



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Promiscuo de Familia
Aguachica, Cesar

Proceso: ACCIÓN DE TUTELA (Primera Instancia)
Radicado: 20-011-31-84-001-2016-00409-00
Accionante: JESUS CORDOBA CORDOBA
Accionado: JUNTA DIRECTIVA DEL HOSPITAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE E.S.E, GERENTE AD HOC DEL HOSPITAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE E.S.E. Y UNIVERSIDAD DE MEDELLIN

Aguachica, dieciséis (16) de enero de dos mil diecisiete (2017)

I.- ASUNTO:

Luego de que la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, en providencia de fecha 05 de diciembre de 2016, declarara la nulidad de la actuación a partir de la sentencia de tutela inclusive por falta de integración del contradictorio con los 25 aspirantes admitidos al concurso de méritos para la elección de Gerente del Hospital JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE DE AGUACHICA – CESAR, para el período 01 de abril de 2016 hasta el 31 de marzo de 2020, donde no se evidenció constancia de notificación ni comunicación del trámite tutelar, omisión que afectó el debido proceso y obligó a rehacer el trámite a partir de la sentencia, para que dichas personas fueran vinculadas mediante notificación y traslado a fin de permitirles intervenir al proceso, notificando la nulidad a las partes JUNTA DIRECTIVA DEL HOSPITAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE E.S.E, GERENTE AD HOC DEL HOSPITAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE E.S.E, UNIVERSIDAD DE MEDELLIN y al accionante JESUS RAFAEL CORDOBA CORDOBA, sin perjuicio de sus respuestas y las pruebas recaudadas las cuales conservan la validez, situación que fuera subsanada mediante auto del 20 de diciembre de 2016 cuando se rehizo la actuación y posteriormente se ordenara en auto del 04 de enero de 2017, oficiar por secretaría a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para que al día hábil siguiente al recibo de la comunicación, informara en la página web www.ramajudicial.gov.co la admisión de la acción constitucional a los 25 aspirantes que participaron en la convocatoria hecha a través de la Resolución No. 052 de 2016, corriéndoles traslado por UN (01) DIA, para que formularan sus consideraciones, sin que a la fecha se haya recibido comunicación en este despacho, el despacho procede a dictar sentencia previo los siguientes:

HECHOS

Manifiesta el accionante que mediante el acuerdo No.- 052 de 20 de MAYO de 2016, la Junta Directiva del **HOSPITAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE E.S.E. DE AGUACHICA-CESAR**, reglamento la convocatoria para participar en el concurso para la selección del Gerente de dicha entidad para el periodo comprendido del 01 DE ABRIL DEL 2016 hasta el 31 DE MARZO DEL 2020. En dicho acuerdo se definió todo lo relacionado con el concurso [Disposiciones generales, empleo convocado, régimen de inhabilidades, convocatoria e inscripción, verificación de requisitos mínimos y valoración de antecedentes, citación a pruebas, resultados, reclamaciones y reserva, pruebas, terna de elegibles].

Expone el actor que la Universidad de Medellín, como institución universitaria escogida y contratada para adelantar todo el trámite del concurso publicó en su página web www.udem.edu.co sitio web <http://convocatoriascns.udem.edu.co/GerentesHospitales/> el cronograma de actividades, dentro del cual se definió para empezar la publicación del mismo, la inscripción de aspirantes, etc.

Aduce que atendiendo dicha convocatoria, y dentro del periodo fijado para inscripción de aspirantes, [06/07/2016 a 12/07/2016], hice mi correspondiente inscripción, como también debieron hacerlo los demás aspirantes.

Que cumpliendo el cronograma de actividades del concurso, la Universidad de Medellín, publicó en el sitio web arriba indicado la lista preliminar de admitidos y no admitidos al concurso, con 25 aspirantes admitidos y 14 no admitidos. Con posterioridad se corrige esta lista. Dentro de los admitidos se publicó al actor, pues allí aparece en esa categoría su cedula N°.- 5.163.668.

Sostiene que trascurrido el periodo establecido para hacer reclamaciones el 22/07 del 2016, cumpliendo con rigor el cronograma de actividades, la Universidad de Medellín publicó el listado definitivo de admitidos y no admitidos. En la categoría de admitidos se publicó al accionante por su número de cedula N°.- 5.163.668

Que cumpliendo también con el cronograma, el 29 de Julio de 2016, la Universidad de Medellín publicó la citación a pruebas escritas, fijando como fecha para ello el pasado 7 de agosto de 2016 a partir de las 8:00 Am, en el la fundación universitaria del área andina ubicada en la calle 6 transversal 22 bis No 4-105 de la ciudad de Valledupar departamento DEL CESAR salón 110.

Comenta que el 5 de agosto de 2016 se publicó en la página web de la Universidad de Medellín y se informó la suspensión de la prueba escrita en cumplimiento a una acción constitucional "Acción de Tutela", ordenada por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Aguachica, impetrada por el aspirante FERNANDO DE JESUS JACOME GRANADOS, Rad . 20-011 -31-89-002-2016-00303-00

1. "Aviso Informativo - Suspensión E.S.E Hospital Regional José David Padilla Villafañe
5 de agosto de 2016

La **UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN**, informa a los aspirantes del Concurso Abierto y Público del Proceso de Selección del Gerente de la **E.S.E Hospital Regional José David Padilla Villafañe** del Municipio de Aguachica del departamento del Cesar que se **SUSPENDE** la aplicación de pruebas escritas programada para el 07 de agosto de 2016, hasta tanto se resuelva la acción constitucional que la origina.

