



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE

PASTO

Calle 19 No. 21B-26, Edificio Montana, Piso 3° - Pasto

Acción de Tutela

Accionante:

Ricardo Ernesto Revelo Díaz

Accionado:

Universidad de Medellín

Junta Directiva de la ESE Centro de Salud San Sebastián (N)

Radicación:

2016-00121

San Juan de Pasto, treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016).

Procede el Juzgado a dictar sentencia dentro de la acción de amparo propuesta por **Ricardo ERNESTO REVELO DÍAZ**, quien actúa a través de mandatario judicial, en contra **UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN - JUNTA DIRECTIVA DE LA ESE CENTRO DE SALUD SAN SEBASTIÁN (N)**, a lo enunciado se procede así:

I.- ANTECEDENTES

1.- Petición de amparo

El accionante, solicitó mediante libelo introductorio, se protejan sus derechos fundamentales, a la igualdad, debido proceso, trabajo, escoger profesión u oficio y al acceso a la función pública, en consecuencia se ordene a la accionada: "(...) Se ordene a **LA JUNTA DIRECTIVA DE LA E.S.E. CENTRO DE SALUD DE SAN SEBASTIÁN del municipio de Nariño, (Departamento de Nariño)**, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contabilizadas a partir del día siguiente a la notificación del fallo de tutela, proceda a **REHACER TODO EL PROCESO de selección de aspirantes a ocupar el cargo como Gerente de la prenombrada E.S:E., para el período institucional que culminará el día 31 de marzo del año dos mil veinte (2.020)**, evitando volver a incurrir en la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales.(...) Se ordene al **Dr. NÉSTOR HINCAPIÉ VARGAS, actual Rector y a la vez Representante Legal de LA UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN**, con domicilio principal en el municipio de Medellín, **SE ABTENGA de efectuar cualquier actuación derivada de la**

Convocatoria contenida en el Acuerdo Nro. 006 "MEDIANTE EL CUAL SE REGLAMENTA LA CONVOCATORIA PARA PARTICIPAR EN EL CONCURSO PARA LA ELECCIÓN DEL GERENTE DE LA E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN SEBASTIÁN DEL MUNICIPIO DE NARIÑO DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO PARA EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 1 DE ABRIL DE 2016 - HASTA EL 31 DE MARZO DE 2020", aprobado por la JUNTA DIRECTIVA de la prenombrada E.S.E., el día primero (1º) de abril de 2016"

(...).

2.- Fundamentos fácticos

Los supuestos de hecho narrados dentro del libelo tutelar referenciado se sintetizan por el Juzgado de la siguiente manera:

(i) Afirma el apoderado del accionante que el día 15 de abril de 2016, se suscribió el Contrato de Prestación de Servicios No. 201504-059, entre el Representante Legal del Centro de Salud San Sebastián E.S.E. del Municipio de Nariño como parte contratante y el doctor Néstor Hincapié Vargas, rector y a la vez representante legal de la Universidad de Medellín, como parte contratista, cuyo objeto contractual consiste en desarrollar el proceso de selección para la provisión del empleo vacante del cargo de Gerente del Centro de Salud San Sebastián E.S.E. del Municipio de Nariño, desde la etapa de inscripción hasta la consolidación de la información para la conformación de la terna, de conformidad con lo establecido en la convocatoria No. 006 del 1º de abril de 2016.

(ii) Indica que el señor Ricardo Ernesto Revelo Díaz, se inscribió como aspirante a participar del proceso concursal de selección para proveer el empleo del cargo de Gerente del Centro de Salud San Sebastián E.S.E. del Municipio de Nariño, concurso liderado por la Universidad de Medellín.

(iii) Expone que el día 18 de mayo del año que avanza la Universidad de Medellín publicó el listado preliminar de aspirantes admitidos y no admitidos, empero dice que el Acuerdo No 006 aprobado por la Junta Directiva del Centro de salud San Sebastián E.S.E. del Municipio de Nariño, en sus artículos 9,17,19,20,24, se resalta el cronograma de actividades establecido por la precitada Universidad, el mismo que reglamenta el concurso de mérito, por ende dice que los aspirantes no admitidos contaban con el término de 2 días hábiles comprendidos entre el 15 y 18 de abril del año en curso para formular reclamaciones.

(iv) Aduce que la Universidad de Medellín, desconociendo el derecho a la igualdad y el derecho del debido proceso, le otorgó a los aspirantes no admitidos la oportunidad de aportar otros documentos que no fueron aportados al momento y/o durante la etapa de inscripciones al concurso, lo cual se constata con el formato sistematizado de la Universidad de Medellín, para efectos de que se formulen y tramiten las reclamaciones frente a las decisiones de inadmisión.

(v) Refiere el accionante que la Universidad desconociendo las normas de convocatoria a las cuales hace referencia el Acuerdo No 006, procedió a incluir dentro del listado definitivo de admitidos y no admitidos a la concursante Nivia Herminza Tobar, la cual aportó extemporáneamente una certificación para efectos de acreditar su experiencia laboral, circunstancia que viola el derecho fundamental del debido proceso y desconoce el derecho a la igualdad de los aspirantes inscritos.

