



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL
ÚMBITA – BOYACÁ

Úmbita (Boyacá), cuatro (4) de febrero de dos mil trece (2.013)

ACCIÓN DE TUTELA No. 148424089001 2013-00050 00

Accionante: **BLANCA LOLA ARIAS GARCÍA**

Accionados: **MUNICIPIO DE ÚMBITA y E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN RAFAEL DE ÚMBITA**

OBJETO DE DECISIÓN

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela, recibida el día 21 de enero de 2.013, instaurada por la Doctora **BLANCA LOLA ARIAS GARCÍA**, en contra del **MUNICIPIO DE ÚMBITA** y la **E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN RAFAEL DE ÚMBITA**, por la presunta violación a sus derechos fundamentales.

HECHOS

Señaló el libelo introductorio de la acción que la Doctora **BLANCA LOLA ARIAS GARCÍA**, actual Gerente en provisionalidad de la **E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN RAFAEL DE ÚMBITA**, participó en la convocatoria 002 de 12 de septiembre de 2.012, desarrollada por la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA**, para proveer dicho cargo de manera definitiva, obteniendo 66,0135 de puntaje total, siendo el mayor de todos los participantes.

Así mismo, se subrayó que la **E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN RAFAEL DE ÚMBITA**, pese a tener conocimiento de los mentados resultados, a través de la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA** omitió conformar tema con los tres mejores puntajes del reseñado concurso, para que en consecuencia, el señor Alcalde de la municipalidad de Úmbita, procediera al respectivo nombramiento.

Por tal motivo, la acción de tutela impetrada, propugnó ante la jurisdicción, el amparo de los derechos fundamentales de la Doctora **BLANCA LOLA ARIAS GARCÍA**, a la **IGUALDAD**, al **TRABAJO**, al **DEBIDO PROCESO** y al **ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA MEDIANTE CONCURSO**, materializados en su nombramiento en propiedad como Gerente de la **E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN RAFAEL DE ÚMBITA**.

IDENTIDAD DE LA ACCIONANTE

BLANCA LOLA ARIAS GARCÍA, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía 24'161.737 expedida en Tibaná (Boyacá), quien recibe notificaciones en la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN RAFAEL DE ÚMBITA, donde funge como Gerente en provisionalidad.

DERECHOS RECLAMADOS

La acción de tutela formulada, considera que a la accionante BLANCA LOLA ARIAS GARCÍA, se le están vulnerando a sus derechos fundamentales a la IGUALDAD, al TRABAJO, al DEBIDO PROCESO y al ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA MEDIANTE CONCURSO

ACTUACIÓN PROCESAL

Luego de que el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Tunja, remitiera el diligenciamiento de tutela a este estrado judicial por el factor competencia, acorde con auto de 15 de enero de 2.013, este despacho, mediante providencia de fecha 22 de enero de 2.013, dio trámite a la acción de tutela instaurada por la Doctora BLANCA LOLA ARIAS GARCÍA, dando traslado a las entidades accionadas, para que se pronunciaran dentro de los términos de ley acerca de los hechos de la presente acción.

Igualmente, en la referida providencia se determinó oficiar a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA, para que allegara al diligenciamiento todos los soportes documentales del concurso de méritos desarrollado para proveer el cargo de Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN RAFAEL DE ÚMBITA, sin que dicha información fuese suministrada, pese a los diversos intentos para obtener respuesta, conforme aparece en constancia secretarial.

En consonancia, el Doctor HUGO HUERTAS ROMERO, en su calidad de Alcalde de Úmbita, siendo el representante legal del municipio y Presidente de la Junta Directiva de la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN RAFAEL DE ÚMBITA, el 28 de enero de 2.013, procedió a contestar la Acción de Tutela incoada, indicando que tal mecanismo resultaba improcedente ante la existencia de otros medios de defensa judicial para debatir el litigio planteado por la accionante, fuera de que a la misma no se le estaba conculcando ningún derecho, como quiera que con la información suministrada por la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA, se deducía que la tutelante no integraba registro de elegibles para el cargo de Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN RAFAEL DE ÚMBITA.

De otra parte, dentro del interregno para la contestación de tutela, el día 25 de enero de 2.013, la accionante arrió a la actuación, copia de fallo de tutela de segunda instancia, emitido el 13 de junio de 2.012 dentro de la radicación 2012-0282 (2012-0144) , por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, documento que se ordenó poner en conocimiento a la parte accionada, en acatamiento de auto de 29 de enero de la misma anualidad, siendo objeto de reproche por la parte accionada, según escrito radicado el 31 de enero de 2.013.