Lo anterior en cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Aguachica, Cesar dentro de la acción de tutela impetrada por el aspirante FERNANDO DE JESÚS JÁCOME GRANADOS radicado 20-011-31-89-002-2016-00303-00

Se solicita a los aspirantes estar atentos a los avisos de reanudación del concurso que serán publicados por este medio. La suspensión de la prueba de conocimientos y de competencias altera el cronograma inicialmente publicado, por tanto una vez resueltas las acciones constitucionales se publicará nuevamente el cronograma."

Medida Cautelar
Oficio
ACUERDO 055-2016"

Narra que efectivamente, el 7 de agosto de 2016, en el sitio y hora señalados, los aspirantes **NO** presentamos la prueba escrita [*PRUEBA DE CONOCIMIENTOS Y PRUEBA DE COMPETENCIAS, mismas que tienen un peso porcentual del 60 % y 20% respectivamente dentro del concurso*].

Argumenta que para el 24 de agosto del 2016 se publica en la página web del hospital www.hospitalregionadeaguachica.gov.co el **ACUERDO 058 DE AGOSTO 24 DEL 2016 MEDIANTE EL CUAL SE ACATAN ÓRDENES JUDICIALES PROFERIDAS DENTRO DE FALLO DE TUTELA Y EN EL QUE SE ACUERDAN LOS SIGUIENTES CRITERIOS:**

“Artículo PRIMERO: ACATESE la orden dada por el Juzgado Laboral del Circuito de Aguachica y en consecuencia dejar sin efectos el Acuerdo 053-2016 MEDIANTE EL CUAL SE MODIFICA EL ACUERDO 052-2016 MEDIANTE EL CUAL SE REGLAMENTA LA CONVOCATORIA PARA PARTICIPAR EN EL CONCURSO PARA LA elección DEL GERENTE DEL HOSPITAL REGIONAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE ESE CON DOMICILIO EN EL MUNICIPIO DE AGUACHICA DEPARTAMENTO DEL CESAR, PARA EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 1 DE ABRIL DE 2016 - HASTA EL 31 DE MARZO DE 2020. SEGUNDO NIVEL DE COMPLEJIDAD

ARTICULO SEGUNDO: ACATESE la orden dada por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Aguachica Nulidad del Acuerdo 053 de 2016 MEDIANTE EL CUAL SE MODIFICA EL ACUERDO 052-2016 MEDIANTE EL CUAL SE REGLAMENTA LA CONVOCATORIA PARA PARTICIPAR EN EL CONCURSO PARA LA ELECCIÓN DEL GERENTE DEL HOSPITAL REGIONAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE ESE CON DOMICILIO EN EL MUNICIPIO DE AGUACHICA DEPARTAMENTO DEL CESAR, PARA EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 1 DE ABRIL DE 2016 - HASTA EL 31 DE MARZO DE 2020. SEGUNDO NIVEL DE COMPLEJIDAD

ARTICULO TERCERO: Conforme a lo fallado por los despachos judiciales, Ordenase dejar en firme el Acuerdo 052 de 2016 y en consecuencia continuar con el procedimiento a seguir con posterioridad a su expedición en los términos que ordena la providencia, de acuerdo a lo señalado en los considerandos,

ARTICULO CUARTO: AUTORIZASE a la Gerente de la ESE comunicar al representante legal de la UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN el contenido del presente Acuerdo, para que proceda de conformidad,

ARTICULO QUINTO: Se ORDENA la publicación del presente Acuerdo en las páginas web: www.hospitalregionadeaguachica.gov.co en la de las Secretaría Departamental de Salud del Cesar y en las carteleras oficiales de las mencionadas instituciones públicas”

Que planteada así las cosas, al quedar sin efectos el Acuerdo 053-2016 y quedando en firme el **Acuerdo 052 DE MAYO 20 DE 2016** donde se contemplaba la realización de la **prueba de conocimientos, prueba comportamental, entrevista y antecedentes**, a diferencia del acuerdo 053 que **NO** contemplaba la prueba de entrevista.

Considera el actor que se debió reanudar inmediatamente el proceso tal como lo estipula el “Artículo Cuarto” del Acuerdo 058 – 2016.

Que enterados los concursantes a través de la página web del hospital JOSE PADILLA VILLAFANE del contenido del Acuerdo 058-2016, esperábamos la reanudación del cronograma del proceso y por ende citación nuevamente a pruebas de conocimiento, situación que por parte de la Universidad de Medellín no se ha dado.

Expone que si aparece en la página web del HOSPITAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE DE AGUACHICA www.hospitalregionadeaguachica.gov.co el **ACUERDO 061 de SEPTIEMBRE 20 DE 2016 MEDIANTE EL CUAL SE ORDENA LA TERMINACION DEL PROCESO DE INVITACION DE OFERTAR DE MENOR CUANTIA.**

Y que a fecha 03 de octubre del 2016, la Universidad de Medellín, enterada o no del Acuerdo 061-216, no ha publicado ningún aviso respecto al proceso, solo se atiene a lo publicado en la página web del Hospital Regional José David Padilla Villafañe.

