradictorio, profirió la sentencia de 05 de julio de 2012 subsanando la irregularidad.

La acción se enfiló contra la Junta Directiva del Hospital del Sarare, el Gobernador del Departamento de Arauca y, la escuela Superior de Administración Pública- ESAP.

Para integrar debidamente el contradictorio, el Juzgado dispuso la vinculación de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia y del señor Jorge Mantilla Delgado.

Hechos

El accionante participó en la convocatoria para proveer la plaza de gerente de la E.S.E. del Sarare. El desarrollo del concurso le correspondió a la ESAP y, culminado el mismo se publicó la lista de resultados, en la cual el actor se registró el primer lugar con

71, 84.

En la relación de candidatos a la terna, la ESAP incluyó únicamente las dos personas que aprobaron el examen.

En esas circunstancias la Junta Directiva del Hospital no conformó la terna y, no se designó en el cargo al actor que fue el primero entre los dos concursantes que alcanzaron un puntaje aprobatorio en la oposición.

En el transcurso del proceso, se informó por el actor al despacho judicial que se expidió por la Junta Directiva de la E.S.E., el Acuerdo 002 de 2012 declarando desierto el concurso.

A los hechos relacionados en la columna paralela se les agregaron los siguientes:

-. El actor acudió al medio de control de nulidad con restablecimiento del derecho y en el marco del mismo se solicitó la suspensión de un nuevo concurso de méritos adelantado por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia para proveer la gerencia de la E.S.E. del Sarare.

-. El pedimento de suspensión fue denegado.

-. Refiere el accionante que fue requerido para que informara si deseaba continuar en la terna de aspirantes, pues de no hacerlo, se entendería como una renuncia del derecho.

-. Destaca el demandante, particularmente como hecho nuevo e irregular, las actuaciones en la Junta Directiva de la E.S.E., por parte de la funcionaria Lupita Granados, a quien no se delegó por acto administrativo sino mediante poderes.

Pretensiones

El peticionario demandó del Juez de tutela la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, al debido proceso, al acceso a cargos públicos y a la vida en condiciones dignas.

Igualmente, requirió como medida provisional, emitir una orden para que la Junta

Directiva del Hospital se abstuviera de realizar otro concurso para proveer la gerencia, haciendo con ello ilusorios sus derechos.

En esta segunda acción, además de la tutela de los derechos al trabajo, debido proceso e igualdad, se pidió suspender y dejar sin efectos el Acuerdo 002 de 2012.

También se solicitó la suspensión de la convocatoria de noviembre 2012 ejecutada en ese momento por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

Diferencia en cuanto a las partes

Bien podría considerarse que existe identidad entre las partes, pues, en ambas acciones los reclamos involucraron a la misma E.S.E., al mismo Departamento y a la Escuela Superior de administración Pública ESAP. Del mismo modo, al momento de configurar el contradictorio se integró al señor Jorge Mantilla, pero, también se advierte que en la segunda solicitud se ordenó la vinculación de la universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, aspecto relevante, dado que, como se verá seguidamente, evidencia una circunstancia fáctica diferente a la que dio origen a la primera solicitud de amparo.

Diferencia en cuanto a los hechos

Para la Sala Cuarta de Revisión, resulta importante distinguir el contexto fáctico existente entre los dos momentos en los cuales el actor Miguel Jiménez buscó el amparo de sus derechos. Se observa que cuando se instauró la primera acción, el concurso llevado a cabo con la ESAP, en el cual obtuvo el primer puesto, ni siquiera había sido declarado desierto. En tanto, que cuando tuvo lugar la segunda solicitud de amparo, se había iniciado la nueva convocatoria a cargo de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia para conformar una terna que permitiera proveer la plaza a la que el actor cree tener derecho. Igualmente, se encuentra que para el segundo momento, la posibilidad contencioso administrativa más expedita para satisfacer en parte los intereses del actor, cual era, la solicitud de medidas cautelares, había fracasado. No sobra agregar que en la segunda actuación el afectado hizo alusión a lo que considera la irregular delegación de poderes del Gobernador a una funcionaria de la Junta Directiva de Hospital.

Lo anterior no significa que todo lo acontecido no resulte relevante al valorar la solicitud del

señor Jiménez y la situación de sus derechos fundamentales, no obstante que algunos de los asuntos referidos por él, hacen relación puntualmente a problemas de legalidad en el actuar de la Administración y no es en el marco de una acción de tutela en el cual habrán de resolverse. Lo que sí queda claramente evidenciado, es la diferencia de contextos entre las dos demandas de amparo, situación que tiene importantes consecuencias al evaluarse una posible temeridad.

Diferencia en cuanto a las pretensiones

Por lo que atañe a las pretensiones también se advierten diferencias manifiestas. Como se aprecia en la comparación, en la segunda acción, el concursante Miguel Jiménez estaba orientado por el propósito de dejar sin efectos el acto administrativo que declaró desierto el concurso realizado por la ESAP y, como medida provisional, requirió la suspensión de dicha declaración, pero, además, pidió la suspensión de la convocatoria de noviembre de 2012 a cargo en ese momento de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Ninguna de estas demandas estaba incluida en la primera acción de tutela, pues los hechos que generarían los nuevos pedimentos aún no habían sucedido.

No hubo temeridad

Acorde con el examen plasmado, se impone concluir que no concurren en el proceso en estudio los supuestos que dan lugar a la temeridad, pues en lo que concierne a los hechos ha quedado demostrada la diferencia de contextos que originaron las acciones en comento. Esta Corporación actuando como Juez de Revisión y, a propósito de actuaciones suscitadas por controversias en el marco de concursos de méritos, se ha pronunciado sobre situaciones de presunta temeridad, señalando pautas que bien pueden ilustrar este caso. Así, en la sentencia T-566 de 2010 M.P. Palacio Palacio, la respectiva Sala hubo de pronunciarse, entre otros asuntos, sobre una posible temeridad cuando un participante en un concurso de méritos, en un primer proceso de tutela cuestionó el cambio de reglas del certamen al programarse un conversatorio con los aspirantes que obtuvieron puntajes aprobatorios, actividad que no estaba establecida en las reglas de la convocatoria. En una segunda solicitud de tutela, el mismo aspirante quien obtuvo el primer puntaje, pero, no fue designado en el cargo, reclamó su derecho a ser nombrado. En esa oportunidad la Sala descartó la temeridad indicando que “(...) las acciones de tutela estudiadas giran en torno a

momentos distintos, pues se dieron en fases distintas de la designación y bajo una inicial amenaza y otra es la posterior consumación de la vulneración de los derechos del actor (...)"

En el caso en estudio, el ciudadano Miguel Jiménez deprecó el amparo en un primer momento cuando no está configurada la terna, no resultando claro cuál sería el fruto de su primer puesto en el concurso. Posteriormente y, ante lo que resultaba ser una progresiva serie de circunstancias que iban haciendo más incierta la materialización de lo que estimaba como su derecho, nuevamente acudió a la tutela.

Por lo que respecta a la identidad de objeto, queda también descartada la similitud, pues si bien es cierto que en los dos procesos se reclamó el amparo de derechos fundamentales, revisado el petitum en las dos demandas, se verificaron las diferencias entre las solicitudes las cuales han quedado debidamente explicitadas.

Para concluir este punto, destaca la Sala no solo la manifestación del actor respecto de la existencia de una acción previa, sino el interés en precisar las divergencias fácticas entre aquella y, la que diera origen a los pronunciamientos que aquí se revisan. Esta actitud del demandante fue reconocida por el Juzgado Civil del Circuito de Arauca, no así por el Tribunal Superior de Arauca en Sala Única, Corporación que sin mayor análisis entendió que el problema planteado en los dos procesos era similar. Para la Sala Cuarta de Revisión, el comportamiento desplegado por el actor evidencia su buena fe y, por ende, no se advierte un quebrantamiento del principio de transparencia que debe informar la actividad judicial.

Cabe precisar en este punto que en lo atinente al proceso de tutela, adelantado por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del cual se tiene noticia solo por una impresión informal de la sentencia, no será tenido en cuenta, pues, se trata de un asunto cursado posteriormente, el cual, no está sometido a revisión en esta actuación. Sin embargo, se debe advertir que según se indica en dicho documento, el actor solicitó "tutelar mis derechos fundamentales (...) y en consecuencia ordenar al HOSPITAL DEL SARARE y A LA UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER que en un término no mayor de 48 horas se suspenda la convocatoria y elección del gerente del

Hospital del Sarare, realizada en el año 2014, para el tiempo restante del periodo 2012-2016", con lo cual, se evidencia que el petitum en esta acción diverge de las acciones arriba descritas, pues en esta, se trata de suspender un tercer concurso que no hizo parte de los asuntos en controversia en las antes consideradas.

En suma, las razones expuestas permiten descartar la temeridad alegada, incluso en Sede de Revisión, por quienes se han opuesto a las pretensiones de Miguel Jiménez, con lo cual, se procederá a la revisión de la providencia que se pronunció en segunda instancia respecto del amparo impetrado por el mencionado accionante.

3.2.2. La posible situación de temeridad en el proceso T- 3.956.257

Tal como se consignó en los antecedentes del radicado en que funge como accionante Mónica Miranda, el interviniente Jesús Lara manifestó que la demandante pudo haber incurrido en temeridad, sin embargo, sus afirmaciones no fueron explicadas y tampoco se anexaron pruebas que las soportaran. El interviniente se contrajo a referir dos números de radicados judiciales en los que presuntamente la señora Miranda sería la demandante y no más. En tales circunstancias, no puede la Sala Cuarta de Revisión hacer un estudio sobre el punto y cabe continuar con la Revisión de los casos.

4. Problema Jurídico

Abordadas las cuestiones preliminares y, de acuerdo con lo inicialmente propuesto, corresponde a esta Sala absolver los siguientes interrogantes:

a. ¿Se desconocen los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de quienes en un concurso de méritos para designar gerentes de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), obtienen un puntaje aprobatorio, pero, el concurso se declara desierto puesto que el número de personas que alcanzaron puntaje aprobatorio, no resulta suficiente para conformar la terna y, por ende, no se provee el cargo para el cual se convocó? Es este el problema jurídico que observa la Sala Cuarta de Revisión dentro de los expedientes T- 3.618.908 y T- 3.864.874, en los cuales son accionantes los señores William Montes Suárez y Miguel Ángel Jiménez Escobar, respectivamente.

b. ¿Se desconocen los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de quienes en un concurso de méritos para designar gerentes de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), ocupan los primeros puestos, pero, no logran obtener el puntaje exigido por disposiciones reglamentarias para superar el concurso y, ante la insuficiencia de un número de personas con puntajes aprobatorios, no se conforma la terna para llenar la plaza que suscitó la convocatoria, desatendiéndose el reclamo de aquellos cuyos resultados no se ajustaron a la exigencias reglamentarias referidas, pero que estiman tienen derecho a integrar la terna? Para la Sala, este es el asunto a resolver en el caso del expediente T-3.956.257 en el que la accionante es la ciudadana Mónica Patricia Miranda Padilla.