COMPETENCIA

Este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2.591 de 1.991, en concordancia con lo establecido en el Decreto 1.382 de 2.000; en consecuencia, procederá a realizar el examen pertinente.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

• CUESTIÓN PREVIA

La Constitución Política de Colombia en su artículo 86 consagra: *Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...) La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.*"

Adicionalmente, y como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, la tutela es una acción de carácter subsidiario, significando que siempre y en lo posible, debe acudir a los medios ordinarios de defensa, que también están destinados a la protección de los derechos fundamentales, y sólo ante la ineficacia de los mismos resulta posible acudir a la jurisdicción constitucional.

• DEL CASO EN CONCRETO

Pretende la accionante que para la protección de sus derechos fundamentales a la IGUALDAD, al TRABAJO, al DEBIDO PROCESO y al ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA MEDIANTE CONCURSO, el señor Alcalde Municipal de Úmbita, proceda a nombrarla en propiedad como Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN RAFAEL DE ÚMBITA, acorde con terna que deberá

ser enviada por la Junta Directiva de ese centro asistencial, dentro del concurso adelantado por la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA.

De otra parte, el señor Alcalde Municipal de Úmbita, siendo el representante legal de dicho ente territorial, así como Presidente de la Junta Directiva de la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN RAFAEL DE ÚMBITA, señaló que a la Doctora BLANCA LOLA ARIAS GARCÍA, no se le estaba vulnerando ningún derecho fundamental, como quiera que la accionante no hacía parte de alguna lista de elegibles sobre el particular, según los parámetros desarrollados dentro del concurso implementado por la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA, regentado por la Resolución 165 de 2.008 del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Así las cosas, acorde con los planteamientos esgrimidos por la tutelante y la parte accionada, estima el despacho, que el problema jurídico principal, estriba en determinar si a pesar de que la Doctora BLANCA LOLA ARIAS GARCÍA, no haya alcanzado a superar el margen de 70 puntos, previsto en el concurso desarrollado por la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA, para la provisión del cargo de Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN RAFAEL DE ÚMBITA, según lo previsto en la Resolución 165 de 2.008 del Departamento Administrativo de la Función Pública, su nombramiento en dicho cargo, se toma procedente al constituirse en la persona con mayor puntaje dentro acotado concurso.

Paralelo a lo anterior, en procura de un mejor desarrollo de la providencia, que permita dilucidar el cuestionamiento recién planteado, resulta menester determinar como problema jurídico secundario, si la acción de tutela impetrada a nombre propio por la Doctora BLANCA LOLA ARIAS GARCÍA, resulta procedente como mecanismo de defensa de sus derechos fundamentales.

Sobre el particular, cabe destacar que la acción de tutela se caracteriza por ser subsidiaria, no siendo su objetivo, el de suplantar los medios judiciales existentes, tal cual lo connotó la Corte Constitucional, desde la sentencia T - 001 de 1.992; empero, en cada caso en particular se toma indispensable sopesar si el medio alternativo resulta idóneo y eficaz para proteger el derecho amenazado o vulnerado; en tal sentido, aunque la accionante cuenta con la potestad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, para conseguir las salvaguardas deprecadas, estima este Juzgador que las acciones que pudiera ejercer, no son idóneas, ni eficaces, ante la actual situación que debe afrontar.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencias T - 999 de 2.000 y T - 847 de 2.003, explicó que un medio judicial es idóneo, cuando en la práctica, éste es el camino adecuado para el logro de las pretensiones; mientras que, refiriéndose a la eficacia, en sentencias T - 106 de 1.993, T - 480 de

1.993 y T – 847 de 2.003, expresó que dicho aspecto se denota ante la **protección instantánea y objetiva** del derecho que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

Puntualmente, la sentencia T – 509 de 2.011, que desarrolla la decantada línea jurisprudencial del tribunal constitucional, señala que la acción de tutela se constituye en el medio judicial idóneo, con el que cuentan los concursantes para buscar la protección de sus derechos fundamentales, cuando consideran que han debido ser nombrados, por ocupar el primer puesto en la selección de aspirantes.

Renglón aparte, retomando la manera de solucionar el problema jurídico principal, es necesario señalar que el artículo 28 de la Ley 1.122 de 2.007, determinó que los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado debían ser nombrados por periodos institucionales de cuatro años, mediante concurso de méritos, del que se conformaría una terna para el respectivo nombramiento, por lo que normativamente, se emitió el Decreto 800 de 2.008, que vino a reglamentar ese proceso de meritocracia, decantándose en la Resolución 165 de 2.008 del Departamento Administrativo de la Función Pública, señalando en su artículo 6, lo siguiente: *“la lista de candidatos para entregar a la Junta Directiva se elaborará en orden alfabético con quienes hayan obtenido un puntaje ponderado igual o superior a setenta (70) puntos”*

No obstante lo anterior, ya que los hechos que atañen a la acción de tutela formulada por la accionante BLANCA LOLA ARIAS GARCÍA, se suscitaron en el año 2.012, siguiendo los términos de la convocatoria 002 de 12 de septiembre de 2.012, resulta imperioso destacar que para esa época, se encontraba en vigencia la Ley 1.438 de 2.011, cuyo artículo 72, refiere:

“ELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE DIRECTORES O GERENTES DE HOSPITALES. (...) En caso de que el cargo de Director o Gerente de una Empresa Social del Estado esté vacante, a más tardar dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes, se iniciará un proceso de concurso público para su elección.