(vi) Manifiesta que el día 31 de mayo de 2016, la Universidad de Medellín, publicó el listado definitivo de aspirantes admitidos y no admitidos a participar dentro del proceso concursal, en el cronograma de actividades inicialmente difundido por la Universidad de Medellín para la etapa No 3 de VERIFICACIÓN DE REQUISITOS MÍNIMOS –VRM se establecieron como fechas de inicio el 12 de mayo de 2016 y finalización el 22 de mayo de 2016, la publicación de lista de admitidos y no admitidos sería el 25 de mayo de 2016, la formulación de reclamaciones se llevaría a cabo el 26 de mayo de 2016 hasta el 27 de mayo de 2016, las respuestas a reclamaciones se darían en la fecha 2 de junio de 2016 y la publicación definitiva se admitidos y no admitidos sería el 2 de junio de 2016, empero la universidad el día 13 de mayo de 2016 difundió un aviso informativo – resultados VRM y modificación cronograma, el cual señalaba que la lista preliminar de admitidos y no admitidos al proceso concursal sería publicada el 18 de mayo de 2016, dicha modificación del cronograma fue efectuada de manera unilateral e inconsulta por la Universidad de Medellín sin contar con el consentimiento de la Junta Directiva del Centro de Salud San Sebastián E.S.E. del Municipio de Nariño.

(vii) Resalta que al realizar la modificación del cronograma de actividades, la Universidad desconoció el inciso 3º del artículo 15 de la convocatoria, el que prohíbe anticiparse a las fechas y horas previstas inicialmente en la convocatoria, por cuanto las reclamaciones que podían hacer los aspirantes no admitidos inicialmente serían interpuestas el 26 y 27 de mayo del presente año, sin embargo al anticipar las fechas para el 19 y 20 de mayo de 2016 se generó angustia entre los aspirantes por cuanto dicha etapa de reclamaciones transcurrió en los dos días hábiles siguientes a la publicación del listado preliminar de admitidos y no admitidos, llevada a cabo el 18 de mayo de 2016.

(viii) Declara que la Universidad de Medellín durante los meses de febrero, marzo y abril del año en curso, suscribió con diferentes empresas Sociales del Estado del Departamento de Nariño, contratos de prestación de servicios cuyo objeto contractual consiste en desarrollar el proceso de selección para la provisión del empleo de vacante del cargo de Gerente de la ESE desde la etapa de inscripción hasta la consolidación de la información para la conformación de la terna, dice que la universidad suscribió contratos con la ESE del Centro de Salud de Santiago Apostos Municipio de Imués (N), ESE Centro de Salud San Bernardo Municipio de San Bernardo (N), ESE San Miguel Arcángel del Municipio de Ospina (N), ESE Hospital Eduardo Santos del Municipio de la Unión(N), ESE san Juan de Dios del Municipio de Abejorral (Antioquia) ESE Metrosalud del Municipio de Medellín (Antioquia).

(ix) Dice que para ejecutar los múltiples contratos de prestación de servicios profesionales suscritos por la Universidad de Medellín, con las diferentes ESE existentes en los diferentes

Municipios del Departamento de Nariño y en otros departamentos del País, procedió a conformar varios grupos; el Municipio de Nariño quedó formado por parte del grupo 2 a los cuales les aplicó en algunos casos el mismo cronograma de actividades y en otros casos les aplicó un cronograma de actividades muy similar coincidente en la fecha y hora de presentación de las pruebas escritas, por ende al coincidir la fecha y hora para presentar las pruebas escritas de conocimientos y competencia laborales, para la selección de los Gerentes de las diferentes ESE, se vulneró el derecho fundamental de acceso a la función pública, por cuanto los aspirantes inscritos en los procesos concursales se vieron imposibilitados para inscribirse en más de un concurso de méritos por cuanto al programarse por parte de la Universidad de Medellín una única fecha y hora, no se le brindó la oportunidad al accionante para presentar la pruebas de dicha selección de manera concomitante para participar en la selección de aspirantes al cargo de Gerente de una ESE diferente aquella para la cual inicialmente se inscribieron, con la aplicación de este cronograma dice que la única beneficiada es la Universidad de Medellín, por cuanto se economiza costos de transporte, estadía y alojamiento de las personas encargadas de las pruebas.

(x) Arguye que la Junta Directiva de la ESE Centro de Salud San Sebastián (N) al expedir el 1 de abril de 2016 el acuerdo No 006 desconoció el derecho a la igualdad que les asiste al accionante y a los aspirantes inscritos en el concurso.

(xi) Finalmente, indica que el 2 de junio de 2016, la Universidad de Medellín, publicó la citación a las pruebas escritas de conocimientos y de competencias laborales, las cuales se llevaron a cabo el día 12 de junio de 2016 a las 8am en la sede Inem Luis Delfín Insuasty Rodríguez de esta ciudad, a los aspirantes admitidos al concurso de méritos para proveer el cargo de Gerente de la ESE Centro de Salud Sebastián del Municipio de Nariño

3.- Trámite de instancia

3.1.-Mediante providencia fechada el día 16 de junio de 2016, se admitió el libelo tutelar y se corrió traslado a la parte accionada; adicionalmente se vinculó a los Profesionales de la Salud, Admitidos y no Admitidos al proceso concursal para selección de aspirantes a ocupar el cargo como Gerente de la E.S.E Centro de Salud San Sebastián del Municipio de Nariño, se decretaron la práctica de pruebas, se niega la medida provisional y se reconoció personería jurídica.