Concluye comentando que esa situación es **AJENA A LOS CONCURSANTES** y compromete de forma exclusiva la responsabilidad de la E.S.E Hospital JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE del municipio de Aguachica, Cesar y a LA UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN y

sus directivas, en lo pactado en el Acuerdo de Voluntades, por un lado el Hospital quien mediante este Acuerdo 061 de 2016 terminación del contrato No. 114-2016.”

PRETENSIONES:

El Accionante interpone la acción de tutela como único medio de defensa con el que cuenta y pretende con ella que:

Se tutelen los derechos Constitucionales fundamentales al i) **DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO en su manifestación de legalidad de los procedimientos** consagrado en el Art. 29 de la Constitución Nacional, y a la ii) **CONFIANZA LEGITIMA**, conculcados por las entidades accionadas dentro del proceso de selección de gerente de la E.S.E. iii) **A ELEGIR Y SER ELEGIDO** que me asisten al ser ya convocado para realizar el examen de méritos para el proceso de selección del cargo de gerente de la **ESE HOSPITAL REGIONAL DE AGUCHICA CESAR HOSPITAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE**.

Como consecuencia de lo anterior, ordenar a las entidades tuteladas, dejar sin efectos el decreto número 00269 del 29 de septiembre de 2016, donde se nombró al señor FERNANDO JACOME GRANADOS, en el cargo de Gerente de la ESE PADILLA VILAFANEZ, como medida provisional por vulnerar el debido proceso tal y como lo expusimos en la parte motiva de esta acción constitucional, y de fondo se ordene que, de manera inmediata se continúe con el concurso, esto es, se proceda por la Universidad de Medellín a convocar nuevamente a la prueba de conocimientos y a realizar las subsiguientes etapas del concurso.

ACTUACIÓN DEL JUZGADO:

Con decisión del de 04 de octubre de 2016, este Juzgado admitió para su trámite la presente Acción de Tutela y ordenó en consecuencia requerir de manera inmediata a los accionados JUNTA DIRECTIVA DEL HOSPITAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE E.S.E, GERENTE AD HOC DEL HOSPITAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE E.S.E. Y UNIVERSIDAD DE MEDELLIN para que rindieran un informe dentro de los dos (2) días siguientes, sobre los hechos en que se sustenta la demanda. Así mismo el despacho procedió a vincular oficiosamente a la GOBERNACION DEL CESAR y a todo el que pudiera tener interés en el presente asunto a través de las páginas web de la Universidad de Medellín, del Hospital Regional de Aguachica, en las carteleras de la Secretaría de Salud Departamental del Cesar, a fin de poner en conocimiento la existencia del trámite constitucional a las personas que participaron en la convocatoria hecha a través de Resolución No. 052 de 2016 y que optaron por el cargo de Gerente de la E.S.E para que si a bien lo tuvieran se hicieran parte del trámite constitucional.

Oficiosamente se solicitó a los Juzgados Laboral del Circuito y Segundo Promiscuo del Circuito aporten a la presente tutela los fallos proferidos en primera instancia respecto del concurso de méritos para elección de Gerente del Hospital José David Padilla Villafañe, identificados bajo los radicados 2016-00303 y 2016-00139.

Se negó la medida provisional solicitada, como quiera que la situación urgencia no se encontró demostrada.

En fecha 18 de octubre de 2016, se dictó sentencia de primera instancia que fuera declarada nula por la H. Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, en providencia de fecha 05 de diciembre de 2016, a partir de la sentencia de tutela inclusive por falta de integración del contradictorio con los 25 aspirantes admitidos al concurso de méritos.

Rehecha la actuación mediante auto del 20 de diciembre de 2016 solicitando al hospital, allegar a este despacho, relación detallada con el nombre, dirección de notificación, teléfonos y correo

electrónico de los 25 aspirantes admitidos al concurso de méritos para la elección de Gerente del Hospital JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE DE AGUACHICA – CESAR, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la presente a fin de ponerles en conocimiento la existencia del trámite constitucional a las personas que participaron en dicha convocatoria hecha a través de resolución No. 052 de 2016 de la E.S.E. para que se hicieran parte del trámite constitucional, mediante oficios 03026, 03027, 03028, 03029 del 23 de diciembre de 2016, notificada efectivamente por correo electrónico del mismo mes y año, la E.S.E. HOSPITAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE en fecha 02 de enero de 2017, allegó al presente proceso CD que contiene actas, reclamaciones, soportes documentales y base de datos, no obstante no contenían la información solicitada para vincular a los aspirantes al concurso de méritos, por lo que el despacho vista la situación, en fecha 04 de enero de 2017 ordenó oficiar por secretaría a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para que al día hábil siguiente al recibo de la comunicación, informara en la página web www.ramajudicial.gov.co la admisión de la acción constitucional a los 25 aspirantes que participaron en la convocatoria hecha a través de la Resolución No. 052 de 2016, corriéndoles traslado por UN (01) DIA, para que formularan sus consideraciones, lo que se hizo mediante oficio No. 0057 el 06 de enero de 2017, enviado vía correo electrónico el 11 de enero de 2017, publicación que durara 24 horas fijada en la respectiva página el día 12 de enero de los cursantes, corriéndoles el día 13 del mismo mes y año sin que a la fecha se haya obtenido respuesta.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS:

HOSPITAL REGIONAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE Y JUNTA DIRECTIVA

Una vez fue notificado de la presente acción, haciendo uso de su derecho de defensa manifestaron al Despacho respecto de los hechos que:

Que las acciones adelantadas por la ESE estuvieron siempre acorde con los esquemas previamente establecidos, acatando las disposiciones contenidas no solo en el manual de contratación sino en las disposiciones de carácter superior que rigen la materia, garantizando el cumplimiento de los principios de la contratación, en especial los relacionados con el debido proceso, la publicidad y la transparencia. Que todas las etapas del concurso de mérito son ejecutadas de forma exclusiva por la UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN.