La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del proceso de elección. El resto de la terna operará como un listado de elegibles, para que en el caso de no poder designarse al candidato con mayor puntuación, se continuará con el segundo y de nos ser posible la designación de éste, con el tercero.”

En correspondencia, el Decreto 2.993 de 2.011, en su artículo 12, modificó el artículo 4 del Decreto 800 de 2.008, en virtud a lo estipulado en el artículo 72 de la Ley 1.438 de 2011; dicha disposición, expresa:

“La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del proceso de elección. El resto de la terna operará como un listado de elegibles, para que en caso de no poder designarse el candidato con mayor puntuación, se continúe con el segundo y de no ser posible la designación de éste, con el tercero.”

Finalmente, conviene subrayar que el artículo 145 de la Ley 1.438 de 2011, contempló que dicha disposición derogaba todas las normas que le fueran contrarias, empezando a regir con su publicación.

Decantadas así las premisas fácticas y normativas que enmarcan el concurso para proveer el cargo de Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN RAFAEL DE ÚMBITA, se debe destacar:

- La Doctora BLANCA LOLA ARIAS GARCÍA, participó en la convocatoria 002 de 12 de septiembre de 2.012, para proveer el cargo de Gerente de dicho centro asistencial
- Aunque la Doctora BLANCA LOLA ARIAS GARCÍA, ni ningún otro aspirante, superaron el margen de 70 puntos, la accionante obtuvo el más alto puntaje con 66,0135 puntos
- Pese a que la convocatoria 002 de 12 de septiembre de 2.012, señaló que la misma se regiría entre otras, por la Resolución 165 de 2.008 del Departamento Administrativo de la Función Pública, las normas aplicables a dicho proceso, no son otras distintas a la Ley 1.438 de 2.011 y el Decreto 2.993 del mismo año.

Así las cosas, la exigencia de un tope de 70 puntos, para ser tenido como elegible, resulta inaplicable para el proceso de provisión del cargo de Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN RAFAEL DE ÚMBITA, como quiera que la Resolución 165 de 2.008, fue tácitamente derogada por la Ley 1.438 de 2.011, disposición que en consonancia con el Decreto Reglamentario 2.993 de 2.011, en ningún caso, consignan la exigencia de ese o cualquier otro margen.

Dicha síntesis, guarda consonancia con lo plasmado en fallo de tutela de segunda instancia de 13 de junio de 2.011, emitido por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, dentro de la radicación 2012-0282 (2012-0144), siendo Magistrado Ponente el Doctor JOSÉ HORACIO TOLOSA AUNTA, incorporado al expediente por la tutelante y que fue puesto de presente a la parte accionada, acorde con los parámetros de informalidad que gobiernan la Acción de Tutela,

siguiendo lo esbozado en el Decreto 2.591 de 1.991, y respetando en todo caso el derecho al debido proceso.

Al respecto, se debe explicar que más allá de sólo acoger ciegamente el argumento del superior, éste estrado judicial conulga con el mismo, no sólo por la obediencia al precedente, que impera como sub-regla constitucional, aplicando la tesis del caso análogo al sometido a estudio, como implementación del Derecho de forma uniforme y predecible, dentro del ámbito de la confianza social, sino que de veraz existe un pábulo jurídico para mantener en pie la tesis seleccionada por esta instancia.

En efecto, teniendo en cuenta lo plasmado en el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal, sobre la vigencia de las leyes nuevas y el efecto inmediato de la Ley 1.438 de 2.011 que deriva en que dicha norma se aplique a todos los hechos jurídicos que se constituyan a partir de su vigencia, y aparte, sea reguladora del ejercicio de todas las consecuencias jurídicas, tanto de las producidas antes de su vigencia, como de las que se produzcan durante ella, quedando fuera del ordenamiento jurídico la Resolución 165 de 2.008 del Departamento Administrativo de la Función Pública, por mandato de una norma superior, mal puede seguirse pregonando que para quedar en lista de elegibles dentro de los concursos para la provisión del cargo de Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, se debe tener un puntaje mínimo total de 70 puntos; tal situación, vulnera los derechos fundamentales de BLANCA LOLA ARIAS GARCÍA al TRABAJO, al DEBIDO PROCESO y al ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA MEDIANTE CONCURSO, no así al derecho a la IGUALDAD, pues los demás concursantes dentro de la convocatoria 002 de 12 de septiembre de 2.012, mantuvieron idénticas circunstancias y condicionamientos a los de la accionante.

