

Sentencia T-928/12

LEGITIMACION EN LA CAUSA-Requisito de procedibilidad de la acción de tutela

ACCION DE TUTELA CONTRA GOBERNACION-Improcedencia por falta de legitimación en la causa de miembros de junta directiva de ESE al negar reelección de gerente

PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA ANTE LA EXISTENCIA DE OTROS MEDIOS DE DEFENSA JUDICIAL-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA FRENTE A MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA-Procedencia si perjuicio irremediable está acreditado en el expediente así sea en forma sumaria/PERJUICIO IRREMEDIABLE-Prueba no está sometida a rigurosas formalidades

ACCION DE TUTELA CONTRA GOBERNACION-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial al negar reelección de gerente de ESE propuesta por junta directiva de dicha entidad

Referencia: expediente T-3555667

Acción de tutela instaurada por César Edmundo Sarria Porras, Héctor Hernando Sarmiento, Hugo Ernesto Burbano Daza y María Clemencia Muñoz Vivas, contra el Gobernador del Departamento del Cauca.

Magistrada ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., nueve (09) de noviembre de dos mil doce (2012)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido, en primera instancia, por el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Popayán el veintiséis (26) de abril de dos mil doce (2012), y en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Cauca el ocho (8) de junio de dos mil doce (2012), dentro del proceso de tutela iniciado por César Edmundo Sarria Porras y otros, contra el Gobernador del Departamento del Cauca.¹

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1 El señor César Edmundo Sarria Porras se desempeñó como gerente de la Empresa Social del Estado (E.S.E.) Centro 1 de Piendamó, Cauca, desde el 21 de mayo de 2010 hasta el 31 de marzo de 2012.

1.2 Dicen los accionantes que la Junta Directiva de la E.S.E. Centro 1 calificó el informe de gestión del señor Sarria Porras como gerente de la E.S.E. en escala de sobresaliente (4,05), y en sesión extraordinaria de dicha Junta el 5 de marzo de 2012,² tres de sus miembros propusieron su reelección en el cargo que venía ocupando, con base en lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007,³ “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, y el artículo 11 del Decreto 357 de 2008,⁴ “Por medio del cual se reglamenta la evaluación y reelección de Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial”.

1.3 El 13 de marzo de 2012, en sesión extraordinaria de la Junta Directiva de la E.S.E. Centro 1, el Gobernador del Cauca, Temístocles Ortega Narváez, decidió no acoger la propuesta de los tres miembros de la Junta Directiva de la mencionada E.S.E. a propósito de reelegir en el cargo de gerente de la entidad al señor César Edmundo Sarria Porras.⁵

1.4 El 6 de abril de 2012 el señor César Edmundo Sarria Porras instauró acción de tutela con el fin de que el Gobernador del Cauca aceptara la reelección en el cargo que venía ocupando. Además los tres miembros de la Junta Directiva, que propusieron la reelección del gerente, los señores Héctor Hernando Sarmiento, Hugo Ernesto Burbano Daza y la señora María Clemencia Muñoz Vivas, interpusieron otra acción de tutela el 13 de abril del presente año bajo los mismos hechos, pretensiones y contra el mismo funcionario, esto es, el Gobernador del Departamento del Cauca. Dichas acciones fueron acumuladas por el juez de tutela de primera instancia para ser falladas en una sola sentencia.

Los actores solicitan que se reelija al señor Sarria Porras como gerente de la E.S.E. Centro 1. Sostienen que la decisión del Gobernador del Cauca de no aceptar su reelección como gerente de la E.S.E. no respetó el derecho al debido proceso.

En primer lugar aducen que el Gobernador había perdido la facultad para no aceptar la propuesta de reelección, ya que de acuerdo al inciso 2º del artículo 11 del Decreto 357 de 2008, el jefe de la entidad territorial, dentro de los cinco días hábiles siguientes al recibo de la solicitud de la Junta Directiva en que se propone la reelección de un gerente de una E.S.E. puede aceptar o negar la reelección, y en el presente caso la decisión de la Junta Directiva de la E.S.E. de proponer la reelección del señor Sarria fue adoptada el 5 de marzo de 2012, por lo que el Gobernador tenía plazo para presentar su negativa hasta el 12 de marzo del mismo año y sólo hasta la nueva sesión de la Junta, esto es, el 13 de marzo, manifestó la oposición a la reelección del entonces gerente.