Que con la terminación del contrato no han violado el debido proceso administrativo en su manifestación de legalidad de los procedimientos consagrados en el art. 29 de la Constitución Nacional, pues cada una de las acciones han sido consecuencia del cumplimiento previo de las decisiones de la Junta Directiva, las cuales a su vez son producto del acatamiento de fallos judiciales proferidos de manera legal y legítima.

GOBERNACION DEL CESAR

En su defensa alega que el señor JESUS CORDOBA CORDOBA, como parte interesada en el proceso de selección de Gerente, al encontrarse frente a una decisión judicial tuvo su momento procesal para reclamar si se encontraba frente a la violación de un derecho y que si dicha decisión del Juez Laboral del Circuito de Aguachica le afectaba sus intereses, debió presentar las acciones que permitieran en el caso que se demostrara violación alguna, el restablecimiento de sus derechos. Que es claro que al presentarse la nulidad de todo por parte del Juzgado Laboral del Circuito de Aguachica, se encuentran entre la situación planteada en el inciso tercero del art. 20 de la Ley 1797 del 13 de julio de 2016:

Artículo 20. Nombramiento de Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial. En el nivel nacional los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República. Corresponderá al Presidente de la República, a los Gobernadores y los Alcaldes, dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, adelantar los nombramientos regulados en el presente artículo, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados para periodos institucionales de cuatro (4) años, el cual empezará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del Presidente de la República, del Gobernador o del Alcalde. Dentro de dicho periodo, sólo podrán ser retirados del cargo con fundamento en una evaluación insatisfactoria del plan de gestión, evaluación que se realizará en los términos establecidos en la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.

Que para el caso sub-examine una decisión judicial del Juzgado Laboral del Circuito de Aguachica dejó sin efectos todo el proceso de selección convocado por la Junta Directiva del Hospital José David Padilla Villafañe, por lo que se generó la vacancia definitiva en la Gerencia de la ESE y se aplicó entonces la Ley 1797 de 2016 y el Decreto 1427 de 2016.

Argumenta que es improcedente la acción de tutela ante la existencia de otro medio de defensa judicial y que ésta sólo procede para evitar un perjuicio irremediable, por lo que solicitan desvincular al Departamento del Cesar y denegar el amparo solicitado.

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

Descorrió el traslado manifestando en resumen y frente a los hechos más relevantes que en los términos establecidos por el accionante, el Acuerdo 058 de 2016 dispuso dar cumplimiento al fallo y dar a conocer el Acuerdo a la Universidad, no obstante, no ordenó a la Universidad reanudar el concurso, pues como parte contratante la ESE no se encuentra en posición de exigir a la Universidad de Medellín realizar un concurso que no se ajustaba a la realidad contractual entre las partes, puesto que la nulidad del Acuerdo 053 suponía unos ajustes técnicos, financieros, temporales y en general a todo el contrato, razón por la cual, en primer lugar, se debía renegociar el contrato de prestación de servicios y posteriormente conformar y publicar un nuevo cronograma.

Que dado que no hubo acuerdo con la ESE frente a la propuesta económica presentada por la Universidad para dar por terminado el concurso, razón por la cual se terminó y liquidó el contrato suscrito entre las partes y la Universidad con posterioridad a la liquidación dejó de conocer de aquellas situaciones relacionadas con el concurso de méritos para la selección de gerente del Hospital José David Padilla Villafañe ESE.

También informa que la universidad no ha realizado publicaciones frente al proceso, pues la delegación en virtud de la cual podía actuar en el marco del proceso de selección finalizó, y en ese sentido, no se encuentra autorizada para actuar válidamente dentro del concurso.

Aduce que si bien es cierto que la situación es ajena a los aspirantes, la nulidad del Acuerdo de convocatoria, en virtud de la cual la Universidad de Medellín presentó propuesta de servicios y suscribió contrato, también le es ajena, razón por la cual, no puede pretender el accionante que se le cercene la autonomía de la voluntad de la Universidad de Medellín y se le obligue a continuar con la ejecución de un contrato de prestación de servicios cuyas condiciones fueron alteradas en su aspecto técnico, temporal y financiero por una sentencia judicial, la cual recae sobre vicios en la convocatoria que son responsabilidad exclusiva de la ESE HOSPITAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFAÑE.

Que frente a ese punto particular se recuerda que en el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado, los contratos de prestación de servicios suscritos por las mismas se rigen por las normas de derecho privado y en ese sentido, no ejerce potestades subordinantes, sino que ambas partes se encuentran en igualdad de condiciones frente a la relación contractual.

VINCULACIÓN DE LOS 25 ASPIRANTES AL CONCURSO

Publicada en la página web www.ramajudicial.gov.co la admisión de la acción constitucional a los 25 aspirantes que participaron en la convocatoria hecha a través de la Resolución No. 052 de 2016 y habida cuenta de que se les corrió traslado por UN (01) DIA, para que formularan sus consideraciones, publicación que durara 24 horas fijada en la respectiva página el día 12 de enero de los cursantes, corriéndoles el día 13 del mismo mes y año, se observa que los vinculados guardaron silencio al requerimiento efectuado por el despacho.