3.2.-CONTESTACIÓN DE ACCION DE TUTELA

CENTRO DE SALUD SAN SEBASTIAN ESE DE NARIÑO

El Representante legal del **CENTRO DE SALUD SAN SEBASTIAN ESE DE NARIÑO**, por medio de su abogado el Dr. Armando Benavides Cárdenas, presenta un escrito mediante el cual hace contestación a la acción de tutela interpuesta en su contra, de la siguiente manera:

Solicita "(...) declarar la improcedencia de las peticiones contenidas en la acción de la referencia por carecer de fundamentos de hecho y de derecho. En otras palabras, la acción de tutela no

procede en caso bajo estudio porque al accionante en ningún momento la entidad que represento ha violado los derechos constitucionales fundamentales invocados en la tutela y de igual manera existe falta de legitimación en la causa por pasiva por que los integrantes de la Junta Directiva en cabeza de su Presidentes actuaron en el presente caso ceñidos a la Constitución, la ley y el reglamento en lo relacionado con el concurso de méritos para la designación del Gerente de la citada Empresa Social del Estado. Finalmente el accionante dispone de otro mecanismo de defensa judicial como es el medio de control de nulidad simple previsto en el art. 137 del CPACA, solicitando la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo del Acuerdo No 0006 de 2016, expedido por la Junta Directiva mediante la cual se reglamenta la convocatoria para participar en el concurso para la elección del Gerente de la ESE Centro de Salud San Sebastián del Municipio de Nariño (...)"

Arguye que, con relación a las presuntas irregularidades cometidas en el proceso del gerente del Centro de Salud, posteriores a la expedición del acuerdo No 006 del 1 de abril de 2016 expedido por la Junta Directiva que reglamenta el concurso de méritos actuaciones las actuaciones son imputables a la Universidad de Medellín y no a la entidad que representa.

Finalmente manifiesta que la Junta Directiva de buena fe consideró prudente suspender el proceso del concurso público abierto para la elección del Gerente de la ESE, hasta tanto el juzgado emita un pronunciamiento de fondo.

UNIVERSIDAD DE MEDELLIN.

El apoderado de la Universidad de Medellín, abogado Diego Alejandro Morales Ospina, da contestación a la acción bajo estudio, solicita al Juzgado que se nieguen todas las pretensiones que solicita el accionante por cuanto no se ha presentado vulneración de ningún derecho fundamental, con referencia a las presuntas irregularidades que denuncia el señor Ricardo Ernesto Revelo Díaz, manifiesta que las condiciones del concurso son conocidas previamente por el aspirante además expresa que el tutelante cumplía con los requisitos mínimos exigidos para el desempeño el cargo.

3.3 Mediante auto de fecha 27 de junio de 2016, se resolvió el escrito contentivo de recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra del numeral noveno del proveído de fecha calenda 16 de junio de 2016 en el que se dispuso negar la medida provisional solicitada, y la solicitud de aclaración del numeral primero del referido auto, ante lo cual este despacho resolvió no conceder el recurso de alzada interpuesto y negó la solicitud de aclaración.

II.- CONSIDERACIONES

A.- COMPETENCIA

De conformidad con el art. 86 de la Constitución Política, art. 37 del Decreto 2591 de 1991, Decreto 306 de 1992, inciso 3 del numeral 1 del art. 1o. del Decreto 1382 de 2000, y el Decreto

No. 1834 de 16 de septiembre de 2015, el cual reglamentó lo relativo a las reglas de reparto para acciones de tutela masivas, este Despacho Judicial es competente para conocer - en primera instancia - de la acción de tutela, adelantada por el señor Ricardo Ernesto Revelo Díaz, quien actúa por medio de apoderado, en contra de la Universidad de Medellín y la Junta Directiva de la ESE Centro de Salud San Sebastián (N)

B.- PROCEDENCIA

De acuerdo con el inciso 3 del art. 86, de la C. P. y el art. 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es procedente para proteger los derechos fundamentales que el solicitante reclama, mediante una actuación preferente y sumaria, siempre que aquel no tenga otro medio judicial ordinario, a menos que se formule como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De los hechos narrados, se advierte que el solicitante si tiene otros medios judiciales, para proteger sus derechos presuntamente transgredidos por la Universidad de Medellín y la Junta Directiva de la ESE Centro de Salud San Sebastián (N), sin embargo, La Corte Constitucional resalta que aun existiendo otros mecanismos de defensa, la tutela se puede usar de manera transitoria para evitar un PERJUICIO IRREMEDIABLE, razón por la cual es necesario valorar las condiciones específicas de cada caso. Así en la sentencia T-225 de 1993, se fijó las características que debe cumplir para que el perjuicio sea Irremediable, y son a saber:

1. El perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Debe presentar una evidente y cercana amenaza contra un derecho fundamental. Exige un gran grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren.
2. El perjuicio debe ser grave. Suponer un detrimento altamente significativo para la persona (moral o material), y susceptible de determinación jurídica.
3. Deben requerirse medidas urgentes para superar el daño.
4. Las medidas de protección deben ser imposterables, oportunas y eficientes a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

Posteriormente la Sala Plena resumió las condiciones que debe tener un perjuicio irremediable para que proceda la acción de tutela como mecanismo transitorio.¹

¹Corte Constitucional. Sala Plena, Sentencia SU-1070 de 13 de noviembre de 2003. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.- "(...) el único perjuicio que habilita la procedencia transitoria de la acción de tutela es aquel que cumple las siguientes condiciones: (1) Se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (2) de ocurrir no existirá forma de reparar el daño producido; (3) su ocurrencia es inminente; (4) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (5) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la imposterabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales".

En este orden de ideas, en la Sentencia SU-713 de 2006, se declaró que la acción de tutela por la existencia de un perjuicio irremediable solo prospera por la valoración de la afectación o amenaza de un derecho *ius fundamental*.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Analizados los presupuestos fácticos del asunto expuesto en la presente tutela, se observa que en ellos se debate el acceso a la función pública mediante la utilización del concurso de méritos. Específicamente los derechos del accionante que considera tener garantías consolidadas por haber participado en un concurso, respecto a la potestad del juez de amparo de anular el trámite cuando detecta anomalías en el proceso de selección.

Para dar respuesta a lo anterior, este Juzgado analizará los siguientes ejes temáticos: *(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)* y por último se abordará el caso concreto.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ASOCIADOS A LA FUNCIÓN PÚBLICA.

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, La Corte Constitucional 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.

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 injustfundamental, 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”

Igualmente, ese alto 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 alternativas 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”²

Respecto de dicho mandato, ha manifestado esa Corte que no se trata de que el otro medio de defensa judicial sea puramente teórico. Por el contrario, lo que el Constituyente y el legislador quisieron en el momento de redactar la normatividad sobre la acción de tutela, fue precisamente lograr una protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, entendiendo que ellos muchas veces son desconocidos, a pesar de que para cada uno está reservada en la legislación una forma de protección.³

En lo relativo a la idoneidad y eficacia del instrumento judicial ordinario, también la Corte se expresó en sentencia T-569 de 2011 que: “es deber del juez de tutela examinar si la controversia puesta a su consideración (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración.” Por consiguiente, “no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podía oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados.”

Acogiendo lo anterior esa corporación ha determinado que las acciones contencioso administrativas no protegen en igual grado que la tutela, los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de vinculación de servidores públicos, cuando ello se hace por concurso de méritos, ya que la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo.

Sobre el particular, en la sentencia T-425 de 2001 la Corte conoció un caso en el cual un accionante que se encontraba en el primer lugar de la lista de elegibles en un concurso para proveer el cargo de asesor, Código 1020, grado 08 en el Ministerio de Trabajo y Seguridad

² Sentencia T-145 de 2011

³ Sentencia T-388 de 1998

Social, no había accedido al cargo debido a la negativa de la entidad a nombrarlo. En dicha providencia se estableció que:

"En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto: 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."

Sobre el particular, es decir sobre la procedencia de la acción de amparo para debatar decisiones acogidas dentro de un concurso de méritos, ese tribunal ha manifestado que: *"aún cuando los afectados con dichas determinaciones cuentan con las acciones contencioso administrativas para cuestionar su legalidad, dichos mecanismos judiciales de defensa no son siempre idóneos y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados."*⁴

Igualmente en la sentencia SU-913 de 2009 se determinó que:

"En materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantiza la supremacía de la Constitución en el caso particular".

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.

EL SISTEMA DE CONCURSO DE MÉRITOS COMO FACTOR PARA LA ESCOGENCIA DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO.

⁴ Sentencia T-569 de 2011

La Corte Constitucional 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 “*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.*”

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*”.⁵

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:

⁵ Sentencia C-181 de 2010.

“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 período 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 período implica que los gerentes designados no pueden ser removidos antes de la finalización del período, salvo que se presenten situaciones extraordinarias”⁶

Respecto del período 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 períodos 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*”

En concordancia con lo expuesto, 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.

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

⁶ Ibidem

⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 2 de febrero de 2012. Rad. 2088

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, 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"⁸

Desde esta perspectiva, 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,

⁸ Sentencia T-344 de 2000

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.

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.

LAS POTESTADES DEL JUEZ DE TUTELA CUANDO EVIDENCIA IRREGULARIDADES EN EL TRÁMITE DE UN CONCURSO DE MÉRITOS.

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 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 ese 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.

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.

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.”*⁹

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; (ii) la realización de estudios en aquellas oportunidades en que no se cuenta con la información requerida para poder tomar la decisión; (iii) la capacidad de ordenar la construcción o terminación de obras; (iv) la potestad de ordenar el asesoramiento de los accionantes; (v) suspender trámites administrativos; (vi) ordenar la creación de grupos de trabajo; (vii) conceder espacios de participación; y (viii) decretar la suspensión de concursos de méritos.¹⁰

⁹ Sentencia T-086 de 2003

¹⁰ Sentencia T-286 de 1995

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, ese 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 esa 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".