En segundo término, sostienen que si bien el Decreto 357 de 2008 no exige que la decisión del Gobernador sea motivada, el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado obligan a la Administración a motivar los actos administrativos a través de los cuales se pronuncia.

Finalmente, aducen que la facultad que se otorgó a los gobernadores para negar la reelección de los gerentes de las E.S.E., en su criterio es ilegal, puesto que el artículo 28 de

la Ley 1122 de 2007, mediante la cual se confirieron facultades al Presidente de la República para reglamentar la evaluación y reelección de Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial, establece que la Junta Directiva de la E.S.E. toma sus decisiones de forma colegiada y por mayoría, y en tanto el Decreto 357 de 2008 radicó en cabeza de los gobernadores la decisión de reelegir al Gerente de una E.S.E., es claro que el Ejecutivo excedió la potestad reglamentaria que le fue conferida.

2. Respuesta de la Gobernación del Departamento del Cauca

La Gobernación del Departamento del Cauca, a través de apoderado, dio respuesta a la acción de tutela en la que solicitó se denegaran las pretensiones de la misma. Señaló en primer lugar que la supuesta calificación sobresaliente del informe de desempeño del señor Sarria Porras la hizo el propio gerente en un informe de desempeño que fue presentado a cada uno de los miembros de la Junta Directiva, por lo que tres de sus miembros la adoptaron equivocadamente como si fuera el informe de gestión que establece el artículo 74 de la Ley 1438 de 2011,6 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, a pesar de que no había ocupado el cargo en los primeros ocho meses del año porque su elección había sido demandada y a través de una sentencia de tutela se había ordenado dejar sin efectos su nombramiento como gerente de la E.S.E. Centro 1.

Sobre la supuesta ilegalidad de la facultad del Gobernador Departamental para negar la reelección de un gerente de una E.S.E., precisó que el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 y el artículo 11 del Decreto 357 de 2008, “otorgan la facultad de reelección al nominador, en este caso el señor Gobernador del Cauca, pues confieren claramente la potestad de decisión, estableciendo claramente la palabra ‘podrá aceptarla o negarla’; de haberse previsto la reelección como obligatoria frente a una eventual calificación satisfactoria, sin lugar a equívocos el legislador hubiera contemplado el término ‘deberá’”.

En cuanto al término que tenía el Gobernador Departamental para negar la reelección del señor Sarria Porras, indicó que “en ningún momento la norma que faculta al Señor Gobernador para aceptar o no la reelección, (sic) contempla la consecuencia jurídica que pretende el tutelante, como es la de que pasados 5 días el nominador pierde competencia

para decidir; si la intención del legislador hubiera sido la de configurar un silencio administrativo positivo en estos eventos, así lo hubiera contemplado. Como consecuencia, no puede hablarse que el Señor Gobernador haya perdido la facultad para decidir sobre la reelección, pues esta facultad no se pierde”.

Finalmente, en cuanto a la falta de motivación del acto administrativo precisó que el artículo 11 del Decreto 357 de 2008 no exige que la decisión de aceptar o negar la reelección de un gerente de una E.S.E. deba ser motivada, y en todo caso para debatir este asunto existen otros medios judiciales de defensa.

3. Decisión del juez de tutela de primera instancia

Mediante auto del veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012) el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Popayán acumuló las dos acciones de tutela presentadas, una por César Edmundo Sarria Porras, y la otra por Héctor Hernando Sarmiento, Hugo Ernesto Burbano Daza y María Clemencia Muñoz Vivas contra el Gobernador del Departamento del Cauca, con el fin de fallarlas en una sola sentencia, por tratarse de los mismos hechos, derechos y la misma petición.