PRUEBAS

• DOCUMENTOS APORTADOS POR EL ACCIONANTE:

- Art. 20 Ley 1797 de julio de 2016
- Circular conjunta No. 100-01-2016
- Aviso de convocatoria participación proceso de designación de gerente ESE periodo 2016-2020
- Acuerdo 052 de mayo de 20 de 2016 (Reglamenta convocatoria)
- Acuerdo 053 de junio 07 de 2016 (Modifica convocatoria)
- Acuerdo 055 de agosto 04 de 2016 (acata orden judicial suspensión provisional)
- Acuerdo 058 de agosto 24 de 2016 (acata fallos judiciales, nulita y deja sin efecto acuerdo 053 de 2016)
- Acuerdo 061 de septiembre 20 de 2016 (ordena terminación del proceso de invitación a ofertar menor cuantía No. MC-010-2016)

• DOCUMENTOS APORTADOS POR LOS ACCIONADOS

HOSPITAL REGIONAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE ESE

- Copia del informe trámite de invitación a ofertar MC-010-2016
- Comunicación acuerdo 055-2016 a la Universidad de Medellín
- Comunicación acuerdo 058-2016 a la Universidad de Medellín
- Comunicación acuerdo 061-2016 a la Universidad de Medellín
- Pantallazo de las publicaciones en la página institucional de la ESE
- Pantallazo SECOP
- Decreto 00269 de 29 de septiembre de 2016 donde nombran Gerente de la ESE

GOBERNACION DEL CESAR

- Sin pruebas

UNIVERSIDAD DE MEDELLIN

- Acta de terminación del contrato suscrito con la ESE

- Sin pruebas en virtud de que guardaron silencio al requerimiento judicial.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

Dispone el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 que: "Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud"

En consecuencia, esta dependencia judicial es competente para conocer de la presente acción de tutela instaurada en contra de la JUNTA DIRECTIVA HOSPITAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE Y OTROS, por ser esta una autoridad pública del orden municipal y tener este despecho jurisdicción en esa municipalidad de conformidad con el Decreto citado.

Problema jurídico

Analizados los presupuestos fácticos de los hechos y pretensiones de la presente acción de tutela, se observa que en ellos se debate: *(i)* la procedencia de la acción de tutela para lograr la protección de los derechos fundamentales asociados al acceso a la función pública; *(ii)* el sistema de concurso de méritos como criterio para la escogencia de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado; *(iii)* las potestades del juez de tutela cuando detecta anomalías en el trámite de un concurso de méritos; *(iv)* la obligación de todas las autoridades judiciales de acatar las sentencias de tutela *(v)* y por último se abordará el caso concreto, situaciones estas que fueron dilucidadas la Sentencia T-604 de 2013 que por analogía se aplicará al presente trámite tutelar así:

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

3.1. El principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado en el artículo 86 de la Constitución, al precisarse en él que: *"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*.

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

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

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

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

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

(...)

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

“la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.

La Corte estima que la satisfacción plena de los aludidos derechos no puede diferirse indefinidamente, hasta que culmine el proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado.”

(...)

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

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

4.1. Este tribunal ya ha tenido la oportunidad en sentencias T-329 de 2009, C-181 de 2010, T-169 de 2011 y T- 170 de 2013, de delimitar, los derechos, naturaleza, régimen y deberes, que tienen los gerentes de las ESE a partir de la expedición de la Ley 1122 de 2007. A continuación se reiteraran varios de estos aspectos.

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

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

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

A su vez el artículo 195 de la misma ley indica que: *“las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990”.* Por su parte, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 señala que: *“la planta de*

personal de las empresas sociales del estado está conformada por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción, según el caso”. El párrafo de este artículo dispone además que son trabajadores oficiales “quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales de las mismas instituciones”.

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

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

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

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

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

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

Respecto del periodo de los gerentes de la ESE, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estableció que *“todos los gerentes de las ESE tendrán periodos institucionales iguales de 4 años a partir del 7 de noviembre de 2010 (para lo nacional) y del 1 de abril de 2012 (para lo local). En cuanto a la reelección, sólo se permite una vez, bien sea a propuesta de la Junta Directiva de la entidad (siempre que el funcionario haya cumplido los indicadores de gestión) o por concurso público de méritos”*^[22].

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

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

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido

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

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

Dando alcance a lo referido anteriormente, este tribunal considera que la Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, *"que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entre los fines de la misma se puede resaltar el de consagrar en beneficio de la colectividad sin ninguna discriminación el acceso y ascenso a la función pública"*¹²³¹.

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

Sin embargo, se debe destacar que no fue la Constitución de 1991 la institución jurídica que consagró la meritocracia en nuestro ordenamiento; por el contrario, el mencionado principio es considerado elemento esencial de las relaciones de acceso a la administración pública incluso desde el siglo pasado. Evidencia de esto es su consagración expresa en el plebiscito de 1957, *"la cual fue la primera manifestación directa, tendiente a garantizar la estabilidad en los cargos públicos, con base en la experiencia, la eficiencia y la honestidad en el desempeño de los mismos"*¹²⁴¹.