Con la finalidad de resolver los dos problemas planteados, la Sala considerará la importancia del mérito en el acceso a cargos públicos y, en particular, en la provisión de los cargos de gerente de las Empresas Sociales del Estado. Seguidamente, se valorará la importancia de la conformación y existencia de la terna en el proceso de selección de los gerentes de las E.S.E. presupuestos con los cuales se resolverá el caso concreto.

5. El principio del mérito en el acceso a cargos públicos. El caso de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado

La materialización del derecho a acceder a la función pública vinculada a la demostración de la capacidad, idoneidad y suficiencia para el ejercicio de la aquélla, se opone al modelo del *spoils system* o sistema de botín, según el cual, frente al riesgo de “(...) un funcionariado permanente, el santo temor a una <<propiedad antidemocrática>> sobre las funciones públicas (...)” resultaba admisible para quien accedía al poder “(...) despojar de sus puestos a los funcionarios de ideología contraria y recompensar con ellos a los propios partidarios después de ganar las elecciones (...)” concepción que expresa bien la frase atribuida al expresidente estadounidense Jackson para quien “los trabajos confiados a los agentes del Estado son tan fáciles que todo hombre inteligente puede adaptarse a ellos sin demora” [12] . En una perspectiva distinta, se concibió, en Europa, una propuesta de acceso a los cargos públicos que radicaba el acceso a tales dignidades por móviles distintos a la adscripción o simpatía por ideología del gobernante de turno. Esta percepción de la función pública que en sentido distinto, hacia reposar el derecho a acceder al empleo público en el talento y la capacidad, encuentra como antecedente significativo el contenido del artículo

6 de la histórica Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo artículo 6 rezaba:

Artículo 6.- La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos. (Negrillas fuera de texto)

Es esta última forma de entender el ingreso y el ejercicio de la función pública, la que se constituye en un antecedente significativo que inspirará preceptos como el establecido en el artículo 125 de la Constitución, cuyo tenor literal reza:

ARTICULO 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.

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto

del período para el cual este fue elegido.

Como se puede apreciar, diversos contenidos del precepto citado están concebidos en el espíritu del reconocimiento de la capacidad, la virtud y el talento de quien desempeña el empleo público. Así por ejemplo, el inciso 3º condiciona tanto el ingreso como el ascenso en la carrera funcional, al establecimiento de los méritos y calidades del aspirante. Por su parte, el inciso último rechaza la filiación política como motivo para determinar el nombramiento, ascenso o remoción de quien pertenece a la carrera administrativa.

La relevancia constitucional del principio del mérito fue cuidadosamente destacada por el Pleno de esta Corporación en la sentencia C-588 de 2009 M.P. Mendoza Martelo, cuando al estudiarse un acto legislativo que pretendía incluir en el mencionado artículo 125 una disposición contenida en el acto legislativo 01 de 2008, cuyo contenido apuntaba a introducir una excepción al régimen general de carrera administrativa. En aquella ocasión la preceptiva del acto legislativo autorizaba una inscripción en carrera administrativa que no era resultado del mecanismo de concurso y, por ende, no encontraba fundamento en el mérito. Observó la Sala en ese momento:

“(…) la carrera administrativa “se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público”, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde (…)”

Se advierte entonces que en el entendimiento de la Corporación, el mérito es el soporte del mandato constitucional que establece la carrera administrativa. Pero además, dicho elemento también desempeña un papel determinante en la materialización del derecho fundamental a acceder a los cargos públicos. En la providencia en cita el pleno estimó que los mandatos del acto legislativo sustituían la Constitución y, tras realizar el juicio respectivo, procedió a declarar la inexequibilidad de la reforma constitucional mencionada. En esa medida, se puede afirmar, sin ninguna clase de matices, que si no le está dado al constituyente derivado desplazar al mérito, como criterio de ingreso a la función pública, menos aún, podrían sentirse autorizados para tal efecto tanto el legislador como la Administración.

También advirtió la jurisprudencia acopiando otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional que la vía de realización del mérito es el concurso público. Explicó la Sala

Plena:

“(…) Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, pues el Constituyente lo previó como un mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa[13]. Así pues, el sistema de concurso “como regla general regula el ingreso y el ascenso” dentro de la carrera[14] y, por ello, “el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos”, pues sólo de esta manera “se da cumplimiento al precepto superior conforme al cual ‘el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes’[15].

Se tiene entonces que el respeto por el concurso, redundando en el acatamiento del principio del mérito, lo cual, es en últimas evidencia del sometimiento a la Constitución y, cumplimiento del mandato del artículo 4 Superior que instituye los preceptos de la Carta como rectores de todo el ordenamiento jurídico. Sensus contrario la transgresión del concurso conduce al quebrantamiento del principio del mérito y consecuentemente al desconocimiento de lo que manda la norma de normas. Es por ello que se comprende la aseveración según la cual “(…) 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.

En lo que específicamente hace relación al principio de igualdad, no sobra recordar que el concurso signado por el mérito se encamina a seleccionar aquellas personas cuya evaluación evidencia su capacidad e idoneidad para el desempeño de la labor respectiva, con lo cual, se pretende proscribir la arbitrariedad de quien ostenta la condición de nominador y, por ende, se veda la sustitución del mérito por otro tipo de criterios que en el sentir de la jurisprudencia resultan:

“subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica,

para descalificar al aspirante”[16].

Es esa también una de las razones por las cuales esta Corporación tanto en sede revisión como en el marco del control de constitucionalidad ha reiterado el respeto por las reglas del concurso y, en particular, el reconocimiento para quien ha logrado obtener el primer puesto en las pruebas que se adelantan para proveer los cargos objeto de convocatoria. Por vía de unificación se sentó:

“(...)cuando el nominador designa para desempeñar un cargo de carrera, objeto de concurso, a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desplazando a quien la antecede por haber obtenido mejor puntaje, lesiona varios derechos fundamentales del afectado.

El derecho consagrado en el artículo 13 de la Constitución es desconocido de manera abierta, muy específicamente en cuanto atañe a la igualdad de oportunidades, toda vez que se otorga trato preferente y probadamente injustificado a quien se elige, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado.

Como lo ha sostenido la doctrina constitucional, las personas que se encuentran en una misma situación deben ser tratadas de idéntica manera, al paso que las hipótesis diversas han de ser objeto de medidas y decisiones diferentes, acordes con los motivos que objetivamente correspondan a la diferencia. Con mayor razón, si en el caso específico una de ellas se encuentra en condiciones que la hacen merecedora, justificadamente y según la Constitución, de un trato adecuado a esa diferencia, resulta quebrantado su derecho a la igualdad si en la práctica no solamente se le niega tal trato sino que, pasando por encima del criterio jurídico que ordena preferirlo, se otorga el puesto que le correspondería a quien ha demostrado un nivel inferior en lo relativo a las calidades, aptitud y preparación que se comparan. (...)”[17]

Por ello, no resulta de recibo que sin mediar motivos objetivos y suficientemente consistentes, la Administración designe a una persona distinta de quien obtuvo el primer puesto en el concurso. Aun así, en aras del derecho de defensa del cual son titulares todas las personas, dicha decisión puede ser controvertida[18]. Ciertamente, ante circunstancias

como las inhabilidades generadas por decisiones de orden penal o disciplinario, se entiende que la Administración estime no proveer la plaza convocada, con el aspirante que obtuvo el mejor puntaje, pero, si los móviles no son de ese calado, se puede estar ante el quebrantamiento de los derechos fundamentales del ganador de la convocatoria. En la sentencia SU-613 de 2002, la Sala Plena destacó la importancia de la motivación en el acto administrativo que no designa la ganador del concurso y advirtió que por tratarse de motivos objetivos como lo puede ser un yerro de orden aritmético en la puntuación o, vicios ostensibles de procedimiento; la Administración está frente a un deber de hacer patentes tales situaciones que impiden la nominación de quien obtuvo el primer puesto.

A propósito de la renuencia para reconocer el primer lugar de un concursante por razones que no resultaban objetivas, se expuso en Sala de Revisión:

“(…) tanto la Junta Directiva del Hospital como el Gobernador del Valle del Cauca, no pueden valerse de ningún tipo de reserva moral para impedir la vinculación del actor como gerente de la entidad hospitalaria, toda vez que solamente pueden hacer valer circunstancias objetivas poderosas, dejando de lado cualquier prevención que provenga de su fuero interno, pues de lo contrario, se estaría dando al señor César Augusto Soto Montes un trato discriminatorio, haciendo prevalecer motivos de índole subjetiva sobre los resultados obtenidos en el concurso de méritos.(…)”[19]

Observa pues la Sala que sí caben 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, pero, ello es una excepción que ha de justificarse con razones que no correspondan a meras convicciones internas, ni a actitudes discriminadoras. Quien posterga o niega la designación a un cargo para un aspirante que logró el primer puesto, ha de fundarse en razones objetivas. Ello es entendible en la medida en que el derecho a acceder a la función pública por razones del mérito, es un derecho expuesto a entrar en tensión con otros valores constitucionales y, por ende, está sujeto a ser ponderado en determinados casos. Se trata de un derecho que como los demás contemplados en el Estatuto Superior, no tiene carácter absoluto.

5.1. El Principio del mérito en la provisión de la Gerencia de las Empresas Sociales del Estado.

No han sido pocas las ocasiones en las cuales esta Corporación, tanto en el marco de las acciones de tutela, como en el control abstracto, ha tenido oportunidad de referirse a las peculiaridades que el legislador le ha prescrito al acceso a las gerencias de las E.S.E. El marco normativo que regenta esta materia está conformado, en primer lugar, por la Carta y, en particular, por los artículos 125 y 209 Superiores, ello sin perder de vista que por tratarse de la Administración de Entidades orientadas a la realización y protección al derecho fundamental a la salud, habrán de tenerse en cuenta las directrices trazadas por el artículo 49 de la Constitución.