Entre las órdenes que dictó la Corte en esa providencia se destaca la siguiente:

"Para garantizar el cumplimiento de lo que se ordena en esta sentencia, se solicitará a la Universidad suspender los trámites para una nueva convocatoria a concurso en el área de catastro."

Así las cosas, en el evento en que para el caso concreto la única medida que pueda lograr el restablecimiento del derecho sea la orden de suspender el concurso, ésta deberá ser adoptada por el juez en ejercicio de sus potestades, ya que de permitirse continuar con un proceso viciado de ilegalidad, se consolidaría la vulneración de derechos, atentando así contra los postulados de orden superior.

Igualmente siguiendo ese mismo precedente la Corte en sentencia T-611 de 2010 confirmó las decisiones tomadas por los jueces de instancia, en un proceso en el que se había determinado que “la Junta Directiva de la E.S.E. Camu Santa Teresita de Loricá debía revocar y dejar sin efectos todo el trámite realizado dentro del proceso de convocatoria y selección del concurso de méritos para la escogencia del gerente de la ESE”. Por haberse presentado en el devenir del concurso una serie de irregularidades.¹¹

Entre los argumentos que llevaron a esa corporación a tomar dicha decisión se destacan los siguientes:

“si la provisión de cargos de libre nombramiento y remoción se adelanta siguiendo para ello criterios de selección objetiva, los respectivos concursos de méritos deberán ajustarse a los principios de igualdad de oportunidades y de respeto por el debido proceso administrativo. A decir verdad, la garantía del principio de igualdad de oportunidades en el acceso a cargos públicos dependerá de que se respeten los diversos principios (vgr. transparencia, publicidad, libre concurrencia, etc.), competencias, etapas y procedimientos que suelen regir los concursos públicos de méritos.

(...)

Durante el proceso de selección del gerente de la ESE CAMU Santa Teresita de Loricá se presentaron diversas irregularidades que constituyen claras violaciones al derecho al debido proceso administrativo y al derecho fundamental de acceso a cargos públicos”.

En concordancia con esta línea de pensamiento en el Auto 244 de 2009 la Corte ordenó en relación a la irregularidades detectadas en el concurso de Notarios adelantado por el Consejo Superior de la Carrera Notarial que: “se debe suspender de manera provisional y a partir del momento en el cual se comuniqué a dichas autoridades el presente auto, la reelaboración de listas para proveer los cargos de notarios y los nombramientos en el cargo de notario hasta tanto se profiera una decisión de fondo”. En dicho fallo se enfatizó que: “la medida se tomaba por la decisión, el Consejo Superior de la Carrera Notarial de reconfigurar las listas de elegibles de los nodos de Bogotá y Chía, atendiendo entre otros criterios, el de reconocer puntaje únicamente a aquellas obras en derecho cuya autoría fue acreditada mediante el registro ante

¹¹ Entre las irregularidades se destacan: “(i) la Universidad que adelanto el concurso no estaba acreditada para realizarlo; (ii) la Junta Directiva de la ESE no estableció el cronograma e invitaciones de conformidad como lo establece el decreto 800 del 2008 y la resolución 165 del mismo año; (iii) y por último la Universidad altera la fecha y lugar de las pruebas sin previo aviso”.

la Dirección Nacional de Derechos de Autor, según fallos de tutela emitidos por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca –Sala Disciplinaria”.

Como conclusión de lo anteriormente visto, se evidencia que los jueces de tutela en desarrollo de sus potestades deben adoptar las medidas que se requieran para que las personas que se consideren afectadas por las irregularidades detectadas en un concurso, puedan disfrutar de su derecho. Para ello pueden entre otras acciones, suspender la ejecución del mismo en la etapa en la que se encuentre, o en su defecto dejar sin efectos todo el trámite realizado.

CASO CONCRETO

Conforme a los antecedentes descritos, en el presente asunto corresponde al juzgado determinar si las pretensiones del accionante pueden prosperar, de manera que se abordará cada uno de los puntos que aduce el señor Revelo Díaz con el fin de encontrar solución al problema jurídico planteado con antelación:

TEMA 1.-

Vulneración del derecho a la igualdad y al debido proceso, por darle oportunidad a los aspirantes no admitidos de aportar otros documentos que no fueron aportados al momento o durante la etapa de inscripciones al concurso.

El tutelante trae a colación el caso de una de las aspirantes al concurso, específicamente de la señora Nivia Herminza Tobar Zambrano, a quien presuntamente la Universidad de Medellín le brindó la oportunidad de aportar otros documentos con el fin de ser admitida al proceso. De las pruebas aportadas por las partes se puede extraer que la señora Tobar Zambrano presentó reclamación por su inadmisión el día 20 de mayo de 2016, dentro del término otorgado por la convocatoria; de su escrito (*folio 79 a 86*) se desprende la afirmación siguiente: *“Como se confirma con la certificación expedida por la Gerente de la Empresa Social del Estado Santiago Apóstol del municipio de Inués (Nariño), Dra. GLORIA SHIRLEY SANTACRUZ NANDAR, fechada a 31 de marzo del año 2016, prueba documental ésta que fue aportada al momento de inscribirme como aspirante a participar en el concurso de méritos para la conformación de la terna de aspirantes a ocupar el cargo como Gerente de la prenombrada E.S.E., la suscrita reclamante, satisface y/o si cumple con los requisitos exigidos en el artículo 22 del Decreto 785 del 2005...”* (Subrayado y negrilla nuestro), dicha afirmación se mira reforzada por la contestación del Universidad de Medellín quien en cabeza de su abogado dice: *“Es cierto que la accionante presentó reclamación oportuna y anexó la certificación laboral que ya había sido aportada al proceso en la oportunidad prevista, por lo tanto NO ES CIERTO, como lo manifiesta el accionante que no había sido aportada, mucho menos es cierto que la certificación aportada al momento de la reclamación fue tenida en cuenta para la admisión de la aspirante.”* dicha afirmación a su vez se respalda por la certificación aportada por el señor Javier Andrés Moreno Garzón, quien funge como Administrador de Bases de Datos de la Universidad de Medellín, y en donde se puede leer claramente que la señora Tobar Zambrano si aportó el Certificado de experiencia, el mismo

que es descrito con el FOLIO ARCHIVADOR 54177, de manera que la accionada no transgredió el Artículo 20 del Acuerdo No. 006 de 1 de abril de 2016, pues no permitió que se anexaran nuevos documentos con posterioridad a la inscripción, lo que se realizó fue el desarrollo del derecho de los aspirantes de corregir posibles errores de la entidad organizadora del concurso, en este caso la Universidad de Medellín, quien después de estudiar la reclamación reconoce el error y lo corrige como se lo demuestra fehacientemente.

Todo lo anterior nos indica que la accionada no ha vulnerado los derechos a la igualdad y al debido proceso del tutelante, pues dicho procedimiento es la expresión de la garantía constitucional del acceso a la función pública dentro de un procedimiento claro e imparcial.

TEMA 2.-

El cronograma de actividades no puede ser modificado de manera unilateral e inconsulta por la prenombrada institución universitaria contratista

Expresa el accionante que la Universidad de Medellín el día 13 de mayo de 2016, modificó el cronograma de actividades del concurso de manera unilateral e inconsulta, pues la Junta Directiva del Centro de Salud San Sebastián E.S.E., jamás dio el consentimiento para dicho cambio, vulnerándose el derecho fundamental al debido proceso del actor, pues le causo angustia e incertidumbre al adelantarse las fechas para realizar reclamaciones al listado de no admitidos al concurso.

Bajo este argumento estudiaremos lo reglado en el artículo 15 del Acuerdo No. 006 de 1 de abril de 2016, Acuerdo que reglamenta la convocatoria para participar en el concurso, en el cuerpo de dicho artículo se puede leer:

"... Iniciadas las inscripciones, la convocatoria solo podrá ser modificada respecto al sitio, hora y fecha de recepción de inscripciones y aplicación de las pruebas, previo acuerdo con la Universidad Contratada.

Las fechas y horas no podrán anticiparse a las previstas inicialmente en la convocatoria.

Las modificaciones respecto de la fecha de las inscripciones se divulgarán por los mismos medios utilizados para la divulgación de la convocatoria, por lo menos con dos (2) días hábiles de anticipación a la fecha de iniciación del periodo adicional y será de la exclusiva responsabilidad de la Junta Directiva del CENTRO DE SALUD SAN SEBASTIAN E.S.E., encargado de la convocatoria."

A su vez, el numeral 2. De la CLAUSULA CUARTA del contrato No. 201504-054 celebrado entre la Universidad de Medellín y el Centro de Salud San Sebastián E.S.E., dice: "**OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.** (...) 2. *Ajustar el plan de trabajo y cronograma del contrato, el cual hace parte integrante del presente instrumento.*"

Estudiando los medios probatorios podemos concluir que el cronograma de cada una de las etapas del concurso debía planearse por la Universidad contratada para tal fin, en este caso la Universidad de Medellín ajustándose al marco general reglado por el Acuerdo 006, que a su vez es la expresión legal de la Resolución 165 de 2008 “*por la cual se establecen los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos públicos abiertos para la conformación de las temas de las cuales se designarán los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial*”, por lo tanto, el cronograma debía adelantarse dentro de los términos legales, es así como la Universidad de Medellín modificó la fecha de publicación de la lista de admitidos y no admitidos al proceso, informándoles a todos los participantes la alteración que sufriría el cronograma por dicho actuar (*folio 91*).