Refiriéndose al régimen de carrera, esta corporación ha sosteniendo que su institucionalización e implementación, en los términos previstos por la Constitución Política y salvo las excepciones ya señaladas, tiene como finalidad que la administración pública cuente con servidores de las más altas calidades para enfrentar con éxito las responsabilidades que la Constitución y las leyes han confiado a las entidades del Estado¹²⁵¹. Responsabilidades que exigen, para su adecuado cumplimiento, la aplicación de criterios que garanticen el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, como lo son servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

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

de elegibles: en esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido.

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo, designando para el efecto a quien ocupó el primer lugar y, por sus méritos, se ha hecho acreedor a ocuparlo”.

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

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

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

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

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

“El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos, y se logre la aplicación correcta de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos”

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

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

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

(...)

Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales^[31]”.

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

derecho y se dispongan una serie de órdenes que garanticen el cumplimiento de las decisiones adoptadas.

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

“El juez de tutela cuenta con una facultad amplia para establecer, razonablemente, cuáles son las órdenes que se deben adoptar en cada uno de los casos concretos para asegurar el goce efectivo de un derecho fundamental. La principal misión que la Constitución encomienda al juez de tutela es tutelar los derechos que considera que han sido violados o amenazados y tomar las medidas necesarias para que tal situación cese. En tal medida, ha considerado la jurisprudencia que se pueden distinguir dos partes constitutivas del fallo: la decisión de amparo, es decir, la determinación de si se concede o no el amparo solicitado mediante la acción de tutela, y la orden específica y necesaria para garantizar el goce efectivo del derecho amparado”.

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

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

En desarrollo de estas atribuciones el juez de tutela cuenta con diversas herramientas jurídicas para resolver un caso que requiere soluciones complejas, entre ellas se destacan: (i) la adopción de medidas cautelares en casos en los que se demuestre la existencia de perjuicio irremediable^[33]; (ii) la realización de estudios en aquellas oportunidades en que no se cuenta con la información requerida para poder tomar la decisión;^[34] (iii) la capacidad de ordenar la construcción o terminación de obras^[35]; (iv) la potestad de ordenar el asesoramiento de los accionantes^[36]; (v) suspender trámites administrativos^[37]; (vi) ordenar la creación de grupos de trabajo; (vii) conceder espacios de participación^[38]; y (viii) decretar la suspensión de concursos de méritos.^[39]

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

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

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

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

resultados del mismo, y que dichos resultados puedan ser analizados y, por consiguiente, controvertidos.

(...)

Por regla general no pueden existir resultados ocultos. Y cuando esta situación se presenta, estamos en presencia de una forma de violación al debido proceso. Vale recordar que el debido proceso se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, según el artículo 29 de la Constitución. Por consiguiente, se puede afirmar que la Universidad violó el mencionado derecho fundamental al actor, al no darle a conocer los resultados del concurso”.

CASO CONCRETO

Del examen del expediente surge que el accionante **JESUS CORDOBA CORDOBA**, interpuso acción de tutela contra la JUNTA DIRECTIVA DEL HOSPITAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE E.S.E, el GERENTE AD HOC DEL HOSPITAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE E.S.E. Y la UNIVERSIDAD DE MEDELLIN, al considerar que este le vulneró sus derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO en su manifestación de legalidad de los procedimientos, CONFIANZA LEGÍTIMA, ELEGIR Y SER ELEGIDO, en razón a la Convocatoria del Concurso Público de méritos para elegir en el proceso de selección de Gerente del HOSPITAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE E.S.E. DE AGUACHICA, CESAR, en atención a que no se respetaron las directrices dadas en el **Acuerdo 052 de 2016**, “mediante el cual se reglamenta la convocatoria para participar en el concurso para la elección del Gerente del Hospital Regional José David Padilla Villafañe ESE con domicilio en el municipio de Aguachica departamento del Cesar, para el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2016 – hasta el 31 de marzo de 2020, segundo nivel de complejidad”.

De lo dicho en el párrafo anterior, se concluye la existencia de hechos muy particulares y especiales, fundados en las circunstancias en que presuntamente se organizó la Convocatoria del Concurso Público de Méritos para elegir Gerente del HOSPITAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE E.S.E., respecto de la cual impetra protección, que ameritan la aplicación de preferencia de la tutela constitucional, pues dada su necesidad, ya que en este caso por otros medios, no puede verse relegada a una hipótesis subsidiaria.

Antes de entrar a resolver el fondo de este asunto, es preciso efectuar un estudio frente a la expectativa generada a los participantes de la convocatoria para la elección del Gerente de la referida E.S.E., tal como se evidencia en las pautas dadas por el mismo acuerdo en cita.

Que conforme a la circular conjunta No. 100-01-2016, las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial deberán seleccionar instituciones de educación superior acreditadas para realizar concursos o procesos de selección, que sean idóneas y garanticen la transparencia, moralidad, igualdad, imparcialidad y el mérito en el concurso... en cumplimiento del Decreto 413 de 2016, se deben adelantar dichos procesos de selección.

Que efectivamente mediante Acuerdo 050 de 2016 y la Resolución 611 de 2016 se efectuó la adjudicación para realizar el proceso de selección a la UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN, de acuerdo a la escogencia realizada por la Junta Directiva en sesión del 05 de mayo de 2016.