En el ámbito legal resulta importante lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 cuyo tenor literal reza:

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. 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. (negrillas fuera de texto).

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

Parágrafo Transitorio. Los Gerentes de las ESE de los niveles Departamental, Distrital y Municipal cuyo período de tres años termina el 31 de diciembre de 2006 o durante el año 2007 continuarán ejerciendo el cargo hasta el 31 de marzo de 2008.

Los gerentes de las ESE nacionales que sean elegidos por concurso de méritos o reelegidos hasta el 31 de diciembre de 2007, culminarán su período el 6 de noviembre de 2010.

Cuando se produzcan cambios de gerente durante este período, su nombramiento no podrá superar el 6 de noviembre de 2010 y estarán sujetos al cumplimiento de los reglamentos que para el efecto expida el Ministerio de la Protección Social.

Para el caso de los gerentes de las ESE Departamentales, Distritales o Municipales que a la vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos, continuarán ejerciendo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos, quienes los reemplacen para la culminación del período de cuatro años determinado en esta ley, serán nombrados por concurso de méritos por un período que culminará el 31 de marzo de 2012. Todos los gerentes de las ESE departamentales, distritales o municipales iniciarán períodos iguales el 1° de abril de 2012 y todos los gerentes de las ESE nacionales iniciarán períodos iguales el 7 de noviembre de 2010.

Apartes de esta prescripción legal han sido objeto de análisis y pronunciamiento por parte de esta Corporación, en particular, el texto resaltado fue considerado en la sentencia C-181 de 2010, decisión mediante la cual la Sala Plena se decantó por una declaración de exequibilidad condicionada “(...) en el entendido de que la terna a la que se refiere deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el respectivo concurso de méritos; de que el nominador de cada empresa social del estado deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje; y de que el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero.(...)”

En la sentencia inmediatamente citada la Corte se refirió a los propósitos del principio del mérito, recordando que, en primer lugar, se pretende asegurar el cumplimiento de los fines estatales de modo eficiente y eficaz, acorde con lo preceptuado en el artículo 209 de la Carta. En segundo lugar, al operar como “criterio rector” del ingreso a la función pública, garantiza a los ciudadanos diversos derechos fundamentales, en particular, los de elegir y ser elegido, acceso al desempeño de funciones públicas y el debido proceso. Como tercera finalidad, se destacó por la Sala Plena, la promoción de igualdad de trato y de oportunidades al dar lugar a que cualquier ciudadano calificado para desempeñar las tareas públicas, pueda hacerlo una vez supere las pruebas exigidas. La dimensión del mérito no se desdibuja si se traslada al ámbito de cargos cuya asignación es en principio de libre

nombramiento y remoción, pero, por decisión del legislador pasan a ser provistos por concurso. Dijo al respecto la Corporación:

“(…) si su decisión es someter la provisión de uno de estos empleos al concurso, es su deber ajustarse al principio fundamental que rige estos procedimientos, este es, el respeto del mérito mediante el favorecimiento del concursante que obtenga el mejor puntaje en las respectivas evaluaciones. 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 (…)”

Se entiende pues que las implicaciones del postulado del mérito se aplican en todo su rigor en el caso de los concursos orientados a dotar los cargos de gerente de las Empresas Sociales del Estado. Tanto es así que en el condicionamiento de la citada C- 181 de 2010, se advirtió que la terna habría de conformarse con los tres mejores puntajes y, la nominación para el empleo, recaería sobre quien lograra el puntaje más alto.

Por su parte, la sentencia C-777 de 2010, que estudió la constitucionalidad de la expresión “o previo concurso de méritos”, contenida en el inciso primero del artículo 28, declaró la constitucionalidad de dicho aparte, pues la demandante entendía que limitar a una sola vez la reelección, aun mediando concurso de méritos resultaba lesivo del principio del mérito. La Sala explicó que resultaba ajustado a la Carta restringir en esas circunstancias el acceso al cargo incluso en casos de previo concurso de méritos. Precisó el Pleno:

(i) así se trate de un concurso de méritos abierto, quien se ha desempeñado como gerente de una ESE ingresa con una indudable ventaja comparativa frente a los demás aspirantes, consistente en demostrar una experiencia específica en dicho empleo; (ii) un gerente en propiedad conoce los pormenores de la administración de la ESE, al igual que a los integrantes de la Junta Directiva de la misma, quienes convocan el concurso de méritos; y (iii) no existe evidencia empírica que demuestre que un fenómeno de reelección indefinida de un gerente de una ESE garantice determinados índices de eficiencia, eficacia y moralidad pública. Por el contrario, es previsible que el recurso a los concursos de méritos amañados se convierta en una simple fachada para ocultar ciertas prácticas de corrupción administrativa.

Se advierte pues en este pronunciamiento un conjunto de circunstancias que autorizan una restricción al ingreso por méritos para un grupo de personas específicas, en este caso quienes han ejercido la gerencia de la E.S.E. y han resultado reelegidos.

No debe perderse de vista que en la construcción de la decisión, la Corte señaló pautas para la comprensión del artículo 28, exponiéndolas en los siguientes términos:

“(…) la lectura del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 debe hacerse tomando en cuenta que la intención del legislador consistió en (i) profesionalizar el cargo de gerente de ESE; (ii) amparar el proceso de elección del mencionado funcionario de consideraciones de orden político o de factores de conveniencia de mandatarios locales; (iii) diseñar, para tales fines, un concurso de méritos abierto, transparente, objetivo y que garantice el principio de igualdad de oportunidades; y (iv) no permitir que una persona pueda ocupar, indefinidamente, el mencionado cargo público, por cuanto aquello conduce a corrupción administrativa.(…)”

El artículo 28 fue reglamentado mediante el Decreto 800 de marzo 14 de 2008, el cual estipuló en los artículos 3 y 4 las siguientes prescripciones:

Artículo 3°. En el concurso de méritos público y abierto deberán aplicarse pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos y las aptitudes, que permitan determinar que el aspirante es idóneo para el desempeño del cargo.

Artículo 4°. La Junta Directiva conformará la terna de la lista que envíe la entidad encargada de adelantar el proceso de selección, la cual deberá estar integrada mínimo con cinco aspirantes y presentada en orden alfabético. Si culminado el concurso de méritos no es posible conformar el listado con el mínimo requerido, deberán adelantarse tantos concursos como sea necesario.

Se aprecia en estas disposiciones que el criterio del mérito continuaba informando los concursos adelantados para designar a los gerentes de las E.S.E., criterio que se reforzaba aún más con lo sentado por la jurisprudencia y, en particular, con los pronunciamientos que sobre el tema expidió la Corte constitucional.

Con el advenimiento de la Ley 1438 de enero 19 de 2011 se produjeron algunas

modificaciones a las normas del proceso de selección de gerentes de las E.S.E., cuando en el artículo 72 se dispuso:

“ELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE DIRECTORES O GERENTES DE HOSPITALES. La Junta Directiva de la Empresa Social del Estado del orden territorial deberá aprobar el plan de gestión para ser ejecutado por el Director o Gerente de la entidad, durante el período para el cual ha sido designado y respecto del cual dicho funcionario deberá ser evaluado. Dicho plan contendrá, entre otros aspectos, las metas de gestión y resultados relacionados con la viabilidad financiera, la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios, y las metas y compromisos incluidos en convenios suscritos con la Nación o con la entidad territorial si los hubiere, y el reporte de información a la Superintendencia Nacional de Salud y al Ministerio de la Protección Social. El plan de gestión deberá ajustarse a las condiciones y metodología que defina el Ministerio de la Protección Social. La evaluación insatisfactoria de dichos planes será causal de retiro del servicio del Director o Gerente para lo cual se deberá adelantar el proceso que establezca en la presente ley. En caso de que el cargo de Director o Gerente de una Empresa Social del Estado esté vacante a más tardar dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes se iniciará un proceso de concurso público para su elección.

La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya 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 operará como un listado de elegibles, para que en el caso de no poder designarse el candidato con mayor puntuación, se continuará con el segundo y de no ser posible la designación de este, con el tercero. (Negrilla fuera de texto)

Para la Sala Cuarta de Revisión, el contenido de estos mandatos, en particular el inciso segundo transcrito, recoge, en mucho, lo decidido en la sentencia C-181 de 2010. En esa medida, se puede afirmar la preservación del peso del mérito cuando se trata de concursos destinados a proveer los cargos de gerente de la E.S.E. Por su parte, el Decreto 2993, de agosto 19 de 2011, en desarrollo de la Ley 1438 de 2011, modificó algunos contenidos del citado artículo 4 del Decreto 800 de 2008. Se dice en el artículo 12 del Decreto 2993:

Artículo 12. Modifíquese el artículo 4° del Decreto 800 de 2008, conforme a lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011, el cual quedaría así:

“Artículo 4°. La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya 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 operará como un listado de elegibles, para que en el caso de no poder designarse el candidato con mayor puntuación, se continúe con el segundo y de no ser posible la designación de este, con el tercero”.

Como se observa, la disposición reglamentaria se contrae a reiterar lo dispuesto por el legislador en el inciso 2 del citado artículo 72. Cabe pues insistir en que el mérito continúa siendo un principio sobre el que se edifica la designación de los gerentes de las E.S.E. en Colombia.

Importante en este punto resulta advertir que el mandato del artículo 12 del Decreto 2993 de 2011 modifica expresamente el artículo 4 del decreto 800, pero, no puede sostenerse, como lo alegaron algunos los apoderados de los accionantes y, algunas de las autoridades judiciales en los casos sometidos a revisión, que la norma reglamentaria de 2011 derogó el Decreto 800. Si se aprecia con cuidado, el objeto de los dos conjuntos de disposiciones presenta divergencias y, por ello, no puede decirse que el decreto posterior deroga la totalidad del contenido del decreto 800 de 2008, pues no era su pretensión regular la totalidad de la materia reglamentada por este último. El objeto del decreto 800 reza “por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.” Por su parte, el objeto del decreto 2993 de 2011 dice “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.” En suma, mientras uno de los conjuntos de normas se aplicaba a contemplar diversos aspectos de la figura del gerente de la E.S.E. (Decreto 800 de 2008), el otro se ocupa de un objeto que coincide en parte con el del Decreto 800, pero, en modo alguno lo sustituye totalmente. Es esa la razón por la cual los dos cuerpos normativos rigen la provisión de cargos de gerente de las E.S.E.