El veintiséis (26) de abril de dos mil doce (2012), el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Popayán declaró improcedente el amparo solicitado. El juez de tutela de primera instancia señaló que los accionantes deben acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a través de la cual pueden solicitar la suspensión provisional del acto. Así mismo, señaló que no se encuentra acreditada la existencia de un perjuicio irremediable.

4. Impugnación

Los accionantes, María Clemencia Muñoz Vivas y Cesar Edmundo Sarria Porras impugnaron la sentencia de tutela de primera instancia. Los recurrentes sostienen que la jurisprudencia constitucional autoriza a los jueces de tutela a aplicar la excepción de ilegalidad de un acto administrativo, y si bien tienen otros medios judiciales de defensa, éstos no son eficaces. Aducen también que la violación de los derechos fundamentales del señor Sarria Porras es

suficiente para acreditar la existencia de un perjuicio irremediable.

5. Decisión del juez de tutela de segunda instancia

El ocho (8) de junio de dos mil doce (2012) el Tribunal Administrativo del Cauca confirmó la sentencia de primera instancia respecto de la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela en lo referente a la excepción de ilegalidad propuesta del Decreto 357 de 2008, así como la acusación de carencia de motivación del acto administrativo acusado, y declaró la falta de legitimación en la causa por activa de los accionantes Héctor Hernando Sarmiento Ramírez, Hugo Ernesto Burbano Daza y María Clemencia Muñoz Vivas.

El juez de tutela de segunda instancia consideró, en primer lugar, que a los miembros de la junta directiva que interpusieron la acción de tutela objeto de estudio no les asiste legitimación en la causa por activa, toda vez que la tutela no se estableció para proteger derechos de terceras personas, en este caso los derechos del señor Cesar Edmundo Sarria Porras, salvo los casos señalados por la ley y la jurisprudencia constitucional que no se configuran en el presente asunto. De otro lado, indicó que los accionantes tiene otros medios de defensa judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa para debatir la ilegalidad del Decreto 357 de 2008 y la negativa del Gobernador a aceptar la reelección del gerente de la E.S.E. Centro 1 propuesta por su Junta Directiva, y tampoco se probó la existencia de un perjuicio irremediable.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Sala es competente para revisar los fallos de tutela referidos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso y del problema jurídico

De acuerdo a los hechos y las pruebas obrantes en el expediente, esta Sala considera que debe resolver el siguiente problema jurídico:

¿Vulneró el Gobernador del Departamento del Cauca el derecho al debido proceso

administrativo del señor César Edmundo Sarria Porras al negar su reelección como gerente de la E.S.E. Centro 1, propuesta por la Junta Directiva de dicha entidad, a pesar de que, según los accionantes, (i) el Gobernador había perdido tal facultad por no haberla ejercido dentro del término legalmente establecido, (ii) la norma bajo la cual fundamentó su decisión, esto es, el artículo 11 del Decreto 357 de 2008,⁷ contenía una atribución que en criterio de los tutelantes excedía la facultad reglamentaria conferida por la Ley 1122 de 2007, y (iii) tal decisión no fue debidamente motivada?

Antes de entrar a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala debe determinar si les asiste legitimación en la causa por activa a los accionantes y si las acciones de tutela resultan procedentes a pesar de existir otros medios de defensa judiciales, y en caso afirmativo, se procederá a analizar el fondo del asunto.

3. Legitimación procesal de los accionantes

Debido a que el juez de tutela de segunda instancia estableció que a los miembros de la junta directiva que interpusieron la acción de tutela no les asistía legitimación en la causa por activa, esta Sala debe despejar esta duda antes de analizar el fondo del asunto.

De conformidad con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991,⁸ la tutela se ejerce por la persona “vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante”, o por un tercero, mediante la figura de la agencia de derechos, cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover la acción.