Que en el artículo 3° del Acuerdo 052 de 2016, se establece la ESTRUCTURA DEL PROCESO para el Concurso Abierto de Méritos para la selección del Gerente del Hospital Regional José David Padilla Villafañe teniendo las siguientes fases:

1. Convocatoria y divulgación
2. Inscripciones
3. Verificación de requisitos mínimos
4. Publicación de lista de Admitidos y no admitidos

5. Aplicación de Pruebas
 - a. Prueba de conocimientos
 - b. Prueba de competencias
 - c. Evaluación de antecedentes
 - d. Entrevista (*subraya y negrilla fuera de texto*)
6. Conformación de terna de elegibles.

Que a través de Acuerdo 053 de 2016 del 07 de junio de 2016, se modificó el Acuerdo 052 de 2016 en el sentido de que al momento de aprobar dicho acuerdo se incorporó en el artículo lo relacionado con la realización de la prueba de Entrevista la cual no había sido contemplada por la Universidad de Medellín, en la propuesta inicial para la realización del proceso de selección, la que fuera eliminada.

Que mediante Acuerdo 055 de 2016 del 04 de agosto de 2016, se acata la orden judicial de suspensión provisional inmediata de las etapas del proceso de escogencia de Gerente de la E.S.E.

Que mediante Acuerdo 058 de 2016 del 24 de agosto de 2016, se acatan las órdenes judiciales proferidas dentro de los fallos de tutela proferidos por los Juzgados Laboral del Circuito (05 de agosto de 2016) y Segundo Promiscuo del Circuito (12 de agosto de 2016) que dejaron sin efecto y nulitaron el Acuerdo 053 de 2016.

Que por Acuerdo 061 del 20 de septiembre de 2016, se ordena la **terminación del proceso de invitación a ofertar de menor cuantía No. MC-010-2016**, en virtud de la propuesta elevada por la Universidad de Medellín que planteó la posibilidad de continuar con el proceso incorporando la prueba de Entrevista con un valor adicional de DIEZ MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$10.500.000) o dar por terminado el contrato por mutuo acuerdo, procediendo a la liquidación bilateral del contrato de prestación de servicios No. 114-2016.

Vistas así las cosas, cabe recordar que los jueces, en principio, están sometidos al cumplimiento de las órdenes adoptadas en un proceso de tutela como cualquier otra autoridad, y bajo este escenario, no pueden emplear figuras como la tutela contra tutela, o la inoponibilidad de las decisiones, para efectuar nuevos pronunciamientos sobre conflictos ya solventados.

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

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

Como quiera que ya habían sido proferidas dos decisiones de fechas 05 y 12 de agosto de 2016, frente al mismo proceso de selección de Gerente del HOSPITAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE E.S.E. mal haría este operador judicial en interferir con las órdenes dadas por otros funcionarios, que realizaron el análisis dejando sin efectos y nulitando el Acuerdo 053 de 2016 y en firme el Acuerdo 052 de 2016 que reglamentó la convocatoria para participar en el concurso que finalmente no se surtió.

Lo que sí es menester pronunciarse en este estrado es, como ya se dijo, sobre la expectativa de los aspirantes al cargo de gerente del Hospital José David Padilla Villafañe, ya que lo fácil en este asunto fue dar por terminado el proceso de invitación a ofertar de menor cuantía No. MC-010-2016, sin explicar las razones que imposibilitaban a la E.S.E a continuar con el proceso de selección del cargo por concurso de méritos, máxime cuando la Universidad de Medellín en publicación visible a folio 65 del expediente, solicita a los aspirantes estar atentos a los avisos de **reanudación** del concurso que serían publicados por ese medio.

Por lo expuesto, esta agencia judicial se atenderá a lo resuelto por los Juzgados Laboral del Circuito y Segundo Promiscuo del Circuito de esta localidad en el sentido de dejar en firme el Acuerdo 052 de 2013, que contemplaba la parte atinente a la entrevista en su art. 3ro. Y frente al Acuerdo 061 de 2016, se ordenará dejarlo sin efectos, teniendo en cuenta que no solo se evidenció la falta de interés en la realización del concurso de méritos para la escogencia del Gerente del Hospital José David Padilla Villafañe, sino que incluso se desconocen los demás oferentes del proceso de invitación a ofertar de menor cuantía No. MC-010-2016, pues no fue aportado a este Despacho, es decir se desconocen las entidades que han podido haber cumplido con los requisitos para la realización del concurso en comento y realizar la correspondiente entrevista que es la génesis de este asunto; lo que deja ciertos vacíos en el proceso, pues se reitera no se justificó en qué consistía la imposibilidad de continuar con el concurso, sólo se dejan entrever en el Acuerdo 061 de 2016, las palabras “parámetros, criterios y directrices” y que no es de recibo de este operador judicial una falsa motivación.

En consecuencia se ordenará dejar sin efectos el Acuerdo 061 del 20 de septiembre de 2016 y de contera todo el trámite surtido con posterioridad, reanudando o rehaciendo el concurso de méritos para la escogencia de Gerente del Hospital José David Padilla Villafañe, pues lo que se evidencia es que siguen cambiando las reglas del juego en materia de concurso de méritos (Sentencia C-878 de 2008), defraudando la confianza de las personas que aspiran al cargo al impedir que se surtan las etapas del concurso de méritos en cuestión.

“En distintas ocasiones la Corte Constitucional ha considerado que el cambio de las reglas de juego de los concursos para provisión de cargos públicos constituye vulneración de los derechos fundamentales de los aspirantes. El fundamento constitucional de dicha conclusión es múltiple: el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad (art. 209 C.P.) se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (idem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar; se vulnera el principio de la buena fe (art. 83 C.P.) si la autoridad irrespeta el pacto que suscribió con el particular al diseñar las condiciones en que habría de calificarlo; el orden justo, fin constitutivo del Estado (art. 2º C.P.), se vulnera si la autoridad desconoce el código de comportamiento implícito en las condiciones de participación del concurso, y, en fin, distintos principios de raíz constitucional como la igualdad, la dignidad humana, el trabajo, etc, se ven comprometidos cuando la autoridad competente transforma las condiciones y requisitos de participación y calificación de un concurso de estas características. Adicionalmente, el derecho que todo ciudadano tiene al acceso a cargos públicos, consagrado en el artículo 40 constitucional, se ve vulnerado si durante el trámite de un concurso abierto, en el que debe operar el principio de transparencia, se modifican las condiciones de acceso y a evaluación.

La jurisprudencia constitucional confirma esta conclusión al precisar, sin ambages, que “quien participa en un concurso público para proveer un cargo lo hace con la seguridad que se respetaran las reglas impuestas. Cuando éstas se desconocen por la entidad que lo ha convocado, más aún cuando se cambian después de haberse realizado todo el trámite, se defrauda la confianza de la persona”¹.

¹ Sentencia T-095 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis

Tal como lo expuso el Juez Segundo Promiscuo del Circuito de esta localidad en providencia de fecha 12 de agosto de 2016, en acción de tutela presentada por el hoy Gerente del accionado hospital, “Agréguese a lo expuesto, hora bien, es necesario resolver si el hecho de no incorporar la Entrevista en la propuesta inicial para la realización del proceso de selección, obliga al contratante a modificar su propio reglamento? Al respecto la Invitación publica N° MC-010-2016, contempla que en el punto 18 de la misma se establecen los EFECTOS DE LA PRESENTACION DE LA PROPUESTA: Presentada la Propuesta y una vez finalizado el plazo previsto para su presentación, ésta es irrevocable. Por ello, una vez transcurrido dicho termino, el proponente no podrá retirar, ni modificar el contrato y alcance de la propuesta.” Propuesta ésta que pese a no haber sido allegada a esta judicatura, fuera conocida por el funcionario que profirió la providencia en comento, convalida la teoría de que se hace necesario resolver de fondo lo atinente a la Entrevista, pues violatorio del debido proceso sería terminar con un trámite de selección por no llevar cabo una etapa concursal.

Que la UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN, fue escogida mediante evaluación adelantada por los miembros de la Junta Directiva, por ser el proponente que obtuvo mayor puntaje según narra en su providencia el Juez Segundo Promiscuo del Circuito, institución que realizaría el concurso de acuerdo a las normas contenidas en el Decreto 800 de 2008 y la Resolución 165 de 2008; que en virtud de que este despacho desconoce la Invitación a Ofertar para la realización del concurso no es posible determinar si la entrevista se encontraba o no inmersa en los requisitos para los oferentes y que en gracia de discusión de haber sido previsto este requisito, era deber de la ESE enderezar el proceso de selección sin sacrificar a los aspirantes quienes cumplieron los requisitos previstos en el Acuerdo 052 de 2016, como quiera que cualquier yerro en que hubiese incurrido el ente accionado, debía como ya se mencionó ser corregido, siguiendo el debido proceso dentro del marco de las citadas normas.

Así mismo y en virtud de que las providencias de los Juzgados Laboral del Circuito y Segundo Promiscuo del Circuito no vincularon a quienes pudieran verse afectados con las decisiones contenidas en los fallos de tutela, situación prevista en el auto admisorio de este trámite tutelar, y que fue materializada luego de obedecer lo resuelto por la H. la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, en providencia de fecha 05 de diciembre de 2016, notificando a los 25 aspirantes al concurso de méritos de gerente del HOSPITAL JOSÉ DAVID PADILLA VILLAFANE, por ende este despacho tomará la decisión de que los efectos de la presente sentencia tengan efectos inter pares, con el fin de prevenir futuras tutelas, ordenando se surtan por secretaría las respectivas notificaciones.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo de Familia de Aguachica Cesar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales incoados por el señor JESUS CORDOBA CORDOBA, al debido proceso conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al HOSPITAL JOSÉ DAVID PADILLA VILLAFANE y a la UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, REANUDEN o REHAGAN el trámite del concurso de méritos para la elección de Gerente de la E.S.E convocado mediante Acuerdo 052 de 2016 de fecha 20 de mayo de 2016, dejando sin efectos el Acuerdo 061 del 20 de septiembre de 2016, sin perjuicio de las acciones ordinarias que se adelanten. **La presente decisión tiene efectos inter pares.**

TERCERO: ORDENAR a la GOBERNACIÓN DEL CESAR, tomar las medidas necesarias para que la JUNTA DIRECTIVA DE LA E.S.S pueda dar continuidad al trámite concursal de elección de Gerente del HOSPITAL JOSÉ DAVID PADILLA VILLAFANE.

CUARTO: Notifíquese este fallo a las partes intervinientes por el medio más expedito (artículo 16 del Decreto 2591 de 1991); inclusive a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para que al día hábil siguiente al recibo de la presente notificación, informe en la página web www.ramajudicial.gov.co a los 25 aspirantes vinculados la presente providencia.

QUINTO: Si no fuere impugnado este fallo dentro de los tres (3) días siguientes al de su notificación, envíese a la Corte Constitucional para lo de su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La Juez,