Igualmente, resulta pertinente hacer mención de la Resolución 165 de marzo 18 de 2008, emanada del Departamento Administrativo de la Función Pública “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.” Este acto administrativo que hace parte de la reglamentación de los concursos para proveer las plazas de gerente de las E.S.E., se explica por el mandato contenido en el artículo 5 del Decreto 800 de 2008, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 5°. El concurso de mérito público y abierto que se adelante en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1122 de 2007 y el presente decreto, se efectuará bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad y bajo los estándares mínimos que establezca el Departamento Administrativo de la Función Pública, quien prestará la asesoría que sea necesaria.

La precisión es pertinente si se tienen cuenta que en los procesos revisados se ha sugerido que dicha resolución está derogada dado que el decreto 800 no está en vigor, pero, como se expuso precedentemente, el decreto 800 sufrió modificaciones en su artículo 4 y, no se puede colegir de ello que haya sido derogado su artículo 5 que funge como fundamento de la resolución 165 de 2008. Esa Corporación, cuando ha sido el caso, ha asumido el vigor normativo del acto administrativo en consideración. Así, en Sentencia T-509 de junio 30 de 2011, al explicarse las etapas del concurso para proveer gerentes de las E.S.E., se hizo atendiendo lo ordenado en dicha Resolución. Igualmente, en la Sentencia T-604 de 2013 al evaluarse una irregularidad en un concurso, la Corte concluyó:

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

Por ello, la Sala al momento de valorar los casos concretos invocará esta normativa si resulta necesario.

En lo concerniente al mérito, la precitada resolución contiene, entre otras, las siguientes disposiciones:

Artículo 1°. Entidades encargadas del proceso. Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial determinarán los trámites pertinentes para la realización de los procesos de que trata el Decreto 800 de 2008, tendientes a seleccionar los aspirantes que harán parte de las listas mediante las cuales se conformarán las ternas para la designación de los gerentes o directores de dichas empresas.

El proceso, desde la recepción de inscripciones hasta la entrega de resultados definitivos, previos a la conformación de la terna, deberá ser adelantado por Universidades o Instituciones de Educación Superior Públicas o Privadas, con aprobación oficial, o por estas en asocio con entidades especializadas en la selección de personal para cargos de alta gerencia. En todo caso, la universidad e institución que se escoja, según corresponda, deberán demostrar experiencia en procesos de selección de personal directivo, competencia técnica, capacidad logística y contar para la realización del mismo con profesionales con conocimientos específicos en seguridad social en salud y experiencia en el sector salud superior a tres (3) años.

(...)

Artículo 5°. Pruebas de evaluación. En los procesos deberán aplicarse pruebas de conocimientos y de competencias.

Las pruebas de conocimientos deberán estar orientadas a evaluar a los aspirantes en cuanto a los conocimientos normativos y técnicos relacionados con el cumplimiento de los objetivos y funciones de la entidad y del cargo a proveer y, especialmente, los relativos al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Las pruebas de competencias estarán encaminadas a evaluar los factores: Orientación a resultados, Orientación al usuario y al ciudadano, Transparencia, Compromiso con la organización, Liderazgo, Planeación, Toma de decisiones, Dirección y desarrollo de personal

y Conocimiento del entorno.

Las competencias podrán evaluarse mediante pruebas escritas y/o entrevistas. Cuando se utilice la entrevista, esta no podrá tener un peso superior al quince por ciento (15%) de la totalidad del proceso y deberá ser grabada y enviada a la Junta Directiva de la correspondiente empresa social del Estado.

Igualmente, deberán valorarse los antecedentes de los aspirantes en cuanto a estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo, para lo cual la institución que adelante el proceso diseñará un instrumento en el cual se privilegie la experiencia en el sistema de seguridad social en salud; esta prueba no podrá tener un valor superior al veinte por ciento (20%) de la totalidad del proceso y en ningún caso tendrá carácter eliminatorio.

Artículo 6°. Valoración de las pruebas. Las pruebas se valorarán en una escala de 0 a 100 puntos, cuyos resultados se ponderarán de acuerdo con el peso que se le haya asignado a cada prueba dentro del proceso. La lista de candidatos para entregar a la Junta Directiva se elaborará en orden alfabético con quienes hayan obtenido un puntaje ponderado igual o superior a setenta (70) puntos, la cual deberá ser informada en medios de comunicación masiva.

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

(...)

En el acto administrativo reglamentario de los concursos para el ingreso a las gerencias de las E.S.E., se aprecia el peso del mérito desde las exigencias que en el artículo 1º se le hacen a las universidades que llevan a cabo los concursos, hasta el requerimiento de satisfacer un determinado puntaje que se le hace a quienes participen en la pugna por los cargos. Para la Sala estas disposiciones deben ser atendidas en la medida en que se orientan a materializar el principio del mérito y, por ello, como se indicó arriba, en esta Corporación se han emitido pronunciamientos en los cuales la preceptiva referida ha sido un elemento de juicio relevante.

Se puede pues concluir, entre otras cosas, que el principio del mérito se constituye en elemento esencial del ordenamiento jurídico colombiano. De allí se deriva una obligación de respetar la suficiencia que demuestre una persona en un concurso de méritos cuyas reglas han sido respetadas. Igualmente, se puede colegir que el acceso a la gerencia de las E.S.E., por voluntad del legislador, se rige por el principio del mérito y, por ende, a pesar de ser, en principio, un tipo de cargo de libre nombramiento y remoción, ahora debe ceñirse a los postulados del mérito como lo son concretamente la obligación de conformar la terna con los tres mejores puntajes o, el derecho a ser designado en el cargo cuando se ocupe el primer puesto en el concurso.

Queda también como corolario de este acápite que en casos concretos, el principio del mérito entra en tensión con otros valores constitucionales y, tienen lugar restricciones que deben justificarse con fundamento en la protección de tales valores. En suma, el principio del mérito no es absoluto y, en ocasiones, ha de ceder en favor de otros contenidos constitucionales. Así por ejemplo, frente a inhabilidades generadas en procesos penales o disciplinarios, no se impone el derecho a acceder al cargo, aun habiéndose ocupado el primer lugar en el concurso respectivo.

Del mismo modo se advierte que el marco legal y reglamentario de los concursos para el ingreso a las gerencias de las E.S.E., ha de leerse, tal como lo ha hecho la jurisprudencia, dándole vigor al principio del mérito. En tanto las disposiciones que regulan el tema en estudio, se encuentren vigentes y en consonancia con los contenidos constitucionales, deberán ser aplicadas, pues, no cabrían razones para desconocer lo que aquellas mandan.

6. Los propósitos de la conformación de la terna en la provisión de la gerencia de las E.S.E.

Tal como se puede comprobar en los varios preceptos transcritos, el legislador y el ejecutivo por vía de reglamentación, contemplaron la conformación de una terna como un requisito previo a la designación del gerente de la E.S.E.. El artículo 72 de la Ley 1438 de 2011 establece condiciones para la conformación de la terna y algunos propósitos que justifican la necesidad de la misma, esta prescripción esta replicada en el artículo 12 del Decreto 2993 de 2011, modificadorio del artículo 4 del Decreto 800 de 2008. A su vez, la resolución

165 de 2008 precisa algunos de los requisitos que deben satisfacer los concursantes para integrar la lista de candidatos que permitirán configurar la terna.

De las disposiciones legales y reglamentarias transcritas y glosadas en esta providencia, se tiene que 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.

Desde una perspectiva más general, se encuentra que importantes razones de orden constitucional subyacen a la exigencia de conformar una terna al concluir un proceso de selección. En el artículo 209 de la Carta se establecen los propósitos y principios que orientan la actividad de la Administración Pública en Colombia. Entre tales principios destaca el de la eficacia.

El principio de la eficacia está directamente vinculado a la fórmula política adoptada por el constituyente, pues, la asunción de la forma de Estado Social de Derecho, supone, entre otras implicaciones, un compromiso con la materialización de los derechos reconocidos en la Carta. Ha dicho el profesor Elías Díaz “el Estado Social de Derecho (...) se caracteriza por ser un Estado administrador (prevalencia en él del poder ejecutivo y administrativo que, de hecho, llegue incluso a legislar) y, a la vez desde otra perspectiva, un Welfare State, Un Estado del bienestar en cuanto que este constituye el objetivo fundamental de aquel (...)”[20]. En esta medida, se entiende el compromiso que por mandato del constituyente, tienen las autoridades estatales en la realización de los derechos de los asociados. Así por ejemplo, el artículo 2º Superior define como fin esencial del Estado, la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes establecidos en la Constitución. Respecto de la eficacia esta Corporación, en sentencia C-479 de 1992, M.P. Hernández Galindo - Martínez Caballero, acogiendo la doctrina afirmó que se trata de una cualidad de la Administración orientada a la satisfacción del interés general, implicando calidad, agilidad, economía y utilidad de la actuación Estatal.

Para la Sala de Revisión, la materialización del principio de eficacia tiene un alcance adicional, pues, tal como ha señalado el Profesor Ortega Álvarez “(...) desde la perspectiva de los derechos sociales, junto al principio de legalidad debe presidir la actuación administrativa el principio de eficacia, pues la resolución de los problemas de los

ciudadanos ha pasado de ser, en las sociedades avanzadas, uno de los elementos de legitimación del propio sistema democrático (...)” [21] (negrilla fuera de texto). Entiende la Sala que la confianza de los asociados en las instancias administrativas reposa, en parte, en la capacidad de satisfacer sus demandas en asuntos tan trascendentales como lo es el derecho fundamental a la salud.

Otro principio que rige el actuar de la Administración es el de la eficiencia, el cual se encuentra reconocido en el ámbito de los servicios públicos, según lo dispone el artículo 365 de la Carta al afirmar que estos “son inherentes a la finalidad social del Estado” y prescribe como deber de este “su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”. Por lo que concierne puntualmente al derecho fundamental a la salud, se tiene el mandato contenido en el artículo 49 cuyo tenor literal en lo pertinente, reza:

La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado (...)