La Corte Constitucional ha avalado la alteración del trámite de un concurso diciendo lo siguiente:

Entonces, a manera de síntesis, la Sala concluye que la resolución de convocatoria se convierte en la norma del concurso de méritos y, como tal, tanto la entidad organizadora como los participantes deben ceñirse a la misma. En caso de que la entidad organizadora incumpla las etapas y procedimientos consignados en la convocatoria, incurre en una violación del derecho fundamental al debido proceso que les asiste a los administrados partícipes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa.¹²
(Subrayado y negrilla nuestro)

Desde esta perspectiva, no se vislumbra que los derechos fundamentales del accionante o de cualquiera de los participantes se encuentren vulnerados por dicha modificación, pues no se alteró de manera caprichosa la convocatoria del concurso, sino que la Universidad de Medellín acató los términos expuestos por la Resolución 165 de 2008, norma que efectivamente es superior en jerarquía que el Acuerdo 006 de 2016, por lo tanto los derechos fundamentales del accionante se respetaron a cabalidad sin que se mire el menoscabo de los mismos, pues también se cumplió con la publicación y publicidad de dicha alteración con el fin de que todos los aspirantes estuvieran pendientes de dichos cambios, resaltando como lo hemos expuesto, que esa alteración no se mira antojadiza y con suficiente peso como para declarar la vulneración de los derechos fundamentales que se invocan.

TEMA 3.-

Fijar la misma fecha de presentación de las pruebas escritas y de competencias laborales para la selección de los gerentes de diferentes Empresas Sociales del Estado vulneró el derecho fundamental de acceso a la función pública.

¹² Sentencia T-090 de 2013

Expresa el actor que fijar la misma fecha para la presentación de las pruebas escritas y de competencia laboral para la selección de los gerentes de diferentes Empresas Sociales del Estado, vulneró el derecho fundamental de acceso a la función pública, toda vez que los aspirantes e inscritos en los respectivos procesos concursales se vieron imposibilitados para inscribirse a más de un concurso de méritos, sin que también se les haya permitido que las pruebas presentadas para uno de los concursos también les sean válidas en otro adelantado por la misma Universidad.

Ahora bien, respecto a la restricción o imposibilidad de inscripción a varios concursos de gerentes de E.S.E. en varios municipios de nuestro departamento, el juzgado no advierte que trasgreda las normas constitucionales y legales invocadas en la demanda, puesto que si bien el artículo 40 Superior, consagra a favor de los ciudadanos el derecho a desempeñar cargos públicos, dichas disposiciones no tienen el alcance que le quiere dar el accionante, según el cual, el concursante puede inscribirse para aspirar a todos los cargos ofertados. En efecto, la interpretación que de estas normas debe hacerse es que positivizan o contemplan de manera general, impersonal y abstracta el derecho de acceso a cargos públicos, pero en modo alguno pueden entenderse como una habilitación para que los concursantes o participantes en una convocatoria puedan inscribirse respecto de todos los cargos ofertados. En respaldo de esta tesis, indica el Despacho, que dentro del núcleo esencial o ámbito de protección del derecho fundamental a ocupar cargos públicos contemplado en el artículo 40 de la Constitución Política, la jurisprudencia de la Corte Constitucional nunca ha reconocido a los ciudadanos la garantía o prerrogativa de inscribirse o aspirar a todos los cargos objeto de concurso, como lo entiende el accionante. Al respecto, en la sentencia SU- 339 de 2011, la Corte subrayó lo siguiente:

"... la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupe un cargo público."

Entonces, al no ser del núcleo esencial o del ámbito de protección del derecho a ocupar o desempeñar cargos públicos, el límite impuesto por la norma acusada a la posibilidad de inscribirse a todos o varios de los cargos ofertados, no constituye una trasgresión de dicho postulado constitucional, y en consecuencia, tampoco implica un desconocimiento a los demás principios y valores constitucionales invocados en la demanda como la igualdad, el trabajo, el debido proceso y el derecho al trabajo.

Así las cosas, el ejercicio o uso que en el caso sub examine hizo la Junta Directiva del Centro de Salud San Sebastián E.S.E., del Municipio de Nariño, de la aludida facultad especial,

excepcional, autónoma y exclusiva, y desarrollada en el Acuerdo No. 006 de 1 de abril de 2016 estuvo acorde con los parámetros y límites fijados por el ordenamiento jurídico. De igual forma, si la inscripción a un solo cargo no transgrede el ordenamiento constitucional, mucho menos la fijación de una fecha común para la presentación de varias pruebas escritas en diferentes concursos de las E.S.E., como lo realizó la Universidad de Medellín en este caso puntual, pues el accionante antes de realizar su inscripción al concurso pudo conocer la oferta previa de los cargos de las diferentes entidades y de esta manera elegir el que consideraba más acorde a sus destrezas profesionales, su libertad de elección es pues plena garantía constitucional sin que tampoco esta circunstancia se mire como vulneradora de sus derechos fundamentales.

TEMA 4.-

La calificación o evaluación de los estudios no finalizados, la educación para el trabajo y Desarrollo Humano, y la definición del puntaje para a cada uno de los años de servicios acreditados como experiencia relacionada, vulnera el derecho fundamental al debido proceso.

Dice el tutelante que el puntaje mayor otorgado a los semestres aprobados de una especialización, con respecto a la calificación menor de los semestres de una maestría o un docto desestímula el inscribirse a un concurso de méritos, pues es indicativo de que un semestre aprobado de una especialización tendrá mucho más puntaje que un semestre de Doctorado. También, manifiesta que resultarían afectados todos aquellos aspirantes que acrediten haber cursado o aprobado uno o varios diplomados con una intensidad superior a 100 horas, pues se le otorga 10 puntos a los que hayan adelantado un solo curso entre 50 y 99 horas, a más de que se permite acumular cursos de 8 horas o menos, y si se suman los aspirantes podrían obtener los 10 puntos máximos para la calificación.

El artículo 3 de la Resolución 165 de 2008, expresa:

"Artículo 3º. Contenido de la invitación. La invitación deberá contemplar toda la información relevante del proceso y como mínimo contendrá los siguientes aspectos:

3.1.1.1. Nombre de la empresa social del Estado, nivel de complejidad, dirección y teléfono.

3.1.1.2. Fecha de la invitación.

3.1.1.3. Funciones y requisitos del cargo.

3.1.1.4. Asignación básica del empleo.

3.1.1.5. Fecha, horario y lugar de inscripción de candidatos.

3.1.1.6. Fecha y lugar de publicación de admitidos y no admitidos al proceso.

3.1.1.7. Pruebas a aplicar y valor de cada una de ellas dentro del proceso.

3.1.1.8. Lugar, fecha y hora de realización de las pruebas.

3.1.1.9. Fecha y lugar de publicación de lista de aspirantes que superaron las pruebas.

3.1.1.10. Término para efectuar reclamaciones." (Subrayado y negrilla nuestro)

También, el inciso final del artículo 5º dice:

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

Dichas normas son el marco que deben seguir las Juntas Directivas de las E.S.E., con el fin de elegir al gerente, es decir, las reglas mínimas se encuentran en la Resolución 165 de 2008, normas que deben ser acatadas so pena de adelantarse un concurso abiertamente ilegal; desde esta óptica, los aspectos que aduce el accionante como presuntas anomalías son potestativas de la entidad que convoca y adelanta el concurso, como lo hemos expresado con antelación, el Acuerdo que convoca al concurso para gerente de una E.S.E., es el marco regulatorio de todo el proceso, por lo tanto la asignación de puntajes en esos aspectos es completamente discrecional de la Junta Directiva, no se mira que tal atribución legal, - *así no se comparte* -, transgrede los derechos fundamentales de los aspirantes al concurso, a más que el accionante podía desplegar todos los recursos legales con el fin de conseguir la modificación de esos ítems, incluso, posteriormente puede interponer una demanda contenciosa en busca de lograr sus pretensiones, pero en instancia constitucional no se vislumbra que ese actuar le cause un perjuicio irremediable o vulnere sus derechos a la igualdad y al debido proceso, por lo cual, ninguno de sus argumentos tienen el peso suficiente para declarar prosperas sus pretensiones.

En este orden de ideas, mientras el afectado no demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte o amenace algún derecho fundamental, la acción de tutela se torna improcedente aun cuando fuere invocada como mecanismo transitorio.

Finalmente, y dándole respuesta al problema jurídico planteado, este Juzgado negará las pretensiones del señor Ricardo Ernesto Revelo Díaz, pues no se vislumbra que las accionadas hayan vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, y acceso a la función pública en conexidad al derecho al trabajo, al adelantar las etapas del concurso para gerente de la E.S.E., convocado por medio de Acuerdo 006 de 1 de abril de 2016.

III.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE PASTO**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR la tutela a los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, y acceso a la función pública en conexidad al derecho al trabajo, que requiere el señor Ricardo

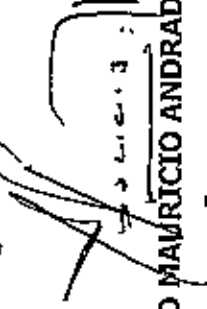
Ernesto Revelo Díaz, según los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO.- NOTIFICAR en forma personal el contenido de este fallo al accionante Ricardo Ernesto Revelo Díaz y a la parte accionada: Universidad de Medellín, representada legalmente por el señor Néstor Hincapié Vargas, y los integrantes de la Junta Directiva de la E.S.E., Centro de Salud San Sebastián del Municipio de Nariño, representada legalmente por el presidente de la Junta Directiva el Alcalde Jamer Yohan Muñoz Martínez.

TERCERO.- ORDÉNESE a LA E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN SEBASTIÁN DEL MUNICIPIO DE NARIÑO que publique esta sentencia en la página web de la E.S.E. Igualmente se **SOLICITARÁ** al CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE PASTO que proceda a publicar en su página web la presente sentencia con el fin de informar de la decisión adoptada a LOS PROFESIONALES DE LA SALUD, ADMITIDOS Y NO ADMITIDOS AL PROCESO CONSORSAL PARA SELECCIÓN DE ASPIRANTES A OCUPAR EL CARGO COMO GERENTE DE LA E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN SEBASTIÁN DEL MUNICIPIO DE NARIÑO.

CUARTO.- Este fallo puede ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes al de su notificación. Si no se interpone el recurso de impugnación, se enviará el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



FERNANDO MAURICIO ANDRADE LUNA
Juez



.

•
•
•
•