La Corte Constitucional se ha referido a la legitimación en la causa como un requisito de procedibilidad de la acción de tutela en los siguientes términos:

“La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. Es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.”⁹

“La legitimación por activa es requisito de procedibilidad. Esta exigencia significa que el derecho para cuya protección se interpone la acción sea un derecho fundamental propio del demandante y no de otra persona (...)10 Adicionalmente, la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante, y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente”.11

Así entonces, esta Sala considera, al igual que el Tribunal Administrativo del Cauca, juez de tutela de segunda instancia, que la única persona que podía interponer la presente acción de tutela era el señor César Edmundo Sarria Porras, ya que con relación a la propuesta de reelegirlo como gerente de la E.S.E. Centro 1 en el Municipio de Piendamó para otro periodo, fue que se produjo la decisión del Gobernador del Cauca de no aceptar tal reelección. Por lo tanto, los miembros de la Junta Directiva de dicha entidad que también adelantaron una acción de tutela no estaban legitimados procesalmente para este efecto, pues como ha sostenido la jurisprudencia constitucional, sólo aquél a quien le ha sido vulnerado o amenazado un derecho fundamental propio puede interponer la correspondiente acción.

En efecto, como señaló el juez de segunda instancia, la tutela no se estableció para proteger derechos de terceras personas, y en el presente caso nunca se alegó que el señor Sarria Porras estuviera en incapacidad de presentar la acción de tutela para que procediera la agencia en derechos, por el contrario, el propio afectado con el acto administrativo cuestionado acudió a interponer una de las acciones de tutela que se estudian en esta oportunidad. Así entonces, esta Sala procederá a analizar solamente la acción de tutela presentada por el señor César Edmundo Sarria Porras, toda vez que los señores Héctor Hernando Sarmiento, Hugo Ernesto Burbano Daza y la señora María Clemencia Muñoz Vivas, miembros de la Junta Directiva de la E.S.E Centro 1, carecen de legitimación en la causa para interponer la presente acción.

4. Procedibilidad de la acción de tutela ante la existencia de otros medios de defensa judicial. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 86 de la Constitución Política consagra que la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En desarrollo de

este precepto, la Corte ha establecido reiteradamente que cuando se utiliza la acción de tutela como mecanismo transitorio, su procedencia está condicionada a la amenaza de un perjuicio irremediable, el cual ha sido caracterizado por la Corte en los siguientes términos:

“[e]n primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”.¹²

Adicionalmente, es importante indicar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado como condición necesaria para establecer la procedencia de la acción de tutela, que el perjuicio irremediable se encuentre acreditado en el expediente, así sea en forma sumaria. No obstante, la Corporación ha aclarado que el accionante puede cumplir con esta carga, mencionando al menos los hechos que le permitan al juez deducir la existencia de un perjuicio irremediable, en consideración a la jerarquía de los derechos cuyo amparo se solicita mediante la acción de tutela y a la naturaleza informal de este mecanismo de defensa judicial. Específicamente ha dicho la Corte:

“No obstante, aunque la prueba del perjuicio irremediable es requisito de la procedencia de la tutela, la Corte ha sostenido que la misma no está sometida a rigurosas formalidades. Atendiendo a la naturaleza informal y pública de la acción de tutela, así como a la jerarquía de los derechos cuya protección se solicita, la prueba del perjuicio irremediable puede ser inferida de las piezas procesales. Así pues, al afectado no le basta con afirmar que su derecho fundamental se enfrenta a un perjuicio irremediable, pero es indispensable que, atendiendo a sus condiciones personales, explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”.¹³

Así mismo, esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela resulta procedente cuando a pesar de existir otros medios de defensa judicial, éstos no resultan idóneos o eficaces en el caso concreto. Para analizar la idoneidad de los mecanismos judiciales ordinarios, la Corte ha estimado que es preciso tener en cuenta (i) el objeto del proceso judicial que se considera desplaza a la acción de tutela, y (ii) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales.

En el presente caso las acciones de tutela se dirigen a cuestionar la negativa del Gobernador del Departamento del Cauca a aceptar la reelección del señor César Edmundo Sarria Porras como gerente de la E.S.E. Centro 1, propuesta por la Junta Directiva de dicha entidad. Pues bien, para controvertir dicha decisión existe otro medio de defensa judicial, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa. Por lo tanto, la Corte pasará a analizar la procedibilidad de la acción de tutela objeto del presente asunto.