“(...) Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes (...) conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (...) (negrilla fuera de texto)

El concepto de eficiencia también fue objeto de consideración por la Corte en la aludida sentencia C-479 de 1992, en la cual fue expuesto en los siguientes términos:

“(...) el concepto de eficiencia, que en términos económicos se traduce en el logro del máximo rendimiento con los menores costos, y que, aplicado a la gestión estatal, significa la adecuada gestión de los asuntos objeto de ella partiendo del supuesto de los recursos financieros -casi siempre limitados- de los que dispone la hacienda pública. En otros términos, el Estado, por razones de interés general, está obligado a efectuar una adecuada planeación del gasto de modo tal que se oriente con certeza a la satisfacción de las necesidades prioritarias para la comunidad sin despilfarro ni erogaciones innecesarias.(...)[22]

La importancia de este postulado en la realización del derecho a la salud fue reconocida por el legislador cuando en el literal k) del artículo 6º de la Ley 1751 de 2015 lo incluyó como uno de los principios que comporta dicho derecho y, al referirse al mismo, la sentencia C-

313 de 2014, M.P. Mendoza Martelo, lo definió del siguiente modo:

Para la Sala Cuarta de Revisión, la configuración de una terna con miras a la designación de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado, obedece en mucho a la aplicación de los aludidos principios de eficiencia y eficacia. La consagración legal y reglamentaria de la figura de la terna, no es, en modo alguno, una mera formalidad como lo manifestaron los apoderados de algunos de los accionantes en sus reclamaciones en sede de tutela.

Por lo que respecta a la eficacia, encuentra la Sala de Revisión que redundante 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 el servicio de salud estén en cabeza de personas calificadas o, como se puso de presente al considerar el principio del mérito, de personal idóneo, cuyos conocimientos y experiencias permitan prever el mejor ejercicio posible de la Administración en Salud. 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 al mejor puntaje. 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 de salud.

La valoración expuesta pone de presente que la medida de contar con personal suficientemente capaz para asumir la gerencia de la E.S.E., ante la eventual imposibilidad de designar al ganador del concurso, implica una mejor condición para atender prontamente las demandas en salud por parte de los usuarios. Esto es, se trata de una medida que se orienta a garantizar, de mejor modo, la realización del derecho fundamental a la salud de los asociados.

Sin la configuración de la terna, tendría lugar la necesidad de adelantar cuantos concursos sean necesarios una vez que quien ocupa el primer puesto, no acepta la nominación o se ve impedido para ser designado, con lo cual, la dirección de la E.S.E. se puede encontrar en situación de vacancia o, a cargo de personal que eventualmente no reúne las condiciones para garantizar la mejor administración. La mora en proveer la gerencia sin duda entorpece procesos que a la larga 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. Minimizar el peso de la terna en la idea de privilegiar el derecho de los concursantes que logran puntajes altos, es estimar la situación solo desde un lado y, desconocer el propósito de eficacia que subyace a la exigencia de conformar una terna.

Para la Sala, el logro del mejor puntaje por un aspirante y su manifestación de aceptación para la gerencia convocada, no excluyen la posibilidad de no poderse hacer la designación respectiva, pues, tal como se refirió en otro pasaje de esta decisión, razones objetivas y suficientes pueden llevar al traste el nombramiento. Inhabilidades de orden penal o disciplinario, una incapacidad absoluta sobreviniente a una decisión personal de última hora, solo por mencionar algunas circunstancias, hacen imperativo considerar, de modo inmediato, otras posibilidades idóneas en la provisión del cargo. De no existir tales alternativas, por no haberse conformado la terna, es la E.S.E. quien soporta la dificultad con la correspondiente afectación que para los usuarios del sistema ello apareja. Observa la Sala que el legislador, de modo precautelar, estimó que el número de tres aspirantes resultaba apropiado con miras a lograr la garantía expuesta. Así pues, riñe con el principio de la eficacia 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 suplir, de modo inmediato, a quien, por diversas razones, no puede o no quiere acceder al cargo a pesar de sus logros en el concurso.

No pierde de vista la Sala que dada la posibilidad con la que cuentan los aspirantes de inscribirse a otros concursos, resulta razonable establecer las ternas, pues es perfectamente posible que alguien ocupe el primer puesto en más de un concurso y, al optar por un cargo, genere la necesidad de acudir a quien ocupó el segundo puesto para proveer la plaza que el ganador abandonó en razón de su decisión de asumir otra gerencia.

Por lo que concierne al principio de la eficiencia, encuentra la Sala de Revisión que resulta adecuado, en términos del cuidado de los recursos públicos, pretender obtener de un solo concurso las tres personas que plausiblemente pueden ocupar el cargo de gerente de la E.S.E.. Entiende la Sala que el proceso de convocatoria, aplicación de pruebas y evaluación de las mismas es oneroso y, riñe con la eficiencia emplear dichos recursos para renunciar a la posibilidad de tener en cuenta a personal idóneo en la eventualidad de ser requerido. La

realización de concursos 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.

Importante en este punto resulta recordar que al considerar la consagración de la terna en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, la Corte, en la sentencia C- 181 de 2010, no expulsó del ordenamiento jurídico la categoría en estudio, sino que se decantó por precisar algunas de sus funciones en el marco de los concursos de méritos para proveer los cargos de gerentes de las E.S.E.

Concluye pues la Sala en este punto que exigir la conformación de la terna, es velar por una más apropiada gestión de las E.S.E.. Sin embargo, debe desde ahora 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 como lo puede ser el reconocimiento y respeto del mérito en el acceso a cargos públicos.

Para la Sala de Revisión y, en atención a los casos concretos que se examinan en esta providencia, resulta de particular interés referirse a lo considerado por la Corte en la sentencia SU- 1114 de 2000 M.P. Cifuentes Muñoz. En esa oportunidad, una persona que ocupaba el primer lugar en una lista de elegibles para designar un Juez Promiscuo Municipal, acudió al amparo dado que la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Popayán, se negaba a enviar la lista de candidatos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, para que éste procediera al nombramiento en propiedad del juzgado, argumentando la Sala accionada que en la lista solo se tenían 4 personas e invocando una disposición de la Ley estatutaria de la Administración de Justicia que exigía un total de 6 elegibles. Al pronunciarse sobre el caso se dijo lo siguiente:

“(…) Se pregunta la Corte si vulnera los derechos fundamentales de una persona que ha obtenido el primer puesto en el concurso de méritos para el ejercicio de una determinada plaza judicial, omitir su nombramiento en propiedad - y permitir que quien no ha concursado siga ejerciendo el cargo en provisionalidad -, alegando que, dentro del registro nacional de elegibles para el correspondiente cargo, no figuran más de cinco candidatos

inscritos (...)”

Al hilo de la argumentación para absolver la inquietud se tuvo en cuenta lo que sigue:

“(...) En el presente caso, el derecho del actor a ser nombrado como titular en el cargo para el cual concursó y obtuvo el primer puesto, se ve restringido por el hecho de que sólo cuatro personas lograron superar el concurso para el respectivo cargo. En efecto, la única razón por la cual no se ha nombrado al actor – y, en consecuencia, el cargo sigue siendo ejercido en provisionalidad por una persona que no ha concursado –, consiste en el hecho de que el registro nacional de elegibles para el cargo en mención se compone, exclusivamente, por cuatro personas y, sin embargo, el artículo 166 de la LEAJ establece que la provisión de cargos debe realizarse de listas superiores a cinco candidatos. En efecto, el artículo 166 de la LEAJ señala:

“La provisión de cargos se hará de listas superiores a cinco (5) candidatos con inscripción vigente en el registro de elegibles y que para cada caso envíen las Salas Administrativas del Consejo Superior o Seccionales de la Judicatura”.

Finalmente se planteó la siguiente inquietud:

“(...) se pregunta la Corte si puede aplicarse una norma que tiene como único fin promover la eficiencia y eficacia en el proceso de designación de cargos en la rama judicial (cuando hay más de una vacante o cuando el primero en la lista no puede ser designado), para postergar indefinidamente el nombramiento de una persona que, sin embargo, reúne la totalidad de los requisitos para el ejercicio del mencionado cargo y ocupa el primer lugar dentro de la lista de elegibles (...)” (negrillas fuera de texto)

Concluyéndose que:

Con tales presupuestos, la Corte estimó que se conculcaban los derechos del peticionario y, confirmando una decisión de instancia, ordenó el envío de la lista de elegibles con el número de aspirantes que allí aparecían, para proceder al nombramiento de quien estaba en primer lugar.

El caso reviste particular interés, pues podría eventualmente pensarse que guarda similitud fáctica con dos de los asuntos sometidos a revisión en esta providencia, sin embargo, la

Sala destacará los aspectos que distinguen los presupuestos que dieron origen a aquella decisión, de los que en esta oportunidad suscitan el pronunciamiento.

En primer lugar, debe advertirse que en el caso examinado en la sentencia SU-1140 de 2000, la Corte estaba frente a un aspirante respecto de quien no se enviaba la lista de elegibles al nominador postergando indefinidamente la posibilidad de designación en el cargo, en tanto que en los casos estudiados la Administración se inclinó por la declaración de desierto del concurso, dado que no se estaba frente a un número de candidatos que permitiera conformar la terna contemplada en las disposiciones legales.

En segundo lugar, observa la Sala que en el asunto decidido por vía de unificación el accionante siempre estuvo a la cabeza de la lista de elegibles, en tanto, en los hechos sometidos a inspección en esta providencia, previa mediación judicial y tras un segundo concurso en el cual no participaron, los accionantes fueron incluidos en las ternas respectivas, pero, sus puntajes no les permitieron encabezar los listados de tres aspirantes. En suma, en el caso resuelto en el año 2000, la Administración Judicial no adelantó ninguna actividad orientada a adecuar la lista a los requerimientos de la Ley, dejando al accionante en una situación de indefinición, en tanto, en los eventos objeto de esta revisión, la administración adoptó medidas cuya finalidad era integrar las ternas exigidas en el ordenamiento, actuación con la cual definió, según su criterio, la situación de los demandantes.

No sobra anotar que la normativa objeto de interpretación que dio lugar a las situaciones examinadas es diferente, en el asunto revisado por la Corte en el año 2000 pues se trataba de la preceptiva contenida en el artículo 166 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que exige un listado con más de cinco (5) candidatos, en lo que en esta providencia se resuelve la normatividad se contrae a lo dispuesto en los artículo 72 de la Ley 1438 de 2011, 12 del Decreto 2993 de 2011, modificatorio del artículo 4 del Decreto 800 de 2008 y a lo contemplado en la resolución 165 de 2008 respecto de la conformación de un grupo de tres personas.

Por lo que atañe a la finalidad de las disposiciones, se tiene que acorde con el fallo de unificación “La finalidad originaria de la disposición transcrita era la de permitir cierta discrecionalidad al nominador. En consecuencia, resultaba razonable la exigencia de una

lista plural cuyo número fijaba el legislador a través del citado artículo 166. (...)” en los casos en revisión está suficientemente establecido que no hay tal margen de discrecionalidad y expresamente se indica que la designación para la gerencia de la E.S.E. se le hace a quien obtuvo el primer puesto en el concurso.