Dentro del presente caso, sin lugar a dudas, el derecho al DEBIDO PROCESO de la demandante, se ve quebrantado al pretender exigirle como requisito previo a su nombramiento que haya superado determinado límite de puntos dentro de la convocatoria abierta por la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN RAFAEL DE ÚMBITA para el cargo de Gerente, cuando dicho condicionamiento, no aparece sustentado en alguna disposición, impidiéndose a la Doctora ARIAS GARCÍA, el ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA MEDIANTE CONCURSO, en razón a que la tutelante, de forma ajustada a Derecho, participó con el lleno de requisitos dentro de la convocatoria 002 de 12 de septiembre de 2.002.

En última medida, se debe indicar que el derecho al TRABAJO de la accionante, también se torna afectado, pues, aunque actualmente la Doctora BLANCA LOLA ARIAS GARCÍA, se desempeña en provisionalidad como Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN RAFAEL DE ÚMBITA, su garantía al trabajo se ve exaltada con un nombramiento en propiedad, donde su permanencia y

retiro del servicio están revestidos de una mayor estabilidad, haciéndola en principio inamovible del cargo.

De otra parte, conjugando los argumentos antes expuestos, siguiendo una interpretación finalista de la norma, la Ley 1.438 de 2.011, manteniendo la idoneidad de los concursantes, precisamente diseñó un nuevo esquema de concurso para proveer el cargo de Gerente o Director de las Empresas Sociales del Estado, ante las dificultades que entrañaba el sistema anterior, siendo prueba de ello las constantes declaratorias de concursos desiertos, tal cual lo confirma la parte accionada, con la multiplicidad de actos administrativos en tal sentido.

Así pues, de acuerdo con las anteriores explicaciones, se procederá a tutelar los derechos de TRABAJO, DEBIDO PROCESO y ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA MEDIANTE CONCURSO de la Doctora BLANCA LOLA ARIAS GARCÍA, ordenando a la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN RAFAEL DE ÚMBITA enviar terna para la designación de Gerente de ese centro médico, al señor Alcalde Municipal de Úmbita, y a éste que una vez la reciba, proceda a nombrar al concursante que haya ocupado el primer puesto dentro del concurso de méritos adelantado por la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA, de acuerdo a lo reseñado en la sentencia C - 181 de 2.010, excepto que medie una causa objetiva y comprobada que impida seguir ese orden, al tenor de la Ley 1.438 de 2.011 y el Decreto 2.993 de 2.011.

El presente fallo se notificará, tanto al accionante como a la entidad accionada, remitiendo copia del mismo, haciéndoles saber el derecho que tienen de impugnar esta decisión, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. No obstante, el expediente habrá de ser remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2.591 de 1.991.

En razón y mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de Úmbita (Boyacá), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR a la accionante BLANCA LOLA ARIAS GARCÍA, identificada con la cédula de ciudadanía 24'161.737 expedida en Tibaná (Boyacá), los derechos fundamentales al TRABAJO, al DEBIDO PROCESO y al ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA MEDIANTE CONCURSO

SEGUNDO: ORDENAR a la Junta Directiva de la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN RAFAEL DE ÚMBITA, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo de tutela, proceda a enviar al Alcalde Municipal de Úmbita, la terna para la designación de Gerente de

la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN RAFAEL DE ÚMBITA, conformada por los aspirantes que ocuparon los tres primeros puestos en el concurso de méritos que adelantó la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA dentro de la convocatoria 002 de 12 de septiembre de 2.012.

TERCERO: ORDENAR al Alcalde Municipal de Úmbita, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la fecha en que reciba la terna para la designación de Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN RAFAEL DE ÚMBITA, proceda a nombrar al concursante que haya ocupado el primer lugar dentro del concurso de méritos adelantado por la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA dentro del marco de la convocatoria 002 de 12 de septiembre de 2.012.

CUARTO: NOTIFÍQUESE a las partes esta decisión en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2.591 de 1.991, haciéndoles saber el derecho que tienen de impugnar este fallo, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

QUINTO: De no ser recurrida la presente sentencia, envíese el proceso para su eventual revisión, ante la Honorable Corte Constitucional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GUSTAVO ALBERTO BUSTAMANTE GUTIÉRREZ
JUEZ