5. La acción de tutela resulta improcedente porque no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable y no se cumple con el requisito de subsidiariedad que rige esta acción

El Decreto Ley 01 de 1984, “Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo”, fue derogado por la Ley 1437 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Según lo expresado por el artículo 308 de la citada Ley,¹⁴ los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de dicha norma seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior, por lo que, dado que en el presente caso el acto administrativo que se cuestiona se profirió el 13 de marzo de 2012, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada Ley, las acciones que eventualmente pueda ejercer el tutelante ante la jurisdicción contencioso administrativa deberán tramitarse de conformidad con el Decreto Ley 01 de 1984, “Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo”.¹⁵

Podía entonces el actor ejercer la acción consagrada en el artículo 8516 del mencionado Decreto 01 de 1984, que permite que cualquier persona puede solicitar que se declare la nulidad de un acto administrativo que considere lesivo para sus derechos, solicitando además el restablecimiento de su derecho o la reparación del daño.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha precisado que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (i) se ejerce no solo para garantizar la legalidad en abstracto, sino también para obtener el reconocimiento de una situación jurídica particular y la adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento o reparación, (ii) sólo puede ejercerse por quien demuestre un interés, esto es, por quien se considere afectado en un derecho suyo amparado por un precepto legal, (iii) la sentencia que declara la nulidad del acto administrativo produce efectos de cosa juzgada “erga omnes”, en tanto que la decisión desestimatoria sólo produce tales efectos en relación con la “causa petendi” que ha sido fallada, (iv) en los casos en que se obtiene la nulidad del acto y el reconocimiento de una situación jurídica particular y concreta, el efecto restablecedor sólo es predicable de las partes en contienda, esto es, de quienes promovieron y obtuvieron tal declaración,¹⁷ y (v) tiene un término de caducidad de cuatro meses.¹⁸ En este caso se acudió a la acción de tutela de manera directa, y esta no puede utilizarse como una vía para eludir la interposición de la acción que el ordenamiento jurídico consagra para controvertir el acto administrativo que se considera vulnera los derechos del accionante.

Teniendo en cuenta el carácter subsidiario de la acción de tutela, explicado en el anterior acápite de esta sentencia, salvo en casos especiales en los que la acción de tutela se intente para evitar un perjuicio irremediable o en los cuales la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no sea idónea y eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados,¹⁹ el interesado en discutir un acto administrativo como el que se acusa en esta oportunidad deberá acudir a esta acción ante la jurisdicción contencioso administrativa, en donde también puede solicitar la suspensión provisional de la medida, de conformidad con el artículo 152 del Decreto 1 de 1984.²⁰

En este caso la tutela no es procedente, porque en primer lugar, el asunto debatido en este proceso no es de rango constitucional sino legal, pues se le plantea al juez de tutela determinar la correcta interpretación del artículo 11 del Decreto 357 de 2008 y se cuestiona incluso la legalidad de dicha norma, asuntos que deben ser decididos por la jurisdicción contencioso administrativa.

Podría afirmarse que en este asunto también se invocó el derecho al debido proceso y, en consecuencia, que no se trata de un problema puramente legal. No obstante, esta Sala estima que ni siquiera en virtud de esta circunstancia la tutela deviene procedente. En

efecto, si el señor César Edmundo Sarria Porras pretende la declaratoria de nulidad del acto que estima contrario a la ley y una concomitante protección de su supuesto derecho a la reelección contaba con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Asimismo, también podría hacer uso de la acción de nulidad electoral contra el acto administrativo de designación de otra persona en el cargo de gerente de la citada E.S.E.²¹

Ahora bien, el demandante alegó usar la tutela para evitar la configuración de un perjuicio irremediable por su no reelección como gerente de la E.S.E. Centro 1 en el Municipio de Piendamó. No obstante, se limitó a advertir de manera general y sin precisar sus afirmaciones que se configuraría un perjuicio irremediable en el presente caso “debido a la violación flagrante de los derechos fundamentales”. No manifestó, entonces, concretamente en qué podría consistir el perjuicio irremediable que se pretende conjurar con la acción de tutela. Por ello esta Sala no encuentra elementos suficientes para otorgarle el amparo solicitado al actor, y en su lugar considera que la tutela es improcedente.