Se concluye pues en este punto que las manifiestas diferencias entre lo examinado en la Sentencia SU-1114 de 2000 y, lo que en esta ocasión revisa la Sala Cuarta, descartan la presencia de un precedente vinculante con arreglo al cual hayan de fallarse los expedientes acumulados a este radicado.

Igualmente, como consecuencia de lo considerado en este apartado, resulta pertinente hacer tres precisiones. La primera, hace relación a la trascendencia de la conformación de la terna en los procesos de designación de los gerentes de la E.S.E. y, en particular, su consonancia con los principios de eficiencia y eficacia, cuyo peso en la función administrativa está reconocido en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano. La segunda, alude a que la exigencia de esta figura, no puede ser una razón para desconocer el mérito y, en cada caso concreto el juez de tutela habrá de resolver teniendo en cuenta el peso de cada uno de estos contenidos. La tercera, se contrae a atender que esta Corporación, en sede de constitucionalidad, ha recordado y avalado algunos de los propósitos que justifican la existencia de la figura en estudio y, en ningún momento, ha manifestado que debe ser excluida del ordenamiento jurídico.

Fijadas las premisas de este apartado, procede la Sala a resolver los casos concretos.

7. Los casos concretos

Siguiendo el orden en el cual se reseñaron los antecedentes, la Sala Cuarta de Revisión se pronunciará respecto de los tres procesos acumulados en esta actuación.

7.1. Expediente T- 3.618.908

Corresponde en este caso a la Sala Cuarta de Revisión examinar si la decisión adoptada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano, se aviene con los mandatos superiores y resulta admisible en términos de protección de los derechos fundamentales. Acorde con los antecedentes y el problema jurídico.

En el asunto en estudio está demostrado que en el concurso convocado para proveer la plaza de gerente del Hospital Local del Municipio de Montelíbano (Córdoba), adelantado por la Universidad Cooperativa de Colombia, el Señor William Montes obtuvo el primer lugar con una puntuación de 72,3. Igualmente está probado que la Junta Directiva del Hospital declaró desierto el concurso dado que no resultaba posible conformar la terna, pues, solamente el señor Montes alcanzó el puntaje mínimo requerido para aprobar el concurso.

Del mismo modo, se ha establecido que la Junta Directiva de la E.S.E. convocó a otro concurso que llevó a cabo la Corporación IDEAS, en el cual, no participó el accionante, pero, atendiendo una decisión judicial, el puntaje logrado por el accionante en el primer concurso fue tenido en cuenta por la Corporación al diseñar el listado de los cinco mejores puntajes.

También resulta de las probanzas que quien fue designado como gerente de la E.S.E. referida, dado que en el listado remitido por la Corporación IDEAS, logró el puntaje más alto fue Ismael Ortega. En ese registro, el puntaje del accionante William Montes es el quinto entre cinco y, al momento de conformarse la terna, no fue incluido en ésta.

Encuentra la Sala de Revisión que, de un lado, el accionante pretendía la nominación sin importar que no se pudiese conformar la terna. En su entender, sus méritos estaban demostrados y no cabían razones que le obligaran a sufrir algún tipo de desmedro por la insuficiencia de los restantes concursantes quienes no lograron el puntaje mínimo aprobatorio. Por su parte, la Universidad Cooperativa manifestó que declaraba desierto el concurso y, la Junta Directiva de la E.S.E. expidió un acuerdo declarándolo desierto. Posteriormente, convocó otro concurso y atendiendo una consideración judicial de tutela la Corporación IDEAS a cargo de este nuevo certamen, tuvo en cuenta el nombre del accionante para incluirlo en un listado de cinco personas.

Advierte la Sala Cuarta que en el asunto se ventilaron dos posturas en las cuales cada parte desconoció el bien jurídico defendido por la otra. De un lado el accionante estimó que acorde con el precedente sentado en la Sentencia SU-1114 de 2000, no se requería de un número de tres concursantes para proceder a la designación, esto es, bastaba con haber

obtenido el primer lugar, además, adujo que la preceptiva contenida en la resolución 165 de 2008 estaba derogada por virtud de lo mandado en el Decreto 2993 de 2011. En esa medida, no tenía cabida la declaración de desierto del concurso, pues, esta solo estaba contemplada en las disposiciones que habían perdido su vigencia. En tales circunstancias, el actor planteó que por virtud del mérito, se imponía su designación. Al hilo de su argumentación expuso su entendimiento de lo resuelto en la sentencia C-181 de 2010, considerando que cuando la Corte declaró 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 (...)” se evidenciaba el papel meramente residual accesorio y formal de la terna.

Por su parte, el Hospital adujo que procedió con apego a la ley y, ante la imposibilidad de conformar la terna convocó a un nuevo concurso. Además estimó que el actor no contaba con un derecho, sino con una mera expectativa. En suma, el logro del actor resultaba irrelevante. El mérito demostrado apenas alcanza la calificación de expectativa. No se advierten mayores consideraciones sobre el mérito como principio de raigambre constitucional.

Antes de valorar si estas dos posturas que no conceden ningún espacio al derecho o interés defendido por la opuesta, son de recibo en una controversia de derechos fundamentales, resulta necesario hacer algunas precisiones sobre los argumentos expuestos por los interesados. Queda desde ahora sentado que cada una de las partes del conflicto alega la salvaguarda de un contenido constitucional como se ha demostrado en los apartes previos cuando se expuso el linaje constitucional del principio del mérito, por un lado, y el de la garantía que comporta la terna, por el otro.

Por lo que respecta a los motivos aducidos por el demandante se tiene que no cabe alegar el carácter de precedente para este caso, de la sentencia SU-1114 de 2000. Esta apreciación quedó justificada en el apartado 6 de la parte considerativa de esta providencia. En lo que concierne a la presunta derogación del decreto 800 de 2008 y lo que el actor estima como la consecuente derogación de la resolución 165 de 2008; entiende la Sala que no tiene lugar y no se podría afirmar el decaimiento del acto administrativo derivado del Decreto 800 de 2008. En este sentido, se contrae la Sala a lo expuesto en el apartado 6 de la parte motiva cuando al revisar la legislación específica que regula el concurso de méritos

para acceder a las gerencias de las E.S.E., advirtió que el Decreto 800 de 2008 sufrió una modificación en su artículo 4 por virtud del artículo 12 Decreto 2993 de 2011 y, no aparece ninguna derogatoria expresa que comprometa el artículo 5 del Decreto 800, precepto que sirve de fundamento a la resolución 165 de 2008, en suma, se trata de disposiciones en vigor.

Por lo que atañe a la lectura que el actor hizo de la sentencia C- 181 de 2010 en su valoración de la terna, ha quedado también expuesto que el Pleno de la Sala se contrajo a explicar algunas finalidades de aquella figura, pero, en ningún momento la descalificó o le asignó un papel residual o meramente formal.

Importante sí resulta, entre los varios argumentos expuestos por el accionante, aquel según el cual no resulta de recibo la declaratoria de desierto del concurso cuando en este no se alcanza el número de tres concursantes con puntaje aprobatorio y, no se puede conformar la terna. A este aspecto se referirá la Sala posteriormente.

En lo atinente a los argumentos expuestos por quienes se opusieron a las pretensiones del señor William Montes, como se observó, quedó explicitada la interpretación que se hizo de la ley, pero, destacan, de una parte, la ausencia de una lectura en perspectiva constitucional de las disposiciones legales y reglamentarias y, de otra, el escaso peso asignado al principio del mérito cuando se consideró la situación del accionante.

Entonces, en el asunto en estudio se observan dos posturas que presentadas de manera escueta se resumirían así: un participante en un concurso de méritos que ha obtenido el mejor o único puntaje aprobatorio reclama su designación y minimiza la exigencia de conformar una terna, pues esta última, como garantía de la Administración y en favor de los administrados, carece de entidad jurídica que se le pueda oponer. En cuanto a la lectura de la Junta Directiva de la E.S.E. y la Alcaldía Municipal, se tiene que, en tanto no se pueda integrar la terna con los participantes de un mismo concurso, habrán de realizarse los que sean necesarios sin importar para nada la suficiencia e idoneidad que han demostrado algún o algunos concursantes en certámenes previos convocados para el mismo cargo, pues, el mérito ocupa un lugar marginal.

Ninguna de estas dos percepciones es compartida por esta Sala de la Corte Constitucional. En ellas, las partes maximizan un contenido constitucional en detrimento de otro aún al

punto de llegar a suprimirlo. Esta Corporación considera pues que 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.

Como presupuesto capital en la resolución del caso concreto, se reitera la consideración, según la cual, tanto el principio del mérito, como la garantía que comporta la terna, admiten restricciones, pues, ninguna tiene carácter absoluto.

Cuando se planteó el problema jurídico, se preguntó la Sala si se desconocían los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de quienes en un concurso de méritos para designar gerentes de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), lograban un puntaje aprobatorio, pero, el concurso se declaraba desierto puesto que 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 al desconocerse el mérito del participante o participantes.

Una hipótesis que prueba esta conclusión, puede ser la siguiente: en un concurso para proveer el cargo de gerente de una E.S.E. un solo aspirante lograr aprobarlo y, lo hace con la máxima calificación posible. En esas condiciones, la Administración declara desierto el concurso, pues, no fue posible conformar la terna y convoca a una nueva competencia, en la cual, tres aspirantes apenas alcanzan los mínimos aprobatorios. Dado que en este segundo concurso se logra integrar la terna, se designa al participante que con exigua diferencia superó a sus otros dos competidores, pero, cuyo puntaje ganador está muy por debajo del que obtuviera el único aspirante que aprobó, con manifiesta suficiencia, el primer concurso. Lo que ha acontecido en este caso, es que, por una parte, la Administración se ha privado de contar con el mejor aspirante a la gerencia en detrimento de la gestión pública y de los usuarios del servicio de salud. Por otra parte, al aspirante se le ha desconocido su idoneidad y aptitud, pues, a pesar del mandato constitucional de respeto al mérito, ningún peso ha tenido este en el caso concreto. También en esa hipótesis se han desconocido las reglas que ordenan la provisión del cargo con el mejor, se han lesionado los derechos al trabajo y el acceso a cargos públicos del más apto aspirante, quien no ha sido designado. Además, se ha quebrantado el mandato del trato diferenciado justificado, pues a

pesar de haber buenas razones para valorarle de modo distinto de aquellos que no lograron el mejor puntaje, se le está dando el mismo trato dado de quienes ni siquiera superaron las pruebas.