Resta por determinar si los medios de defensa judicial ordinarios, disponibles en principio para ventilar el asunto ante la justicia contencioso administrativa, son eficaces e idóneos para proteger sus derechos.

La jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que para definir si una persona dispone de otros medios de defensa judicial, no basta con revisar en abstracto el ordenamiento jurídico. El artículo 6 numeral 1° del Decreto 2591 de 1991 ofrece un desarrollo admisible de la Constitución Política, y de acuerdo con su texto la disponibilidad de dichos medios debe ser “apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante” (Decreto 2591 de 1991, art. 6.1). En algunos casos, los otros medios de defensa judicial pueden ser ineficaces cuando no provean un remedio integral, y en otros cuando lo hagan pero no sean lo suficientemente expeditas para evitar un perjuicio irremediable.²² De acuerdo con ese contexto, el medio de defensa judicial que el ordenamiento consagra para este caso, permite plantear la controversia que hoy propone el peticionario, por dos razones. Primero, porque asegura un pronunciamiento integral sobre lo que por este medio pretende el demandante, en tanto puede resolverse sobre la legalidad del acto del Gobernador que se cuestiona. Segundo, porque los elementos obrantes en el expediente conducen a la Corte a concluir que el demandante no requería una acción más expedita para la defensa de los derechos que estima vulnerados. No hay necesidad de un

pronunciamiento urgente e impostergable de la justicia que justifique desplazar los medios de defensa judicial disponibles para ventilar controversias como esta.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de tutela de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el ocho (8) de junio de dos mil doce (2012) que a su vez confirmó la sentencia de tutela de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Popayán el veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012) mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el ocho (8) de junio de dos mil doce (2012) que a su vez confirmó la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Popayán el veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012) mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del Auto de julio veintiséis (26) de dos mil doce (2012) proferido por la Sala de Selección Número Siete.

2 Folios 144 a 153 del cuaderno principal. En adelante, siempre que se mencione un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal del respectivo expediente, a menos que se diga expresamente que hace referencia a otro cuaderno.

3 Ley 1122 de 2007. Establece en su 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.

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". (Subrayas fuera del texto).

4 Decreto 357 de 2008. Artículo 11. "Evaluación para reelección del Director o Gerente. Los Directores o 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 se haya realizado la evaluación correspondiente del plan de gestión conforme a lo señalado en el presente decreto y la misma haya sido satisfactoria.

Si los resultados de la evaluación son satisfactorios, la Junta Directiva, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la evaluación, podrá proponer al nominador la reelección del Director o Gerente. El jefe de la entidad territorial, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud podrá aceptar la reelección o negarla. En este último caso, deberá solicitar a la Junta Directiva que proceda con el concurso.

Parágrafo transitorio. Si Durante los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto, se tramita la reelección de Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado que hayan sido objeto de convenios de desempeño suscritos entre las Entidades Territoriales y/o las Empresas Sociales del Estado y el Ministerio de la Protección Social, la Junta Directiva deberá previamente proceder a la evaluación de su gestión, teniendo como insumo las metas y compromisos establecidos en la matriz de condonabilidad que hace parte integral de dichos convenios en lo relacionado con la gestión de la empresa. Si los resultados

de la evaluación son satisfactorios la Junta Directiva podrá proponer al nominador la reelección del Director o Gerente y este podrá aceptarla o negarla en los términos establecidos en el presente artículo”.