Ahora, si en la hipótesis planteada no se hace otra convocatoria, sino que se confecciona lo que funge como lista con el único aspirante que aprobó, bien podría acontecer que la Junta Directiva remita al nominador ese nombre para que se haga la designación respectiva, pero, en ese punto, podría presentarse una circunstancia, incluso sobreviniente, de aquellas que impide al único aspirante acceder al cargo; habrá entonces que realizar otro concurso tardío y durante ese tiempo la E.S.E. podrá estar en manos de una persona que no tenga las suficientes condiciones de manejo en perjuicio del derecho fundamental a la salud. Por ello, proceder a subsanar de manera inmediata las dificultades para integrar la terna, tiene la bondad de velar por esa garantía de la Administración y los administrados.

Para la Sala, 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 prohiar el Juez Constitucional.

De conformidad con lo precedentemente sentado, valora la Sala que los méritos probados por los aspirantes a la gerencia de la E.S.E. en un concurso, tiene que ser respetados, por ello, los puntajes obtenidos habrán de ser tenidos en cuenta cuando se logre integrar la terna. Entiende la Sala que para tal efecto y, una vez advertida la imposibilidad de integrar la terna, se requiere la realización inmediata del concurso o concursos que permitan lograr aquel cometido. Ahora, advierte la Sala que el participante o participantes que obtuvieron puntajes aprobatorios en el primer concurso, podrán participar en el siguiente o siguientes, pues de no permitírseles esa posibilidad, se les estaría quebrantando su derecho a un trato igual, en el entendido que quienes en el primer concurso no alcanzaron puntajes aprobatorios pueden participar en los siguientes concursos y eventualmente mejorar su rendimiento. Es 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 ese concurso. De lo que se trata, es de darle

el mismo número de oportunidades a todos. Se entiende además que el puntaje a tener en cuenta entre los varios que registre el concursante, es el mejor, tal acontece con quienes no habiendo mostrado aptitudes en el primer concurso mejoran su rendimiento en los siguientes e igual consideración debe darse a quienes en el primer certamen aprobaron. Una regla diferente a la inmediatamente sentada, privaría de todo sentido la participación de quienes intervinieron en el primer concurso, en las siguientes oposiciones. Tampoco sobra anotar que al tenerse en cuenta el mejor puntaje, este determinará el lugar que se ocupe entre los concursantes. Mal podría entenderse que quien ocupa el primer o segundo lugar en el concurso inicial, tiene una suerte de acceso directo a la terna, pues, si en el siguiente o siguientes concursos otros participantes registran mejores puntajes que el triunfador o triunfadores del primer concurso, son aquellos quienes han demostrado de conformidad con las reglas de evaluación la mayor idoneidad y aptitud.

Es con estos criterios que la Sala de revisión valorará lo acontecido en los casos concretos.

Observa la Corte que en la convocatoria para proveer la gerencia de la E.S.E. de Montelibano y, frente a lo acontecido en el primer concurso la Administración optó por declarar desierto el concurso, pues solo William Montes obtuvo un guarismo aprobatorio. Para la Sala, tal decisión de la Junta Directiva del Hospital vulneró los derechos fundamentales del actor, pues, desconoció la demostración de los méritos del interesado que se expresó en el resultado obtenido. Encuentra sí la Corte que el Juez de Tutela restauró en parte esos derechos al ordenar que en el siguiente concurso se tuviese en cuenta lo conquistado por el actor en la primera competencia. Y se observa que en la lista de puntajes elaborada por la Corporación Ideas se incluyó el del Señor Montes, de 72,3, pero este fue superado por otros cuatro participantes y, por ello no fue incluido en la terna.

También acertó el Juez al ordenar la celebración de otro concurso que permitiera conformar la terna, pues ello apuntaba a armonizaba el interés de la Administración con los derechos del actor.

Así pues, se impone en este caso confirmar parcialmente la decisión adoptada por la segunda instancia. Por lo que respecta a la oportunidad que le fue concedida al actor para participar en el siguiente concurso, pero, sin respetar lo logrado en el primero, encuentra la Sala que en este punto se está frente a un daño consumado, pues, a estas alturas se ha

celebrado el segundo concurso generándose derechos para terceros, lo cual hace irreversible la situación.

7.2 Expediente T- 3.864.874

En este radicado se debe examinar si la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Arauca en Sala Única se ajusta a las reglas sentadas por la Sala de revisión en el apartado precedente y que operaron como reglas de decisión para el caso arriba considerado.

En el expediente adelantado con base en la demanda de Miguel Ángel Jiménez Escobar se tiene que tuvo lugar un concurso convocado para proveer el cargo de gerente del Hospital del Sarare en Arauca y la ejecución de dicho certamen estuvo a cargo de la Escuela Superior de Administración Pública-ESAP. También aparece probado que el accionante obtuvo en ese evento un puntaje 71.84 y el señor Jorge Mantilla Delgado alcanzó un registro de 71.13, siendo los únicos aspirantes que lograron guarismos aprobatorios. En esas circunstancias la Junta Directiva del Hospital, declaró desierto el concurso dada la imposibilidad de integrar la terna por el escaso número de participantes que lograron el puntaje exigido para dar las pruebas por satisfechas.

Del mismo modo, está acreditado que la Junta Directiva de la E.S.E. convocó a un nuevo concurso orientado a colmar la Plaza para la Gerencia de la Entidad. La organización del evento se le adjudicó a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. El actor decidió no participar en esta oposición, pero el registro que este alcanzó en el primer concurso fue tenido en cuenta por la Junta Directiva de la E.S.E. agregándolo a los dos puntajes aprobatorios de 79.00 y 76.40 que se dieron en el segundo concurso. En ese listado, el guarismo del actor de 71.84, se ubicó en tercer lugar.

En el cargo se designó a Cesar Londoño Salgado quien ocupó el primer lugar en la terna. Posteriormente ese nombramiento fue anulado en sede contencioso administrativa por vía de control de nulidad electoral.

Al igual que en el caso anterior la Sala valorará algunos argumentos expuestos por las partes excluyendo lo referente a la procedibilidad de la acción y la situación de temeridad que ya fueron objeto de análisis en esta providencia.

Por lo que respecta al señor Miguel Jiménez se observa que fundó su inconformidad en la actuación que se revisa, centrándola en la irregularidad de los poderes que, en su entender, le fueron conferidos por el Gobernador a una funcionaria de la Junta Directiva del Hospital, viciando con ello las actuaciones administrativas. Al respecto, advierte la Sala que tal cuestionamiento no es un asunto propio de la sede de tutela, pues se trata de un reparo que habrá de ser ventilado en la jurisdicción correspondiente. Para la Corte, está claro que tal hecho por cuestionable que al actor le pudiera resultar, no es la causa de la alegada vulneración de sus derechos fundamentales. El quebrantamiento de los derechos del accionante no obedeció a una presunta irregular concesión de poderes de un funcionario a otro, sino de la declaración de desierto del concurso en el cual aquel alcanzó el primer lugar.

En cuanto al argumento que pretende excepcionar las disposiciones legales que rigen el concurso, por estimarlas violatorias de la Constitución, reitera la Sala las consideraciones vertidas para el caso anteriormente considerado, advirtiendo que desde la sentencia C- 181 de 2010 no hubo necesidad de inaplicar el art.28 de la ley 1122 de 2007, dado que el condicionamiento adoptado por la Sala Plena en la providencia mencionada fijó el alcance de la norma cuestionada. Por lo que concierne a la argumentación orientada a minimizar la función de la terna en los concursos para designar gerentes de las E.S.E., se atiene la Sala a lo expuesto en relación con la relevancia de esa figura y su asidero constitucional.

Por lo que respecta a los motivos aducidos por quienes se opusieron a las pretensiones del actor, cabe anotar que en sus semblanzas sobre la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen el asunto, se evidenció la ausencia de consideraciones de orden constitucional.

Al igual que en el caso examinado en el apartado 7.1 se advierten dos posturas en las cuales no se tiene en cuenta el interés defendido por la contraparte y el problema jurídico es el mismo. Por ende, el análisis es similar y a este se atiene la Sala. Para la Revisión, la Administración vulneró los derechos fundamentales del actor al declarar desierto el concurso en el cual este obtuvo el mejor puntaje, aunque restauró parcialmente sus derechos cuando posteriormente lo incluyó en la terna teniendo en cuenta el registro que había obtenido en ese primer certamen. Debe en este punto destacarse que ese reconocimiento no se debió a alguna liberalidad de la accionada, ni al amparo judicial que

aquí se examina, sino a una observación que se hiciera en la primera acción de tutela presentada por el interesado.

En el asunto examinado, no hay prueba de que al actor se le hubiese informado de su derecho a participar en el segundo concurso respetándosele el registro obtenido en la prueba inicial, asunto distinto a lo que fuese la decisión del señor Jiménez de marginarse del concurso. El deber de la Administración era comunicarle lo del caso al interesado y esto no aparece demostrado dentro de las diligencias. En esa medida encuentra la Sala que la restauración fue insuficiente, pero, al igual que en el caso revisado en el acápite 7.1, se está frente a un daño consumado, pues, a estas alturas se han surtido otros concursos, generándose derechos para terceros, tornándose la situación en irreversible. De manera que en este caso también procede darle alcance a las provisiones de artículo 24 del decreto 2591 de 1991 en el sentido de prevenir a las autoridades demandadas responsables para que se abstengan de incurrir en la práctica reprochada y para que observen en lo pertinente las directrices sentadas en este proveído.

Por lo que respecta a la sentencia revisada, se revocará en su totalidad, dado que denegó el amparo y se concentró en evidenciar la similitud de la demanda de tutela con la que Miguel Jiménez presentara previamente en los despachos judiciales de Bogotá; asunto este ya considerado en esta decisión.

7.3 Expediente T-3.956.257

En este caso la Sala Cuarta de Revisión examinará si la decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, está en consonancia con los contenidos de la Constitución y es de recibo en materia de protección de derechos fundamentales.

En el asunto en estudio está demostrado que en el concurso convocado para proveer la plaza de gerente del Hospital Fray Luis de León de Plato (Magdalena), adelantado por la Universidad Nacional de Colombia, solo un participante alcanzó un puntaje aprobatorio y, la Señora Mónica Miranda Padilla obtuvo un registro de 68.82 cuando la Resolución 165 de 2008, exige un puntaje de 70 como mínimo para estimarse como aprobado. También aparece evidenciado que la Junta Directiva de la E.S.E. declaró inviable la lista de elegibles, pero, por decisión de un Juez, en sede de tutela, se ordenó el nombramiento de quien obtuvo el primer puesto.

Igualmente, está probado que a pesar de la orden judicial no se pudo designar al ganador del concurso en la gerencia de la E.S.E., pues este, previamente aceptó otro cargo público.

Del mismo modo, se tiene que posteriormente se adelantó otra convocatoria para proveer la gerencia de la E.S.E. de Plato y el cargo fue provisto con un participante que obtuvo un puntaje de 90 como el mejor calificado de una terna en la que todos los resultados superaban el mínimo de 70.

Previo a valorar la situación concreta, la Sala se referirá sucintamente a las razones invocadas por la accionante para justificar sus pretensiones. La primera de ellas, tiene que ver con la ubicación que logró en el concurso, pues a pesar de no obtener un puntaje aprobatorio, su registro fue el segundo detrás del único aspirante que superó la prueba. En relación con este argumento, cabe recordar que la Sala destacó el peso del mérito en la lectura de las disposiciones legales y reglamentarias que regentan los concursos para proveer los cargos de gerente de las E.S.E., con lo cual, no se advierten razones para desatender lo dispuesto en el artículo 6 de la resolución 165 de 2008 tantas veces mencionada. Es en este precepto en el que se prescribe “(...) un puntaje ponderado igual o superior a setenta (70) puntos” para integrar las listas que se entregan a la Junta Directiva de la E.S.E. respectiva. Vinculado con este argumento, resulta otro expuesto por el apoderado de la interesada quien insiste en que el artículo 72 de la ley 1438 de 2011, no establece la exigencia de un determinado puntaje. Para la Sala, esta apreciación se funda en el equivoco de entender que la única disposición que regula la provisión de la gerencia de las E.S.E. es la prescripción legal citada. En esta providencia se hizo una revisión de los mandatos que específicamente rigen el asunto y para el punto en discusión, lo contenido en la Resolución 165 de 2008. En su momento, la Sala explicó por qué se está frente a disposiciones vigentes y aplicables.

Invoca la parte accionante la jerarquía normativa para sostener que el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011 es la única aplicable y no los mandatos reglamentarios.

En lo que tiene que ver con esta forma de razonar, advierte la Sala Cuarta que el principio de la jerarquía normativa cobra vigor cuando se evidencian contradicciones entre normas de diferente rango, pero, cuando se está frente a preceptos vigentes y que no comportan

mandatos divergentes, no caben razones para alegar la jerarquía normativa con el fin de desatender normas de menor rango. El argumento expuesto por la parte accionante, llevada al absurdo, permitiría afirmar que ante la existencia de reglas de jerarquía superior, desaparecen las que se ubican en un nivel inferior del ordenamiento, no importando que dichas disposiciones puedan apuntar a la concreción de sus fines.

Para la Sala de Revisión, la pretensión de quien demanda tutela en este caso, según la cual, no es el puntaje sino la ubicación en el concurso lo que determina la titularidad de un derecho, conduce a la extraña idea de que las competencias por un cargo son meramente clasificatorias y en nada cuenta el mérito. Bien podría aquella singular forma de ver las cosas prohiar una situación en la que los aspirantes alcanzan puntajes apenas superiores a cero (0), pero en tanto resulte posible establecer quien fue primero, segundo y tercero, se tendrá derecho a integrar la terna y acceder al cargo. Una lectura en términos del mérito entiende que deben trazarse unos mínimos que permitan verificar la suficiencia, idoneidad y aptitud para el ejercicio de la función pública. En esa medida, se aparta la Sala de la postura defendida por el apoderado de la demandante.

“(…) se ordenará a la Junta Directiva (…) que remita al Gobernador (…) el registro de elegibles (…) que fuera conformado para designar gerente (…) con el fin de que dicho funcionario, una vez recepcionada la información, proceda a efectuar el nombramiento de quien haya superado el concurso obteniendo el mayor puntaje (…)” (negritas fuera de texto)

Para la Sala, resulta suficientemente claro que la señora Mónica Miranda no superó el concurso y, por ende, no se encuentra cubierta por la hipótesis referida por el Tribunal.

Atendidas las razones aducidas por el apoderado de la demandante, se impone absolver el problema jurídico que se planteó en los siguientes términos: Se desconocen los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de quienes en un concurso de méritos para designar gerentes de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), ocupan los primeros puestos, pero, no logran obtener el puntaje exigido por disposiciones reglamentarias para superar el concurso y, ante la insuficiencia de un número de personas con puntajes aprobatorios, no se conforma la terna para llenar la plaza que

suscitó la convocatoria, desatendiéndose el reclamo de aquellos cuyos resultados no se ajustaron a la exigencias reglamentarias referidas, pero que estiman tiene derecho a integrar la terna?

La respuesta de la Sala Cuarta de Revisión es que en ese caso, no hay vulneración de derechos fundamentales. En esa circunstancia, quien no aprueba el concurso, no es titular de un derecho. Por sustracción de materia, si no se tiene un derecho, no se puede alegar que el mismo, inexistente

como es, ha sido quebrantado.

Desdibujar las exigencias señaladas por el ordenamiento para verificar la idoneidad, aptitud y conocimiento del gerente de la E.S.E., es desconocer el parámetro de identificación del mérito, con lo cual, se estaría defendiendo una prescripción contraria a lo mandado por la Constitución. Ese es el caso de la tesis expuesta por la demandante.

Así pues, procederá la Sala a confirmar la decisión adoptada por el fallador de segunda instancia que negó el amparo pedido por el apoderado de la Señora Mónica Miranda.

XIV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada dentro de los procesos T-3.618.908, T-3.864.874, y T-3.956.257, por Auto del 22 de marzo 2013, proferido por la Sala Cuarta de Revisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia del 18 de julio de 2012, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano, en el trámite del proceso de tutela T-3.618.908, en cuanto amparó parcialmente los derechos del señor William Montes y, declarar la existencia de un daño consumado puesto que no se concedió al actor el derecho a participar en la convocatoria para proveer el cargo de gerente de la E.S.E. de Montelíbano, adelantada por la Corporación IDEAS, advirtiéndole que podía concursar conservando el

puntaje obtenido en las convocatoria que estuvo a cargo de la Universidad Cooperativa de Colombia Sede Medellín; conforme con lo expuesto en la parte considerativa .

TERCERO.- REVOCAR la sentencia del 18 de febrero de 2013, proferida por el Tribunal Superior de Arauca en Sala Única, en el trámite del proceso de tutela T-3.864.874, y en su lugar, declarar la carencia actual de objeto por hecho superado en lo concerniente al derecho a que se le tuviese en cuenta en un concurso posterior el puntaje obtenido en el concurso para proveer la gerencia de la E.S.E. del Sarare que adelantó la Escuela Superior de Administración Pública- ESAP. Igualmente, declarar la existencia de un daño consumado puesto que no se concedió al actor el derecho a participar en la convocatoria para proveer el cargo de gerente de la E.S.E., adelantada por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, advirtiéndole que podía concursar conservando el puntaje obtenido en la convocatoria llevada a cabo por la ESAP; conforme con lo expuesto en la parte considerativa.

CUARTO.-De conformidad con las provisiones del artículo 24 del Decreto 2591, no siendo posible restablecer al solicitante el goce de su derecho conculcado se previene a los demandados en los expedientes T-3.618.908 y T-3.864.874 para que en lo sucesivo, si es el caso, se abstengan de incurrir en la práctica reprochada, aplicando las directrices señaladas en este proveído.

QUINTO.- CONFIRMAR la sentencia del 4 de marzo de 2013, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Penal, en el trámite del proceso de tutela T-3.956.257, por las razones expuestas en esta providencia.

SEXTO.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] En esta providencia la Corte acopió varias decisiones, en las cuales, quedó plasmada la postura de la Corporación sobre la procedibilidad de la acción de tutela cuando se trata de proteger los derechos de quienes participan en los concursos de méritos, entre tales pronunciamientos se tienen T- 604 de 2013, T- 170 de 2013, T- 095 de 2002 y T- 388 de 1998

[2] Sentencia T- 491 de 2011 M.P. Pinilla Pinilla

[3] Sentencia SU- 189 de 2012 M.P. Mendoza Martelo

[4] Sentencia SU- 378 de 2014

[5] Sentencia T-1215 de 2003 (M.P Clara Inés Vargas Hernández). Este entendimiento ha sido reiterado en decisiones como la sentencia T- 169 de 2011.

[6] Sentencia T- 556 de 2010 M.P. Palacio Palacio, T- 169 de 2011 M.P. Calle Correa, T-509 de 2011 M.P. Palacio Palacio; entre otras.

[7] Sentencia T-184 de 2005. Píe de página del original

[8] Sentencias T-145 de 1995, T-308 de 1995, T-091 de 1996, T-001 de 1997, T-1215 de 2003, T-721 de 2003, T-184 de 2005. Píe de página del original

[9] Sentencia T-721/03. Píe de página del original

[10] Sentencias T-149 de 1995, T-566 de 2001, T-458 de 2003, T-919 de 2003 y T-707 2003. Píe de página del original

[11] Sentencia SU-388 de 2005. Píe de página del original

[12] Parada R., Derecho Administrativo, Vol. II Organización y empleo público, 21ª ed, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 361

[13] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo. Cita del original

[14] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Cita del original

[15] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C.1122 de 2005. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Cita del original

[16] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-211 de 2007. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

[17] Sentencia SU-133 de 1998 M.P. Hernández Galindo

[18] Sentencia C-181 de 2010 M.P. Pretelt Chaljub

[19] Sentencia T-556 de 2010 M.P. Palacio Palacio.

[20] Díaz, E., Estado de Derecho y Sociedad Democrática, Ed. Taurus, Madrid, 2010, p. 113

[21] Ortega Álvarez, L., “Los sujetos de la relación jurídico administrativa” en Manual de Derecho Administrativo, 3ª Ed., Ariel, 1994, Barcelona, p.203

[22] Las apreciaciones sobre la eficacia y la eficiencia contenidas en la sentencia C-479 de 1992, fueron reiteradas por el Pleno en la Sentencia C-826 de 2013.