5 Folios 154 a 159.

6 Ley 1438 de 2011. Artículo 74. “EVALUACIÓN DEL PLAN DE GESTIÓN DEL DIRECTOR O GERENTE DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL ORDEN TERRITORIAL. Para la evaluación de los planes de gestión, se deberá dar cumplimiento al siguiente proceso:

74.1 El Director o Gerente de la Empresa Social del Estado del orden territorial deberá presentar a la Junta Directiva un informe anual sobre el cumplimiento del plan de gestión, el cual deberá ser presentado a más tardar el 1o de abril de cada año con corte al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior. Los contenidos del informe y de la metodología serán definidos por el Ministerio de la Protección Social.

74.2 La Junta Directiva deberá evaluar el cumplimiento del plan de gestión del Director o Gerente, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación del informe de gestión.

74.3 Los resultados de la evaluación se harán constar en un acuerdo de la Junta Directiva, debidamente motivado, el cual se notificará al Director o Gerente quien podrá interponer recurso de reposición ante la Junta Directiva dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

74.4 La decisión de la Junta Directiva tendrá recurso de reposición ante la misma junta y de apelación en el efecto suspensivo, ante el Superintendente Nacional de Salud, para resolver dichos recursos se contará con un término de quince días (15) hábiles.74.5 Una vez cumplido el proceso establecido en el presente artículo y en firme el resultado de la evaluación y esta fuere insatisfactorio dicho resultado será causal de retiro del servicio del Director o Gerente, para lo cual la Junta Directiva dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a haber quedado en firme el resultado de la evaluación, deberá solicitar al nominador con carácter obligatorio para este, la remoción del Director o Gerente aun sin terminar su período, para lo cual el nominador deberá expedir el acto administrativo correspondiente dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, contra este acto procederán los recursos de ley.

74.6 La no presentación del proyecto de plan de gestión o del informe de cumplimiento del plan de gestión dentro de los plazos señalados en la presente norma, conllevará a que la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos y plazos establecidos para tal fin, produzca de manera inmediata la evaluación no satisfactoria, la cual será causal de retiro”.

7 El artículo 11 del Decreto 357 de 2008 establece: “Evaluación para reelección del Director o Gerente. Los Directores o 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 se haya realizado la evaluación correspondiente del plan de gestión conforme a lo señalado en el presente decreto y la misma haya sido satisfactoria.

Si los resultados de la evaluación son satisfactorios, la Junta Directiva, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la evaluación, podrá proponer al nominador la reelección del Director o Gerente. El jefe de la entidad territorial, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud podrá aceptar la reelección o negarla. En este último caso, deberá solicitar a la Junta Directiva que proceda con el concurso (...)”. (Negrilla fuera del texto).

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el significado de la palabra “poder”, en el contexto en el que se usa en la norma, es el de “ser contingente o posible que suceda algo”. Es decir que se refiere a que el Director o Gerente puede o no ser reelegido sin que tal reelección sea obligatoria o constituya un derecho.

8 Decreto 2591 de 1991. Artículo 10. Legitimidad e intereses. “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.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

9 Sentencia T-416 de 1997, reiterada por la sentencia T-1191 de 2004.

10 Sentencias T-678 de 2001, (M.P. Eduardo Montealegre), T-100 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), SU-136 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), y T-388 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz), entre otras. En la reiterada T-1191 de 2004, añadió la Corporación: “Lo anterior no se opone a que la defensa de los derechos fundamentales no pueda lograrse a través de representante legal, apoderado judicial o aun de agente oficioso; ni que en cierto tipo de asociaciones, como las de carácter sindical, sus representantes legales no puedan asumir la defensa de los intereses colectivos de la persona jurídica y a la vez la de los derechos personales de los trabajadores afiliados.”

11 Sentencia T-278 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

12 Sentencia T-1316 de 2001 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes). En esta sentencia se estudiaba si era procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, teniendo en cuenta que el accionante había presentado una demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, solicitando el incremento de su mesada pensional. En este caso la Sala resolvió confirmar los fallos de instancia, los cuales negaron la tutela por estimar que no se configuraba una situación irremediable. Este fallo reitera los argumentos planteados en la sentencia T-225 de 1993 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa).

13 Sentencia T-290 de 2005 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra). En este fallo la Corte Constitucional estudió una acción de tutela interpuesta por una persona a quien se le había reconocido una pensión de invalidez convencional, pero posteriormente se le practicó un nuevo dictamen de calificación de su pérdida de capacidad laboral que dictaminó un porcentaje menor al requerido convencionalmente para acceder al beneficio pensional, dictamen con fundamento en el cual se revocó su pensión. La Corte Constitucional tuteló los derechos fundamentales del actor dejando sin efectos el acto administrativo por medio del cual se revocó la pensión de invalidez y ordenó la reincorporación del actor a la nómina de pensionados, en aplicación de los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa, así como en el criterio de que las normas de inferior categoría a la legal, no pueden establecer condiciones más gravosas para el reconocimiento de derechos laborales. Respecto de la prueba del perjuicio irremediable, la Corte dio por cierta la afirmación del actor respecto a que la mesada pensional era su única fuente de ingresos puesto que no fue controvertida. Adicionalmente, consideró la edad del actor y el porcentaje de su pérdida de capacidad laboral como elementos para deducir su dificultad para acceder a otra fuente de ingresos que

le permitiera suplir sus necesidades básicas. Finalmente, tuvo en cuenta el valor de la mesada pensional para concluir que la revocatoria de la pensión de sobrevivientes estaba afectando el derecho al mínimo vital del accionante.

14 Ley 1437 de 2011. Artículo 308. Régimen de transición y vigencia. “El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”.

16 Decreto 01 de 1984. Artículo 85. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. “Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente”.

17 Sentencia C-426 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

18 Decreto 01 de 1984. Artículo 136. “Caducidad de las acciones.

(...)

2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. (...).”.

19 La Corte ha aceptado excepciones en el caso de los nominadores que no han respetado el orden de las listas de elegibles. Así, en sentencia SU-961 de 1999 (M.P. Vladimiro Naranjo

Mesa), se indicó: “En concreto, con respecto a la acción electoral y a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sala Plena de la Corte, en Sentencia de unificación de jurisprudencia, ha determinado que carecen de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral, cuando no se atiende rigurosamente el orden de las listas de elegibles para proveer cargos en la rama judicial.” De igual modo, en sentencia T-095 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), la Corte recogió la línea jurisprudencial sobre este asunto e indicó que quien ocupa el primer puesto dentro de un concurso elaborado para proveer un cargo, no puede ser sometido a un trámite dispendioso como lo sería el ordinario, porque con ello se prolongaría en el tiempo la violación del derecho fundamental.

20 Decreto 01 de 1984. Artículo 152. “El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.
2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.
3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”.

21 Decreto 01 de 1984. Artículo 132. “Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...)

8. De los relativos a la acción de nulidad electoral de los gobernadores, de los diputados a las asambleas departamentales, de cualquier otra elección celebrada dentro del respectivo departamento, de los alcaldes y miembros de los concejos de los municipios capital de departamento, o poblaciones de más de setenta mil (70000) habitantes de acuerdo con la certificación que expida el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, del Alcalde Mayor, concejales y ediles de Santafé de Bogotá. Cuando se trate de elecciones

nacionales, la competencia será del tribunal correspondiente al lugar donde se haga la declaratoria de elección.

Igualmente de los relativos a la acción de nulidad electoral que se promuevan con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por estas corporaciones o funcionarios de que trata el inciso anterior o por cualquier organismo o servidor de los departamentos, de los citados municipios o del distrito capital". (Subrayas fuera del texto)".

22 Sentencia SU-961 de 1999 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa. Unánime). En esa ocasión, la Corte debía definir si una acción contenciosa era eficaz para resolver una determinada pretensión, y concluyó que no lo era. Por esa razón, juzgó que la acción de tutela debía considerarse el medio de defensa idóneo. En ese contexto definió los criterios para determinar si los otros medios de defensa judicial, distintos a la tutela, son eficaces. Lo hizo en el siguiente sentido: "[...] En cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral".